CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO

RAM/2520-2017/HBV.

En lo principal, contesta demanda arbitral; **En el primer otrosí**, patrocinio; **En el segundo otrosí**, personería.

H. COMISIÓN ARBITRAL
DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE LA OBRA PÚBLICA FISCAL
"CONCESIÓN ALTERNATIVAS DE ACCESO A IQUIQUE"

IRMA SOTO RODRÍGUEZ, Abogado Procurador Fiscal de Santiago, del **CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO**, por el **FISCO DE CHILE**, corporación jurídica de derecho público, ambos con domicilio en calle Agustinas Nº 1.687, de la comuna de Santiago, en los autos arbitrales del Contrato de Concesión de la Obra Pública Fiscal "**CONCESIÓN ALTERNATIVAS DE ACCESO A IQUIQUE**" (**MULTAS**), al Señor Presidente de la H. Comisión Arbitral, con respeto digo:

Que, dentro de plazo, vengo en contestar la demanda arbitral interpuesta en autos por la "**SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTAS DEL DESIERTO SA**" - en adelante la "Concesionaria" o "demandante" -, a fin de que se declare la improcedencia de las multas que le fueron aplicadas por Resolución N° 798, de 6 de marzo de 2017, del Director General de Obras Públicas (en adelante DGOP), solicitando desde ya su total rechazo, con costas, atendidas las argumentaciones de hecho y de derecho que expongo a continuación.

I.- LA DEMANDA.

La Concesionaria reclama en contra de la citada Resolución, que le impuso 40 multas de 100 UTM cada una, por 39 días completos y una fracción de día, de atraso en acreditar la renovación de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil por Daños a Terceros durante la Etapa de Construcción, en el plazo fijado en la letra a) del artículo N° 1.8.15 de las Bases de Licitación (en adelante BALI) por las que se rige el presente contrato (el cual, dicho sea de paso, se le adjudicó mediante DS N° 225, de 6 de junio de 2011) y conforme a lo

previsto en la letra b) de la Tabla N° 7 del artículo N° 1.8.11, de las mismas BALI.

Como bien sabe esa H. Comisión, "*El incumplimiento o infracción, por parte del concesionario, de cualquiera de las obligaciones del contrato de concesión, será causal de sanciones y multas*"; así lo establece el *Reglamento de la Ley de Concesiones* en su artículo 47 N° 1°.

En la especie, la Concesionaria incumplió una obligación que le imponía el contrato, específicamente, en el artículo N° 1.8.15 de las BALI, y tal incumplimiento fue debidamente sancionado.

II.- MARCO NORMATIVO APLICABLE.

El artículo 1° de la *Ley de Concesiones de Obras Públicas* (LCOP) señala que el marco normativo por el cual deben regirse las obras públicas concesionadas, durante su ejecución, reparación, conservación o explotación, lo constituyen ella misma, su Reglamento, y, particularmente, las BALI de cada contrato en particular.

Por su parte, el Reglamento de la LCOP, dispone que los contratos de concesión se rigen por: el DS N° 294, de 1984, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, *Orgánica del Ministerio de Obras Públicas*, y del DFL N° 206, de 1960; la *Ley de Concesiones de Obras Públicas*; el *Reglamento de la Ley de Concesiones*; las correspondientes BALI y sus Circulares Aclaratorias; las Ofertas Técnica y Económica presentadas por el postulante y adjudicatario de la concesión, en la forma aprobada por el Ministerio de Obras Públicas (en adelante MOP); y el respectivo decreto de adjudicación.

Conforme a lo anterior, las BALI del contrato de autos indican expresamente que este se rige por: 1.- Las BALI; 2.- La Ley de Concesiones (Texto vigente a la época de la licitación y perfeccionamiento del Contrato); 3.- El Reglamento de la Ley de Concesiones; y 4.- El DFL MOP N° 850, de 1997, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y del DFL N° 206, de 1960, Ley de Caminos y sus modificaciones.

Un aspecto importante a destacar es que, por mandato legal, todas las actuaciones de las concesionarias, no obstante su calidad de sujeto privado, están

reguladas especialmente por el derecho público, sin perjuicio, naturalmente, de la aplicación supletoria del derecho común aplicable a los contratos [1].

Otro aspecto importante a tener en cuenta, es la primacía que, en caso de discrepancia en la interpretación del contrato, el Reglamento le otorga a las BALI y sus Circulares Aclaratorias, por sobre lo establecido en la Oferta presentada por el adjudicatario de la concesión [2].

Ahora bien, en el contexto normativo antes dicho, y para la adecuada resolución de esta litis, es indispensable considerar las disposiciones más relevantes que rigen el contrato de autos en lo relativo a la aplicación de multas, y que son las siguientes:

- Los artículos 18 y 29 de Ley de Concesiones:

Su artículo 18 indica que *"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"*.

