

EN LO PRINCIPAL: Solicita se deje sin efecto resolución que impone multas que se indica. **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos. **SEGUNDO OTROSÍ:** Lista de acreedores prendarios. **TERCER OTROSÍ:** Indica correos electrónicos. **CUARTO OTROSÍ:** Acredita personería. **QUINTO OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

HONORABLE COMISIÓN ARBITRAL
AEROPUERTO INTERNACIONAL ARTURO MERINO BENÍTEZ DE SANTIAGO

NICOLAS ETIENNE MARCEL CLAUDE, Gerente General, cédula de identidad para extranjeros número 25.020.727-1, teléfono +562.26901700, correo electrónico nicolas.claude@nuevopudahuel.cl, en representación, como se acreditará, de **SOCIEDAD CONCESIONARIA NUEVO PUDAHUEL S.A.** (en adelante la "**Concesionaria**"), ambos domiciliados para estos efectos en Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago, Terminal Nacional de Pasajeros, Rotonda Oriente, Piso 4, Pudahuel, Santiago, a la H. Comisión Arbitral respetuosamente digo:

Que encontrándome dentro del plazo fijado en el artículo 36 bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas (en adelante "**Ley de Concesiones**") vengo en presentar reclamación en contra del **MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS** (en adelante "**MOP**"), representado para estos efectos por el DIRECTOR GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS, JUAN MANUEL SÁNCHEZ MEDIOLI, ambos domiciliados en calle Morandé N° 59, comuna de Santiago, por la sanción cursada a través de la resolución N° 3119, de 11 de agosto de 2017, y notificada a esta parte con fecha 17 de agosto de 2017, mediante la cual se aplicó a mi representada una sanción de 7140 Unidades Tributarias Mensuales (en adelante "**UTM**") cada una, por el supuesto retraso en acreditar la renovación y el pago de las pólizas de catástrofe y de responsabilidad civil para la Fase de Explotación, conforme a lo previsto en la letra c) de los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las Bases de licitación de la Concesión del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago (en adelante "**BALI**"), en razón de los argumentos que paso a exponer.

I. ANTECEDENTES DEL CONFLICTO SOMETIDO A LA DECISIÓN DE ESTA HONORABLE COMISIÓN ARBITRAL

La Concesionaria es titular de la Concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago" (en adelante, el "**Aeropuerto**"), la cual fue adjudicada luego de un extenso proceso de licitación que concluyó el 21 de abril de 2015 con la publicación en el diario oficial del Decreto Supremo MOP N°105, de 12 de marzo de 2015 (en adelante el "**Contrato de Concesión**" o la "**Concesión**").

Recibido 22/9/18 - 14³⁰
Falvo Fernández^c 1

El Contrato de Concesión prevé un periodo de transición (en adelante el “**Período de Transición**”) que se desarrolló entre el 22 de abril de 2015 -día siguiente a la publicación del Decreto de adjudicación de la Concesión- y el 30 de septiembre de 2015 -fecha de puesta en servicio de las instalaciones- en el que la Concesionaria debía cumplir con una serie de compromisos y obligaciones que se detallan en la cláusula 1.8.18 de las BALI.

Entre las obligaciones de la Concesionaria durante el Periodo de Transición se encontraban (i) la entrega y corrección de los borradores de las pólizas de responsabilidad civil por daño a terceros y de seguro por catástrofe para la fase de explotación, “*con la anticipación debida para poder entregarlas al MOP en los plazos previstos en los artículos 1.8.7 y 1.8.8¹*”, y (ii) la entrega al MOP de dichas pólizas ya negociadas y corregidas “*en los plazos previstos en los artículos 1.8.7 y 1.8.8*”, esto es, treinta días antes de la fecha prevista para la puesta en servicio de la infraestructura, lo que en la práctica correspondía al 01 de septiembre de 2015; quedando en todo caso la puesta en servicio de la infraestructura condicionada a la aprobación previa de dichas pólizas por parte de la Fiscalía del MOP.

Dada la falta de precisión del Contrato de Concesión respecto del plazo concreto en el que los borradores de pólizas debían ser enviados para cumplir con el (i) anterior, don Raphaël Pourny, Gerente de Administración y Finanzas de la Concesionaria después de conversarlo con la Inspección Fiscal, propuso al MOP, mediante carta de 20 de mayo de 2015², enviar los borradores de pólizas de seguros de responsabilidad civil y de catástrofe el 01 de agosto de 2015, esto es, treinta días corridos antes de la fecha en la que debían enviarse al MOP, lo anterior dando cumplimiento con la *anticipación debida* requerida en el artículo 1.8.18 de las BALI. Esto fue aceptado oralmente e implícitamente por el MOP como consta por el proceso de emisión y aprobación de estas pólizas durante el cual el MOP nunca dio a conocer que dicho plazo fuera insuficiente.

Entre el 01 de agosto y el 01 de septiembre de 2015 la Concesionaria y el MOP intercambiaron numerosas conversaciones y diferentes versiones de los borradores de pólizas, que concluyeron con fecha 01 de septiembre de 2015 con la entrega por parte de la Concesionaria, de los originales de las pólizas contratadas,³ cumpliendo así con las disposiciones de los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI.

Sin embargo, las pólizas estarían vigentes a partir del 01 de octubre de 2015, fecha de inicio de la explotación de las obras y hasta el 30 de septiembre de 2016 en el caso de la póliza de responsabilidad civil, y hasta el 01 de octubre de 2016 en el caso de la de catástrofe,

¹ Los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI establecen que las pólizas deben entregarse A más tardar 30 (treinta) días antes de la fecha indicada en el artículo en **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** letra **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** para la Puesta en Servicio Provisoria de las Instalaciones Existentes para la Puesta en Servicio Provisoria de las Instalaciones Existentes o PSP 1.

² Al respecto ver Carta NP-GAF-NC-RP-2015-014 de 20 de mayo de 2015.

³ Al respecto ver Carta NP-GAF-NC-RP-2015-145.

fechas en la que unas nuevas pólizas o renovaciones de las mismas tendrían que estar vigentes para que no haya ningún momento durante el cual los riesgos no estuvieran asegurados. Si bien las pólizas entraron en vigencia en la fecha señalada anteriormente, no nos consta que hayan recibido a esta fecha la aprobación formal de la Fiscalía del MOP conforme lo requerido en la letra c) de los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI.

Desde el 01 de octubre de 2015 (en adelante “**Puesta en Servicio Provisoria de las Instalaciones Existentes**” o “**PSP1**”) la Concesionaria se encuentra operando el Aeropuerto conforme a los estándares fijados en las BALI, dando cumplimiento a las obligaciones que le son exigibles, a los requerimientos especiales del MOP y, en particular, los requerimientos relacionados con los seguros.

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 c) y 1.8.8 c) de las BALI, y porque habían comportamientos que permitían concluir la intención del Inspector Fiscal de revisar de forma previa los borradores de pólizas y, además, porque nunca constó que las pólizas anteriores hayan recibido la aprobación formal de la Fiscalía del MOP, la Concesionaria entregó a la Inspección Fiscal los borradores de las mismas *para sus comentarios*⁴.

Tal como se dedujo, con fechas 16 y 19 de septiembre de 2016, la Inspección Fiscal solicitó que se aportaran ciertas modificaciones a las pólizas enviadas por la Concesionaria⁵. Como queda claramente establecido en dichas comunicaciones, el MOP sí tenía intención de formular comentarios adicionales a aquellos formulados en 2015 y en ningún momento el MOP indicó en estos oficios a la Concesionaria que el procedimiento que se estaba siguiendo no era el adecuado, o que podría dar lugar a la aplicación de multas.

Hasta el final del mes de septiembre de 2016, al no haber el MOP confirmado la aprobación formal de las pólizas entregadas y ante la inminente expiración de las pólizas existentes, la Concesionaria gestionó con el corredor de seguros la renovación de las mismas, procediendo con fecha 30 de septiembre de 2016 al envío de pólizas originales, junto con las respuestas a las últimas observaciones recibidas de la Inspección Fiscal.⁶

Después de esta renovación de las pólizas, el MOP requirió que se introdujeran modificaciones adicionales a las pólizas hasta el 23 de noviembre de 2016, lo que la Concesionaria cumplió mediante endosos a las mismas⁷.

⁴ Al respecto, ver Carta NP-ADM-NC-JC-2016-787.

⁵ Al respecto, ver Oficio ORD. AMB 1114/16.

⁶ Al respecto, ver Carta NP-ADM-NC-JC-2016-1088.

⁷ Al respecto, ver Oficio ORD. AMB N°1576/16 y Carta NP-ADM-NC-JC-2016-1504 de 14 de diciembre de 2016.

De igual manera que en octubre de 2016, y como es usual en el actuar del MOP, a la fecha de esta presentación todavía no se ha recibido la aprobación formal de la última versión de las pólizas de fecha 14 de diciembre de 2016 por parte de la Fiscalía del MOP.

A nuestra gran sorpresa, el 08 de febrero de 2017, el MOP, mediante inscripción en el Libro de Obras, folios 38, 39 y 40, informó a la Concesionaria que propondría la aplicación de una multa de 2400 UTM, por el retraso de sesenta días en la entrega de la prueba de la renovación de la póliza de seguro de responsabilidad civil por daño a terceros, y (ii) una multa de 2360 UTM, por el retraso de cincuenta y nueve días en la entrega de la prueba de la renovación de la póliza de seguro por catástrofe (en adelante la **“Inscripción en el Libro de Obras”**), es decir más de 222 millones de pesos en multas. En la Inscripción en el Libro de Obras, el MOP alude a un supuesto incumplimiento de la entrega de pólizas originales el 01 de agosto de 2016, más de 6 meses después de haber entregado las pólizas y omitiendo referirse a su propia participación en la conducta que sanciona.

La Concesionaria, sorprendida por el incongruente comportamiento del MOP y escandalizada por el importe de las multas propuestas en comparación de la supuesta falta cometida, formuló sus descargos el 21 de febrero de 2017⁸, haciendo referencia al procedimiento consensuado de modificación y corrección de las pólizas de responsabilidad civil y de catástrofe que llevaron a cabo ambas partes, y que se detalla en los párrafos anteriores.

A pesar de lo anterior, y habiendo transcurrido más de doce meses desde el pretendido incumplimiento, y más de seis meses desde la Inscripción en el Libro de Obras, la Dirección General de Obras Públicas (en adelante **“DGOP”**), mediante Oficio N°3119 de fecha 11 de agosto de 2017, notificado a esta parte el 17 de agosto del año en curso, cursa la sanción propuesta por la Inspección Fiscal.

Más sorprendida y escandalizada aún, la Concesionaria se percató que no solo el DGOP aprueba la imposición de la sanción sino también que aumenta su importe en un 50%, es decir más de 330 millones de pesos, aludiendo a una supuesta falta de diligencia y a la omisión de acciones de mitigación de la Concesionaria respecto del retraso en la presentación de los elementos probatorios requeridos por las BALI para la renovación de las pólizas de responsabilidad civil y de seguro por catástrofe en agosto de 2016.

La controversia materia de este arbitraje tiene por lo tanto su origen en las diferencias surgidas respecto de la procedencia de la aplicación de la sanción de multa impuesta por el MOP a la Concesionaria con fecha 11 de agosto de 2017 mediante la resolución 1134/2017, por un total de 7.140 UTM o 333.388.020 pesos chilenos⁹, por el retraso en la

⁸ Al respecto, ver Carta NP NP-ADM-NC-JC-BL-2017-279.

⁹ Calculado a partir del valor de la UTM para septiembre 2017 publicado en www.sii.cl, a saber, 46.693 \$CLP.

entrega de los antecedentes necesarios para la acreditación de la renovación y pago de las pólizas de seguro de responsabilidad civil por daños a terceros y de catástrofe para la Fase de Explotación de esta Concesión, conforme a lo que establece y ordena la letra c) de los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI, tanto en lo que respecta al procedimiento como a sus fundamentos.

Como lo podrá apreciar esta H. Comisión Arbitral, la sanción de multa de 7140 UTM es totalmente improcedente, injustificada, desproporcionada, cuantiosa y confiscatoria, y su decisión carece de objetividad, toda vez que su aplicación se encuentra prescrita por haber transcurrido más de seis meses desde la comisión de la presunta infracción, y porque el MOP vulneró el principio general de la buena fe, abusó de su poder sancionatorio y omitió considerar que las multas establecidas en las BALI tienen un propósito esencialmente preventivo y no sancionador, fundamentos que se detallan a lo largo de este escrito.

II. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

1. Naturaleza del contrato de concesión de obra pública

De acuerdo a lo que establece la doctrina nacional, el contrato de concesión de obras públicas es un **contrato administrativo** celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y un particular concesionario, en virtud del cual este último asume, a su cuenta y riesgo, la ejecución, reparación o conservación de una obra pública fiscal, a cambio del derecho a explotar dicha obra y a obtener la tarifa o peaje pactados, dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el Decreto Supremo de adjudicación.

Su naturaleza jurídica es contractual, al ser un contrato administrativo y presentar características similares -pero no iguales- a las clasificaciones realizadas por el derecho común; y administrativo, regido por el derecho público. En efecto, el contrato de concesión de obra pública encuentra sus fundamentos en el derecho administrativo, el que tiene por objeto **el interés público y el principio de servicialidad del Estado**. Ello radica al incorporar, dicha rama del Derecho, los contenidos del artículo 1 inciso cuarto y artículo 5 de la Constitución Política de la República, manifestándolo a través del artículo 3 inciso primero de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE): **el Estado y la Administración del Estado están al servicio de la persona humana y sus finalidades es promover el bien común**.

