Santiago, a dos de octubre de dos mil dieciocho

VISTOS:

Constitución y Normas de Funcionamiento y de Procedimiento de la Comisión Arbitral.

1. En conformidad al Decreto N°900 del Ministerio de Obras Públicas, de 18 de diciembre de 1996, que fijó el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley Nº 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas ("**LCOP**" o "**Ley de Concesiones**"), el Reglamento de la LCOP, contenido en el Decreto Nº 956 del Ministerio de Obras Públicas, de fecha 20 de marzo de 1997 ("**Reglamento**" o "**Reglamento LCOP**"), y de acuerdo al resultado del sorteo realizado el 24 de noviembre de 2016 ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, mediante Decreto del Ministerio de Obras Públicas Nº 1450, de 27 de diciembre de 2016, se formalizó la composición de la Comisión Arbitral del Contrato de Concesión de la Obra Pública Fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago" ("**Comisión Arbitral**" o "**Comisión**") y se dispuso que la misma estuviera integrada por los señores Marcelo Barrientos Zamorano, Juan Pablo Román Rodríguez y Carlos Mercado Herreros.[1]

2. En sesión N°1 de la Comisión Arbitral, efectuada el 11 de enero de 2017, y tras aceptar su designación como miembros de la Comisión y efectuar el juramento de rigor, se tuvo por constituida la Comisión Arbitral, designándose al abogado Sr. Juan Pablo Román Rodríguez como Presidente de la misma. Asimismo, se designó al abogado Sr. Javier Castillo Vial como Secretario de la Comisión Arbitral, todo lo cual fue debidamente notificado al Director General de Obras Públicas y al Gerente General de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A.

3. Según lo prescrito en el Art. 36 bis inciso 8º de la Ley de Concesiones, en la Sesión N°2 de la Comisión Arbitral, realizada el 30 de enero de 2017, se dictaron las Normas de Funcionamiento y de Procedimiento de la Comisión Arbitral ("**NFP**" o "**Normas de Procedimiento**"), siendo notificadas las partes con esa misma fecha. Posteriormente, y en virtud de lo solicitado de común acuerdo por las partes, en la Sesión N°3 de la Comisión, celebrada el 11 de abril de 2017, se introdujeron ciertas modificaciones a las NFP, las cuales constan a fojas 60 del Cuaderno de Constitución de la Comisión Arbitral.

Demanda arbitral.

[1] Don Marcelo Barrientos Zamorano y don Juan Pablo Román Rodríguez integran la nómina de abogados entregada por la Excma. Corte Suprema en acta N° 4-2011, de 17 de enero de 2011, "Propuesta de Abogados para integrar Comisión Arbitral", y don Carlos Mercado Herreros integra la nómina de expertos para tribunales arbitrales en materia de Concesiones, entregada por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Oficio Ordinario Administrativo N° 0063, de 29 de octubre de 2012.

4. Con fecha 22 de septiembre de 2017, don Nicolás Etienne Marcel Claude, gerente general y en representación de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. ("**Sociedad Concesionaria**" o "**Concesionaria**"), ambos domiciliados en el Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez Terminal Nacional de Pasajeros, Rotonda Oriente, piso 4, comuna de Pudahuel, interpuso una reclamación arbitral en contra del Ministerio de Obras Públicas ("**MOP**"), representado por el Director General de Obras Públicas, don Juan Manuel Sánchez Medioli, ambos domiciliados en Morandé N°59, tercer piso, comuna de Santiago, por la sanción cursada a través de la Resolución N° 3119 de la Dirección General de Obras Públicas ("**DGOP**"), de 11 de agosto de 2017, notificada a la Concesionaria el 17 de agosto de 2017, mediante la cual se le aplicó una multa de 7.140 Unidades Tributarias Mensuales ("**UTM**"), por un 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 ("**BALI**") del Contrato de Concesión de la Obra Pública Fiscal denominada Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago ("**Resolución Impugnada**").

Solicita se declare la improcedencia de la Resolución Impugnada, y, en consecuencia:

- Se condene al MOP al reembolso del monto de la multa pagada por la actora con fecha 15 de Septiembre de 2017, correspondiente a la suma de $332.724.000.
- Se condene al MOP en costas y al pago de los gastos de funcionamiento y honorarios de la Comisión Arbitral.
- Se condene al MOP al pago de los intereses que se originen, en razón de lo dispuesto en el artículo 1.14.5 de las BALI.
- Se inste a la Inspección Fiscal ("**IF**") y al Inspector Fiscal a cumplir con las obligaciones de fiscalización que le imponen la ley y el Contrato de Concesión, según se expone en la demanda.
- Se declare que el MOP tiene que dar cumplimiento al artículo 87 del Reglamento de la Ley de Concesiones, cuando imponga una multa a la Concesionaria.
- En subsidio de lo anterior y para el caso que no se acojan las peticiones antes señaladas, se rebaje la multa al monto mínimo establecido en el artículo 1.8.5.2 de las BALI, conforme a la exposición que se formula en la demanda.

5. La demandante señala que es titular de la Concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago" ("**Aeropuerto AMB**" o "**Aeropuerto**"), la cual le fue adjudicada tras un extenso proceso de licitación, el cual concluyó el 21 de abril de 2015 con la publicación en el Diario Oficial del Decreto Supremo MOP N°105, de fecha 12 de marzo de 2015. Agrega que el Contrato prevé un período de transición -que se desarrolló entre el 22 de Abril de 2015 y el 30 de Septiembre de 2015, fecha esta última de puesta en servicio de las instalaciones- en el cual la Concesionaria debía cumplir con las obligaciones detalladas en la cláusula 1.8.18 de las BALI. Señala que entre las obligaciones que le correspondía cumplir en dicho período de transición, se encontraban: **(a)** 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 1.8.8"*; **(b)** 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, 30 días antes de la fecha prevista para la puesta en servicio de la infraestructura, lo que en la práctica correspondía al 1 de septiembre de 2015, quedando la puesta en servicio de la infraestructura condicionada a la aprobación previa de dichas pólizas por parte de la Fiscalía del MOP.

6. Señala la demandante que dada la falta de precisión del Contrato de Concesión respecto del plazo en que los borradores de pólizas debían de ser enviados para cumplir con la obligación indicada en la letras (a) del N°5 precedente, el Gerente de Administración y Finanzas de la Concesionaria, después de haberlo conversado con el Inspector Fiscal, mediante carta de 20 de mayo de 2015 propuso al MOP enviar los borradores de las pólizas de seguros de responsabilidad civil y de catástrofe el 1° de agosto de 2015, esto es, 30 días corridos antes de la fecha en que debían enviarse al MOP, dando cumplimiento a la *"anticipación debida"* requerida en la cláusula 1.8.18 de las BALI. Indica que lo anterior fue aceptado oralmente e implícitamente, como consta por el proceso de emisión y aprobación de las pólizas, puesto que el MOP nunca señaló que dicho plazo fuera insuficiente. Continúa señalando la demandante que entre el 1° de agosto y el 1° de septiembre de 2015, la Concesionaria y el MOP intercambiaron conversaciones y versiones de los borradores de pólizas, que concluyeron con fecha 1° de septiembre de 2015 con la entrega por la Concesionaria de los originales de las pólizas contratadas. Cita al respecto la carta NP-GAF-NC-RP-2015-145. Agrega que la vigencia de las pólizas sería a partir del 1° 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 1° de octubre de 2016, en el caso de la póliza de catástrofe, fechas en las que unas nuevas pólizas o renovaciones de las mismas tendrían que estar vigentes. Declara que a la Concesionaria no le consta que la Fiscalía del MOP haya dado a las pólizas la aprobación formal, conforme a lo requerido en la letra c) de los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI.