Por su parte, el artículo 29 señala que al MOP corresponde la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del Concesionario, de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción, como en la explotación de la obra, y *"En caso de incumplimiento, el Ministerio podrá imponer al concesionario las sanciones y multas que el reglamento y las bases de licitación establezcan (...)"*, pudiendo el concesionario recurrir en contra de ellas.

- Los artículos 17, letra i), 47 y 48 del Reglamento:

El primero, dispone que dentro de las materias que deben contemplar las BALI, se encuentra las multas y sanciones por incumplimiento del contrato de

---

[1] En efecto, la Ley de Concesiones, en su artículo 21, dispone claramente lo siguiente:
"El concesionario cumplirá las funciones incorporadas en el contrato de concesión con arreglo a las normas del derecho público, especialmente en lo referente a sus relaciones con el Ministerio, a las regulaciones sobre los regímenes de construcción y explotación de la obra y al cobro de las tarifas, su sistema de reajuste y las contraprestaciones con el Fisco, que conforman el régimen económico del contrato. Igualmente, deberá cumplir las normas que regulan la actividad dada en concesión.
En cambio, en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones económicas con terceros la sociedad concesionaria se regirá por las normas del derecho privado y, en general, podrá realizar cualquier operación lícita, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas, con las solas excepciones que regula expresamente esta ley y las que se estipulen en el contrato...".

[2] Dice esta norma: "*2.- En caso de discrepancia en la interpretación del contrato, primará lo dispuesto en las bases de licitación sus circulares aclaratorias, por sobre lo establecido en oferta presentada por el adjudicatario de la concesión, salvo el caso en que ésta contenga aspectos superiores a exigido en las bases de licitación y sus circulares aclaratorias, lo que será calificado por el DGOP*".

concesión.

Es así que el artículo N° 1.8.2 de las BALI de este contrato dispone que, tanto en la etapa de construcción como en la de explotación, al Inspector Fiscal le corresponde proponer la aplicación de las multas que correspondan, de acuerdo al contrato de concesión.

Por su parte, el artículo 47 del Título VII, sobre *"Sanciones y Multas"*, señala:

"ARTÍCULO 47°. INFRACCIONES Y SANCIONES.

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

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

A su vez, conforme a su artículo 48, el procedimiento aplicable a las multas y su pago es el siguiente:

"ARTÍCULO 48°. PROCEDIMIENTO Y PAGO DE LAS MULTAS.

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

a) Tipo de infracción en que ha incurrido;

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

c) Monto de la multa.

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

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

- El numeral 1.8.15, letra a), de las BALI.

Ahora bien, particular importancia tiene al respecto la norma contenida en el numeral N° 1.8.15, letra a), de las BALI, que regula los "***Seguros de Responsabilidad Civil por Daños a Terceros***" durante la Etapa de Construcción, de la manera siguiente:

"***1.8.15. Seguros de Responsabilidad Civil por Daños a Terceros.***

a) Durante la Etapa de Construcción.

Dentro del plazo de setenta (70) días contados desde el inicio del plazo de la concesión y de la Etapa de Construcción, señalado en el artículo 1.7.5 de las presentes Bases de Licitación, *la Sociedad Concesionaria deberá hacer entrega al Inspector Fiscal de una póliza de seguro por responsabilidad civil por daños a terceros cuyos asegurados sean el MOP y el Concesionario, por un monto mínimo de UF 20.000 (veinte mil Unidades de Fomento) para la Etapa de Construcción, con un deducible máximo del 2% del total del monto asegurado por evento, pagada al contado y que deberá estar vigente durante toda la Etapa de Construcción hasta el plazo máximo de Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de las Obras, establecido en el artículo 1.9.2.7 de las presentes Bases de Licitación.*

Dicha póliza podrá contratarse en forma anual o en períodos mayores, debiendo acreditarse su renovación sesenta (60) días antes de la expiración de la anterior.

Dicha póliza cubrirá la responsabilidad civil durante toda la construcción de las obras, incluyendo las Puestas en Servicio Provisorias Parciales de la Obra, hasta la Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de las Obras y cubrirá las eventuales indemnizaciones que la Sociedad Concesionaria o el MOP se encontrasen obligados a pagar por daños que, con motivo de la ejecución de la obra o la mantención de la infraestructura preexistente indicada en el artículo 1.8.7 de las presentes Bases de Licitación, sufran terceros en sus bienes y/o en sus

personas y que hubiesen acontecido dentro o en la vecindad inmediata del área de concesión.

En caso que exista algún daño a terceros durante la ***vigencia del Seguro****, la Sociedad Concesionaria deberá dar a conocer al afectado su derecho a reclamación, mediante carta certificada con copia al Inspector Fiscal, enviada en el plazo máximo de veinte (20) días contados desde ocurrido tal daño, indicándole el procedimiento para su tramitación.* ***El incumplimiento de la obligación anterior, en el plazo señalado, hará incurrir a la Sociedad Concesionaria en la multa establecida en el artículo 1.8.11 de las presentes Bases de Licitación****".*

III.- ABSOLUTA IMPROCEDENCIA DE LAS ALEGACIONES Y PRETENSIONES DE LA CONCESIONARIA.