Así las cosas, la causa del contrato de concesión de obra pública está dada por la satisfacción eficiente del interés público existente en la construcción, conservación y explotación de la obra pública concesionada, el cual no constituye sino la forma particular y concreta que asume en este contrato; y la finalidad objetiva de promoción del bien común

impuesta por el principio de servicialidad, aunando las voluntades de la Administración y del concesionario en torno a este interés público.

1.1. Principio de preeminencia de la Administración

Uno de los principios de los contratos administrativos es la preeminencia de la Administración. En efecto, la Administración cuando contrata, no se encuentra en una situación de igualdad frente a su contratante: mientras este satisface su interés particular, la Administración satisface el interés general. Además, los resultados de la ejecución de un contrato son de suma importancia para la Administración, razón por la cual ella cuenta con un conjunto de potestades para asegurar su cumplimiento, cuales son: de dirección, control y sanción, interpretación, modificación y término unilateral del contrato.

De igual manera lo señala la doctrina: la Administración cuenta con una serie de facultades o prerrogativas que el concesionario no detenta, lo que hace que en el contrato de concesión de obra pública haya una desigualdad entre las partes en razón de los propósitos que cada uno persigue, pues el fin público o interés colectivo se antepone al fin económico del privado.

La causa de estas prerrogativas, nace para la Administración no solo del hecho de exigir el cumplimiento de las obligaciones que le ha impuesto al privado a través de los contratos administrativos, -o, particularmente, en los contratos de concesiones de obras públicas-, sino también por el interés público que está comprometido y por el cual debe velar. En consecuencia, una de las prerrogativas que detenta es el **poder de dirección, control (fiscalización) y sanción**.

En relación al poder de dirección, la Administración tiene por objetivo que el contrato logre el fin público convenido, que el contrato se cumpla de la manera convenida y que se cumpla de la manera más coherente y conducente al interés colectivo. Para que esto se lleve a cabo, la Administración cuenta con el poder de fiscalización, el que le permite controlar de manera inmediata y directa el cumplimiento del contrato, en sus aspectos materiales, técnicos, comerciales y financieros; además, este control puede tener distintas modalidades, según lo estipulen las bases de licitación y el contrato, lo que se manifiesta a través de un funcionario denominado Inspector Fiscal.

Respecto al poder de sanción (o sancionatorio), tiene su justificación en la necesidad de asegurar el cumplimiento de lo pactado. De esta manera, **las sanciones en los contratos de concesiones de obras públicas tratan de sanciones administrativas**, que se manifiestan mediante **la imposición de multas de carácter disciplinario**. Así lo manifiesta el profesor y actual Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, don Claudio Moraga Klener, en su libro "Contratación Administrativa", en cuanto *"El poder para establecer un régimen sancionatorio contractual es de naturaleza potestativa y de ejercicio*

supraordenador de la Administración: la sanción se establece porque la ley así lo permite y se determina su tipo según la sola voluntad de ella, sin intervención del co-contratante privado.”

1.2. Principio de la buena fe

La buena fe es otro de los principios rectores de los contratos administrativos. Es más, la buena fe es un principio general del Derecho y, por lo tanto, aplicable a cualquier rama de este, sin necesidad de consagración legal expresa. En efecto, como lo ha señalado la doctrina, el principio de la buena fe se refiere a actuar de manera leal y correcta en el mundo jurídico, preservándose en su virtud las situaciones jurídicas aparentes y dando mérito de protección para un error excusable.

Como bien sabemos, la buena fe puede ser objetiva o subjetiva, consistiendo esta última en la convicción interna o psicológica de encontrarse el sujeto en una situación jurídica regular, aunque objetivamente no sea así. Su base normativa, aun cuando sea aplicable como principio general para todas las ramas del Derecho, la encontramos en el artículo 706 del Código Civil y, según el artículo 707 del mismo cuerpo legal, la buena fe se presume y la mala fe debe probarse. Por su parte, la buena fe objetiva es una regla de comportamiento entre los contratantes, por la cual se les impone el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso posteriores a la terminación del contrato.

En este sentido, ejecutar los contratos de buena fe, implica que ellos obligan no solo a lo que en sus cláusulas se expresa, sino a todas aquellas cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación. Involucra el hecho de que el contenido del contrato no está solo en su letra o en las posibilidades de interpretación, sino que importa, además, las consecuencias que la equidad y el uso le dan según su naturaleza.

En virtud de este principio, se desprende que del contrato de concesión de obra pública emana la obligación para ambos contratantes -Administración y concesionario- de lograr la realización de la finalidad del contrato, satisfacer el interés general, aportando cada uno de ellos los máximos esfuerzos y diligencias en su ejecución.

2. Obligaciones de la Concesionaria en materia de seguros para la Fase de Explotación de la Concesión

Una vez que ya nos hemos referido a la especial naturaleza del contrato que lía a la Concesionaria con el MOP, pasaremos a analizar las obligaciones de la Concesionaria en materia de cobertura de riesgos.

El artículo 36 del Reglamento de la Ley de Concesiones, establece que la Concesionaria deberá tomar pólizas de seguro que cubran la responsabilidad civil por daños a terceros y los riesgos catastróficos que puedan ocurrir durante el periodo de concesión, según los plazos, forma, condiciones, modalidades y procedimiento de aprobación que establezca el contrato de concesión.

El Contrato de Concesión, por su parte, regula dichas condiciones en los artículos 1.8.7 y 1.8.8, estableciendo la necesidad de contar con ciertas pólizas para las fases de construcción y de explotación. A continuación, nos detendremos en los requerimientos específicos a las pólizas relativas a la Fase de Explotación, objeto de la sanción en comento.

Para la Fase de Explotación, la Concesionaria deberá contratar y mantener durante toda la duración de la Concesión:

- un seguro de responsabilidad civil por daños a terceros a favor del MOP y de la Concesionaria que cubra la responsabilidad civil por un monto mínimo de 680.000 UF, con un deducible máximo del 2%; y
- un seguro por catástrofe, que cubra los riesgos catastróficos por un monto equivalente al valor total de la obra concesionada incluyendo la infraestructura preexistente comprendida en el Contrato de Concesión, con un deducible máximo del 2% (dos por ciento) por evento del total del monto asegurado.

Ambas pólizas debían ser entregadas al Inspector Fiscal 30 días antes de la Puesta en Servicio Provisionaria de las Instalaciones Existentes el 01 de octubre de 2015, con las adecuaciones que hubieran sido requeridas por el MOP durante el Período de Transición. Por su parte el Inspector Fiscal tiene la facultad de rechazar la o las pólizas si estas no cumplen los requisitos mínimos que aseguren una efectiva cobertura de riesgos de responsabilidad civil. De hecho, sin la aprobación de las pólizas por parte de la Fiscalía del MOP, la Puesta en Servicio de las Instalaciones Existentes, y cualquier puesta en servicio posterior no puede tener lugar.

En el caso de que las pólizas de responsabilidad civil y de catástrofe para la fase de explotación se hubieran contratado con forma anual o en períodos mayores, se debe acreditar su renovación y el pago de las mismas mediante la entrega de los antecedentes respectivos a más tardar 60 días antes de su expiración, so pena de la aplicación de una multa de entre 40 y 60 UTM por día o fracción de día de retraso.

Además, antes de cada uno de los hitos futuros que acontezcan en la Concesión, la Concesionaria debe incluir el o los endosos que incorporen dentro de la cobertura de estas pólizas, las obras, servicios y actividades respectivos.

III. IMPROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN A LA CONCESIONARIA

3.1. Vulneración al principio de la buena fe por parte del MOP

Como lo podrá apreciar esta H. Comisión Arbitral, la sanción aplicada a mi representada como consecuencia de la supuesta infracción a lo que dispone la letra c) de los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI, por hipotéticamente no acreditar la renovación y el pago de los seguros de explotación de responsabilidad civil por daños a terceros y de catástrofe mediante la entrega de los antecedentes respectivos a más tardar 60 días antes de la expiración de las anteriores, es totalmente improcedente e injustificada y concluye con la vulneración al principio de la buena fe por parte del MOP, por los motivos siguientes:

- a) Como se indicó anteriormente existían comportamiento de parte de la Inspección Fiscal, que permitían concluir **que el Inspector Fiscal requería previamente revisar los borradores de pólizas**, aun no tratándose del Período de Transición y aun tratándose de renovación de pólizas.

La prueba de esto se observa:

- (i) en la aceptación realizada por la Inspección Fiscal, luego de conversarlo con don Raphaël Pourny, Gerente de Administración y Finanzas de la Concesionaria, de que esta parte enviara previamente borradores de pólizas de seguros de responsabilidad civil y de seguro por catástrofe. Esto ocurrió dado el proceso de emisión y aprobación de las primeras pólizas, período durante el cual el MOP nunca dio a conocer que dicho plazo fuera insuficiente.
- (ii) en la carta de envío de las pólizas NP-GAF-NC-RP-2015-145, en la que la Concesionaria indica no haber comprendido una de las observaciones realizadas por el MOP, a lo que no se recibió respuesta, procediendo la Concesionaria a contratar las pólizas en el estado en que se encontraban;
- (iii) en el hecho de que nunca existió aprobación por parte del MOP de las pólizas enviadas el 30 de septiembre de 2015; y
- (iv) en la circunstancia de que, una vez entregados los proyectos de pólizas el 02 de agosto de 2016, el MOP, conforme se había conversado con la Inspección Fiscal, le hizo reparos y solicitudes de modificaciones que continuaron hasta diciembre de 2016, una vez que ya se encontraban contratadas las renovaciones en el momento en el cual es imprescindible dicha renovación, es decir antes de expirar las pólizas anteriores.

Es más, de haberse fijado el contenido de las pólizas durante el Periodo de Transición -que según el MOP es el único momento en el que se podían incluir

correcciones a las pólizas- no se hubieran generado cinco meses de comentarios y de versiones de las pólizas de responsabilidad civil y de seguro por catástrofe.

Lo anterior es manifestado en nuestros descargos en carta NP-ADM-NC-JC-BL-2017-279 de 21 de febrero de 2017, luego de la anotación en el Libro de Obras de parte del Inspector Fiscal con fecha 08 de febrero del año en curso, sobre su propuesta de multas por el presunto incumplimiento que nos imputa.

En efecto, y como se puede apreciar, esta parte al considerar tales hechos que permitieron deducir que el Inspector Fiscal requería revisar, primero, propuestas o borradores de pólizas, aun cuando no se estuviera dentro del Periodo de Transición, obró de buena fe, lo que no ocurrió con la Inspección Fiscal, pues no se comportó correcta y lealmente, ya que, de apreciar que estábamos en infracción de la norma por no cumplir a cabalidad lo expresado, debió inmediatamente informarlo o por lo menos en los primeros comentarios recibidos a la pólizas con fecha 16 y 19 de septiembre de 2016, cuestión que nunca hizo, sino más de seis meses después una vez que anotara la propuesta de multas al DGOP en el Libro de Obras.

- b) Por otro lado, aunque no se efectuara la entrega de los antecedentes respectivos para la renovación y pago de las pólizas anteriores, antes de 60 días de su expiración, esta parte estaba haciendo los trámites conducentes a ello y **el MOP siempre estuvo en conocimiento**. Desatenderlos y, después de más de seis meses del hecho, proponerle al DGOP la aplicación de una multa de 4760UTM, la que aumentó en un 50% a 7140UTM, por así estimarlo el DGOP, y aplicarla transcurrido más de un año desde la presunta infracción, es absolutamente contrario al principio de la buena fe.
- c) La conducta de la Concesionaria ha sido prudente, diligente, consecuente con la relevancia del asunto, y con el propio actuar del MOP, y perseguía un objetivo claro que era la adecuación de las condiciones de cobertura de las pólizas y su entrada en vigor antes del 30 de septiembre de 2016, fecha en la cual caducaban las anteriores para garantizar que las obras no se quedarán ni un día sin estar cubiertas por ambos seguros. La Concesionaria, a diferencia del MOP, sí actuó de buena fe y en aras del buen funcionamiento de la Concesión. Y el MOP con su comportamiento posterior ratificó la conducta de la Concesionaria, al solicitar que se hicieran correcciones, como demuestran los documentos que se acompañan. Perfectamente la Concesionaria podría haber renovado las pólizas vigentes, sin más indicación o corrección al respecto, evitándose así dos meses de trabajo y de coordinación con el corredor, las compañías de seguros y el MOP para implementar cada cambio requerido por la autoridad. **No existía por lo tanto ningún beneficio ni ventaja para la Concesionaria en enviar borradores de las pólizas en lugar**

de proceder a la renovación de las mismas, pues el trámite podía haberse realizado en cualquier momento.

- d) Además, si se considera la finalidad de la norma (contratar seguros para cubrir la responsabilidad civil y los riesgos catastróficos¹⁰), **esta parte cumplió cabalmente con el único objetivo importante de los artículos 1.8.7 y 1.8.8.**, al entregar en original la renovación y pago de las pólizas antes de la fecha de expiración de las anteriores. En cualquier caso, e independientemente de que se considere acreditada la renovación de las pólizas 60 días antes de su fecha de vencimiento, las pólizas existentes se iban a mantener en vigor hasta el 30 de septiembre de 2016. La acreditación de la renovación de las pólizas **no es sino un mero trámite administrativo de prueba del cumplimiento de una obligación futura que es la que realmente importa**, a saber, que la Concesionaria disponga de seguros suficientes para cubrir las responsabilidades que pudieran originarse por perjuicios causados a terceros durante la explotación de la obra pública fiscal. En este sentido, **la Concesionaria ha mantenido indiscutiblemente en vigor en todo momento, los seguros suficientes para cubrir tales riesgos.** Por ello no se entiende que se castigue a la Concesionaria por este hecho, y aún menos que el DGOP decida aumentar en un 50% el monto de éste, que dista ampliamente del monto que le fue propuesto por la Inspección Fiscal.