7. Alega la demandante que desde el 1 de octubre de 2015 ("**Puesta en Servicio Provisoria de las Instalaciones Existentes**" o "**PSP1**"), la Concesionaria se encuentra operando el Aeropuerto de acuerdo a los estándares fijados en las BALI, dando cumplimiento, entre otras materias, a los requerimientos relacionados con los seguros.

8. Agrega que el 2 de Agosto de 2016, 60 días antes del vencimiento de las pólizas de responsabilidad civil y de catástrofe contratadas al momento de la PSP1, conforme a lo establecido en las BALI y porque habían señales del Inspector Fiscal, en cuanto a que se revisarían por éste de forma previa los borradores de pólizas, se le entregaron los borradores de las mismas para sus comentarios, en carta NP-ADM-NC-JC 2016-787. Indica que con fecha 16 y 19 de septiembre de 2016, la IF solicitó que se le aportaran ciertas modificaciones a las pólizas enviadas por la Concesionaria. Hacia el final del mes de septiembre de 2016, al no haber 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 el 30 de Septiembre de 2016 al envío de las pólizas originales, junto con las respuestas a las últimas observaciones recibidas de la Inspección Fiscal. Añade a lo anterior la demandante, que después de la 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 de las mismas. Señala que a la fecha de presentación de la demanda, esto es, el 22 de septiembre de 2017, no se había recibido -por parte de la Fiscalía del MOP- la aprobación formal de la última versión de las pólizas de fecha 14 de diciembre de 2016.

9. La Concesionaria relata que para su sorpresa, el 8 de febrero de 2017 el MOP, mediante inscripción en el Libro de Obra (folios 38, 39 y 40), le informó que propondría la aplicación de una multa de 2.400 UTM por el retraso de 60 días en la entrega de la prueba de la renovación de la póliza de seguro por responsabilidad civil por daño a terceros y una multa de 2.630 UTM por el retraso de 59 días en la entrega de la prueba de la renovación de la póliza de seguro de catástrofe. Indica que en su anotación el MOP alude a un supuesto incumplimiento de la entrega de las pólizas originales el 1° de agosto de 2016, más de seis meses de haberse entregado las pólizas y omitiendo referirse a su propia participación en la conducta que sanciona.

10. Añade que con fecha 21 de Febrero de 2017 formuló los descargos haciendo referencia al procedimiento consensuado de modificación y corrección de las pólizas aludidas. Prosigue señalando que habiendo transcurrido más de 12 meses desde el pretendido incumplimiento y más de 6 meses desde la inscripción en el Libro de Obras, con fecha 17 de agosto de 2017 la DGOP impuso la Resolución Impugnada, en la que no sólo se aprobó la propuesta del Inspector Fiscal de imponer una sanción, sino que se aumentó el monto de la multa en un 50%, aludiendo a una falta de diligencia y a la omisión de acciones de mitigación por parte de la Concesionaria respecto del retraso en la presentación de elementos probatorios requeridos por las BALI para la renovación de las pólizas en agosto de 2016.

11. La actora sostiene que, de acuerdo a lo expuesto, la materia sometida a arbitraje tiene 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, tanto en lo que respecta al procedimiento como a sus fundamentos. Agrega que la multa aplicada es improcedente, injustificada, desproporcionada, cuantiosa y confiscatoria.

12. La demanda se explaya seguidamente en la naturaleza del contrato de concesión de obra pública, destacando el principio de la preeminencia de la Administración, el principio de la buena fe, para posteriormente analizar las obligaciones de la Concesionaria en materia de cobertura de riesgos para la Fase de Explotación de la Concesión. Se remite al artículo 36 del Reglamento de la Ley de Concesiones y a los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI.

13. En el libelo la demandante afirma que el MOP ha vulnerado el principio de la buena fe y ello se probaría por los hechos que señala a fojas 9 y siguientes de autos:

- Indica que existían comportamientos de la IF que permitían concluir que el Inspector Fiscal requeriría previamente revisar los borradores de las pólizas, a pesar de no tratarse del Período de Transición y aun tratándose de la renovación de las pólizas. Alega la demandante que al percatarse que el Inspector Fiscal requeriría revisar propuestas o borradores de pólizas, aun cuando no se estuviera dentro del Período de Transición, la Concesionaria obró de buena fe, lo que no ocurrió con la IF, ya que no se comportó lealmente, pues de apreciar que la Concesionaria estaba en infracción de la norma, debió inmediatamente haberlo informado, cuestión que no hizo sino más de seis meses después, una vez que anotara la propuesta de multas en el Libro de Obras.

- Agrega a lo anterior que, aunque no se efectuara la entrega de los antecedentes respectivos antes de 60 días a la fecha de expiración de las pólizas, el MOP siempre estuvo en conocimiento que la Concesionaria estaba haciendo los trámites conducentes a la renovación y pago de las mismas.

- Argumenta que su conducta ha sido prudente, diligente, consecuente con la relevancia del asunto y con el propio actuar del MOP, pues su objetivo era el de adecuar las condiciones de las pólizas y su entrada en vigor antes del 30 de septiembre de 2016, fecha en la cual caducaban las anteriores pólizas. Añade a lo anterior que se cumplió cabalmente con el que califica como "único objetivo importante" de los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI, al entregar en original la renovación y pago de las pólizas antes de la fecha de expiración de las anteriores. Alega que la acreditación de la renovación de las pólizas es un mero trámite administrativo de prueba del cumplimiento de una obligación futura que es que la Concesionaria disponga de seguros suficientes para cubrir las responsabilidades que pudieren originarse por perjuicios causados a terceros durante la explotación de la obra, afirmando que ha mantenido en vigor en todo momento los seguros suficientes para cubrir los riesgos correspondientes.

- Concluye que si se estimara que hubo retraso de parte de la Concesionaria en la entrega de las pólizas originales, lo cierto es que sí las entregó antes del vencimiento de las anteriores, por lo que la sanción sería improcedente e injustificada, toda vez que: (i) se cumplió con la finalidad de la norma, cual es que durante la vigencia de la Concesión existan siempre vigentes seguros de responsabilidad civil y catástrofe; (ii) se cumplió con el propósito de las multas que se estipulan en las BALI, el cual es prevenir la existencia de períodos en que no hayan seguros vigentes, añadiendo que las sanciones consagradas en el Contrato de Concesión tienen un carácter esencialmente preventivo y no uno sancionador; (iii) el retraso no ha causado daño alguno al MOP, ni al interés público, ni al bienestar común de las personas ni a los usuarios.

14. Afirma que el MOP jamás informó a la Concesionaria que el procedimiento que estaba realizando -entrega del proyecto de pólizas- constituía un incumplimiento y podría generar la imposición de multas. También sostiene que el Inspector Fiscal no cumplió con las obligaciones de fiscalización que le impone la ley y el Contrato de Concesión, analizando las funciones que la ley le impone. Tampoco el Inspector Fiscal instruyó a la Concesionaria al cumplimiento de sus obligaciones ni con lo establecido en el artículo 87 del Reglamento de la Ley de Concesiones. Sostiene que el incremento en un 50% de la sanción de multa, ya desproporcionada, es improcedente y arbitrario, puesto que no concurren todos los requisitos que establece el artículo 1.8.5.2 de las BALI para la aplicación de la multa máxima.