Considerando lo anterior y los antecedentes que se expondrán a continuación, resulta evidente la completa improcedencia de las peticiones realizadas por la Concesionaria en su demanda.

1°.- CONCESIONARIA INFRINGIÓ OBLIGACIÓN DE ACREDITAR LA RENOVACIÓN DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS A TERCEROS, 60 DÍAS ANTES DE LA EXPIRACIÓN DE LA ANTERIOR.

En efecto, dentro de las obligaciones contenidas en la letra a) del N° 1.8.15 de las BALI, más arriba transcrito, se encuentra la de ***"acreditar la renovación de la póliza 60 días antes de la expiración de la anterior***",

Esta fue la obligación que incumplió la demandante y que motivó la Resolución N° 798, de 6 de marzo de 2017, que aquí nos ocupa.

La demandante alega haber dado estricto cumplimiento a las obligaciones establecidas en el mencionado N° 1.8.15, "*tanto en la situación originalmente pactada como en el caso de las extensiones del plazo máximo para la Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de las Obras*", y, además, alega que *"la obligación de acreditar la renovación de la póliza dentro del plazo de 60 días antes de su expiración, no aplica en la especie"*, afirmaciones que, como veremos a continuación, no corresponden a la realidad:

1.1°.- La Concesionaria dice que mediante carta GG-009-11, de 11 de

noviembre de 2011, dio estricto cumplimiento a la primera de las obligaciones establecidas en el literal a) del N° 1.8.15 de las BALI, entregando la póliza de seguro de responsabilidad civil por daños a terceros N° 0020062260, dentro del plazo de 70 días exigidos por la norma contractual, con una vigencia para toda la Etapa de Construcción, hasta el 15 de febrero de 2015, considerando que conforme a lo dispuesto en el N° 1.9.2.7 de las mismas BALI, el plazo máximo para la *Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de las Obras* (en adelante PSP), de 41 meses a partir del plazo de inicio de la concesión, vencía el 3 de febrero de 2015.

Concluye que, dado que la contratación de la póliza mencionada, consideró un periodo de vigencia que incluso sobrepasaba el plazo máximo establecido para la PSP, no resultaría aplicable la obligación de acreditar la renovación de la misma con 60 días de anticipación a la fecha de su vencimiento.

Luego, agrega que fue el propio MOP el que modificó el plazo máximo de 41 meses para la PSP, en dos ocasiones, por hechos que no serían imputables a ella, mediante la Resolución N° 4.163, de 29 de octubre de 2014 (que autorizó aumento de plazo de la PSP en 5 meses), y la Resolución N° 2852, de 2 de julio de 2015 (que autorizó aumento de plazo de la PSP en 2 meses).

1.2°.- Sin embargo, la demandante omite mencionar importantes hechos que son de radical importancia para la resolución del presente litigio.

En efecto, en ninguno de los pasajes de su demanda menciona que fue ella quien solicitó en las dos oportunidades señaladas, la ampliación del plazo máximo para la PSP, y que, con ocasión de la segunda ampliación, solicitó a la Inspección Fiscal el aumento de plazo en atención a lo indicado en el N° 1.8.15 de las BALI, en el que se establecen 60 días previos para la renovación de las pólizas.

Más precisamente, omite mencionar las siguientes actuaciones:

a) Carta GG-IF-2467-14, de 29 de abril de 2014, la Concesionaria, por la cual solicitó ampliación del plazo máximo para la PSP, según las disposiciones del N° 1.9.2.11 de las BALI, que regula la "*Modificación del Plazo de Puesta en Servicio Provisoria de las Obras*". Solicitud que inició la tramitación del

proceso que culminó con la dictación de la ya citada Resolución N° 4.163, de 29 de octubre de 2014, que autorizó el aumento plazo de la PSP en 5 meses.

Considerando, que el plazo máximo original para la PSP, de 41 meses a partir del plazo de inicio de la concesión, vencía el 3 de febrero de 2015, y que fue la propia Concesionaria quien, el 29 de abril de 2014, solicitó su ampliación, es decir, más de nueve meses antes del vencimiento del plazo máximo original, no se observa fundamento alguno para infringir o estimar inaplicable la obligación de la letra a) del N° 1.8.15 de las BALI, consistente en acreditar la renovación de la póliza 60 días antes de la expiración de la anterior.

