



Evacuá traslado, solicitando el rechazo de la medida precautoria de suspensión de efectos, con costas.

## **H. Comisión Arbitral**

### **“Alternativas de Acceso a Iquique”**

Pablo Muñoz Agurto y Constanza Norambuena Ayub, por el **Ministerio de Obras Públicas** (“**MOP**”), en autos arbitrales caratulados: “*Sociedad Concesionaria Rutas del Desierto S.A. con Ministerio de Obras Públicas*”, rol N° **005-2023**, a la H. Comisión Arbitral respetuosamente decimos:

Dentro de plazo, evacuamos el traslado conferido por resolución de 21 de diciembre de 2023, notificada el 22 de diciembre de 2023, en la parte que resuelve el tercer otrosí de la presentación de Sociedad Concesionaria Rutas del Desierto S.A. (“**Concesionaria**”), la que ha requerido, invocando el artículo 36 ter de la Ley de Concesiones, la medida precautoria de suspensión de los efectos de las resoluciones que indica la demanda presentada el 19 de diciembre de 2023, solicitando su rechazo con costas, por los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

## **I. Antecedentes**

Mediante las Resoluciones DGC (Exentas) N° 3886, de 28 de noviembre de 2023; N° 3844, de 24 de noviembre de 2023; N° 3887, de 28 de noviembre de 2023; N° 3885, de 28 de noviembre de 2023; N° 3843, de 24 de noviembre de 2023; N° 3758, de 21 de noviembre; N° 3676, de 16 de noviembre de 2023; N° 3684, de 16 de noviembre de 2023; N° 3683, de 16 de noviembre de 2023; N° 3682, de 16 de noviembre de 2023; N° 3681, de 16 de noviembre de 2023; N° 3677, de 16 de noviembre de 2023; N° 3678, de 16 de noviembre de 2023; N° 3679, de noviembre de 2023; N° 3458, de 20 de octubre de 2023; N° 3965, de 4 de diciembre de 2023; N° 4131, de 15 de diciembre de 2023 (en su conjunto, las “**Resoluciones**”), el DGC aprobó e impuso a la Concesionaria un total de 17 multas por un monto de 100 UTM cada una.

## **II. Inexistencia de motivos graves y calificados**

La solicitud de suspensión de los efectos de las Resoluciones no cumple con los requisitos contenidos en el artículo 36 ter de la Ley de Concesiones y que son indispensables para que la H. Comisión pueda acceder a su solicitud, por el contrario, tanto en los fundamentos de la demanda como en la documentación que a ella se acompaña, no se aporta ni un solo antecedente que acredite la existencia de algún riesgo irreparable para la Concesionaria en caso de que no se acceda a la suspensión de los efectos de las Resoluciones, así como tampoco

se ha acreditado que las facultades económicas de esta parte sean insuficientes como para restituir posteriormente los montos pagados por concepto de las multas impuestas. En consecuencia, no existen documentos que puedan proporcionar información objetiva tendiente a acreditar el perjuicio irreparable que sufriría la Concesionaria si no se accede a su solicitud.

Adicionalmente a lo expuesto, la suspensión de los efectos de las Resoluciones debe ser desechada por los siguientes argumentos:

#### **A. Inexistencia de peligro inminente de daño irreparable**

En el caso que nos convoca, la Concesionaria no ha probado la existencia de motivos graves y calificados que indiquen la existencia de un peligro inminente de daño irreparable si no se acoge su solicitud de suspensión de efectos.

Lo señalado en el párrafo anterior, es lo que en derecho procesal ha sido identificado como “*periculum in mora*”, no obstante, para configurarse ello, deberían existir antecedentes serios que permitieran presumir a la H. Comisión Arbitral, la existencia de riesgos de solvencia de parte del MOP, es decir, que existiera un riesgo evidente o demostrable, que permitiera presumir que el MOP no tendrá la capacidad de devolver los montos pagados por las multas en el evento de que no se acceda a la suspensión solicitada por la contraria.

Como puede apreciarse con claridad, no hay en este caso un “*periculum in mora*” para la Concesionaria, puesto que el Fisco-MOP cuenta con recursos suficientes para restituir los fondos en el improbable caso que se acoja la demanda dejando sin efecto las multas.