15. Sostiene en que la potestad sancionatoria es una manifestación de la discrecionalidad del Estado que no puede ser ejercida en forma arbitraria, mencionando doctrina y dictámenes de la Contraloría General de la República sobre el particular.

16. Alega la demandante que el presunto incumplimiento de los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI, de existir, habría estado prescrito en el momento en que se impuso la sanción. Sustenta su posición en el artículo 94 del Código Penal, puesto que el plazo respecto de las faltas es de 6 meses. Fundamenta su posición en el artículo 18 de las BALI, en el artículo 3 de la Ley N° 19.880, que define el acto administrativo y en sentencia de la Excma. Corte Suprema y en sentencias del Tribunal Constitucional, las que cita en su libelo, al igual que en dictámenes de la Contraloría General de la República y doctrina, también citada.

17. Concluye la demanda afirmando que el MOP ha contrariado el principio de la buena fe; que tiene una intención recaudatoria, persecutoria y de hostigamiento; que éste Ministerio tiene un actuar negligente; que se ha incumplido el artículo 87 del Reglamento de la Ley de Concesiones y que al aplicar la sanción, la infracción administrativa se encontraba prescrita.

Contestación.

18. A fojas 52 se proveyó la demanda, confiriéndose traslado al MOP. A fojas 53 consta la notificación de la demanda en la forma prescrita en las NFP, realizada el 28 de septiembre de 2017.

19. A fojas 55 el Consejo de Defensa del Estado, en representación del MOP, con fecha 30 de Octubre de 2017, contestó la demanda solicitando que ella sea rechazada en todas sus partes, con expresa condenación en costas. El demandado señala en su escrito que la Concesionaria ha incumplido las siguientes obligaciones contractuales:

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

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

20. Sostiene el MOP, respecto de la responsabilidad, que los párrafos recién citados señalan que el incumplimiento de los plazos señalados *"hará incurrir a la Sociedad Concesionaria en la multa que se establezca según el artículo 1.8.5.1 de las Bases de Licitación"*. De acuerdo a lo anterior, las cláusulas del Contrato establecen de manera expresa, clara y precisa las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, cuya infracción trae como consecuencia la correspondiente responsabilidad conforme a lo establecido en las BALI.

21. Sostiene el demandado que las multas impuestas resultan procedentes, en atención a que se fundan en un hecho "pacífico, cierto y objetivo", consistente en que la Concesionaria no cumplió con la renovación y pago de las pólizas de Responsabilidad Civil y Seguro por Catástrofe a más tardar 60 días antes de la expiración de las anteriores pólizas.

22. Indica que las multas aplicadas se ajustan estrictamente al principio de legalidad, atendido el texto expreso de las BALI y de las normas legales y reglamentarias aplicables. Agrega que el Inspector Fiscal está obligado a imponer las multas definidas expresamente en el Contrato, dado lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de Concesiones y su relación con lo prescrito en el artículo 1546 del Código Civil.

23. Por otra parte señala el demandado que las multas aplicadas, en conformidad a los artículos 29 de la Ley de Concesiones y 47 de su Reglamento, en concordancia con el artículo 1.8.5.1 de las BALI, las que fueron impuestas conforme a la Tabla Nº 2 *"Infracciones y multas a la Sociedad Concesionaria"*, resultan justas y proporcionales. Ello por cuanto se encuentran dentro del rango establecido previamente en el Contrato, el cual es conocido por la Concesionaria. Conforme a lo expuesto, la DGOP al imponer las multas con un incremento de un 50%, como lo afirma la demandante, actuó dentro del rango establecido en las BALI, no pudiéndose calificar dicha actuación como arbitraria. Además, indica que conforme al artículo 1.8.5.2 de las BALI se consideró *"la acumulación de multas durante la vigencia del contrato"* y a encontrarse frente a 119 días de incumplimiento a la obligación de acreditar la renovación y pago de las pólizas de Responsabilidad Civil y Seguro por Catástrofe a más tardar 60 días antes de la expiración de las anteriores pólizas.

24. Sostiene el MOP que la conducta de la Concesionaria es negligente. Señala que las pólizas las presentó fuera del plazo, pues debió haberlo hecho *"a más tardar 60 días antes de la expiración de las anteriores pólizas"*. Niega que el Inspector Fiscal haya expresado en el Oficio Nº 1114/16 *"comportamientos que permitían concluir la intención del Inspector Fiscal de revisar en forma previa los borradores de las pólizas."* Reproduce el

texto del citado Oficio, remarcando los párrafos sobre los plazos y los efectos de los incumplimientos. Recalca en el Oficio señalado, indicando que la *"Inspección Fiscal considera que esta disposición* (se refiere a la entrega de las pólizas) *sólo es aplicable para el período de transición, el cual expiró el 30 de septiembre de 2015 y no resulta procedente a la renovación de las pólizas entregadas con fecha 2 de agosto de 2016."* Se añade a lo anterior, según el demandado, que la Concesionaria ha reconocido implícitamente -en la página 3 de la demanda- su obligación para acreditar la renovación y pago de las pólizas, pues dejó pasar el plazo para acreditarlo, el cual era a más tardar 60 días antes de la expiración de las anteriores pólizas.

25. Posteriormente el MOP sostiene que las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión no han sido modificadas, en forma alguna, argumentando sobre la base de la legislación constitucional, de la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado y la Ley sobre Bases de los Procedimientos Administrativos. Señala que el acto que según la Concesionaria tendría el efecto de modificar el Contrato de Concesión, estableciendo plazos distintos a los expresamente dispuestos en la letra c) de los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI, no tiene carácter vinculante, indicando las razones de ello. En razón de que el Oficio N° 1114/16 no es el acto administrativo para modificar las BALI y no ha sido extendido por funcionario competente, el mencionado oficio no ha podido modificar el Contrato. Reitera la imposibilidad de que el Inspector Fiscal pueda modificar el Contrato de Concesión apoyándose en el artículo 21 de la Ley de Concesiones y en el artículo 38 del Reglamento, además de los artículos 39 y 40 de este último. Concluye el Consejo de Defensa del Estado que entre las facultades del Inspector Fiscal no se encuentra la de dictar actos administrativos que modifiquen el Contrato, aún más cuando la Ley y el Reglamento contemplan procedimientos para modificar el Contrato de Concesión. De este modo, concluye, la Sociedad Concesionaria no acreditó la renovación y pago de pólizas de Seguro de Responsabilidad Civil y Seguro de Catástrofe, a más tardar 60 días antes de la expiración de las anteriores pólizas, incumpliendo con lo dispuesto en las BALI.

26. En el Capítulo V de su escrito de contestación de la demanda, el Consejo de Defensa del Estado alega que no es aplicable lo dispuesto por el artículo 87 del Reglamento de la Ley de Concesiones, agregando que el Contrato de Concesión se rige por la ley vigente al momento de perfeccionarse el mismo contrato, en particular los artículos 29 y 30, del texto actualizado de la Ley de Concesiones, reproduciendo ambos artículos. El primero de dichos artículo faculta al MOP para imponer las sanciones y multas que el Reglamento y las BALI establezcan.