Pese a la anticipación con que la Concesionaria solicitó la ampliación del plazo máximo de la PSP en este primer caso (9 meses antes del vencimiento de la póliza) y que la Inspección Fiscal mediante LDO Folio N° 190, de 2 de febrero de 2015, le hizo presente que la citada póliza N° 0020062260 vencería el 15 de febrero de 2015, y que conforme al artículo N° 1.8.15 letra a) de las BALI le correspondía acreditar ante la Inspección Fiscal su renovación 60 días antes de la expiración de la anterior, recién con fecha 5 de febrero de 2015, mediante Carta GG-IF-3403-15, remitió el Endoso N° 4, de fecha 23 de enero de 2015, a la referida póliza, que extendió su vigencia hasta el 3 de agosto de 2015, infringiendo de esta manera la obligación en análisis.

b) Con posterioridad, mediante Carta GG-IF-3650-15, de 19 de mayo de 2015, la demandante nuevamente solicitó ampliación del plazo máximo para la PSP según las disposiciones del N° 1.9.2.11 de las BALI. Este proceso culminó con la dictación de la mencionada Resolución N° 2.852, de 2 de julio de 2015, que autorizó un aumento del plazo para la PSP en 2 meses.

En el presente caso y considerando la ampliación autorizada con anterioridad, el plazo máximo para la PSP vencía el 3 de julio de 2015, y la póliza de seguro tenía vigencia hasta el 3 de agosto de 2015 (según Endoso N° 4 de 23 de enero de 2015), es decir, la demandante solicitó la ampliación del plazo máximo de la PSP con 2 meses y medio de anticipación respecto del vencimiento de la póliza de seguro.

Al igual que en el caso anterior, y pese a la anticipación con que la

demandante solicitó esta nueva ampliación del plazo máximo de la PSP (2 meses y medio antes del vencimiento de la póliza), recién con fecha 14 de julio de 2015, mediante Carta GG-IF-3779-15, remitió el Endoso N° 9, de fecha 7 de julio de 2015, a la misma póliza antes referida, mediante el cual extendió su vigencia hasta el 3 de octubre de 2015, infringiendo nuevamente la obligación en análisis.

Cabe hacer presente que esta infracción es la que se sancionó mediante la Resolución N° 798, de 6 de marzo de 2017, objeto de este proceso.

c) Otro antecedente relevante omitido en la demanda, corresponde a la Carta GG-IF-3763-15, de 2 de julio de 2015, mediante la cual la Concesionaria reconoce expresamente la obligación contenida en el N° 1.8.15 de las BALI.

El objeto de esta carta fue solicitar al Inspector Fiscal un aumento de plazo para regularizar la situación, entendiendo la Concesionaria que existía un retraso en el cumplimiento de dicha obligación, actuación suya que hoy, sin embargo, indebidamente desconoce.

El Inspector Fiscal del Contrato, mediante Ordinario N° 3.836 RDD 2253, de 17 de julio de 2015, dio respuesta a la solicitud de aumento de plazo, diciendo: *"En relación con la **extemporánea solicitud** realizada por carta del antecedente, esta Inspección Fiscal informa a usted que no es posible acceder a la petición realizada por ser un aspecto claramente regulado por las BALI en su artículo 1.8.15".*

1.3°.- Además, la contraria confunde indebidamente los hechos y las obligaciones que válidamente contrajo en virtud del contrato de autos.

Así, por ejemplo, en el N° 3 de su demanda afirma: *"El criterio adoptado por el MOP en este caso implica reconocer y aplicar parcial y arbitrariamente el inciso tercero del literal a) del numeral 1.8.15 de las BALI, el que establece lo siguiente: "Dicha póliza podrá contratarse en forma anual o en períodos mayores, debiendo acreditarse su renovación sesenta (60) días antes de la expiración de la anterior." Lo cierto es que en el caso de maras, las dos renovaciones de la referida póliza fueron por periodos inferiores a un año, sin que ello haya sido considerado como una infracción al artículo recién citado, pero extrañamente el hecho de que*

su renovación no haya sido acreditada dentro de plazo indicado si es considerado una infracción".

Esta alegación de la contraria sorprende. Primero, la redacción del literal en análisis en su primera parte se refiere a la forma en que la Concesionaria **podrá** contratar la póliza de seguros. En este punto debemos recordar que fue la propia Concesionaria quien solicitó la ampliación del plazo máximo para la PSP y que los plazos resultantes de ese proceso fueron los propuestos por ella misma, en base a los antecedentes técnicos que acompañó en el proceso de autorización, tramitado según las disposiciones del N° 1.9.2.11 de las BALI. La contraria pretende una interpretación aislada de la norma citada, olvidando que fue ella misma la que invocó una norma contractual para extender el plazo máximo de la PSP, extensión que, como consecuencia lógica, trae aparejada la extensión de las pólizas de seguro y su necesaria acreditación en la forma prevista en las BALI. Y, seguidamente, la segunda parte del literal en análisis, presenta una redacción imperativa al establecer *"debiendo acreditarse su renovación sesenta (60) días antes de la expiración de la anterior",* es decir, la norma exige sin más trámite acreditar la renovación de la póliza 60 días antes de la expiración de la anterior.