En efecto, los organismos públicos tienen notoria solvencia<sup>1</sup>, por lo que resulta improcedente acceder a la solicitud de suspensión de los efectos de las Resoluciones requerida por la Concesionaria, además de que los documentos acompañados por la contraria no acreditan la existencia de algún riesgo irreparable, así como tampoco proporcionan elementos objetivos que permitan inferir fundadamente que las facultades económicas del MOP, no ofrecen suficiente garantía para asegurar el resultado de la acción deducida.

#### **B. La Concesionaria confunde los plazos de prescripción de la acción con el plazo para pagar las multas**

Dentro de los argumentos -de lo que a juicio de la Concesionaria- serían los motivos graves y calificados, señala que la obligación de pagar las multas dentro del plazo de 30 días que

---

<sup>1</sup> La jurisprudencia se ha pronunciado en este mismo sentido, como queda de manifiesto en la segunda edición del Tratado de Medidas Cautelares de Juan Carlos Marín, que indica: “La continuidad y permanencia de los servicios públicos, concepto que comprende a las empresas del Estado, significa que el Estado en cuanto a personificación de la Nación, se encuentra obligado a mantener en funcionamiento la empresa pública mientras una ley no disponga su extinción. Por consiguiente, la empresa pública no puede entrar en insolvencia, sin que altere toda la organización del Estado. En estas circunstancias resulta improcedente el otorgamiento de una medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos, respecto de una empresa del Estado, puesto que, por su naturaleza, responde a su solvencia el Estado mismo”. (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2015. p.324).

impone el contrato de concesión, en la práctica atentaría contra su derecho a reclamar las multas conforme al artículo 36 bis de la Ley de Concesiones, es decir, el plazo de 120 días que contempla el mencionado artículo 36 bis, estaría siendo indebidamente reducido a 30 días, al exigirse al demandante que pague las multas antes de reclamarlas siquiera, lo que afectaría el debido proceso, implicaría autotutela por parte del MOP y aceleraría los procesos de terminación anticipada de la concesión.

#### **i. Regla general en este contrato con respecto al pago de multas**

La regla general en este contrato es la siguiente, una vez cursada una multa, la Concesionaria debe pagarla dentro de los 30 días siguientes (Reglamento de la Ley de Concesiones, art. 48 N°2), este es el “statu quo”. Se trata de una consecuencia natural de la fuerza obligatoria del contrato, para cualquier obligación que tiene esta fuente, llegada la época del pago el deudor debe ejecutar la prestación de lo que se debe.

Si la Concesionaria estimase que la multa no procede, después de pagarla, deberá controvertirla ante la respectiva Comisión Arbitral y en el evento de que su demanda sea acogida, el Fisco le restituirá debidamente reajustados los dineros que pagó. Esto es de toda lógica, considerando que el Fisco, a diferencia de los particulares, no presenta riesgo de insolvencia, es decir, el concesionario tiene la seguridad de que recibirá la restitución de los dineros si estaba en lo correcto.

Sólo de forma muy excepcional, a solicitud de parte y cumpliendo los requisitos del artículo 36 ter inc. 2° de la Ley de Concesiones, la Comisión Arbitral puede alterar el “statu quo” que exige cumplir las obligaciones emanadas del contrato (en este caso la obligación de pagar las multas), decretando una medida precautoria que suspende los efectos del acto administrativo en que el MOP manifestó su voluntad de ejercer el derecho contractual a recibir el pago de las multas.

Estas normas fueron conocidas por la demandante al momento de presentar la oferta que le llevó a adjudicarse el presente contrato, momento en el que declaró bajo juramento que las aceptaba y cumpliría, por lo que no resulta válido que ahora las desconozca recurriendo a principios y normas que son extrañas al contrato de concesión de obra pública para eludir el pago de las multas en los términos previstos en el contrato y en la normativa aplicable.

#### **ii. No existe la reducción del plazo alegado**

Debemos aclarar que se trata de plazos completamente diferentes. En efecto, el contrato de concesión contempla la obligación de que la Concesionaria pague las multas impuestas dentro del plazo de 30 días, contados desde la fecha de notificación de la imposición de la misma<sup>2</sup>. Esta norma fue conocida por la contraria, desde que participó en el proceso de licitación en que presentó su oferta para adjudicarse el presente contrato de concesión de obra pública.