Agrega que la ley N° 20.410 de 20 de enero de 2010, sustituyó el texto del artículo 29, eliminando las referencias a la Ley de Concesiones, relacionada a la antigua exigencia de solicitar autorización previa a la Comisión Conciliadora para imponer multas sobre 500 UTM, concluyendo de esta forma que la demandante solicita se aplique una norma derogada. Sin embargo, se hace cargo el escrito de la argumentación de la demandante, en cuanto a que el artículo 87 del Reglamento de la Ley de Concesiones es aplicable al Contrato en atención a que no fue enmendado ni derogado, afirmación que es rechazada por cuanto la disposición reglamentaria no puede sobrevivir a las

derogadas normas legales que le dan justificación a su fundamento. Agrega que el Contrato de Concesión se rige por lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la Ley de Concesiones modificada y que las normas contenidas en el Reglamento, rigen sólo en la medida que no fueren contrarias a la referida Ley. Se argumenta, además, sobre la hipótesis de que se pudiere aplicar la regulación derogada, que se desarrolla a fs. 74, 75, 76, 77 y 78 de autos.

27. El Consejo de Defensa del Estado, en el Capítulo VI del escrito de contestación de la demanda, relacionado con la prescripción alegada por la parte demandante, señala que esta litis debe ser resuelta dentro de las normas de la responsabilidad contractual, específicamente de la responsabilidad contractual especial para los contratos de concesión de obra pública, que se rigen subsidiariamente por las normas del Código Civil. Al efecto señala que la multa aplicada no se encuentra dentro del denominado "ius puniendi" estatal, por lo cual no deben ser aplicadas las reglas de la prescripción penal de las faltas, conforme a la regla del artículo 2497 del Código Civil. Agrega que, al celebrar el contrato, la demandante aceptó las BALI y el sistema de multas establecido en la cláusula 1.8.5.1. A su vez el DGOP aplicó las multas en uso de sus facultades, no en ejercicio del ius puniendi estatal, sino en aplicación de las normas contractuales. De lo anterior expone, que debe rechazarse la prescripción penal de las faltas. Se cita doctrina y jurisprudencia sobre el particular, consignada a fs. 80 y 81. Agrega el escrito de contestación a la demanda que al momento de dictarse la Resolución Impugnada, mediante la cual se impusieron las multas, por cuanto la acción sancionatoria administrativa se habría encontrado prescrita, según lo sostiene la parte demandante, a esa fecha por haber transcurrido más de seis meses desde que acontecieron los hechos que las motivaron, fundándose en la aplicación del plazo de prescripción de 6 meses establecido para las faltas penales. Se sostiene en la defensa que el régimen sancionatorio de las concesiones está establecido en los artículos 29 y 36 bis de la Ley de Concesiones y en los artículos 47 y 48 del Reglamento y en las BALI. Las disposiciones citadas, conforme se indica en el escrito, le otorgan facultades suficientes al DGOP para imponer sanciones y multas, sin que le permita al concesionario infractor eludirlas, al igual que las BALI. También se argumenta que ni la Ley de Concesiones, ni su Reglamento, ni las BALI, establecen ninguna forma de extinción de la responsabilidad del concesionario infractor, como se pretende mediante la prescripción de la acción sancionatoria. A su vez, el artículo 20 del Código Penal, establece que no se reputan penas, las multas y demás correcciones que los superiores impongan a los subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinar y atribuciones gubernativas, excluyéndose, consecuentemente las multas administrativas, que sería el caso del presente litigio. También se refiere a la ley N° 19.880 sobre las Bases de los Procedimientos Administrativos, que establece que en caso que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la referida ley se debe aplicar en el carácter de supletoria. La referida ley, no contempla ninguna norma general que le fije plazos a los órganos de la Administración del Estado para ejercer su potestad sancionatoria. Se agrega que los artículos 3 y 51 refuerzan el carácter imperativo de los actos de la Administración Estatal. A ello, sostiene el Consejo de Defensa del Estado, debe agregarse, que en conformidad al artículo 51 de la ley N° 19.880, los actos administrativos causan inmediata ejecutoriedad, salvo que una disposición establezca lo contrario o necesiten

aprobación o autorización superior, situaciones que no concurren en el presente litigio. Concluye que la Resolución dictada por el DGOP que impuso la multa ha sido bien dictada en cuanto a su oportunidad y contenido, ha causado ejecutoriedad en forma inmediata desde su dictación el día 11 de Agosto de 2017 y ha producido todos sus efectos desde que fue notificada. Por tales rezones se descarta la posibilidad de hacer valer la prescripción de la acción sancionatoria. Se añaden otras consideraciones jurídicas sobre la materia, finalizando el análisis en cuanto a que si eventualmente se aplicaran las normas del Código Penal, las multas no se encontrarían prescritas, por cuanto también serían aplicables las reglas sobre interrupción de la prescripción, las que se indican a fs. 89 y 90 de autos.

28. Se solicita finalmente que se rechace la demanda, con expresa condena al pago de las costas y gastos de la causa.

29. A fojas 94 rola el Acta de la Sesión N°12 de esta Comisión Arbitral, realizada el 2 de Noviembre de 2017, en la cual se resuelve que es innecesario dar lugar a los trámites de réplica y dúplica, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 23 de las Normas de Procedimiento.

Período de Prueba.

30. A fojas 98 consta el Acta de la Sesión N°14 de la Comisión, celebrada el 15 de Noviembre de 2017, instancia en que este tribunal arbitral resolvió recibir la causa a prueba y fijó los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos sobre los cuales deberá recaer:

1. Efectividad de que la puesta en servicio de la infraestructura se encontraba condicionada a la aprobación previa de las pólizas (i) de responsabilidad civil por daños a terceros y (ii) de seguro por catástrofe para la fase de explotación del Contrato de Concesión.
2. Efectividad de que el 1° de septiembre de 2015 la Concesionaria entregó los originales de las pólizas contratadas.
3. Efectividad de que la Concesionaria el 30 de septiembre de 2016 envió pólizas originales, en conjunto con las respuestas a las observaciones recibidas de la Inspección Fiscal.
4. Efectividad de que el Ministerio de Obras Públicas requirió que se introdujeran modificaciones adicionales a las pólizas hasta el 23 de noviembre de 2016 y si la Concesionaria endosó las pólizas.
5. Existencia de negligencia de la Concesionaria en la renovación de las pólizas en agosto de 2016.

31. A fojas 102 y 103 consta que con fecha 20 de noviembre de 2017 se notificó la interlocutoria de prueba a las partes. A fojas 104 la actora dedujo recurso de reposición en contra del auto de prueba, recurso que fue rechazado por resolución de fojas 116.

32. La parte demandante acompañó los documentos descritos en el primer otrosí de la demanda, a fs. 39, 40, 41 y 42 de autos. Los referidos documentos constituyen los

antecedentes contractuales; Bases de la licitación, las circulares aclaratorias de las Bases, el Acta de Adjudicación y la publicación en el Diario Oficial del decreto de adjudicación. Asimismo, acompañó 24 documentos que constituyen comunicaciones entre las partes a partir del 20 de Mayo de 2015, hasta el 15 de septiembre de 2017, correspondiente a la multa que le correspondía pagar ascendente a $ 332.724.000. También acompañó 12 informes mensuales relativos a la fase de explotación, correspondientes a los meses de abril de 2016 al mes de julio de 2017, con excepción del mes de junio de 2016.

33. La prueba documental presentada por el MOP, en cuanto a su descripción consta a fs. 128, 129, 130 y 131 de autos y los documentos agregados en las fs. siguientes.

34. La parte demandante presentó en la audiencia testimonial, que rola a fs. 295 de autos, al testigo don Jaime Patricio Casanova Toledo, quien a la época del testimonio trabaja para la Concesionaria, en el departamento de contabilidad, administración, finanzas y control de gestión. Dicho testigo depuso al tenor de los puntos de prueba N°s 1, 2, 3, 4 y 5.