Teniendo presente el interés público comprometido en este tipo de contratos y que en la renovación de las pólizas de seguro median variados trámites con la participación de terceros, el espíritu de la norma es asegurar que con la debida anticipación la Concesionaria contará con la extensión de la póliza de seguro, de manera de evitar que la obra quede sin cobertura en un momento determinado.

Pese a sus actuales alegaciones, no debemos olvidar, según lo expuesto en el número anterior, que la Concesionaria reconoció expresamente la obligación del N° 1.8.15 de las BALI, de manera que ninguna circunstancia le permitía dejar de acreditar la renovación de la póliza 60 días antes de la expiración de la anterior.

1.4°.- De lo expuesto precedentemente es posible concluir:

- En su demanda, la demandante ha hecho un relato parcial de los hechos, omitiendo antecedentes que son decisivos para la acertada resolución de

este juicio.

- Fue la Concesionaria quien solicitó fundadamente, en dos oportunidades, la ampliación del plazo máximo para la PSP; en el primer caso, con 9 meses de anticipación a la expiración de la póliza, y, en el segundo, con 2 meses y medio de anticipación.
- La Concesionaria reconoció expresamente haber incumplido su obligación de acreditar oportunamente la renovación de la póliza, solicitando aumento de plazo para regularizar esa situación.

De todo lo expuesto, es claro que la demandante conoció con suficiente anticipación la ampliación del plazo máximo para la PSP, no obstante, omitió acreditar la renovación de la póliza dentro del plazo de 60 días que le imponían las BALI, razón por la cual no se observa ilegalidad o arbitrariedad alguna en la imposición de las multas impugnadas.

2°.- NO HAY INFRACCIÓN A LAS NORMAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS.

La demandante en este punto alega que la interpretación del MOP, a través del Inspector Fiscal y luego del propio DGOP, de las cláusulas del Contrato de Concesión, se apartarían de las reglas de interpretación de los artículos 1.560 y siguientes del Código Civil.

Discrepamos de tal argumentación. Debe recordarse que estamos en presencia de un contrato administrativo regido, primero, por normas de derecho público, y que solo ante el vacío de estas normas, es posible recurrir al Derecho Común, en particular, en este caso, a sus normas de interpretación.

En la especie, el sentido de la norma contenida en la letra a) del N° 1.8.15 de las BALI, fluye en términos claros y precisos de su texto, por lo que no hay ninguna necesidad de interpretarla; en todo caso, de ninguna manera en una forma que permita a la demandante apartarse de la obligación que le impone.

Considérese al respecto que nuestra Excelentísima Corte Suprema, ya en 1929, sentenciaba, que *"la interpretación del contrato tiende a determinar la explicación o el sentido que debe atribuirse a las declaraciones o términos empleados en alguna convención, susceptibles de ambigüedad o falta de*

precisión" (RDJ, T. 27, S.1°, p. 365). Asimismo, en otro fallo, resolvía que *"Cuando el contrato está concebido en términos claros y precisos... son inaplicables las reglas de interpretación del Título XIII del libro IV del Código Civil que tienden a resolver las dudas que pueden nacer de pasajes obscuros o de inteligencia ambigua"* (Repertorio de Legislación y jurisprudencia, T. IV, Código Civil, pág. 246, N° 29).

En el presente caso, la norma infringida por la demandante tiene un sentido claro: a) evitar que se produzca solución de continuidad en la vigencia de la póliza durante toda la Etapa de Construcción; y b) que el dueño de la obra esté oportunamente informado de ese hecho.

3°.- APLICACIÓN DE LAS MULTAS NO PUGNA CON LA BUENA FE.

En este punto de la demanda es necesario traer a la vista un importante antecedente, ya señalado en acápites anteriores, como es la Carta GG-IF-3763-15, de 2 de julio de 2015, mediante la cual la demandante reconoce expresamente la obligación contenida en el N° 1.8.15 de las BALI, y que, según su tenor, el objeto de ella fue solicitar al Inspector Fiscal un aumento de plazo para regularizar la situación, entendiendo aquella que había incurrido en un retraso en el cumplimiento de esa obligación.

De acuerdo a lo señalado por el profesor Jorge Bermúdez Soto, en su libro "*Derecho Administrativo General*":

"La ejecución del contrato de buena fe conlleva a que éstos no sólo obliguen a lo que en sus cláusulas se expresa, sino a todas aquellas cosas que emanan, precisamente, de la naturaleza de la obligación. Como consecuencia de este principio, surgiría para ambos contratantes la obligación de lograr la realización de la finalidad del contrato, es decir, satisfacer el interés general, aportando cada uno de ellos los máximos esfuerzos y diligencias en su ejecución".

Por consiguiente, el deber de buena fe más bien obligaba a la demandante a renovar la mencionada póliza y también a informar de esa renovación a mi representado, oportunamente, esto es, dentro del plazo de 60 días ya referido.