En otras palabras, si estimamos que esta Concesionaria no cumplió con la entrega de las “pólizas originales” para la renovación y pago de las anteriores en el plazo de 60 días previos a la expiración, no obstante, sí las entregó antes del vencimiento de las otras, de modo que la sanción es improcedente e injustificada, ya que:

- (i) Con la entrega de las pólizas originales antes del plazo de vencimiento, aun el 30 de septiembre de 2016, cumplimos la finalidad de la norma: que en todo el tiempo que dure la Concesión existan seguros de responsabilidad civil y de catástrofe y que estos se mantengan vigentes por todo dicho período.
- (ii) Con la entrega de las pólizas originales, aun el 30 de septiembre de 2016 y no antes de 60 días previos a la expiración de las anteriores, cumplimos el propósito de las multas que se estipulan: prevenir períodos sin la existencia de pólizas o que no se encuentren vigentes. De ahí que las sanciones del Contrato de Concesión, tienen un carácter esencialmente preventivo y no sancionador.

¹⁰ Cubrir la responsabilidad civil durante la explotación y hasta el fin de la concesión y las eventuales indemnizaciones que el MOP y/o el concesionario se encontrasen obligados a pagar por daños que, con motivo de las actividades de explotación de las obras, sufran terceros en sus bienes y/o en sus personas y que hubiesen acontecido dentro del Área de Concesión o en su vecindad inmediata, y que cubran los riesgos catastróficos durante la explotación de las obras, incluyendo disturbios populares y actos maliciosos.

- (iii) Finalmente, si estimáramos que hubo retraso de esta parte en la entrega de las “pólizas originales”, como lo sustenta el DGOP, este retraso no ha causado daño alguno al MOP, ni al interés público, ni al bienestar común de las personas, ni a los usuarios, finalidades que establece y persigue el Contrato de Concesión de cualquier obra pública fiscal.

Pues bien, teniendo en consideración la finalidad de los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI, que las sanciones en el Contrato de Concesión son esencialmente preventivas y no sancionadoras y que, con el presunto retraso en la entrega de “pólizas originales”, no se ha causado perjuicio alguno al MOP, ni al interés público, ni al bienestar común de los usuarios de este Aeropuerto, la aplicación de las multas carece de fundamento y es contraria a la buena fe que emana de la esencia del Contrato de Concesión del Aeropuerto. Al contrario, al aportarse correcciones adicionales a las pólizas se responsabiliza civil y catástrofe, la Concesionaria mejoró la calidad de las coberturas existentes.

- e) Finalmente, y continuando con el hipotético caso en que esta parte hubiese incumplido ciertas disposiciones, lo cierto es que **el MOP jamás informó a la Concesionaria que el procedimiento que estaba realizando -entrega de proyecto de pólizas- consistía en un incumplimiento y pudiera generar la imposición de multas.**

Es más, y como se dijo anteriormente, la Inspección Fiscal, una vez recibido el proyecto de pólizas, **realizó comentarios y solicitó modificaciones** varias veces a los borradores entregados, sin indicar primera y prontamente que, según su interpretación de las BALI, ello podría generar la aplicación de multas.

De informar el mismo día de la entrega del proyecto de pólizas o, al menos, dentro de los siguientes días, que se nos sancionaría, esta parte hubiera entregado los originales de las nuevas pólizas prontamente, aun con cláusulas no aprobadas por el MOP.

Es más, de realizar sus observaciones dentro de un plazo muchísimo menor al que se tomó para efectuarlas, esta parte hubiera entregado las pólizas originales bastante antes del 30 de septiembre de 2016, ahorrándose días de supuesto incumplimiento y, por ende, eventualmente no hubiera pagado multa o la multa hubiera sido exuberantemente menor a la que se nos cursó el pasado 11 de agosto de 2017.

Por añadidura, luego de haber transcurrido más de seis meses desde la supuesta infracción a las BALI, recién el 8 de febrero de 2017 la Inspección Fiscal nos informa que propondrá al DGOP de la imposición de una sanción de multa por 4760 UTM;

y, tras más de doce meses desde tal supuesto incumplimiento, se nos aplicó la sanción aumentada en un 50%, ascendiendo el importe a 7140UTM.

3.2. Además de vulnerar el principio de buena fe, el MOP faltó a sus obligaciones

3.2.1. El Inspector Fiscal no cumplió con las obligaciones de fiscalización que le imponen la Ley y el Contrato de Concesión

De acuerdo con los artículos 40 de la Ley de Concesiones y 1.8.1 de las BALI, el Inspector Fiscal es el profesional funcionario encargado de velar por el cumplimiento del Contrato de Concesión. Su tarea consiste por lo tanto en el despliegue diligente y correcto de los medios y comportamientos idóneos para lograr el cumplimiento del Contrato de Concesión.

Para ello, tanto la Ley de Concesiones como el Contrato de Concesión, le atribuyen ciertas funciones, entre las que se encuentran:

- i. La fiscalización del cumplimiento de los aspectos jurídicos, contables y administrativos y, en general, de cualquier otro que emane de los documentos del Contrato¹¹;
- ii. La emisión de órdenes e instrucciones para el cumplimiento del Contrato de Concesión¹²;
- iii. Realizar los análisis pertinentes de los antecedentes que debe entregar la Sociedad Concesionaria¹³;
- iv. Proponer al DGOP la aplicación de multas que correspondan, en virtud del Contrato de Concesión¹⁴;

Dichas tareas son, según la Contraloría General de la República¹⁵, las tareas “*que a lo menos debe cumplir el inspector fiscal*”; y “*que no puede dejar de cumplir el inspector fiscal durante la explotación*”.

Además, las actuaciones del Inspector Fiscal se encuentran regidas de forma supletoria por las disposiciones de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, que establece que en la dictación de cualquier acto administrativo deben observarse los principios de: celeridad, principio conclusivo, principio de economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, escrituración, gratuidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad.

¹¹ Artículos 40 j) de la Ley de Concesiones y 1.8.1 k) de las BALI.

¹² Artículos 40 m) de la Ley de Concesiones y 1.8.1 o) de las BALI.

¹³ Artículo 1.8.1 c) de las BALI.

¹⁴ Artículos 40 i) de la Ley de Concesiones y 1.8.1 j) de las BALI.

¹⁵ Dictamen N°5.575 de 16 de febrero de 2000.

Es decir, que el Inspector Fiscal, tiene como labor principal una obligación de medios, cuyo fin último es el cumplimiento del Contrato de Concesión. Tanto la Ley de Concesiones como el propio Contrato de Concesión le otorgan las herramientas necesarias para cumplir con dicho fin a cabalidad, mediante el ejercicio de todas aquellas labores de fiscalización que fueran requeridas para tal fin, y que son además de obligado cumplimiento.

Al tratarse de una obligación de medios, el cumplimiento se produce cuando el deudor -en este caso el Inspector Fiscal- ha actuado con la diligencia debida en la ejecución de la actividad encomendada. Y la potestad sancionadora de la Administración debe cumplir con fines preventivos, siempre con el objetivo de precaver posibles perjuicios a la satisfacción del interés general que persigue el Contrato de Concesión.

Tan solo en el contexto que nos ocupa, el MOP ha actuado de forma negligente, faltando en diversas ocasiones a sus obligaciones contractuales y legales: en primer lugar, cuando la Fiscalía del MOP no aprueba formalmente el contenido de las pólizas, ni previamente a la Puesta en Servicio de las Instalaciones Existentes ni en el momento de su renovación en 2016, y, en segundo lugar, cuando el 01 de agosto de 2016 el Inspector Fiscal no exigió el cumplimiento de la obligación que ahora pretende incumplida.

3.2.2. La Concesionaria nunca recibió la aprobación formal de las pólizas de responsabilidad civil y de seguro por catástrofe de la Fiscalía del MOP

De la lectura de los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI que venimos comentando desde el inicio de esta presentación, se desprende que el MOP, a través de su Fiscalía, debía aprobar el contenido de las pólizas de responsabilidad civil y de seguro por catástrofe contratadas por la Concesionaria para la Fase de Explotación.

Así se entiende del antepenúltimo párrafo del numeral c) del artículo 1.8.7, que establece que: *“En todo caso, la Sociedad Concesionaria no podrá iniciar la construcción de las obras ni solicitar la Puesta en Servicio Provisoria de las obras, mientras no estén aprobadas por la Fiscalía del MOP las respectivas pólizas de Seguro de Responsabilidad Civil por Daños a Terceros. El Inspector Fiscal podrá rechazar la o las pólizas si ésta(s) no cumple(n) los requisitos mínimos que aseguren una efectiva cobertura de riesgos de responsabilidad civil.”* E igualmente del antepenúltimo párrafo del numeral c) del artículo 1.8.8, que de forma idéntica establece que: *“En todo caso, la Sociedad Concesionaria no podrá iniciar la construcción de las obras ni solicitar la Puesta en Servicio Provisoria de las obras, mientras no estén aprobadas por la Fiscalía del MOP las respectivas pólizas de Seguro por Catástrofe. El Inspector Fiscal podrá rechazar la o las pólizas si ésta(s) no cumple(n) los requisitos mínimos que aseguren una efectiva cobertura de riesgos por catástrofe.”*

Pues bien, exponiendo a la Concesionaria a consecuencias extremadamente graves para la Concesión, el MOP incumple sus obligaciones e incurre en evidentes incoherencias, pues claramente la Puesta en Servicio de las Instalaciones Existentes tuvo lugar a pesar de no haberse recibido la aprobación formal de las pólizas de responsabilidad civil y de seguro por catástrofe de explotación.

Esto, H. Comisión Arbitral, no es un hecho aislado, sino que es la tónica general bajo la cual ha venido desarrollándose el Contrato de Concesión desde su inicio. Sirva de ejemplo para sustentar esta afirmación que no es banal, el hecho de que a la fecha de esta presentación y solo durante el curso del año 2017, hay más de 70 cartas de la Concesionaria que no han recibido respuesta por parte del MOP, entre las que se encuentran proyectos y propuestas de mejora del servicio a los usuarios que el MOP ha tenido a bien ignorar.

De ahí el estupor de esta Concesionaria, a la que se le acusa infundadamente de falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones¹⁶, cuando la propia entidad a cargo de fiscalizar el cumplimiento del Contrato de Concesión no solo no cumple con su obligación de fiscalizar, sino que con su comportamiento negligente provoca distorsiones en la normal ejecución del Contrato de Concesión.

3.2.3. El Inspector Fiscal nunca instruyó a la Concesionaria al cumplimiento de sus obligaciones

Ya hemos desarrollado latamente la falta de buena fe del MOP al instigar la modificación de las pólizas de responsabilidad civil y de seguro por catástrofe para posteriormente condenar dicha conducta y alegar la existencia de un supuesto incumplimiento de la Concesionaria. Pero dicho actuar del MOP encierra una muestra más de la falta de diligencia de la que ha hecho prueba en el desarrollo del presente caso, pues en clara infracción de las obligaciones que los artículos 40 m) de la Ley de Concesiones y 1.8.1 o) de las BALI le imponen, **el Inspector Fiscal nunca exigió a la Concesionaria el cumplimiento de sus obligaciones.**

La propia Contraloría General de la República ha señalado en numerosas ocasiones que la falta de exigencia oportuna del cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato de concesión de obra pública es un incumplimiento de las prerrogativas de la Administración¹⁷.

También las Comisiones Arbitrales se han pronunciado sobre la forma en la que los inspectores fiscales deben ejercer sus obligaciones ante un supuesto incumplimiento

¹⁶ Resolución Exenta N°3119 de 11 de agosto de 2017, considerando N°16.

¹⁷ Dictamen N°23.607 de 28 de junio de 2017.

de una sociedad concesionaria estableciendo que *“se sugiere al ministerio que en el futuro las actuaciones del Inspector fiscal no sólo deben ser apegadas a la letra del contrato sino que además contribuyan a la correcta ejecución del mismo, por lo cual se recomienda que se ponga en conocimiento de la sociedad concesionaria cualquier incumplimiento para que sea solucionado antes de la imposición de una multa.”*¹⁸

Sin embargo, y a pesar de todo lo anterior, en ningún momento el MOP objetó el proceder de la Concesionaria o instó a la Concesionaria a cumplir con la entrega de la prueba de la renovación y pago de las pólizas de responsabilidad civil y de seguro por catástrofe, o indicó a la Concesionaria que esta se encontraría en mora desde el 01 de agosto de 2016.

Es más, el MOP, a través del Inspector Fiscal, promovió, aceptó y participó activamente en el procedimiento de negociación de los borradores de pólizas de responsabilidad civil y de seguro por catástrofe, procedimiento a todas luces incompatible con la acreditación de la renovación de estas pólizas dentro del plazo de 60 días previos a la fecha de su expiración, vulnerando así, como ya hemos indicado, el principio de buena fe que debe regir las actuaciones de la Administración. Recuento de lo anterior son los intercambios sostenidos entre el 02 de agosto de 2016 y el 14 de diciembre de 2016 entre la Concesionaria y el MOP, proponiendo e implementando modificaciones a las pólizas de responsabilidad civil y de seguro por catástrofe, incluso una vez renovadas las pólizas anteriores.