35. La parte demandada presentó en la audiencia testimonial, que rola a fs. 303 de autos, al testigo don Claudio Andrés Asenjo Schultz, quien a la época de rendir su testimonio trabaja como Inspector Fiscal Subrogante del Contrato de Concesión. Dicho testigo depuso al tenor de los puntos de prueba N°s 2, 3, 4 y 5.

36. A fs. 313 el MOP formuló observaciones a la prueba rendida, reiterando que la Concesionaria entregó las pólizas dentro de los 60 días, un día antes del vencimiento de las pólizas anteriores y no como obliga el Contrato, a más tardar 60 días antes de la expiración de las pólizas. Remarca el demandado que el juicio trata sobre la acreditación y pago de la renovación de las pólizas antes de 60 días de la expiración de las que se encontraban vigentes. El juicio no versa sobre la vigencia y pago de las pólizas, sostiene la parte demandada. Indica que han quedado probados los siguientes hechos:

a.- No se entregó la póliza de responsabilidad civil por daños a terceros a más tardar 60 días antes de la expiración de la póliza anterior, con el timbre de pago correspondiente. Igual situación ocurrió con la póliza de seguro por catástrofe.

b.- No se aplicaron multas luego de la entrega de las pólizas originales (con timbre de pago). Las aclaraciones, certificaciones y/u observaciones a las pólizas entregadas en original no fueron objeto de multas.

c.- El Inspector Fiscal actuó dentro de la esfera de sus atribuciones.

d.- En conformidad a las BALI, artículo 1.8.18. N° 4, las iteraciones que alega la demandante proceden solamente durante el periodo de transición y no para la renovación de las pólizas.

e.- La norma contenida en el artículo 87 del Reglamento de la Ley de Concesiones fue derogada por la ley N° 20.410, para todas aquellas concesiones adjudicadas a partir de la citada ley.

f.- En el petitorio de la demanda no se alegó la prescripción por la demandante, sin perjuicio de aplicarse el artículo 2497 del Código Civil.

37. El demandado efectúa un análisis de la prueba rendida respecto de cada uno de los puntos de prueba, señalando en relación al primer punto, relativo a la efectividad de que la puesta en servicio de la infraestructura se encontraba condicionada a la aprobación previa de las pólizas (i) de responsabilidad civil por daños a terceros y (ii) de seguro por catástrofe para la fase de explotación del Contrato de Concesión, que de la prueba rendida por ambas partes queda acreditado que la puesta en servicio de la infraestructura se encontraba condicionada a la aprobación previa de las pólizas de Responsabilidad Civil por Daños a Terceros y de Seguro de Catástrofe para la fase de explotación del Contrato de Concesión y adicionalmente se probó que no hubo mala fe del MOP. Respecto del segundo punto de prueba, relativo a la efectividad de que el 1° de septiembre de 2015 la Concesionaria entregó los originales de las pólizas contratadas, se indica que los testigos de ambas partes coinciden que el día señalado entregaron las pólizas originales. En relación al punto de prueba N° 3, sobre la efectividad de que la Concesionaria el 30 de Septiembre de 2016 envió pólizas originales, en conjunto con las respuestas a las observaciones recibidas de la Inspección Fiscal, analiza la prueba documental, constituida por la carta de 30 de Septiembre de 2016 dirigida por la Concesionaria al Inspector Fiscal y las declaraciones de los testigos, antes mencionados, presentados por ambas partes, concluyendo que sólo con fecha 30 de Septiembre de 2016 la Concesionaria entregó las pólizas originales con timbre de pago y que no dio respuesta a todas las observaciones del Inspector Fiscal, a esa fecha. Sobre el punto de prueba N° 4, consistente en probar la efectividad de que el MOP requirió que se introdujeran modificaciones adicionales a las pólizas hasta el 23 de noviembre de 2016 y si la Concesionaria endosó las pólizas, en el análisis de la prueba que efectúa, sostiene que probó que no hubieron modificaciones y lo que hubo fueron observaciones o acreditaciones, de forma tal que los requisitos siempre fueron los establecidos en las BALI, los cuales no fueron objeto de multas, las que fueron impuestas por no acreditar la renovación y pago mediante la entrega de las pólizas originales antes de 60 días del vencimiento de las anteriores. El análisis del punto N° 6 de la prueba, el MOP lo centra en los documentos de las BALI y en los Oficios, Memorándum, Correos electrónicos que se describen a fs. 326, 327 y 328 de autos. La testimonial rendida por el Sr. Claudio Asenjo, se destaca en cuanto este testigo señala que la Concesionaria entregó borradores que no dan cuenta del pago de las pólizas, de forma tal que no cumplió con el plazo y con la entrega de las pólizas pagadas. Se refiere a las declaraciones prestadas por el testigo Sr. Casanova, entre las cuales destaca que éste señaló: *"Las pólizas vencían el 30 de septiembre y las entregamos como dije anteriormente el 2 de agosto para revisión del MOP"*, concluyendo que la demandante no entregó las pólizas originales el día que debía haberlas entregado, sino que las entregó para revisión.

38. La Concesionaria formula las observaciones a la prueba rendida a fs. 332 y siguientes. Destaca la declaración testimonial de don Jaime Patricio Casanova, por ser un testigo presencial, según lo sostiene. Respecto del testigo de la parte demandada, Sr. Asenjo Schultz, alega que en varias ocasiones ha respondido no conocer o recordar determinados hechos, concluyendo que los dichos de este testigo no pueden constituir plena prueba, conforme a las normas procesales que cita. En relación a la prueba documental, la analiza conforme a los puntos de prueba del auto respectivo. Respecto del punto de prueba N° 1, señala el párrafo séptimo de la letra c) del art. 1.8.7 y 1.8.8, sosteniendo que la PSP1 no podría haberse iniciado sin esa aprobación previa. En relación al punto de prueba N° 2 aduce que los testigos presentados por ambas partes reconocen que el 1° de septiembre de 2015 se entregaron los originales de las pólizas contratadas. Respecto del punto de prueba N° 3, aduce el testimonio del testigo del MOP, Sr. Asenjo, no obstante que en este acápite se referiría a los documentos que presentó, los cuales no se traen a colación. El referido testigo según lo señala la parte demandante declaró que: *"Sí, es efectivo que el 30 de septiembre envió las pólizas originales..."*. Agrega las declaraciones del Sr. Casanova en cuanto a que se suponía *"que iban a haber muchas observaciones de parte del MOP debido a que las pólizas originales, las de 2015, fueron emitidas y autorizadas con mucha premura"*. Se agrega, en relación al punto de prueba N° 4, que el MOP requirió modificaciones adicionales a las pólizas. Añade a lo anterior las respuestas dadas por el testigo del MOP, en cuanto a que se formularon observaciones y que dado el número de éstas, se efectuaron reuniones con los corredores de seguros. Concluye el análisis afirmando la Concesionaria que el MOP ha faltado al principio de la buena fe "al darle a la supuesta infracción del timbre de pago el carácter de un comentario más dentro de los múltiples que hizo cuando tenía intención de multar a la Concesionaria por el mismo." En relación al punto de prueba N° 4, el análisis de la Concesionaria afirma que el MOP requirió se introdujeran modificaciones adicionales a las pólizas hasta el 23 de Noviembre de 2016, lo que se cumplió mediante el endoso de las mismas. Ello está ratificado por las declaraciones del testigo Sr. Casanova y por las declaraciones que formuló y que reproduce, del testigo del MOP. En cuanto al punto de prueba N° 5, respecto a negar la negligencia que se le ha imputado, hace mención a que de acuerdo a la declaración del Sr. Casanova, la Concesionaria no ha estado sin cobertura de los riesgos. Formula diversas consideraciones sobre el monto de la multa aplicada. Como conclusión señala que el MOP no ha acompañado documento alguno aprobando las pólizas originales y tampoco sus renovaciones. Insiste en que el proceso de renovación iba a ser el proceso de aprobación de los seguros de la etapa de explotación.