Además, la aplicación de las multas aquí reclamadas, se ha hecho en

cumplimiento de claras facultades legales y contractuales, por lo que no es aceptable que su aplicación pueda ser objetada como infracción a dicho principio contractual.

4°.- ATRASO EN ACREDITAR LA RENOVACIÓN DE LA PÓLIZA DE SEGUROS ESTÁ SANCIONADO EN EL N° 1.8.11, LETRA B), DE LAS BALI, SOBRE "*TIPOS DE INFRACCIONES, MULTAS Y SANCIONES*".

En el N° 6 de su demanda, mediante una particular interpretación del N° 1.8.15 de las BALI, la demandante argumenta - erradamente - que no establecería una sanción a su incumplimiento, lo cual no es efectivo.

Al analizar el N° 1.8.15 de las BALI se comprueba que está destinado a regular los *"Seguros de Responsabilidad Civil por Daños a Terceros"*, estableciendo varias obligaciones para la Concesionaria.

Sobre el particular, la demandante no considera el N° 1.8.11 de las BALI, sobre los *"Tipos de Infracciones, Multas y Sanciones"*, el cual está íntimamente vinculado al anterior.

Este N° 1.8.11 señala expresamente en sus párrafos iniciales, lo siguiente:

*"**1.8.11. Tipos de Infracciones, Multas y Sanciones**.*

El incumplimiento o infracción, por parte del Concesionario, de cualquiera de las obligaciones del Contrato de Concesión, será causal de sanciones y multas.

El Concesionario no estará exento de responsabilidad ni aún en los casos en que los incumplimientos sean consecuencia de contratos que celebre con terceras personas.

En caso de incumplimiento de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, el Inspector Fiscal notificará a la misma de la infracción detectada y propondrá su aplicación, si es el caso, al Director General de Obras Públicas, de las multas que se estipulan a continuación en la Tabla N° 7".

La mencionada Tabla N° 7, que establece las *"Infracciones y Multas"*, contempla tres literales a saber: a) Relacionadas con las Obligaciones de Información y Otras; b) Durante la Etapa de Construcción; y c) Durante la Etapa de

Explotación.

En lo pertinente para este caso, la Tabla N° 7 dispone con relación al N° 1.8.15 de las BALI, lo siguiente:

Tabla N° 1: Infracciones y Multas

A) Relacionadas con las Obligaciones de Información y Otras.

Artículo Bases de Licitación	Monto (UTM)	Tipo de Infracción	Criterio de Aplicación	Otros
¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.	100	No mantener vigente la póliza de seguro de Responsabilidad Civil por Daños a Terceros.	Cada día	
¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.	480	No pago al MOP de las eventuales indemnizaciones que éste deba realizar por concepto de daños a terceros, cuando el MOP las requiera.	Cada día	
¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.	300	La no denuncia y tramitación oportuna ante las entidades y la Compañía de Seguros de los eventuales siniestros.	Cada vez	

B) Durante la Etapa de Construcción.

Artículo Bases de Licitación	Monto (UTM)	Tipo de Infracción	Criterio de Aplicación	Otros

Artículo Bases de Licitación	Monto (UTM)	Tipo de Infracción	Criterio de Aplicación	Otros
¡Error! No se encuentra el origen de la referencia. y ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.	100	Incumplimiento de los plazos señalados en el artículo.	Cada día	

En consecuencia, la norma contractual que regula las infracciones, multas y sanciones, es el N° 1.8.11 de las BALI, disposición que es clara al establecer que el incumplimiento o infracción por el Concesionario, de cualquiera de las obligaciones del contrato, será causal de sanciones y multas.

Es esta misma norma la que en su Tabla N° 7 establece los tipos de infracciones de acuerdo al literal de que se trate, y en lo que se refiere al N° 1.8.15 de las BALI, establece varios tipos de infracción de acuerdo a la naturaleza de obligación incumplida.

Para el presente caso, la Tabla N° 7, en su literal b), "*Durante la etapa de Construcción*", contempla para el N° 1.8.15, una multa de 100 UTM por cada día de incumplimiento de los plazos señalados en él, dentro de los cuales está el deber de acreditar la renovación de la póliza 60 días antes de la expiración de la anterior.

En conclusión, las multas aplicadas se encuentran expresamente tipificadas en las BALI, y su aplicación está perfectamente autorizada por el contrato.

IV.- MULTAS NO ESTAN PRESCRITAS. IMPROCEDENCIA DE LA PRESCRIPCIÓN ALEGADA POR LA DEMANDANTE.

La concesionaria, erradamente sostiene que las multas impuestas se encontrarían prescritas de acuerdo al artículo 94 del Código Penal.

Sin embargo, desde el punto de vista de la naturaleza de la sanción, la multa aquí reclamada no es asimilable a dicha norma penal.

Atendida la naturaleza contractual del vínculo entre el Estado y la Concesionaria, la facultad de imponerle multas a esta última no deriva del *ius puniendi* estatal, como sí ocurre cuando aplica una sanción administrativa al infractor de una norma legal.