---

<sup>2</sup> Conforme a lo dispuesto en el artículo 48 N°2 del Reglamento de Concesiones, artículo 1.8.11.1 de las Bases de Licitación, y Decreto Supremo de Adjudicación N° 225, numeral 4, emitido por el MOP el 6 de junio de 2011 y publicado en el Diario Oficial de 3 septiembre de 2011.

Por otra parte, el artículo 36 bis de la Ley de Concesiones, señala la existencia de un plazo de 120 días que tienen los concesionarios para reclamar ante la Comisión Arbitral o ante la Corte de Apelaciones de Santiago, de las resoluciones que impongan multas, plazo que por lo demás, se suspende por la interposición de los recursos de reposición o jerárquico, hasta su resolución, señalando expresamente, que vencido dicho plazo prescribe la acción, por lo que luego de ello, los concesionarios pierden su derecho a reclamar de las multas impuestas. Como puede apreciarse con claridad, el plazo de 120 días anteriormente mencionado corresponde al plazo máximo en que un concesionario puede reclamar de las resoluciones que imponen multas y dicho plazo máximo de 120 días puede -en la práctica-, ser mucho mayor si el concesionario ha interpuesto recursos administrativos de reposición y jerárquico, dado que el hecho de presentar dichos recursos, suspende el plazo de 120 días luego del cual prescribe la acción. Entonces, la interposición de los mencionados recursos suspende el plazo de prescripción de la acción, pero no suspende el plazo para pagar las multas impuestas hasta la resolución de los mismos. En suma, no existen motivos graves y calificados relacionados con eventuales reducciones de plazo, porque como hemos explicado en detalle, el plazo para pagar las multas es independiente del plazo para reclamarlas.

### **iii. Inexistencia de infracción al debido proceso**

La Concesionaria alega que el pago de las multas contractuales dentro del plazo de 30 días contados desde su imposición, afectaría su derecho a accionar y reclamarlas.

Pues bien, resulta que lo solicitado por la Concesionaria altera sin justificación alguna la regla general del contrato de concesión, ya que supone que las multas sólo podrían pagarse después de que exista una sentencia definitiva de la H. Comisión Arbitral que ratifique su procedencia, lo que es un error tomando en cuenta que la fuente de la obligación de pagar las multas es el contrato de concesión, dado que las sentencias no son y nunca han sido una fuente de las obligaciones.<sup>3</sup>

Por disposición legal expresa, para la imposición de multas contractuales no se requiere probar perjuicios, de hecho, esto es justamente una de las principales ventajas que las multas en su función de caución otorgan al acreedor en un contrato de tracto sucesivo como el contrato de concesión, dado que, es liberarlo de la necesidad de demostrar la existencia y monto de un daño, cuando la prueba puede resultar difícil. De lo contrario, pactar multas en un contrato no presentaría ninguna ventaja frente a la posibilidad de demandar indemnización de perjuicios y sería inútil para el acreedor. Dicho lo anterior, fundamentar los supuestos motivos graves y calificados en supuestas vulneraciones al debido proceso, no tiene ningún sentido, ya que, lo que el MOP hace al imponer las multas, es justamente ejercer una facultad que le ha sido entregada en el contrato de concesión y en la legislación aplicable.

A mayor abundamiento, al estar involucrados recursos públicos, el MOP está obligado por ley a velar por el buen cumplimiento del contrato de concesión, y en virtud de ello,

---

<sup>3</sup> Artículo 1437 del Código Civil

necesariamente debe aplicar las multas que el contrato establece en caso de incumplimientos de la Concesionaria.<sup>4</sup>

Por último, cabe tener presente que, la Concesionaria nunca ha alegado el cumplimiento de sus obligaciones que es lo que correspondería conforme al artículo 1698 inciso 1° del Código Civil por estar discutiendo el cumplimiento de obligaciones contractuales, sino que, por el contrario, se limita a atribuir adjetivos calificativos a las multas previstas en el contrato, aduciendo que serían ilegales y desproporcionadas, pero sin fundamentos concretos que sustenten dicha afirmación. Para desvirtuar la imposición de multas, la Concesionaria tiene la carga de probar que actuó con diligencia y que cumplió con sus obligaciones contractuales en tiempo y forma, lo que hasta ahora no ha hecho.