39. A fojas 347 se tuvieron presente las observaciones a la prueba formuladas por las partes. A fojas 349, con fecha 4 de julio de 2018, la Comisión citó a las partes para oír sentencia, notificándose dicha resolución en esa misma fecha.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que para esta Comisión, resulta claro que de acuerdo a diversos precedentes imperantes en materia sancionatoria administrativa, para establecer una

sanción como la impuesta y reclamada en estos autos, se debe establecer la prohibición u obligación incumplida por parte de la autoridad, lo que resulta claro de conformidad a lo establecido en el artículo 1.8.7, 1.8.8 y 1.8.5.1 de las BALI. En este sentido, la autoridad clasificó la infracción administrativa de acuerdo a su gravedad, y aplicó al caso concreto, y en las circunstancias que se han descrito, un quantum, respetando el principio de proporcionalidad entre la sanción administrativa, la subsunción de los hechos y las circunstancias aplicables al caso concreto de manera objetiva y transparente, alejando cualquier sospecha de arbitrariedad, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante.

Segundo.- Que, conforme a la prueba rendida al primer punto de prueba: *"Efectividad de que la puesta en servicio de la infraestructura se encontraba condicionada a la aprobación previa de las pólizas (i) de responsabilidad civil por daños a terceros y (ii) de seguro de catástrofe para la fase de explotación del Contrato de Concesión"*, a fs. 133 el MOP acompañó la Póliza de incendio con timbre de pago (Póliza 0020070954) de la Compañía aseguradora AIG Chile. Este documento prueba que la póliza con timbre de pago es de fecha 01 de septiembre de 2015, esto es, 30 días antes del inicio de la PSP1. A fs. 134, el MOP acompañó la Póliza de Responsabilidad Civil, suscrita por Mario Romanelli, Gerente General de la compañía aseguradora ACE Seguros SA. (Póliza 6.012.413; Endoso 84.137). Este documento prueba que la póliza fue endosada el 23 de septiembre de 2015. Esto consta del ORD. IF.117-15 de 23 de septiembre de 2015, gracias, según se colige de su lectura, a las observaciones enviadas por correo electrónico de 16 de septiembre de 2015. A fs. 135, el MOP acompañó la Carta SC de fecha 01 de septiembre de 2015. Ref.: NP-GAF-NC-RP-2015-145, dirigida al IF. Este documento acredita que con fecha 01 de septiembre de 2015, la Concesionaria acompañó con timbre de pago las referidas pólizas, con 30 días de anticipación al comienzo de la PSP1. A fs. 132, el MOP acompañó el ORD. IF.117-15 de 23 de septiembre de 2015, del Inspector Fiscal al Gerente General de la Concesionaria. Este antecedente prueba que las pólizas fueron recibidas por el Inspector Fiscal con fecha 01 de septiembre de 2015, esto es, 30 días antes del inicio de la PSP1, antecedente de hecho que fue aceptado por las partes.

Tercero.- En relación al punto de prueba número 1, señalado en el considerando anterior, depuso el testigo Sr. Jaime Patricio Casanova Toledo, gerente de finanzas adjunto, quien legalmente juramentado, dando razón de sus dichos, y en concordancia con la prueba documental y la demanda, al punto primero, expresó: *"Efectivamente se encontraba condicionada, en los puntos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI, las cuales indican que no puede haber puesta de servicio provisoria sin la aprobación de las pólizas por la Fiscalía del MOP."* En consecuencia, para esta Comisión Arbitral, conforme a la testimonial y documental rendida por las partes, habida cuenta de la gravedad, precisión y concordancia, da por establecido que la puesta en servicio de la infraestructura se encontraba condicionada a la aprobación previa de las pólizas de Responsabilidad Civil por Daños a Terceros y de Seguro por Catástrofe para la fase de explotación del Contrato de Concesión de marras.

Cuarto.- Que, conforme a la prueba rendida al segundo punto de prueba: *"Efectividad de que el 1° de septiembre de 2015 la Concesionaria entregó los originales de las pólizas*

contratadas", es, para esta Comisión un hecho pacífico, al haberlo expuesto así la demandante en su escrito de inicio de este juicio, que reconoce que las pólizas fueron entregadas 30 días antes de las PSP1 de las obras. En efecto, la vigencia de las pólizas comenzó con la PSP1, 30 días después de la entrega de los originales, por expresa disposición de las letras b) de los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI. En ello, además, están contestes en estos hechos, y en sus circunstancias esenciales, los testigos de ambas partes, el Sr. Claudio Andres Asenjo Schutz, por la demandada, y don Jaime Casanova, por la demandante. Por lo tanto, esta Comisión estima como acreditado en esta causa que el 1° de septiembre de 2015 la Concesionaria entregó los originales de las pólizas contratadas.

Quinto.- Que, conforme a la prueba rendida al tercer punto de prueba: *"Efectividad de que la Concesionaria el 30 de septiembre de 2016 envió pólizas originales, en conjunto con las respuestas a las observaciones recibidas de la Inspección Fiscal"*, en cuanto a la prueba documental de este punto, a fs. 173 el MOP acompañó la Carta NP-ADM-NC-JC-2016-1088 de 30 de septiembre de 2016, de la Concesionaria al Inspector Fiscal. En ella se lee que se hace entrega al Inspector Fiscal de los originales de las pólizas de seguros de catástrofe y responsabilidad civil para la etapa de explotación de las obras. Se expresa que conforme: *"a lo estipulado en el 1.8.7 y 1.8.8 de las Bases de licitación, sírvase encontrar adjunto para su aprobación las pólizas de seguro de catástrofe, obra civil terminada y de responsabilidad civil para la etapa de explotación de las obras."*

Sexto.- En lo relativo a la prueba testimonial, relativa al punto de prueba del Considerando anterior, esta Comisión da validez en estos hechos y en sus circunstancias esenciales, a la declaración del testigo de la Concesionaria, don Jaime Casanova Toledo, gerente de finanzas adjunto, quien al ser repreguntado sobre la existencia del timbre de pago en las pólizas señaló que: *"No tenían timbre de pagado..."*. Luego en la repregunta N°5 dijo: *"Tuvimos reuniones con ellos y fuimos revisando observación por observación, tratando de subsanar la mayor cantidad de observaciones posible para poder entregar las pólizas el 30 de septiembre de 2016"*. Continuó señalado que la Concesionaria no pudo subsanar todas las observaciones formuladas por el Inspector Fiscal. Esta última fecha es ratificada por la declaración del testigo del MOP Claudio Asenjo quien declaró: *"Sí, es efectivo que el 30 de septiembre envió las pólizas originales."* A juicio de esta Comisión, esto es concordante con la carta, acompañada por el MOP a fs. 173, individualizada NP-ADM-NC-JC-2016-1088 de 30 de septiembre de 2016. Por lo tanto, queda demostrado que, con fecha 30 de septiembre de 2016, la SC envió pólizas originales, aquellas que deben ir con el timbre correspondiente, únicas que acreditan la renovación y pago y que no lo tenían hasta esa fecha.