Se contradice el MOP cuando en la propia Resolución DGOP N° 3119 de 11 de agosto de este año, mediante la cual aplica las multas, indica en el séptimo considerando el haber participado en la negociación de las mismas en 2016 (el Periodo de Transición finalizó en octubre de 2015), realizando comentarios a los borradores recibidos, al establecer *“Que en el oficio de propuesta de multas y en su informe emitido por oficio Ord. N°1049 de 27 de julio de 2017”*¹⁹, el Inspector Fiscal señala que la concesionaria estuvo en conocimiento que las pólizas de seguros de explotación no debían ser presentadas como borradores y debía acreditarse su renovación y pago acompañando los originales de las pólizas, atendido a que se le comunicó al realizarse las observaciones a dichos documentos” (Transcripción de lo señalado por DGOP en Resolución N° 3119), para posteriormente, en el décimo considerando afirmar categóricamente que, tan solo durante el Periodo de Transición procedía modificar el contenido de las pólizas de responsabilidad civil y de seguro por catástrofe.

Si esto fuera así, entonces el MOP, en el marco de su obligación de emitir instrucciones para el cumplimiento del Contrato de Concesión, debería haber rechazado

¹⁸ Ruta 5 Tramo Santiago Los Vilos, 14 de agosto de 2002.

¹⁹ Este oficio no fue comunicado a la Concesionaria.

derechamente la negociación de las pólizas con la Concesionaria, indicando, desde la primera comunicación de fecha 02 de agosto de 2016, en la que la Concesionaria le entregó un borrador de las mismas, que lo procedente era entregar la prueba de la renovación de las pólizas de responsabilidad civil y de seguro por catástrofe, y que de tal hecho podría derivarse un incumplimiento al Contrato de Concesión y la aplicación de la sanción administrativa correspondiente.

Contrariamente a lo que indica en el séptimo considerando de la Resolución, **el MOP nunca informó de que no debían entregarse borradores de las pólizas de responsabilidad civil y de seguro por catástrofe**, como fácilmente puede observarse de la mera lectura de los antecedentes que acompañan esta presentación. Al contrario, la conducta del MOP dio a entender a la Concesionaria que su actuación se ajustaba al Contrato de Concesión.

Por eso sorprende que el MOP pretenda ahora sancionar una conducta de la Concesionaria que había conocido y aceptado y de la que había participado activamente, y, todavía peor, que se pretenda aplicar injustificadamente el monto máximo permitido en las BALI para un incumplimiento que no es tal.

De tal comportamiento solo puede deducirse que, o bien el Inspector Fiscal no consideró la existencia de un incumplimiento del Contrato de Concesión el 02 de agosto de 2016, cuando recibió borradores de las pólizas de responsabilidad civil y de seguro por catástrofe, o bien, considerando que existía un incumplimiento, el mismo Inspector Fiscal infringió las obligaciones que la Ley y el Contrato de Concesión le imponen al no instruir a la Concesionaria a cumplir sus obligaciones y al no respetar los principios legales que rigen el procedimiento administrativo.

En cualquiera de los dos supuestos la aplicación de las multas resulta improcedente, y entrega una vez más prueba de la falta de diligencia y de la negligencia del MOP, que, con la infracción de sus propias obligaciones contractuales y legales provoca un hecho que luego califica de incumplimiento de la Concesionaria. Por ello H. Comisión Arbitral, es necesario que se anule la aplicación de la sanción y que se inste al Inspector Fiscal al cumplimiento diligente de sus obligaciones en el futuro.

3.3. El MOP no cumplió con lo establecido en el artículo 87 del Reglamento de la Ley de Concesiones

El MOP se ha desentendido del cumplimiento del artículo 87 del D.S. MOP N° 956 de 1997, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas (en adelante el “**Reglamento de la Ley de Concesiones**” o el “**Reglamento**”) en el procedimiento de aplicación de la sanción, a pesar de que el Reglamento forma parte integrante de las

BALI, como se indica en su art. 1.2.1, y es, por lo tanto, fuente de obligaciones para las partes.

El Reglamento en su artículo 87 establece que el MOP deberá solicitar la intervención previa de la Comisión Conciliadora cuando proceda la aplicación de una multa igual o superior a 500 UTM; Es de conocimiento público que la figura de la Comisión Conciliadora fue modificada por la Ley 20.410, de Concesiones, que despachó sus funciones entre el Panel Técnico de Concesiones y la Comisión Arbitral.

Si bien la Ley 20.410 modificó el texto de la Ley de Concesiones y del Reglamento en diversas materias y específicamente en lo que compete al mecanismo de resolución de controversias, ciertas disposiciones relativas a las Comisiones Conciliadoras -entre ellas el artículo 87 del Reglamento- no fueron enmendadas ni derogadas y se encuentran por lo tanto vigentes y plenamente aplicables.

No puede considerarse que las disposiciones del Reglamento que hacen referencia a la Comisión Conciliadora se mantuvieron en el texto del Reglamento para perdurar su aplicación a las Concesiones regidas por la normativa anterior, pues, con la reforma introducida por la Ley N° 20.410 del año 2010 se genera una regulación distinta para las concesiones cuyos contratos fueron suscritos con anterioridad a la misma, en comparación con aquellos contratos que se celebraron con posterioridad. Si la voluntad del legislador hubiera sido suprimir las disposiciones del Reglamento que hacen referencia a la Comisión Conciliadora, se hubiera procedido de esta manera en 2010 cuando se introdujo la modificación mediante la Ley 20.410.

Al contrario, del examen de la historia de la Ley de Concesiones se desprende que la voluntad del legislador siempre fue la sustitución del término “Comisión Conciliadora” por “Comisión Arbitral” en los artículos de la Ley de Concesiones relativos a la resolución de controversias, materia que se encuentra fuera del perímetro que esta misma Ley de Concesiones le otorga en el artículo 10 al Panel Técnico de Concesiones²⁰.

En definitiva, el artículo 87 del Reglamento de la Ley de Concesiones no fue derogado ni modificado, y sigue plenamente en vigor y aplicable, y el MOP no puede pretender no tomarlo en cuenta en la formulación de los procedimientos administrativos que emanen de esta institución.

Tampoco procede excluir la aplicación del artículo 87 del Reglamento en razón de la existencia de la sanción compuesta, no de una, sino de 119 multas, por cuanto la

²⁰ Ver, por ejemplo, Oficio Ley a S.E. La Presidenta de la República N° 1.001/SEC/09 de 02 de diciembre, 2009.

infracción acusada es un hecho único, o a lo sumo, dos hechos independientes, si consideramos los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI. Así lo ha confirmado la Comisión Arbitral de la obra pública fiscal denominada “Terminal de Pasajeros Aeropuerto Chacalluta de Arica” en sentencia arbitral de 21 de abril de 2012, en respuesta al reclamo interpuesto por la concesionaria contra el Ministerio de Obras Públicas por la aplicación de 65 multas de 450 Unidades Tributarias Mensuales cada una por el atraso de 65 días en el pago anual de administración y control del contrato de concesión. La comisión estimó que *“así como existen delitos continuados en que el delito es uno solo, pero en él su ejecución se extiende en el tiempo”, “la situación en análisis alude a una infracción continuada, que mientras no cesa continúa siendo la misma infracción”*.

Recordemos que la Comisión Conciliadora, ahora Comisión Arbitral para nuestra concesión, fue concebida en la Ley de Concesiones como un mecanismo de protección del concesionario frente al Estado, reduciendo ciertas potestades discrecionales de este último, entre las que se encuentra la aplicación de multas desorbitadas sin un pronunciamiento previo. Obviar por lo tanto la aplicación del artículo 87 del Reglamento no solo es ilegal, sino también significa privar al Concesionario de una protección legítima.

3.4. El incremento en un 50% de la sanción de multa, ya desproporcionada, es improcedente y arbitrario

Como ya hemos explicado previamente, la Resolución N°3119 de 11 de agosto de 2017 del DGOP que aplica una sanción a la Concesionaria, previa propuesta del Inspector Fiscal, modifica el monto de las multas para, en lugar de aplicar el mínimo unitario de 40 UTM previsto en el artículo 1.8.5.1-Tabla 2 c) de las BALI, aplicar el máximo de 60 UTM allí indicado. Este cambio sorpresivo supone un incremento en el monto a pagar por la Concesionaria, en 111.129.340 pesos chilenos²¹, que el DGOP y el MOP intentan pobremente justificar, resultando de ello un ejercicio de arbitrariedad por su parte, que desarrollaremos a continuación.

3.4.1. No concurren todos los requisitos que establece el art. 1.8.5.2 BALI para la aplicación de la multa máxima

El Contrato de Concesión define las condiciones de fondo y de forma que debe cumplir el procedimiento aplicable a la imposición de una multa por parte del MOP, estableciendo, en su artículo 1.8.5.2 que:

²¹ Calculado a partir del valor de la UTM para septiembre 2017 publicado en www.sii.cl, a saber, 46.693 \$CLP.

*“En los casos en que el Concesionario no cumpla sus obligaciones o incurra en alguna de las infracciones establecidas en las presentes Bases de Licitación y proceda la aplicación de una multa, el Inspector Fiscal notificará por escrito al Concesionario de la infracción detectada y propondrá al DGOP la multa que corresponda, quien la determinará mediante Resolución fundada, **de acuerdo a la entidad y naturaleza del incumplimiento y a la proporcionalidad entre el monto a aplicar de la multa y la acción u omisión que se sanciona**, dentro de los rangos señalados en la Tabla N°2 del artículo 1.8.5.1 de las presentes Bases de Licitación.*

*El DGOP considerará, en la determinación de la multa, aspectos tales como: **i) conducta diligente del Concesionario, previa a la infracción que se sanciona, en el cumplimiento de sus obligaciones; ii) la circunstancia de haber adoptado las medidas necesarias o conducentes para mitigar o reparar los efectos de la infracción; iii) incumplimiento reiterado de la obligación que da lugar a la sanción; y, iv) la acumulación de multas durante la vigencia del contrato.**” (énfasis agregado)*

Pues bien, el DGOP, en la Resolución N° 3119 de 11 de agosto de 2017 que confirma las multas propuestas por el Inspector Fiscal, establece *“Que por oficio Ord. N°1049, de 27 de julio de 2017, el Inspector Fiscal informó al tenor de lo dispuesto en el artículo 1.8.5.2 de las Bases, lo siguiente: en cuanto a la conducta de la Sociedad Concesionaria, señala que no ha mantenido un comportamiento diligente de sus obligaciones, según consta de las múltiples propuestas de multas que se encuentran en tramitación; en lo que se refiere a haber adoptado las medidas necesarias para mitigar los efectos de la infracción, expresa que no ejerció ninguna medida; respecto de la reiteración del incumplimiento, señala que no ha existido reiteración de incumplimiento; y por último en cuanto a la acumulación de multas, señala que se le impusieron multas a la Concesionaria por Resolución DGOP N°1084, de 23 de marzo de 2017, no obstante, esta Dirección General impuso multas a la concesionaria, además, por Resolución DGOP N°2973 de 2 de agosto de 2017(...)*

*(...)Que en relación a la determinación del rango de imposición de las multas propuestas, teniendo en cuenta las antecedentes señalados y la ponderación de los aspectos establecidos en el artículo 1.8.5.2 de las Bases, cabe consignar que **la Sociedad Concesionaria ha incurrido en una acumulación de multas, por lo mismo, se resuelve atendida las facultades que el artículo 1.8.5.2 de las Bases otorga a esta Dirección General que concurren todos los aspectos y circunstancias para aplicar la multa de rango superior, vale decir, de 60 UTM cada una.(...)**”.* (Transcripción de lo señalado por DGOP en Resolución N° 3119).

En primer lugar, el MOP alega que la existencia de numerosas propuestas de multa en tramitación ilustraría la falta de diligencia de la Concesionaria en el cumplimiento de las obligaciones que le impone el Contrato de Concesión. Resulta cuanto menos parcial el

circunscribir el cumplimiento de un marco tan complejo como es el Contrato de Concesión al número de propuestas de multa emitidas, por cuanto dichas multas no son sino meras propuestas unilaterales de sanciones administrativas realizadas por el MOP sin que la Concesionaria hubiera realizado sus descargos, y por cuanto el Contrato de Concesión contiene mecanismos de acreditación del cumplimiento de las obligaciones de la Concesionaria que el MOP no está tomando en consideración, como por ejemplo los informes de seguimiento de la operación que el mismo MOP publica en su página web, y que se adjuntan a la presente, en los que se precisa, con porcentajes, cuál es el grado de cumplimiento de los niveles de servicio por parte de la Concesionaria, mostrando un desempeño irreprochable que dista mucho de las afirmaciones del MOP.