**C. La Concesionaria no ha argumentado que el pago de las multas le irrogan un perjuicio irreparable.**

Otra consideración que debe tenerse es que la Concesionaria carece riesgo financiero al proceder al pago de las multas. En efecto, la Concesionaria ha seguido obteniendo ganancias a pesar de entregar un servicio deficiente a sus usuarios.

**D. No se acompañaron comprobantes que constituyan a lo menos una presunción grave del derecho que se reclama**

Conocido tradicionalmente en la doctrina procesal como el “*fumus boni iuris*”, es requisito para acceder a la suspensión de multas, que la demandante sea capaz de acreditar que existen comprobantes que constituyen a lo menos una presunción grave del derecho que se reclama y que dichos comprobantes, sean acompañados al proceso en el cual se solicita la suspensión de los actos reclamados<sup>5</sup>.

Pues bien, la demandante no cumplió con este requisito exigido en el artículo 36 ter de la Ley de Concesiones, dado que sólo acompañó antecedentes relacionados con la imposición de las multas, pero nada tendiente a demostrar su diligencia, así como tampoco, nada que permitiera acreditar que ha cumplido con sus obligaciones.

Pues bien, la demandante no cumplió con este requisito exigido en el artículo 36 ter de la Ley de Concesiones, dado que sólo acompañó antecedentes relacionados con la imposición de las multas, pero nada tendiente a demostrar su diligencia, así como tampoco, nada que permitiera acreditar que ha cumplido con sus obligaciones.

---

<sup>4</sup> Dictamen N° 1.765 de 2015: “al haberse configurado el incumplimiento contractual previsto en el convenio respectivo, resultó procedente la aplicación de la multa de que se trata, cuestión que, por lo demás, resultaba obligatoria para la autoridad en virtud del resguardo de los intereses fiscales”.

<sup>5</sup> Así por ejemplo, Hugo Pereira, en su obra Embargo y cautela en el proceso chileno, en la revista de derecho procesal N°17 del 1993, sostiene respecto del *fumus boni iuris* que: “el precepto exige al actor la aportación de comprobantes que hagan presumible el derecho cuya declaración se pretende, la cual debe ser ‘grave’, es decir, de una entidad como para producir convicción sobre la existencia de un muy probable derecho que haya de ser reconocido en la sentencia final”. (p. 86)

### **III. La jurisprudencia mayoritaria confirma que la postura del MOP es la correcta y que las alegaciones de la Concesionaria son insuficientes**

La jurisprudencia mayoritaria tanto de la Comisiones Arbitrales como de los tribunales superiores de justicia se ha manifestado por rechazar solicitudes como la interpuesta por la Concesionaria, sosteniendo a modo de resumen los siguientes fundamentos:

- La circunstancia que la concesionaria deba pagar una multa no puede estimarse por sí misma como un peligro de daño jurídico<sup>6</sup>.
- Tampoco la misma petición ha justificado que la peticionaria se encuentre en un riesgo de insolvencia que justifique paralizar una obligación cuyo origen proviene de una potestad que forme parte de la regulación legal y reglamentaria de las concesiones de obra pública<sup>7</sup>.
- No concurren en la petición de la suspensión de los efectos de los actos de que se trata las exigencias para su admisión, atendido que la concesionaria no se ve impedida de ejercer su derecho de defensa sobre la cuestión controvertida que será resuelta en la sentencia definitiva; tampoco hace admisible la suspensión el hecho que la concesionaria deba pagar una multa, atendido que esa circunstancia no puede estimarse, por sí misma, como un peligro de daño jurídico que sea necesario conjurar a través de una medida cautelar<sup>8</sup>.
- No existen antecedentes que permitan presumir fundadamente la existencia de motivos graves y calificados de aquellos exige el artículo 36 ter de la Ley de Concesiones, siendo ello suficiente para rechazar la suspensión solicitada<sup>9</sup>.
- Acceder a la suspensión de las multas es una medida excepcional o de urgencia que se dicta con la finalidad de evitar consecuencias perjudiciales o irreparables, por lo que la ley exige para su otorgamiento que se hagan constar motivos graves y calificados y que junto con ello se acredite una presunción grave del derecho que se reclama. En este caso, lo que se reclama es la no aplicación de la multa cuya

---

<sup>6</sup> Resolución de 3 de julio de 2020, dictada por la Comisión Arbitral del contrato “Aeropuerto Internacional de Santiago Arturo Merino Benítez”, integrada por los árbitros doña Luz María Jordán, Enrique Alcalde y Alejandro Romero, en virtud de la cual se rechazó la solicitud de suspensión de las resoluciones que impusieron multas. Considerando 15°.