Esta Comisión estima que la declaración del testigo presencial Sr. Jaime Patricio Casanova Toledo, debe ser estimada como verosímil en el sentido de que la Concesionaria recibió informalmente las primeras observaciones de parte del MOP el 16 de septiembre de 2016, es decir, transcurrido más de un mes desde la entrega de borradores de renovación de las pólizas, mediante correo electrónico emitido por doña Jessica Zapata, acompañado en el punto 12 de la letra c) del primer otrosí de la demanda, en el que se adjuntaba un Memorándum de la Coordinación de Concesiones, que contemplaba múltiples observaciones a las pólizas. Estas

observaciones, según indicó el testigo, eran más de 20 por cada póliza. No se atisba, por lo tanto, a juicio de esta Comisión, la falta a la buena fe que acusa la Concesionaria en su escrito de demanda al MOP, por cuanto, precisamente la buena fe consiste en el respeto de la naturaleza del contrato, la costumbre y la ley, que consagra el artículo 1546 del Código Civil.

En consecuencia, a partir del hecho probado, la Concesionaria no puede colegir que el MOP tuviera la intención de multarla, violando la buena fe que debe regir el contrato, porque esto no resultó probado en este juicio, en la forma en que venimos razonando, ya que, por el contrario, el MOP hizo ver las observaciones por cada póliza, y ello se hizo con antelación razonable al plazo estipulado en las BALI para la presentación, en original, de las pólizas correspondientes.

Séptimo.- Que, conforme a la prueba rendida al cuarto punto de prueba: *"Efectividad de que el Ministerio de Obras Publicas requirió se introdujeran modificaciones adicionales a las pólizas hasta el 23 de noviembre de 2016 y si la Concesionaria endosó las pólizas"*, de la lectura de los documentos acompañados por el MOP a fs. 221, Oficio ORD. AMB N° 1343/16-A, de 04 de octubre de 2016, del Inspector Fiscal a la Unidad de Presupuestos de la CCOP; a fs. 222, Oficio ORD. AMB N° 1343/2016, de 05 de octubre de 2016, del Inspector Fiscal a la SC; a fs. 226, Memorandum N°1777, de 07 de octubre de 2016, del jefe de la división jurídica al Inspector Fiscal; fs.232, Carta NP-ADM-NC-JC-2016-1125, de 11 de octubre de 2016, de SC al Inspector Fiscal; a fs. 236, Oficio ORD AMB N°1380/16, de 13 de octubre de 2016, del Inspector Fiscal a la Unidad de Presupuestos CCOP; fs. 241, Oficio ORD AMB N° 1429/2016, de 21 de octubre de 2016, del Inspector Fiscal a la División Jurídica de CCOP; fs. 243, Memorándum N°1940 de 03 de noviembre de 2016 de jefe de división jurídica al Inspector Fiscal; fs. 245 y siguientes, Memorandums N°1964 y 1966, ambos de fecha 09 de noviembre de 2016, del jefe de la División Jurídica al Inspector Fiscal; fs. 247, Oficio ORD. AMB N°1576/16 de 23 de noviembre de 2016 del inspector Fiscal a la Concesionaria, no existe requerimiento de modificación a las condiciones de las pólizas definidas en las BALI. En ello es conteste el testigo presentado por la propia Concesionaria, Jaime Casanova, quien señala en su declaración que *"No se agregaron nuevos ítem a las pólizas, sino que se aclararon los originales."* El testigo declaró, además, que: *"Sí, el 23 de noviembre recibimos un oficio indicando observaciones adicionales, las cuales fueron respondidas el 14 de diciembre"*. A la repregunta sobre el contenido de estas observaciones señaló que: *"Gran parte de las observaciones hacían referencia a certificaciones que pedía la Coordinación de Concesiones a la IF. Hay un número de observaciones que se repitieron, que habían sido ya subsanadas en los endosos entregados el 11 de octubre. Y habían dos observaciones que fueron subsanadas el 14 de diciembre."* Contrainterrogado sobre las certificaciones a que hizo referencia, y eventuales multas por ellas, el testigo terminó por señalar que: *"Las certificaciones principalmente eran por otros puntos, como el monto asegurado, chequear beneficiario, pero no fueron sujetas a multas"*.

Por lo tanto, los intercambios epistolares e iteraciones expuestas en la prueba documental y testimonial, llevan a esta Comisión a dar por acreditado el hecho de que no hubo solicitud de modificaciones a las pólizas, sino aclaraciones u

observaciones dentro de lo requerido en las BALI al Concesionario, las que no fueron objeto de multa.

Octavo.- Que, conforme a la prueba rendida al quinto punto de prueba: *"Existencia de negligencia de la Concesionaria en la renovación de las pólizas en agosto de 2016"*, se colige de la prueba rendida que existió incumplimiento de la obligación de renovar las pólizas de responsabilidad civil y de catástrofe en los plazos previstos en las BALI, en la forma en que se ha venido razonando, por cuanto hay obligación expresa de entregar el documento que acredite la renovación y pago de las pólizas 60 días antes del vencimiento, conforme rezan las BALI de conformidad a lo establecido en el artículo 1.8.7, 1.8.8.

Noveno.- Alega la demandante que el presunto incumplimiento de los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI, de existir, habría estado prescrito en el momento en que se impuso la sanción. Sustenta su posición en el artículo 94 del Código Penal, puesto que el plazo respecto de las faltas es de 6 meses. Fundamenta su posición en el artículo 18 de las BALI, en el artículo 3 de la Ley N° 19.880, que define el acto administrativo, y en sentencias de la Excma. Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, las que cita en su libelo, al igual que en dictámenes de la Contraloría General de la República y doctrina, también citada. Esta Comisión considera que la prescripción, previa a cualquier definición y contenido, ayuda a la construcción del valor jurídico de la certeza jurídica en las relaciones entre partes de un vínculo obligacional, y encuentra aplicación también en este contrato, en orden a la necesidad de que no se prolonguen indefinidamente situaciones expectantes de posible sanción. Asimismo considera que, no es pacífico en doctrina y jurisprudencias chilenas, que exista un plazo legal común que determine el plazo de prescripción de las sanciones que pueden aplicarse en contratos de este tipo.

Sin perjuicio de lo anterior, y como ha señalado la Corte Suprema: *"El plus que califica a la prescripción está en su carácter estabilizador de las situaciones jurídicas, que consiste en la consolidación definitiva de la situación creada por la pasividad acumulada"* (rol N° 6343-2015). En consecuencia, *"El principio que propugna la prescripción extintiva condice con la certeza y estabilidad en las relaciones jurídicas, sujetando la vigencia de sus efectos civiles -dejando a salvo las obligaciones naturales- a un tiempo determinado, de mayor o menor extensión relativa, según sea el derecho de que se trate, estimulando al mismo tiempo la diligencia de los sujetos en el ejercicio de los mismos"* (Cs. 22-X-2012, cons. 4º, LegalPublishing: CL/JUR/2345/2012. Rol N° 3318-2012).