En segundo lugar, el propio MOP confirma que, de “*las numerosas propuestas de multa en tramitación*”, tan solo se han formalizado dos multas, tres en la fecha de presentación de esta demanda²². En efecto, por Resolución DGOP N° 1084, de 23 de marzo de 2017 se impuso una multa de 840 UTM a la Concesionaria al haberse constatado en febrero de 2016 la falta de implementos de seguridad del constructor de la obra (lentes de seguridad, guantes y zapatos de seguridad en mal estado), por Resolución DGOP N° 2973 de 02 de agosto de 2017 confirma y aplica una multa de 1.800 UTM a la Concesionaria por retrasarse 4 días en solicitar el inicio de obras en julio de 2016, y, por Resolución DGOP N° 3444 de 04 de septiembre de 2017 confirma y aplica una multa de 950 UTM a la Concesionaria por retrasarse 19 días en la recepción de carros portaequipajes requeridos ante el aumento del número de pasajeros, en abril de 2016. Si el cumplimiento de las obligaciones de la Concesionaria fuera tan deficiente como pretende hacer creer el MOP, tras 23 meses de operación existirían más de tres multas. Como el propio MOP indica, estas propuestas se encuentran “*en tramitación*”. La tramitación a la que alude el MOP ha dado lugar en varias ocasiones (4 veces) a la anulación de la propuesta, una vez considerados los descargos realizados por la Concesionaria, por lo que resulta deliberadamente improcedente el considerar esta información como base para evaluar la diligencia de la Concesionaria en el ejercicio de sus obligaciones.

En relación con la falta de diligencia de la Inspección Fiscal que describimos ampliamente en el punto 2.1 de esta presentación, cabe precisar que en ninguno de los cuatro casos que han dado lugar a la aplicación de una multa el Inspector Fiscal ha instruido a la Concesionaria al cumplimiento de sus obligaciones, y que asimismo en todos esos casos la sanción se cursó más de un año después de la presunta infracción, una vez prescrito el hecho, en aplicación de los principios legales que detallaremos más adelante.

²² El 04 de septiembre de 2017, mediante Resolución N° 3.444, el DGOP confirmó la aplicación de 19 multas de 50 UTM cada una por el retraso de 19 días en tener el número de carros portaequipaje requeridos en las BALI.

Por último, indica el MOP que no se llevaron a cabo por parte de la Concesionaria, acciones de mitigación para reducir los efectos del incumplimiento; recordemos que el MOP nunca declaró en mora a la Concesionaria, sino que por el contrario intervino y participó del incumplimiento que ahora pretende sancionar. ¿Cómo podía la Concesionaria mitigar un incumplimiento que no era tal, pues el MOP no le había instruido ni informado de ello, y cuando el proceder de la Concesionaria estaba avalado por la intervención activa del MOP en el mismo? ¿Cómo puede el MOP acusar a la Concesionaria de no haber emprendido acciones para mitigar un hecho que fue claramente instigado por la propia autoridad?

El MOP realiza una interpretación parcial y descontextualizada que desvirtúa el contenido del Contrato de Concesión y degrada el equilibrio contractual y la confianza legítima que debería existir entre las partes. De los tres argumentos que aporta el MOP, dos de ellos, como son (i) la acumulación de propuestas de sanción, y (iii) la reiteración de las multas, son un solo y único hecho. Difícilmente podrían existir sanciones confirmadas por el DGOP sin que el Inspector Fiscal hubiera hecho propuestas previas, pues la Ley de Concesiones prevé que ese es el único procedimiento aplicable a la imposición de una sanción. Por no mencionar el argumento sobre la falta de acciones de mitigación por parte de la Concesionaria, que ya hemos evocado, y que por su insensatez no merece más desarrollo.

Resulta relevante sin embargo apuntar que tanto el MOP como el DGOP omiten pronunciarse sobre la proporcionalidad de la sanción respecto *de la acción u omisión que se sanciona*, así como tampoco justifican la adecuación de la sanción a la *entidad y naturaleza del incumplimiento*, a pesar de que en el primer párrafo del artículo 1.8.5.2 de las BALI se indica que esta información debe considerarse dentro de los criterios a tomar en cuenta para la aplicación de una multa. Sin duda porque esta Honorable Comisión acordará que la sanción que pretende aplicar el DGOP no respeta ni la proporcionalidad ni la adecuación al hecho que se sanciona, razón por la cual la Resolución N°3119 debe dejarse sin efectos.

Asimismo, si desarrollamos el silogismo a partir del razonamiento seguido por el DGOP para incrementar la sanción en un 50% (2.380 UTM), como ya se han aplicado otras sanciones durante la Concesión, la falta de diligencia de la Concesionaria resultaría automáticamente probada, y por lo tanto hasta el fin de la Concesión en 2035 procedería aplicar el monto máximo de cualquier sanción que pudiera confirmarse, independientemente del hecho sancionado, e ignorando que se cumpla la condición de proporcionalidad entre el hecho y el perjuicio que imponen tanto el Contrato de Concesión como los principios del procedimiento sancionatorio administrativo. Esto se contrapone con el ordenamiento jurídico, pone al Concesionario en una situación de indefensión frente al MOP y afecta a principios básicos como el de la seguridad jurídica

y, además, superpone el interés fiscal por sobre el interés público, objeto esencial que persigue el contrato de concesión de obras públicas.

3.5. La potestad sancionadora es una manifestación de la discrecionalidad del Estado que no puede ser ejercida de forma arbitraria

La potestad sancionadora del MOP es una manifestación del poder discrecional de la Administración que compete a esta entidad. Al respecto, el profesor Jaime Arancibia define la discrecionalidad como la *“facultad atribuida por ley a un órgano de la Administración del Estado, para que este órgano frente a una determinada situación que motive su actuar, pueda optar libremente y **dentro de los márgenes que fija el ordenamiento jurídico**, la decisión que estime más **razonable, conveniente, oportuna, eficaz y proporcionada, de acuerdo a los antecedentes que la justifican, evitando así incurrir en un acto u omisión arbitraria**”*²³. (énfasis agregado)

La arbitrariedad, por su parte, ha sido definida por la doctrina como *“una **vulneración del uso razonable** con que los elementos discrecionales de un poder jurídico han de ser ejercidos o actualizados, vulneración que origina un acto u omisión arbitrario”*²⁴. (énfasis agregado)

La discrecionalidad forma por tanto parte irrenunciable del poder de libre apreciación del que dispone la Administración en el ejercicio de sus facultades, mientras que la arbitrariedad se presenta como una manifestación de abuso o desviación de poder que se establece como límite a la discrecionalidad.

La entidad a cargo de controlar la legalidad de los actos de la Administración, y por lo tanto de distinguir la discrecionalidad de la Administración de la arbitrariedad, es la Contraloría General de la República, en virtud del artículo 98 de la Constitución.

Sobre esta materia, la Contraloría General de la República, afirma que *“los actos administrativos que afecten los derechos de los particulares, tanto los de contenido negativo o gravamen como los de contenido favorable, deberán ser fundados, debiendo, por tanto, la autoridad que los dicta, **expresar los motivos -esto es, las condiciones que posibilitan y justifican su emisión-, los razonamientos y los antecedentes de hecho y de derecho que le sirven de sustento y conforme a los cuales ha adoptado su decisión**, pues de lo contrario implicaría confundir la discrecionalidad que le concede el ordenamiento jurídico con la arbitrariedad, sin que sea suficiente la mera referencia formal, de manera que su sola lectura permita conocer cuál fue el raciocinio para la*

²³ Arancibia Mattar, Jaime, *Concepto de discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia emanada del Recurso de Protección*, Revista de Derecho Público N° 60, Julio-Diciembre de 1996, Universidad de Chile

²⁴ Corte Suprema, 30 de noviembre de 1982, Esso Chile S.A. Petrolera c/ Alcalde subrogante de la Municipalidad de Talca, considerando 7, p. 190.

adopción de su decisión (aplica dictámenes N°s. 91.219, de 2014, y 1.342, de 2015).

(...)

(...) En este orden de ideas, los dictámenes N°s 499, de 2012, y 4.567, de 2015, han precisado que **la exigencia de fundamentación de los actos administrativos se vincula con el recto ejercicio de las potestades otorgadas a la Administración activa, toda vez que permite cautelar que éstas se ejerzan de acuerdo a los principios de **juridicidad** -el que lleva implícito el de **racionalidad**-, evitando todo abuso o exceso, de acuerdo con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 2° de la ley N° 18.575 -Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado-, y de **igualdad y no discriminación arbitraria** -contenido en el artículo 19, N° 2, de la Carta Fundamental- como, asimismo, velar porque tales facultades se ejerzan **en concordancia con el objetivo considerado por el ordenamiento jurídico al conferirlos.**²⁵” (énfasis agregado)**

Siguiendo la jurisprudencia constante de la Contraloría General de la República, la Resolución N° 3119 del DGOP debería aportar fundamentos suficientes para demostrar que el MOP ejerció sus facultades sancionatorias sin que hubiera abuso ni discriminación arbitraria, y en adecuación con el objetivo que le confirió el ordenamiento.

- Respecto de si la facultad sancionatoria del MOP incurre en abuso, exceso o discriminación arbitraria, y se realizó de acuerdo al principio de juridicidad que lleva implícito la racionalidad, el MOP transgredió la Teoría de los Actos Propios y la confianza legítima del Concesionario al aplicar una sanción por, independiente que no procede por encontrarse prescrita su imposición, interpretar y desvirtuar las normas a su favor y por una conducta avalada por su propio actuar, dejando entrever que no actuó de buena fe. A mayor abundamiento, la aplicación y el monto de la misma no guardan proporcionalidad entre el hecho y el fin perseguido y la Resolución N° 3119 que aplica la sanción e incrementa su monto de forma injustificada es totalmente arbitraria, por lo que queda claramente demostrado que existió abuso o exceso en la forma en la que el MOP ejerció la potestad sancionadora que posee, y que además la Resolución N° 3119 no se encuentra lo suficientemente fundada.
- Respecto de la adecuación entre la forma en que el MOP ejerció la potestad sancionadora y el objetivo considerado por el ordenamiento jurídico al conferirlas, cabe precisar lo siguiente:

El objetivo que confió el ordenamiento, a través de los artículos 40 de la Ley de Concesiones y 1.8.1 de las BALI al MOP -representado por el Inspector Fiscal- es el de *velar por el cumplimiento del Contrato de Concesión*.

²⁵ Dictamen N° 23.518 de 29 de marzo de 2016.

El verbo velar se define en la Real Academia Española (RAE) como la acción y efecto de *cuidar solícitamente de algo*. Siempre según la RAE, cuidar es *poner diligencia, atención y solicitud en la ejecución de algo*, y hacerlo solícitamente, es un sinónimo de hacerlo *diligentemente*. **Se utilizan por lo tanto dos veces sinónimos de diligencia para definir el cometido del Inspector Fiscal.**

Entonces, cuando la Ley de Concesiones estableció que la función principal del Inspector Fiscal es velar por el cumplimiento del Contrato de Concesión, quiso decir que este deberá poner **diligencia y atención** en favorecer el cumplimiento del Contrato de Concesión. Para escapar a la definición de arbitrariedad que ha venido desarrollando la Contraloría General de la República, la Resolución DGOP N°3119 debería haber estado lo suficientemente fundada como para demostrar que el MOP ejerció sus facultades con vistas en el cumplimiento de este objetivo.

En la medida en que (i) el Inspector Fiscal no instruyó a la Concesionaria del supuesto incumplimiento en el que estaría incurriendo, (ii) el Inspector Fiscal actuó en contra del cumplimiento del Contrato de Concesión al involucrarse activamente en la modificación de las pólizas entre agosto y diciembre de 2016, (iii) la sanción se impone más de un año después de la presunta infracción, y (iv) el DGOP modifica el monto de la sanción sin que existan argumentos sólidos que lo sustenten, puede concluirse que las potestades del MOP no han sido ejercidas en adecuación con la función principal que le incumbe al MOP, esto es, la de velar por el cumplimiento del Contrato de Concesión.

H. Comisión Arbitral, el recto ejercicio de las potestades de la Administración que debe plasmarse en los actos administrativos que de esta emanen atañe no solo a sus facultades sancionadoras, sino a todas las que le confiere el ordenamiento. Así, no puede olvidarse en el análisis del caso, que el comportamiento del MOP no ha sido conforme a derecho, y por ello en ningún caso puede concluirse que las razones evocadas en la Resolución DGOP N°3119 tengan una motivación y un fundamento racional que justifiquen el castigo que pretende imponérsele a la Concesionaria.

Ausentes las condiciones que justifican el comportamiento discrecional del MOP, no se satisface la relación de adecuación necesaria entre la Resolución DGOP N°3119 y el supuesto incumplimiento, resultando de ahí su invalidez indiscutible.

3.6. El presunto incumplimiento de los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI, de existir, había prescrito en el momento en que se interpuso la sanción

Las multas impuestas por el MOP a esta Concesionaria, mediante la Resolución DGOP N°3119 de fecha **11 de agosto de 2017**, son totalmente improcedentes e injustificadas por encontrarse la infracción administrativa, al momento de cursar la sanción, prescrita,

por haber transcurrido más de seis meses desde la comisión de los hechos, momento simultáneo en que el MOP tomó conocimiento de estos; es decir, por haber transcurrido más de doce meses desde el 02 de agosto de 2016, fecha en que esta parte le entregó un proyecto o borrador de pólizas de responsabilidad civil y de seguro por catástrofe, y no las pólizas originales como lo plantean en mencionada resolución.

Así lo dispone expresamente el artículo 94 del Código Penal, cuerpo normativo supletorio para estos efectos, en cuanto señala que la acción penal prescribe respecto de las faltas, en seis meses:

“ART. 94.

La acción penal prescribe:

Respecto de los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en quince años.

Respecto de los demás crímenes, en diez años.

Respecto de los simples delitos, en cinco años.

Respecto de las faltas, en seis meses.

Cuando la pena señalada al delito sea compuesta, se estará a la privativa de libertad, para la aplicación de las reglas comprendidas en los tres primeros acápite de este artículo; si no se impusieron penas privativas de libertad, se estará a la mayor.