<sup>7</sup> Ídem. Considerando 16°

<sup>8</sup> Resolución de 6 de abril de 2021, de la Comisión Arbitral “Teleférico Bicentenario”, emitida por don Alejandro Romero Seguel, doña Luz María Jordán Astaburuaga y don Enrique Alcalde Rodríguez, mediante la cual se rechazó la suspensión solicitada por la concesionaria. Considerando 13°

<sup>9</sup> Resolución de 10 de agosto de 2020, de la Comisión Arbitral del “Hospital Félix Bulnes” integrada por los abogados don Patricio Morales, don Emilio Sahurie y la economista Andrea Alvarado.

suspensión se solicita, no existiendo presunción alguna sino argumentos cuya fuerza habrá que juzgarse en definitiva, motivo por el cual rechaza la suspensión solicitada<sup>10</sup>.

- No habiéndose acreditado la existencia de motivos graves que justifiquen la suspensión ni acompañado comprobantes que constituyan presunción grave del derecho que se reclama, no ha lugar. Lo anterior, sin perjuicio de señalar que el plazo para pagar las multas impuestas se encuentra vencido, por lo que no puede suspenderse los efectos de las Resoluciones Exentas que las impusieron<sup>11</sup>.
- La Sociedad Concesionaria no ha presentado antecedentes suficientes que permiten concluir que las referidas multas afecten la liquidez de la Sociedad Concesionaria en términos suficientes como para considerar que existe un motivo grave y calificado. Que, al no estar suficientemente acreditados los motivos graves y calificados que exige el artículo 36 ter de la Ley de Concesiones, no procede dar lugar a la suspensión de los efectos del acto administrativo que se reclama<sup>12</sup>.

Diversas resoluciones de la Corte de Apelaciones de Santiago han rechazado también, en forma sostenida, las solicitudes de suspensión de multas requeridas por las concesionarias<sup>13</sup>, bajo argumentos similares a los ya expuestos en relación a las Comisiones Arbitrales mencionadas.

**POR TANTO**, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 ter de la Ley de Concesiones,

**A la H. Comisión Arbitral respetuosamente pedimos:** Tener por evacuado el traslado y en su mérito, rechazar, con costas, la medida precautoria de suspensión de efectos de los actos administrativos que impusieron las multas objeto de la controversia, solicitada por la Concesionaria en el tercer otrosí del escrito de 19 de diciembre de 2023.

---

<sup>10</sup> Resolución de 22 de diciembre de 2020, de la Comisión Conciliadora “Ruta 5 tramo Talca-Chillán”, Rol 3-2020.

<sup>11</sup> Resolución dictada el 28 de marzo de 2023 por la Comisión Arbitral de la concesión “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, que rechazó una suspensión de la obligación de pagar multas como la solicitada por la demandante de autos, por estimar que no se cumplen los requisitos del artículo 36 ter de la Ley de Concesiones.

<sup>12</sup> Resolución de 11 de octubre de 2023, de la Comisión Arbitral del Hospital Félix Bulnes integrada por los abogados don Patricio Morales, don Emilio Sahurie y la economista Andrea Alvarado.

<sup>13</sup> (i) Resolución de 5 de agosto de 2 de agosto de 2021, en causa Rol N° 358-2021, dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, en obra pública fiscal denominada “Aeropuerto diego Aracena de Iquique”. (ii) Resolución de 12 de abril de 2022, en causa Rol N° 163-2022, dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, en obra pública fiscal denominada “Hospital del Salvador e Instituto Nacional de Geriatria”. (iii) Resolución de 20 de mayo de 2022, en causa Rol N° 182-2022, dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, en obra pública fiscal denominada “Aeropuerto Internacional de Santiago Arturo Merino Benítez”. (iv) Resolución de 26 de mayo de 2022, en causa Rol N° 194-2022, dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, en obra pública fiscal denominada “Aeropuerto Internacional de Santiago Arturo Merino Benítez”.