En el caso que nos ocupa, la aplicación de las multas se ha verificado por incumplimiento de una obligación contractual y no de una norma legal administrativa; y en ejercicio de una facultad otorgada también contractualmente, y no por la ley.

La LCOP, en su artículo 29, inciso final, entrega al MOP, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones; así como también la facultad de imponerle las sanciones y multas que el reglamento y las BALI establezcan.

Así entonces, en la especie, la fuente directa de la sanción no es la ley, sino que el contrato de concesión.

Sobre esta base, no es el *ius puniendi* estatal el que actúa frente al incumplimiento contractual del concesionario, como pretende la demandante, sino que se trata de la aplicación de sanciones previstas en el contrato, de manera que ninguna aplicación tiene en este caso el artículo 94 del Código Penal.

Este sistema de reparación contractual posee una naturaleza muy particular, en tanto se encuentra inserto en un contrato cuyo marco jurídico está conformado por normas de derecho público, pero que comparten ciertas características e instituciones con el derecho privado.

Confirma lo sostenido el *Reglamento de Concesiones*, cuyo artículo 44 dice que, durante la vigencia del contrato, el Director tendrá todas las facultades y atribuciones que conforme al ordenamiento jurídico le correspondan, teniendo a lo

menos las que individualiza, dentro de las cuales se destaca la del literal "*i) en general, tendrá todas las facultades y atribuciones que le correspondan* *como parte del contrato de concesión*".

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, cabe concluir que los principios generales que la doctrina ha intentado hacer comunes al Derecho Penal y al Derecho Administrativo y que la Concesionaria pretende aplicar a la especie, sólo son aplicables en tanto se trate del ámbito estricto del *ius puniendi* estatal, pero no lo son respecto del sistema sancionador de base contractual, que, si bien debe adaptarse a los principios constitucionales que inspiran las actuaciones de la Administración, no corresponde se le apliquen por analogía instituciones tales como la prescripción de la acción penal pública, que es propia de un sistema punitivo estatal de origen legal y no contractual.

Así entonces, podemos señalar que la naturaleza jurídica del contrato de concesión impide extender por analogía las normas sobre prescripción del Derecho Penal al contrato de Concesión como pretende la contraria.

En virtud de lo anterior, ante la ausencia de normas expresas de prescripción en el contrato y en la LCOP y ante la existencia de cláusulas sancionatorias en el contrato de concesión, supletoriamente se debería acudir a una interpretación armónica del contrato basada en los principios y normas del Derecho Común, y, en tal sentido, al no existir una clase especial de acción, habrá de concluirse, necesariamente, que se trata de una acción ordinaria, y que por tanto, el plazo de prescripción es de 5 años.

Al respecto, el autor don Domingo Hernández Esparza señala: "*En Chile, el tema no ha sido abordado en profundidad en la doctrina, si bien alguna jurisprudencia administrativa reciente, a propósito específicamente del contrato de suministro, regido por la Ley N° 19.886/2003, ha señalado que "el fundamento que las origina (las multas) es un* *incumplimiento contractual y no una infracción administrativa*, *por lo que no revisten la naturaleza de una sanción, sino más bien se trata de una consecuencia jurídica de una situación expresamente prevista en las bases y en el contrato, que* *no implica el ejercicio del ius puniendi o potestad sancionatoria del Estado*" ("*Interrogantes Relacionadas con la Potestad*

Sancionadora Administrativa en los Contratos Administrativos y, particularmente, en el Contrato de Concesión de Obra Pública, Sanciones Administrativas". Ed. Thomson Reuters La Ley, 2014, pág. 420.)

Más claro aún es el autor citado en cuanto a reconocer que las multas tienen como fuente el contrato, diciendo: *"Apunta con propiedad Hugo Lora que "las multas convencionales o penalidades no pueden considerarse sanciones administrativas, porque su fundamento jurídico es el consentimiento contractual prestado por el particular y no el ejercicio de una potestad unilateral de la Administración"*. Para en seguida agregar que *"mientras que la sancionadora es una potestad de Derecho público que la Administración ostenta en virtud de apoderamiento legal, la competencia para imponer las penalizaciones contractuales deriva del consentimiento contractual del contratista, solo a quien asume voluntariamente la decisión de contratar con la Administración se pueden imponer esta clase de multas (D. N° 8.297, de 10 de febrero de 2012, que aplica D. N° 65.248, de 2011)"* ("*Interrogantes Relacionadas con la Potestad Sancionadora Administrativa en los Contratos Administrativos y, particularmente, en el Contrato de Concesión de Obra Pública, Sanciones Administrativas*". Ed. Thomson Reuters La Ley, 2014, pág. 401).