Las reglas precedentes se entienden sin perjuicio de las prescripciones de corto tiempo que establece este Código para delitos determinados.” [Énfasis agregado]

Pues bien, dado que el ordenamiento jurídico no dispone de una regla precisa de prescripción sobre la aplicación de multas por la autoridad administrativa, la mayoría de la doctrina chilena y relevante en la materia²⁶ ha señalado que **su imposición deriva de la potestad sancionatoria de la Administración**, la que está sujeta a los principios generales del *ius puniendi* estatal, que regulan y limitan el ejercicio de la sanción pública, determinando un debido proceso sancionador y buscando garantizar una adecuada resolución final, de modo que, **ante la ausencia de norma expresa que regule el asunto, se aplican “con matices” los principios y reglas generales del derecho penal.**

De esta manera, la imposición de sanciones de parte de la autoridad administrativa – MOP – prescribe dentro del plazo de seis meses conforme lo establece el artículo 94 del Código Penal, en relación a las faltas.

Para el caso de marras, lo anterior es correcto dado que:

1° En primer lugar y como lo sabrá esta H. Comisión Arbitral, los contratos de concesiones de obras públicas son contratos administrativos que se rigen por el derecho

²⁶ Entre ellos Cury, Alcalde R., Navarro, Moraga, Bermúdez, Soto, Alarcón y Lara y García-Huidobro.

público y por el derecho administrativo, encontrando sus fundamentos en este último, al tener por objeto el interés público y el principio de servicialidad del Estado, como lo hemos mencionado anteriormente.

Las sanciones que derivan de los contratos administrativos, como lo es el contrato de concesión de la obra pública fiscal del Aeropuerto, son aplicadas por un funcionario público, en este caso el DGOP, en virtud de la potestad que le ha sido conferido por ley; y lo hace por medio de actos administrativos de gravamen - resolución N° 3119 de 11 de agosto de 2017 – y en relación al contrato administrativo que se rige por el Derecho Público.

Por consiguiente, las multas que establecen las BALI o el contrato de concesión de la obra pública fiscal del Aeropuerto, nacen por mandato legal de la Administración, el que está contenido en la Ley de Concesiones de Obras Públicas²⁷, particularmente en el artículo 18 que se encuentra en el Capítulo V sobre “Las Facultades de la Administración” y en el artículo 29, ubicado en el Capítulo VIII “De la inspección y vigilancia de la Administración”, manifestándose, de esa manera, **la potestad sancionatoria del MOP:**

*“Artículo 18°. -Tanto en la fase de construcción como en la explotación, **el Ministerio de Obras Públicas podrá imponer al concesionario que no cumpla sus obligaciones, las multas previstas en las bases de licitación.**” [Énfasis agregado]*

*“Artículo 29.- Las bases de licitación deberán indicar explícitamente los niveles de servicio exigidos para la etapa de explotación, sus respectivos indicadores y **las sanciones.***

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. [Énfasis agregado]

2° En segundo lugar, porque la resolución emitida por la Administración, en este caso, la resolución del DGOP de fecha 11 de agosto de 2017, por el cual sanciona, cursando multas, es un **acto administrativo realizado en el ejercicio de una potestad pública (sancionatoria)**, según lo dispone el artículo 3 de la Ley 19.880, que establece las bases de los procedimientos que rigen a los actos de la Administración del Estado:

²⁷ También en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración N° 18.575 y Ley N° 19.880 que establece las bases de los procedimientos que rigen a los actos de la Administración del Estado.

“Artículo 3º. Concepto de Acto administrativo. Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos.

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.**

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 los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión. (...)”

Entonces, al tratarse el acto administrativo (resolución) del DGOP de la imposición de multas, se desprende que la multa es, en definitiva, una sanción administrativa y, por ende, derivada de la potestad sancionatoria de la Administración *-ius puniendi* del Estado-: Corte Suprema, en sentencia Rol N° 4.922-2010, de 15 de septiembre de 2010:

*“Sexto: Desde otro punto de vista ha de considerarse que **el objeto jurídico del acto administrativo, que es la multa impuesta**, producto del tiempo excesivo transcurrido se torna inútil, ya que la **sanción administrativa tiene principalmente una finalidad preventivo-represora**; con ella se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas similares, se busca reprimir la conducta contraria a derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor. Después de más de dos años sin actuación administrativa alguna carece de eficacia la sanción, siendo inútil para el fin señalado, quedando vacía de contenido y sin fundamento jurídico que la legitime.”*

3º Y así, en razón que del *ius puniendi* del Estado se genera la potestad sancionatoria de la Administración, por cuanto esta aplica sanciones a través de actos administrativos de gravamen, como en la resolución del DGOP N° 3119 de 11 de agosto de 2017, por así permitirlo la ley, ante la ausencia de normas en el Derecho Administrativo, se hace aplicable, necesariamente pero con ciertos matices, las normas del Derecho Penal, porque este, al igual que el Derecho Administrativo, también pertenece a la actividad sancionadora del Estado, *ius puniendi*, al aplicar sanciones penales por delitos o faltas.

En otras palabras, **la sanción administrativa o las multas que establecen las BALI es una manifestación del *ius puniendi* estatal, sujeta con “matices” a los principios inspiradores del orden penal.**

Así lo ha considerado el **Tribunal Constitucional (TC)** en las siguientes sentencias, asentando criterios orientadores en la materia²⁸:

- i. Sentencia Rol N° 244-1996, considerando 9°: *“los principios inspiradores del **orden penal** contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, **al derecho administrativo sancionador**”*
- ii. Sentencia Rol N° 244-1996, considerando 9°: *“Que, los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, **puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi del propio Estado**”*
- iii. Sentencia Rol N° 480-2006, considerando Quinto: *“Aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una **misma actividad sancionadora del Estado –el llamado ius puniendi–** y están, con matices, sujetas al **estatuto constitucional establecido en el numeral 3° del artículo 19**”.*
- iv. Sentencia Rol N° 1518-2009, considerando 7°: *“las sanciones administrativas participan de las características esenciales de las sanciones penales al ser **ambas emanaciones del ius puniendi estatal**, por lo que debe aplicarse, con matices, similar estatuto”*
- v. También en las sentencias Rol Nos. 479, de 2006; 725 y 766, de 2008; 1.183, 1.184, 1.203. 1.205, 1.221 y 1.229, de 2009.

De igual modo la **Contraloría General de la República (CGR)**, en los dictámenes Nos. 28.226, de 2007; 62.199, de 2009; e incluso cita al TC, en el dictamen N° 63.697 de 2011 al señalar:

*“(…) corresponde manifestar, en primer término, que la jurisprudencia contenida en los dictámenes Nos 14.571, de 2005, 28.226, de 2007, 34.407, de 2008, y 37.325, de 2010, de esta Entidad Fiscalizadora, ha expresado que tanto **la potestad sancionadora penal como administrativa, constituyen una manifestación del ius puniendi general del Estado, razón por la cual se ha entendido que es posible aplicar -con matices- los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador,** ámbito de los cargos que en materia eléctrica ahora interesan.*

Así por lo demás lo ha planteado tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional - roles Nos 244, 479 y 480-, como la doctrina administrativa y penal, nacional y extranjera,

²⁸ De aquí en adelante, todo lo indicado con énfasis (negrilla) es agregado por esta parte.

a que se hace referencia en el dictamen N° 14.571, de 2005, de esta Contraloría General, y en los citados fallos.”

Como la jurisprudencia judicial, en cuanto la **Corte Suprema**²⁹, en fallo Rol N° 4.922-2010 de fecha 15 de septiembre de 2010, señala que: “(...) **la sanción administrativa tiene principalmente una finalidad preventivo-represora**, con ella se persigue el desaliento de futuras **conductas ilícitas** similares, se busca reprimir la **conducta contraria a derecho** y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor”.

Y la **doctrina nacional**, entre ellos el catedrático y ex ministro de la Corte Suprema, don **Enrique Cury Urzúa**, como lo cita la sentencia Rol N° 5.702-2009 de la Corte Suprema, al indicar que “*la diferencia entre el ilícito gubernativo (administrativo) y el penal es exclusivamente cuantitativo. Entre ambos, en efecto, sólo puede hacerse una distinción de magnitudes. El administrativo no es sino un injusto de significación ético-social reducida, que, por tal razón, sólo debe ser sometido a sanciones leves cuya imposición no requiere garantías tan severas como las que rodean a las de la pena penal*”, párrafo del que se entiende que el derecho administrativo sancionador y el derecho penal tienen origen común en el *ius puniendi* único del Estado, del cual constituyen manifestaciones específicas tanto la potestad sancionatoria de la Administración como la potestad punitiva de los Tribunales de Justicia, por lo que, de esta similitud se desprende como consecuencia la posibilidad de aplicar supletoriamente en el ámbito de las sanciones administrativas algunos de los principios generales que informan al derecho penal. Y, refiriéndose a las sanciones administrativas, el que se consagra de manera general para las faltas, señala que “(...). En cambio, me parece errónea la afirmación, bastante generalizada, de que las sanciones administrativas no prescriban, salvo cuando en el precepto correspondiente se haya establecido expresamente un plazo para ello. Como el propósito del artículo 20 del Código Penal es hacer menos gravosa para el autor la irrogación de penas de esta índole, permitiendo de ese modo su manipulación más expedita, creo que la solución debe ser precisamente la contraria. **Si la norma que las crea no ha señalado un término de prescripción, ha de aplicarse a las penas gubernativas.**” “Ello, además, está en consonancia con el precepto contenido en el artículo 501 del Código Penal, que expresa implícitamente **el propósito de someter las sanciones administrativas al mismo tratamiento que a las contravenciones en todo lo que les sea aplicable**”³⁰

De esta manera, al carecer el ordenamiento jurídico de la regulación de la prescripción en la imposición de sanciones por la autoridad administrativa, se aplican las normas del

²⁹ También en sentencia Rol N° 5.702-2009. “Empresa eléctrica de Aysén S.A. (Edelaysen) contra Dirección Regional de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (sec)”, de 15 de octubre de 2009.

³⁰ Ídem; haciendo referencia al libro de don Enrique Cury, Curso de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1999.

Derecho Penal, por tener características similares en cuanto ambos se rigen por principios del *ius puniendi* del Estado, razón por la cual, aplica el artículo 94 del Código Penal: **la imposición de multas de parte de la autoridad administrativa -MOP-, prescribe dentro del plazo de seis meses**, pues el procedimiento infraccional, o por el incumplimiento, persigue la sanción de una **falta al ordenamiento jurídico**. En el caso de marras, una infracción a lo que dispone la letra c) de los artículos 1.8.7. y 1.8.8 de las BALI que establecen multas, conforme lo indica el MOP.

Algunas de las resoluciones al efecto, son las siguientes:

De la **Contraloría General de la República**:

- i) Dictamen 28.226, de 2007: *“7. Cabe agregar, en cuanto al plazo que se debe computar para estos efectos, que éste no puede ser otro que el de **seis meses aplicable a las faltas**, señalado en el artículo 97 del Código Penal, ya que no es posible asimilar las infracciones administrativas a crímenes o simples delitos (aplica dictamen N°14.571 de 2005).”*
*“En consecuencia, se complementa el dictamen N° 14.571, de 2005, en el sentido que **las reglas de prescripción del Código Penal se aplican no sólo respecto de las infracciones sancionables por la Administración del Estado, sino que también respecto de las sanciones ya aplicadas por alguno de sus órganos, por acto administrativo ejecutoriado, en la medida que no exista una norma especial que regule la materia.***
Déjese sin efecto toda jurisprudencia contraria a lo señalado en el presente dictamen, especialmente la contenida en el oficio N° 35.991, de 1982.”
- ii) Dictamen 26.202, de 2017: *“Respecto de esta potestad sancionadora y de la prescripción respectiva, esta Entidad Contralora ha sostenido que no habiendo regulación especial, se debe recurrir a las normas generales sobre la materia, en cuanto a que la acción que posee la Dirección del Trabajo para perseguir la responsabilidad de los infractores a la normativa pertinente, **se extingue en el plazo de seis meses contado desde el día en que se hubiere cometido el ilícito, de conformidad con la regla general contenida en los artículos 94 y 95 del Código Penal respecto de las faltas** (aplica dictamen N° 59.466, de 2015).”*
- iii) Lo anterior, también lo indican los dictámenes Nos **13.479, de 2012; 65.297, de 2013; 17.885, de 2014 y 59.466 de 2015.**

De la Corte Suprema:

- i) Sentencia Rol N° 3283-2009, de 3 de agosto de 2009: *“Tercero: Que ante la ausencia de norma expresa en el ordenamiento citado, y tratándose de disposiciones especiales, debe entenderse que en lo no contemplado expresamente en ellas, **deben aplicarse supletoriamente las reglas del derecho común** que, según la materia específica, correspondan. En este caso, **el derecho común aplicable es el Derecho Penal, manifestación del mismo ius puniendi estatal, específicamente su artículo 94**, pues en la especie, resulta evidente que el procedimiento infraccional persigue la sanción de una falta, en este caso, por infracción al ordenamiento administrativo, y por tanto, debe darse esa calificación a los hechos denunciados. Dicho precepto dispone que, respecto de las faltas, **la acción prescribe en seis meses, tiempo que se cuenta desde la comisión del hecho respectivo, y que para el caso de la sanción administrativa habrá de contarse desde que la autoridad administrativa tomó conocimiento o, razonablemente, debió haberlo tomado**. En efecto, el plazo para la extinción de las infracciones administrativas sólo podrá comenzar desde esa última data, toda vez que a partir de ese momento la Superintendencia de Electricidad y Combustibles podía ejercer sus atribuciones fiscalizadoras en el cumplimiento de la normativa eléctrica;”*
- ii) Sentencia Rol N° 3.357-2009, de 10 de septiembre de 2009: *“(…) si bien principios elementales entre una y otra son comunes y lógicos, como ocurre con los relativos al non bis in idem, a la irretroactividad de la ley sancionadora, al principio pro reo y a la necesidad de prescripción de la respectiva acción persecutoria, **no es posible desentenderse de la imposibilidad jurídica que se advierte en asimilar la contravención administrativa a una falta penal – única manera de concluir en un plazo de prescripción de seis meses para la respectiva acción persecutoria– la que surge de la naturaleza intrínseca del castigo.**” “(…) Desde luego, por cuanto la sanción penal presenta características ineludibles, suficientemente estudiadas por la doctrina, como son las de su moralidad, esto es, su fundamento ético; su aflictividad, destinada al restablecimiento del equilibrio social perturbado; su proporcionalidad a la naturaleza de la ilicitud penal de que se trate; su personalidad o individualidad; su igualdad, esto es, una misma conducta debe tener una idéntica sanción; su ejemplaridad, es decir, su potencialidad de intimidación; su publicidad, no solo respecto del castigo sino del justo proceso que a ella condujo; su certeza e ineludibilidad; su prontitud, en relación a su comisión; su revocabilidad para remediar una eventual injusticia; su temporalidad y divisibilidad, para amoldarse a las características del hechor, todas condiciones no necesariamente presentes en la sanción administrativa, pero sí, aplicables a crímenes, simples delitos y **faltas** (…)”*

- iii) Sentencia Rol N° 5.702-2009³¹, de 15 de octubre de 2009: “16°) Que, al término de las reflexiones anteriores, necesariamente extensas, dada la importancia de la materia, no cabe sino concluir, en congruencia con las ideas en ellas expresadas, -que han sido, en lo esencial, compartidas por la jurisprudencia reiterada de esta Corte- que, **en ausencia de una regla específica sobre el punto según ocurre en el caso de autos- las infracciones y sanciones administrativas deben prescribir en el plazo de seis meses establecido para las faltas en los artículos 94 y 97 del Código Penal.** 17°) Que, acorde con lo razonado, como quiera en la especie los hechos constitutivos de **la infracción ocurrieron en el mes de junio de 2008 y la formulación de cargos a la empresa denunciada se practicó en el mes de febrero de 2009, claramente entre ambas fechas, el plazo de prescripción de seis meses había transcurrido con largueza.**”
- iv) Sentencia Rol N° 7.559-2012, de 25 de noviembre de 2013: “Que semejante cuestión se encuentra íntimamente vinculada con la naturaleza de las sanciones administrativas y del Derecho Administrativo sancionador, bajo cuyo imperio aquéllas se investigan y aplican por la Administración”.
- “Que, en consonancia con lo precedentemente expuesto, se entiende que **el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal tienen origen común en el ius puniendi único del Estado**, del cual constituyen manifestaciones específicas tanto la potestad sancionatoria de la Administración como la potestad punitiva de los Tribunales de Justicia.”
- “De esta similitud se desprende, como consecuencia, la posibilidad de aplicar supletoriamente en el ámbito de las sanciones administrativas algunos de los principios generales que informan al derecho penal. Que al término de estas reflexiones, no cabe sino concluir, en congruencia con las ideas en ellas expresadas -que han sido, en lo esencial, compartidas por la jurisprudencia reiterada de esta Corte-, **que en ausencia de una regla específica sobre el punto, las infracciones y sanciones administrativas deben prescribir en el plazo de seis meses contemplados para las faltas en los artículos 94 y 97 del Código Penal.**”

³¹ Ciertamente, como lo dice el Doctor en Derecho don Eduardo Cordero Quinzacara, en esta sentencia se mencionan las siguientes, en las que también subyace la idea del ius puniendi único del Estado, que permite proyectar los principios y normas del orden penal al ámbito de las sanciones administrativas y, por ende, la prescripción en un plazo de seis meses: “Alessandri R. Arturo” (27 de diciembre de 1965). Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 62, (1965) segunda parte, sección tercera (páginas 114-119); “Yarur A. Daniel” (31 de marzo de 1966); misma Revista. Tomo 63 (1966), segunda parte, sección primera, (páginas 94-110); “Valdés Freire, Luis” (5 de julio de 1966); misma Revista. Tomo 63 (1966), segunda parte, sección tercera, páginas 88-91; “Banco de Crédito e Inversiones” (12 de julio de 1966); misma Revista. Tomo 63 (1966), segunda parte, sección tercera, páginas 93-95, “Bolumburu Pin. Ezequiel” (13 de agosto de 1966); misma Revista. Tomo 63 (1966), segunda parte, sección tercera, páginas 105-109; “Compañía Telefónica Manquehue”, misma Revista. Tomo 88 (1991), segunda parte, sección quinta, páginas 47-49; y en “Brahm Yuraszeck”, misma Revista. Tomo 88 (1991), segunda parte, sección quinta, páginas 33-41.

Y de la **doctrina**, al señalar que, si el legislador no ha regulado un lapso especial de prescripción para las infracciones administrativas gravísimas, graves y leves, a ese solo efecto cabría equipararlas a las faltas penales, en armonía con el artículo 501 del Código Penal, de modo que el plazo en cuestión sería el de seis meses que contemplan los artículos 94 y 97 del mismo cuerpo legal, basándose en los argumentos dados, por ejemplo, por los siguientes autores:

- i) Enrique R. Aftalión: *“De allí que se haya expresado “cada vez que se plantea una cuestión no prevista respecto de estas infracciones -de índole administrativa- se hace ineludible para los jueces recurrir a los principios generales del derecho penal para determinar su solución”*
- ii) Ramiro Mendoza: *“la jurisprudencia se inclina por solucionar los casos no previstos mediante la recurrencia a los principios rectores del ámbito penal, tanto aquella emanada del Tribunal Constitucional como la proveniente del fuero común, donde, al menos, desde el caso “Alessandri Rodríguez con Dirección de Impuestos Internos” (1965) la Corte Suprema viene reiterando que las sanciones administrativas no mudan su naturaleza de verdaderas penas por la mera circunstancia de no haber sido establecidas por leyes exclusivamente criminales ni por el hecho de que su aplicación corresponda a organismos distintos de los tribunales, procediendo -por ende- trasvasar al orden sancionador administrativo todas las garantías procesales (racional y justo procedimiento previo, presunción de inocencia, audiencia, etc.) y principios (legalidad, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, etc.) propios del derecho penal.”*
- iii) Enrique Cury: *“(…) Si la norma que las crea no ha señalado un término de prescripción, ha de aplicarse a las penas gubernativas.” “Ello, además, está en consonancia con el precepto contenido en el artículo 501 del Código Penal, que expresa implícitamente el propósito de someter las sanciones administrativas al mismo tratamiento que a las contravenciones en todo lo que les sea aplicable”*
- iv) Enrique Alcalde: *“(…) sobre la relación entre el derecho administrativo y el derecho penal, donde la presencia de los principios generales que hemos tratado se nos manifiesta como un medio fecundo para otorgar una efectiva garantía ante los abusos en que pueden incurrir autoridades, especialmente aquéllas a las cuales la ley ha conferido facultades para fiscalizar la actuación privada, así como la potestad de imponer sanciones a los particulares. En el marco de las discusiones en torno del modelo que en nuestro país debiera presidir la actividad punitiva del Estado, es común encontrarse con posiciones que todavía postulan una franca separación entre el*

derecho penal y la facultad de sancionar que se otorga a determinados organismos públicos, V. gr. Superintendencias. (...)”

“Rechazamos, al igual que lo hace el sector dominante de la más autorizada doctrina, aquellas teorías que postulan una radical diferencia de naturaleza jurídica entre las sanciones penales y las administrativas, y cuya consecuencia, en general, se traduce en introducir una cuña entre ambos campos que posibilite desconocer la vigencia de los principios que limitan la aplicación de las primeras cuando se trata de imponer las segundas”.

Por otra parte, y como lo adelanta el dictamen N° 26.202, de 2017 de la CGR, **el plazo de prescripción de seis meses corre desde el día en que se hubiere cometido la infracción**, es decir, desde el 02 de agosto de 2016³², cuando esta parte presentó la propuesta de pólizas de responsabilidad civil y seguro por catástrofe, de modo que la imposición de la sanción mediante la Resolución N°3119 del DGOP de fecha 11 de agosto de 2017, superó con creces el plazo indicado. De igual forma la fecha en la cual el Inspector Fiscal propuso al DGOP (8 de febrero de 2017) la aplicación de la sanción supera el plazo de seis meses antes mencionado.

Además, y a consecuencia de la prescripción de las acciones o atribuciones fiscalizadoras del MOP, manifestada mediante la aplicación de la multa recién el 11 de agosto de 2017, es decir, transcurrido muchísimo más de un año desde la comisión de la infracción y/o desde que tuvo conocimiento del incumplimiento, **la responsabilidad que de este emana no puede hacerse efectiva -en otras palabras, se extingue- transcurrido cierto lapso.**

Por lo expuesto, resulta manifiesto que, en caso de estimarse que esta parte incumplió lo que señalan las BALI y que a consecuencia de ello le corresponde una sanción por así disponerlo la ley, esta no procede, ya que el plazo para aplicarla prescribió y con ello se extinguió la responsabilidad que se le imputa a mi representada.

De lo expuesto concluimos:

1. Es innegable la existencia de una abundante legislación que entrega a los órganos de la Administración del Estado **poderes punitivos** que regulan determinados sectores de la vida social, dada la necesidad de resguardar un cierto orden o bienes jurídicos³³. Esto, en razón del *ius puniendi* del Estado.

³² Misma fecha en que tomó conocimiento el MOP. Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 3283-2009 de 3 de agosto de 2009, en cuanto el plazo de seis meses corre desde que la autoridad administrativa tomó conocimiento.

³³ CORDERO Quinzacara, Eduardo. “Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena”. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Sección: Estudios. Año 20 – N° 1, 2013. Pag. 80.

2. **Se limita el ejercicio de este poder punitivo o la sanción pública, entre otros, con la prescripción**, en cuanto no podría afirmarse con base a criterios razonables que las sanciones administrativas queden al margen de este límite - de plazo para la imposición de sanciones o multas- pues ello equivaldría a sostener que infracciones muy benignas son imprescriptibles, en circunstancias que hasta los crímenes más graves quedan amparados por esa causal de extinción. Ello implicaría además darle un trato más gravoso e injusto al infractor o administrado que el que se merece al delincuente o criminal. Ello culminaría en una inexplicable diferencia arbitraria, lo que es rechazado por nuestra Carta Fundamental en su artículo 19 N° 2 inciso segundo.³⁴

3. En razón de que las multas que puede imponer la Administración tienen una naturaleza administrativa por estar estipuladas en un contrato administrativo, como lo es el contrato de concesión de obra pública, a consecuencia de un mandato legal contenido en la Ley de Concesiones de Obras Públicas y que, por ende, le es aplicable las normas del derecho público y, a su vez, por dicho mandato legal y el *ius puniendi* del Estado se origina la potestad sancionatoria de la Administración, rigiéndose bajo los principios de dicha facultad del Estado, **ante la ausencia de normas que regulen la prescripción de la imposición de tales multas (o de la sanción administrativa) en el derecho administrativo, se aplicarán supletoriamente las normas del derecho penal, en razón que este también es una manifestación del *ius puniendi* del Estado.**

4. Que por aplicación de las normas penales ante el silencio o ausencia de disposiciones que regulen la prescripción, **las sanciones administrativas - como las multas-, deben aplicarse dentro del plazo de seis meses, contados desde la comisión del hecho, según lo dispuesto en el artículo 94 del Código Penal**, pues el procedimiento infraccional, o por el incumplimiento, persigue la sanción de una **falta al ordenamiento jurídico**.

5. Para el caso que nos ocupa, **el plazo excedió los seis meses con creces, incluso, más de doce meses**, puesto que la sanción se aplicó por resolución del DGOP el 11 de agosto de 2017, notificada a mi representada el 16 de agosto de este año, y el incumplimiento que se nos imputa por el MOP, ocurrió el 2 de agosto de 2016, al no presentar los antecedentes respectivos antes de 60 días de la expiración de las pólizas anteriores, sino presentar proyecto de pólizas para los efectos de la renovación y pago.

³⁴ ARANCIBIA Madriaga, Tamara. "Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de sanciones administrativas". Premio Tribunal Constitucional 2014; Mención Honrosa. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 58, 2015. Pág. 43.

IV. CONCLUSIÓN

H. Comisión Arbitral, de lo expuesto queda en evidencia:

(i) que **el MOP ha contrariado el principio de la buena fe** al:

a) interpretar y desvirtuar, a su favor, lo que señalan los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI, indicando que esta parte incurrió en infracción al no entregar las “pólizas originales” que reemplazarían a las anteriores dentro del plazo indicado;

b) no comportarse correcta y lealmente para con esta Concesionaria al sancionar una conducta en la que participó de forma activa, esto es, en la revisión previa de borradores de pólizas que reemplazarían a las que expirarían, pese a no estar en el “Periodo de Transición”;

c) desconocer que esta parte realizó todas las diligencias necesarias para la obtención de las pólizas antes del vencimiento de las otras, con el fin de darle continuidad y vigencia a los seguros, e incluso, no reconocer que se entregaron antes del vencimiento de las otras;

d) desatender los objetivos de las disposiciones aludidas y los propósitos de las sanciones del Contrato de Concesión, los que esta parte satisfizo con la entrega de las pólizas, aun el 30 de septiembre de 2016; y

e) no informar inmediatamente a esta Concesionaria de la posibilidad de aplicación de multas, haciéndolo luego de más de seis meses desde el presunto incumplimiento y cursándolas una vez transcurrido más de un año desde los hechos, generando, con su omisión, la producción de un daño en el patrimonio de mi representada y lesionando la confianza que resulta indispensable en esta asociación colaborativa público-privada.