En este sentido, entendemos que, el hecho de que la sanción administrativa señalada en las BALI acarree una sanción pecuniaria, no la convierte en una falta penal del artículo 94 del Código Penal, sino que más bien debe servir como incentivo de cumplimiento contractual, por cuanto el riesgo de incumplimiento está asignado, de forma previa y clara, por las BALI al momento de contratar, con lo que se convierte en una forma de prevenir eventuales comportamientos negligentes o reticentes de las obligaciones contractuales entre las partes, que pueden o no tener interés público. Esto, además se reafirma porque el artículo 21, del mismo cuerpo de normas penales, deja claro que esa prescripción de seis meses es propia de una pena común para los

crímenes, simples delitos y faltas, las que no obedecen, en su naturaleza y finalidad, a la presentación o no de los originales de las pólizas de seguros, contratadas en este Contrato de Concesión. Las bases administrativas constituyen la fuente principal de derechos y obligaciones que delimitan el contrato de concesión y sus modificaciones, por lo que la Comisión estima que no se encuentra frente a un estatuto de crímenes, simples delitos o faltas. Por ello la argumentación desarrollada por la parte demandante, en esta materia es rechazada.

Finalmente, un plazo de 6 meses es extraordinariamente breve en el contexto contractual como el que nos ocupa, atenta contra la debida relación y armonía que debe guardar la legislación, y que guarda más bien relación con la naturaleza de última ratio del Derecho Penal, norma especial, en la sanción de los crímenes, simples delitos y faltas. No nos encontramos en este contrato de Concesión frente al ius puniendi estatal solamente, sino que, frente al interés particular de lo contratado entre las partes del vínculo obligacional, por lo que cobra vigencia el artículo 2497 del Código Civil, en cuanto que las reglas de la prescripción *"se aplican igualmente a favor y en contra del Estado"* y llevan a esta Comisión a entender que ni la Ley de Concesiones, ni su Reglamento, ni las BALI, establecen ninguna forma particular o especial de extinción de la responsabilidad del Concesionario infractor que ha sido sancionado o multado mediante un determinado acto administrativo del DGOP, cuestión ventilada en esta Litis, como es la prescripción de la acción sancionadora.

Sin perjuicio de lo anterior, a juicio de la prueba razonada en los considerandos precedentes, resulta acreditado que la concurrencia de cartas, oficios y respuestas, de fechas diversas, analizada en los puntos 1 a 5 de prueba de esta sentencia, la propia existencia de un procedimiento de aplicación de multas, conforme al artículo 48 del Reglamento de la Ley de Concesiones y 1.8.5.1 de las BALI, que se iniciara por notificación por escrito a la demandante de las infracciones detectadas; la propia imposición de multas, que sancionaron incumplimientos al contrato por la demandante, ocurridos entre el 02 de agosto y el 30 de septiembre de 2016, interrumpieron cualquier invocación de prescripción. Están acreditadas en autos varias actuaciones que interrumpen el plazo de prescripción, incluso si este se considerara de 6 meses, que no es el caso de autos como ya se razonó. En este sentido, el MOP no ha contrariado el principio de la buena fe ni ha mantenido un actuar negligente, por lo que se ha regido en su actuar por el artículo 87 del Reglamento de la Ley de Concesiones y que, al aplicar la sanción, la infracción administrativa no se encontraba prescrita.

Décimo.- Que el DGOP, mediante Oficio Nº 3119 de 11 de Agosto de 2017, cursó la infracción materia de autos, por el atraso en la entrega de las pólizas originales, con timbre de pago, correspondientes a la de responsabilidad civil por daños a terceros y la de seguro por catástrofe.

Undécimo.- Que la parte demandante no ha probado, conforme a lo que se ha expuesto en los considerandos precedentes, el hecho de haber entregado las pólizas referidas en el considerando anterior, a más tardar 60 días antes de la expiración de

las pólizas que se encontraban vigentes, obligación contenida en los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI.

Duodécimo.- Que el plazo para cumplir la obligación de entregar las pólizas renovadas debidamente pagadas era el día 2 de Agosto de 2016 para el caso de catástrofe y de 3 de agosto de 2016 para el de responsabilidad civil, lo cual no ocurrió, hecho que no ha sido desvirtuado, toda vez que las pólizas acompañadas a fs. 133 y 174 son de fecha 1º de septiembre de 2015 y que no corresponden a la obligación señalada precedentemente.

Décimo Tercero.- Que de lo expuesto debe concluirse que la multa dispuesta por la Resolución Nº 3119 de 11 de agosto de 2017, en contra de la cual se ha reclamado por la Sociedad Concesionaria, lo ha sido conforme a las normas contractuales tantas veces citadas.

Décimo Cuarto.- En cuanto a la petición subsidiaria, contenida en el numeral 7, de fs. 39 de estos autos, la Comisión ha examinado la cláusula 1.8.5.2 de las BALI, la cual exige que el DGOP debe considerar en la determinación de la multa *aspectos tales*, es decir a modo de ejemplo, señalando entre otros "la circunstancia de haber adoptado las medidas necesarias o conducentes para mitigar o reparar los efectos de la infracción", a lo cual debe añadirse que dicho incumplimiento o infracción no produjo efectos dañinos a los intereses del MOP o de la DGAC, ni a terceros, aspecto que no fue considerado por la Resolución mediante la cual se impone la multa objeto de la reclamación deducida y que esta Comisión estima su deber considerarla.

Décimo Quinto.- Conforme a lo expuesto en el Considerando precedente, que la multa impuesta no ha considerado los aspectos descritos y señalados, lo cual constituye una falta al cumplimiento integral del contrato, en este específico rubro relacionado con el numeral 1.8.5.2 de las BALI, la Comisión en conformidad a sus facultades y competencia resolverá rebajar la multa aplicada en un 25% del total de la misma, a la fecha de liquidación del crédito producto de esta sentencia.

Por estas consideraciones y teniendo presente lo dispuesto, además, en los artículos 36 bis y 36 ter de la Ley de Concesiones de Obras Públicas; artículos 44, 1489, 1546, 15476, 1551, 1560 y siguientes, 1568 y siguientes, 2492, 2497 y 2515 del Código Civil; artículos 628 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; normas citadas de las Bases de Licitación, Normas de Procedimiento de la Comisión Arbitral, y demás normas legales citadas,

SE RESUELVE:

1. **Se acoge parcialmente la demanda, sólo en cuanto se rebaja el total de la multa impuesta en un 25%, quedando ésta fijada en la cantidad de 5.355 Unidades Tributarias Mensuales.**
2. **Se ordena al demandado a restituir a la demandante la diferencia respecto de la multa ya pagada por ésta, esto es, la suma de 1.785 Unidades Tributarias Mensuales. El pago deberá efectuarse en el plazo**

de treinta días corridos desde la fecha en que quede ejecutoriada la presente sentencia, conforme al valor de la Unidad Tributaria Mensual que se encuentre vigente en la fecha de pago efectivo.

3. **Se rechaza en todo lo demás la demanda intentada a fojas 1 y siguientes de autos.**
4. **Cada parte pagará sus costas, personales y procesales, debiendo asumir por mitades los gastos administrativos y de funcionamiento de esta Comisión Arbitral.**

Pronunciado por la Comisión Arbitral, integrada por los señores Juan Pablo Román Rodríguez, Carlos Mercado Herreros y Marcelo Barrientos Zamorano, quienes firman. Autoriza el Secretario Abogado, en su calidad de Ministro de Fe.

Rol N° 3-2017

JUAN PABLO ROMAN RODRIGUEZ
Presidente

CARLOS MERCADO HERREROS

MARCELO BARRIENTOS ZAMORANO

JAVIER CASTILLO VIAL
Secretario Abogado