Conforme lo expuesto, en el caso de autos, la ocurrencia de los hechos que motivaron las multas, esto es, entre los meses de junio y julio de 2015, y la fecha en que se aplicaron las referidas multas, transcurrió 1 año y 9 meses, sin que se haya verificado en consecuencia el plazo de prescripción de 5 años, que haya impedido la aplicación de las multas.

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

POR TANTO,

RUEGO AL SR. PRESIDENTE DE LA H. COMISIÓN ARBITRAL, tener por contestada la demanda deducida por la Sociedad Concesionaria Rutas del Desierto SA, en tiempo y forma, y, en razón de los fundamentos esgrimidos, rechazarla en toda sus partes, con expresa condena al pago de las costas y de los

gastos de funcionamiento de esa H. Comisión Arbitral.

PRIMER OTROSÍ: RUEGO AL SR. PRESIDENTE DE LA H. COMISIÓN ARBITRAL, tener presente que, sin perjuicio de mi facultad legal para representar al Fisco de Chile, y de conformidad a lo previsto a los artículos 24 y 42 del D.F.L. N° 1 de 1993 de Hacienda, en mi calidad de abogada habilitada asumo personalmente el patrocinio en esta causa, reservándome el poder, fijando como domicilio el de calle Agustinas Nº 1.687, comuna de Santiago.

SEGUNDO OTROSÍ: RUEGO AL SR. PRESIDENTE DE LA H. COMISIÓN ARBITRAL, tener presente que fui designada Abogado Procurador Fiscal de Santiago, por Resolución N° 218, de 2011, del Consejo de Defensa del Estado publicada en el Diario oficial de 27 de agosto de ese año, y que de conformidad con el artículo 24 del DFL N° 1, de 1993, de Hacienda, actúo en esta causa en representación del Fisco de Chile, lo que acredito con el documento que acompaño con citación.

Consejo de Defensa del Estado

NOMBRA EN CALIDAD DE TITULAR ABOGADO PROCURADOR FISCAL DE SANTIAGO A PERSONA QUE INDICA

(Resolución)

Núm. 218.- Santiago, 9 de junio de 2011.- Vistos:

1.- Los artículos 7, 9, 16, 86, 87 letra e) y 88 de la ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. Nº 29 de 2004, del Ministerio de Hacienda, el artículo 18 Nº 8 del D.F.L. Nº 1 de 1993, de Hacienda, Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado.

2.- La resolución Nº 1.600 de 2008, de la Contraloría General de la República, y

Considerando:

1.- La resolución Nº 209, de 9 de junio de 2011, que nombra como Jefe de la División de Defensa Estatal a doña María Teresa Muñoz Ortúzar, poniendo, en consecuencia término a su nombramiento como Abogado Procurador Fiscal de Santiago, Directivo grado 2º de la EUS., de la Planta de este Servicio, generando la vacancia del señalado cargo.

2.- La resolución Nº 78, de 27 de mayo de 2003, que nombra a doña Irma Soto Rodríguez, como Jefe de Unidad, Directivo grado 4º de la EUS., de la Planta de este Servicio.

3.- La circunstancia que la persona a nombrar es titular de un cargo Profesional, grado 7º de la EUS., y optará por percibir la remuneración del empleo de exclusiva confianza en el que será nombrada, dicto la siguiente:

Resolución:

1.- Nómbrase en calidad de titular a contar del 9 de junio de 2011, a doña Irma Soto Rodríguez, RUT: 7.655.891-4, como Abogado Procurador Fiscal de Santiago, Directivo grado 2º de la E.U.S., de la Planta de este Servicio.

2.- La persona nombrada asume sus funciones en la fecha señalada, por razones de buen servicio.

3.- Se deja constancia que la señora Soto Rodríguez, conservará la propiedad de su cargo profesional, grado 7º de la EUS., en este Servicio, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 87, letra e), y artículo 88 inciso 2do. del D.F.L. Nº 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda.

4.- La señora Soto Rodríguez, opta por la remuneración correspondiente al cargo de Abogado Procurador Fiscal de Santiago, grado 2º de la EUS.,

5.- De conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 inciso 1ero. del D.F.L. Nº 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, a contar del 9 de junio de 2011, se pone término por el solo ministerio de la ley al nombramiento de doña Irma Soto Rodríguez, como Jefe de Unidad, Directivo, grado 4º de la EUS., de la Planta de este Servicio.

6.- Impútese el gasto que genera la presente resolución al ítem 21 01 Personal de Planta.

Anótese, tómese razón y comuníquese.- Sergio Urrejola Monckeberg, Presidente, Consejo de Defensa del Estado.

Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento.- Keny Miranda Ocampo, Secretario Abogado

Certifico que es copia fiel de la publicación en el Diario Oficial de 27 de Agosto de 2011, de la Resolución N° 218 de 9 de Junio de 2011, de Presidente del Consejo de Defensa del Estado, sobre nombramiento del Abogado Procurador Fiscal de Santiago.

Santiago, 08 JUN 2017

CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO
SECRETARIO ABOGADO
CHILE