(ii) la **intención recaudatoria, persecutoria y de hostigamiento** de parte del MOP, al:

a) sancionar transcurrido más de un año desde el presunto incumplimiento a lo que establecen las BALI;

b) no considerar que la finalidad de las disposiciones de las BALI es dar continuidad y mantener vigentes las pólizas durante todo el período de la Concesión;

c) desatender el principio de la buena fe en la ejecución del Contrato, en cuanto este obliga no solo a lo que en sus cláusulas se expresa, sino a todas aquellas cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación;

d) ignorar que el propósito de las multas en el contrato de concesión es sustancialmente preventiva y no sancionadora, prescindiendo que su contenido no está solo en su letra o en las posibilidades de interpretación, sino que importa, además, las consecuencias que la equidad y el uso le dan según su naturaleza, superponiendo, con su aplicación, el interés fiscal por sobre el interés público, y privilegiándolo por sobre el bien común, pese a que este último es la finalidad esencial de todos los actos del Estado, que busca resguardar las garantías constitucionales de quienes contratan con la Administración; y

e) aplicar una multa cuyo monto es totalmente desproporcionado con la supuesta falta alegada, e incluso es mayor al monto de las primas pagaderas por la Concesionaria por ambos seguros;

(iii) el **actuar negligente del MOP** en relación a sus obligaciones, en caso que consideremos que esta parte incumplió las normas de las BALI y, por ende, merecedora de las multas, al no velar directamente por el cumplimiento del Contrato de Concesión y no dictar las órdenes o instrucciones pertinentes para el cumplimiento del mismo, en razón de no señalar o no advertir de forma anticipada sobre el riesgo de no entregar prontamente las pólizas que reemplazarían a las que expirarían, no informar urgentemente sobre la imposición de multas, sin olvidar la falta de aprobación de las pólizas, desatendiendo el bien común y la finalidad de las disposiciones y propósitos de las sanciones (o multas) de las BALI;

(iv) El **incumplimiento** por parte del MOP de lo dispuesto en el **artículo 87 del Reglamento** de la Ley de Concesiones; y

(v) Al **aplicar la sanción en momentos que la infracción administrativa se encontraba prescrita, por haber transcurrido más de seis meses desde la comisión de los hechos, momento simultáneo en que el MOP tomó conocimiento de estos**; es decir, por haber transcurrido más de doce meses desde el 02 de agosto de 2016, fecha en que esta parte le entregó un proyecto o borrador de pólizas de responsabilidad civil y de seguro por catástrofe, y no las pólizas originales como lo plantean en mencionada resolución

POR TANTO, atendido el mérito de lo expuesto, documentos acompañados, artículos 36 bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y 2 y 19 del Acta N°2 que fija normas de funcionamiento y de procedimiento de la comisión arbitral del contrato de concesión de obra pública fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago", y demás disposiciones legales, reglamentarias y contractuales citadas y que fueren pertinentes.

A LA HONORABLE COMISIÓN ARBITRAL PIDO: se sirva tener por interpuesta reclamación contra el Ministerio de Obras Públicas y en definitiva acogerla a tramitación haciendo lugar a las siguientes pretensiones:

1. Se declare la improcedencia de la Resolución DGOP N°3119 de 11 de agosto de 2017, mediante la cual el MOP impone a mi representada la aplicación de una sanción de multa de 7140UTM, por el supuesto incumplimiento en el plazo de entrega de acreditación de renovación y pago de la póliza de catástrofe y de la póliza de responsabilidad civil para la fase de explotación del Contrato de Concesión, y, en consecuencia;
2. Se condene al Ministerio de Obras Públicas al reembolso del monto de la multa pagada por la Concesionaria con fecha 15 de septiembre de 2017, mediante vale vista emitido por Banco Santander por un monto de \$332.724.000.- por la sanción cursada a mi representada;
3. Se condene al Ministerio de Obras Públicas en costas y al pago de los gastos de funcionamiento y honorarios de la H. Comisión Arbitral;
4. Se condene al Ministerio de Obras Públicas al pago de los intereses que se originen, en razón de lo dispuesto en el artículo 1.14.5 de las BALI;
5. Se inste a la Inspección Fiscal y al Inspector Fiscal a cumplir con las obligaciones de fiscalización que le imponen la Ley y el Contrato de Concesión, conforme se ha expuesto a lo largo de esta presentación; y
6. Se declare que el MOP tiene que dar cumplimiento al artículo 87 del Reglamento de la Ley de Concesiones cuando quiere imponer una multa a la Concesionaria.
7. En subsidio de lo anterior y para el caso hipotético que esta H. Comisión no acoja las pretensiones antes señaladas, se solicita rebajar la multa aplicada al monto mínimo establecido en el artículo 1.8.5.2, por los argumentos ya expuestos, considerando, particularmente, el objeto de las normas citadas y la finalidad de las sanciones que se establecen en las BALI.

PRIMER OTROSÍ: Sírvase esta H. Comisión Arbitral que, para acreditar los argumentos a los que nos remitimos, acompañe los siguientes documentos con citación y bajo apercibimiento legal:

a. Antecedentes Contractuales

1. Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, a ejecutar por el sistema de Concesiones, Resolución DGOP N° 33, de 17 de febrero de 2014, totalmente tramitada con fecha 13 de junio de 2014.

2. Circular Aclaratoria N° 1 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, a ejecutar por el sistema de Concesiones, Resolución DGOP N° 108, de fecha 30 de junio de 2014, totalmente tramitada con fecha 3 de julio de 2014.
3. Circular Aclaratoria N° 2 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, a ejecutar por el sistema de Concesiones, Resolución DGOP N° 141, de fecha 26 de agosto de 2014, totalmente tramitada con fecha 23 de septiembre de 2014.
4. Circular Aclaratoria N° 3 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, a ejecutar por el sistema de Concesiones, Resolución Exenta DGOP N° 4000, de fecha 20 de octubre de 2014, totalmente tramitada con la misma fecha-
5. Circular Aclaratoria N° 4 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, a ejecutar por el sistema de Concesiones, Resolución DGOP N° 195, de fecha 24 de octubre de 2014, totalmente tramitada con fecha 20 de noviembre de 2014.
6. Circular Aclaratoria N° 5 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, a ejecutar por el sistema de Concesiones, Resolución Exenta DGOP N° 4113, de fecha 27 de octubre de 2014, totalmente tramitada con la misma fecha.
7. Circular Aclaratoria N° 6 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, a ejecutar por el sistema de Concesiones, Resolución DGOP N° 205, de fecha 3 de noviembre de 2014, totalmente tramitada con fecha 4 de noviembre de 2014.
8. Circular Aclaratoria N° 7 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, a ejecutar por el sistema de Concesiones, Resolución DGOP N° 226, de fecha 28 de noviembre de 2014, totalmente tramitada con fecha 15 de diciembre de 2014.
9. Circular Aclaratoria N° 8 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, a ejecutar por el sistema de Concesiones, Resolución Exenta DGOP N° 4915, de fecha 9 de diciembre de 2014, totalmente tramitada con la misma fecha.
10. Circular Aclaratoria N° 9 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, a ejecutar por el sistema de Concesiones, Resolución DGOP N° 246, de fecha 15 de diciembre de 2014, totalmente tramitada con fecha 17 de diciembre de 2014.
11. Circular Aclaratoria N° 10 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, a ejecutar por el sistema de Concesiones, Resolución Exenta DGOP N° 4997, de fecha 15 de diciembre de 2014, totalmente tramitada con la misma fecha-

12. Acta de adjudicación de la Obra Pública Fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, a ejecutar por el sistema de Concesiones, de fecha 13 de febrero de 2015.
13. Publicación en el Diario Oficial de fecha 21 de abril de 2015, Cuerpo II-2, del Decreto de adjudicación (Publicado en el Diario Oficial) del Contrato de Concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la Obra Pública Fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, de fecha 12 de marzo de 2014.

b. Comunicaciones entre las partes

1. Carta NP-GAF-NC-RP-2015-014 de fecha 20 de mayo de 2015
2. Carta NP- GAF-NC-RP-2015-081 de 01 de agosto de 2015
3. ORD. AMB. N°55/15 de 05 de agosto de 2015
4. Carta NP- GAF-NC-RP-2015-105 de 06 de agosto de 2015
5. Carta NP- GAF-NC-RP-2015-123 de 19 de agosto de 2015
6. ORD. AMB. N°79/15 de 27 de agosto de 2015
7. Carta NP- GAF-NC-RP-2015-145 de 01 de septiembre de 2015
8. Carta NP- GAF-NC-RP-2015-148 de 03 de septiembre de 2015
9. ORD. CCOP N°117/15 de 23 de septiembre de 2015
10. Carta NP- ADM-NC-RP-2015-223 de 29 de septiembre de 2015
11. Carta NP-ADM-NC-JC-2016-787 de 02 de agosto de 2016
12. Mail de Jessica Zapata a Raphaël Pourny, de 16 de septiembre de 2016
13. ORD. AMB. N°1114/16 de 19 de agosto de 2016
14. ORD. AMB. N°1275/16 de 23 de septiembre de 2016
15. Carta NP- ADM-NC-JC-2016-1088 de 30 de septiembre de 2016
16. ORD. AMB. N°1343/16 de 05 de octubre de 2016
17. Carta NP-ADM-NC-JC-2016-1125 de 11 de octubre de 2016
18. ORD. AMB. N°1380/16 de 13 de octubre de 2016
19. ORD. AMB. N°1576/16 de 23 de noviembre de 2016
20. Carta NP-ADM-NC-JC-2016-1504 de 14 de diciembre de 2016
21. Inscripción en el Libro de Explotación de la Obras de 08 de febrero de 2017, folios 38, 39 y 40
22. Carta NP-ADM-NC-JC-BL-2017-279 de 21 de febrero de 2017
23. ORD. AMB. N°1134/17 de 16 de agosto de 2017
24. Carta NP-ADM-NC-RP-2017-1563 de 15 de septiembre de 2017, conjuntamente con vale vista emitido por Banco Santander por un monto de \$332.724.000.- en razón de la sanción materia de autos.

c. Informes mensuales

Se acompañan, a continuación, los informes mensuales relativos a la fase de explotación que se encuentran disponibles en el sitio web del MOP (www.concesiones.cl):

1. Informe mensual julio 2017
2. Informe mensual junio 2017
3. Informe mensual mayo 2017
4. Informe mensual abril 2017
5. Informe mensual enero 2017
6. Informe mensual diciembre 2016
7. Informe mensual noviembre 2016
8. Informe mensual octubre 2016
9. Informe mensual septiembre 2016
10. Informe mensual agosto 2016
11. Informe mensual junio 2016
12. Informe mensual mayo 2016
13. Informe mensual abril 2016

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase esta H. Comisión Arbitral que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 de las Normas de funcionamiento y procedimiento de la Comisión Arbitral, vengo en indicar los acreedores prendarios de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A.:

1. Banco Santander-Chile
2. Crédit Agricole and Investment Bank
3. Société Générale
4. CaixaBank S.A.
5. Banca I.M.I. S.P.A. – London Branch
6. Banco Santander S.A.
7. Seguros Vida Security Previsión
8. Penta Vida compañía de Seguros de Vida
9. Banco BICE
10. Banco de Crédito e Inversiones
11. Itaú-Corpbanca

TERCER OTROSÍ: Sírvase esta H. Comisión Arbitral, tener presente para a efectos de proceder a las notificaciones a las que hace referencia el artículo 14 del Acta N°2 que fija normas de funcionamiento y de procedimiento de la comisión arbitral del contrato de concesión de obra pública fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, viene esta parte en informar los siguientes correos electrónicos:

**nicolas.claude@nuevopudahuel.cl; raphael.pourny@nuevopudahuel.cl;
jaime.casanova@nuevopudahuel.cl, john.rathkamp@nuevopudahuel.cl,
javier.escanilla@nuevopudahuel.cl; y belen.llamas@nuevopudahuel.cl.**

CUARTO OTROSÍ: Sírvase esta H. Comisión Arbitral tener por acompañada copia autorizada de la reducción a escritura pública del Acta de la Primera Sesión de Directorio de Sociedad Concesionaria Nueva Pudahuel S.A., otorgada ante el Notario de Santiago don Eduardo Avello Concha con fecha 22 de julio de 2015, bajo el repertorio N° 12.411-2015, en donde consta mi personería para representar a Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A.

QUINTO OTROSÍ: Sírvase a esta H. Comisión Arbitral, tener presente que confiero patrocinio y poder en estos autos a la abogada habilitada, doña Javiera Escanilla Cortés, cédula nacional de identidad N° 16.354.806-2, teléfono +562.26901700, correo electrónico javiera.escanilla@nuevopudahuel.cl, de mi mismo domicilio, para que represente a Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A con las facultades de ambos incisos del artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, y quien firma junto a mí en señal de aceptación.



16.354.806-2