

C.A. de Santiago

Santiago, cuatro de julio de dos mil veintitrés.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

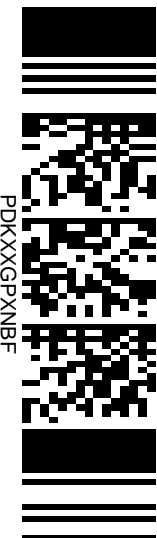
**PRIMERO:** Que, el abogado Jorge Muñoz Severino, en representación de CONSORCIO DE SALUD SANTIAGO ORIENTE S.A. SOCIEDAD CONCESIONARIA, sociedad concesionaria de la obra pública “Hospital del Salvador e Instituto Nacional de Geriatria”, deduce reclamación conforme a los artículos 36 bis y 36 ter del Decreto Supremo N° 900 de 1996 del Ministerio de Obras Públicas que fija el texto refundido del DFL N° 164 de 1991 (Ley de Concesiones de Obras Públicas) en contra de las Resoluciones Exentas DGC N° 756, 757 y 758, todas dictadas por la Dirección General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas con fecha 18 de marzo de 2022, las cuales impusieron a su representada cuatro multas, por un total de 1.280 Unidades Tributarias Mensuales (UTM).

Sostiene que la reclamación se interpone dentro del plazo de 120 días que le otorga la ley.

Expresa que mediante Decreto Supremo N° 141 del MOP, de 11 de febrero de 2014, se adjudicó el contrato de concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada “Hospital del Salvador e Instituto Nacional de Geriatria” a las empresas “Assignia Infraestructuras S.A.”, “Constructora y Edificadora Gia+A, Sociedad Anónima de Capital Variable” y “Constructora Cosal S.A.”, que conforman el grupo licitante. Posteriormente, por escritura pública de fecha 18 de julio de 2014 otorgada en la Notaría de Santiago de don Humberto Santelices Narducci, y conforme a lo dispuesto por las Bases, el grupo licitante constituyó la sociedad “Consortio de Salud Santiago Oriente S.A. Sociedad Concesionaria”.

Se refiere a cada una de las resoluciones reclamadas indicando, en primer lugar, que la resolución exenta DGC N°756 impuso a la sociedad concesionaria una multa de 400 UTM por haber entregado información requerida por el inspector fiscal, con datos o antecedentes con errores atribuibles a su negligencia, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1.8.7 Tabla N°1 letra B.3 y 1.8.8.1 letra k), ambos de las Bases de Licitación del contrato.

En cuanto a los fundamentos fácticos de la multa, afirma que la resolución da por acreditado que con ocasión del amago de incendio que afectó un tablero eléctrico ubicado en la sala de reuniones de las



dependencias de la ex oficina de la sociedad concesionaria, ocurrido el 6 de noviembre de 2021, el inspector fiscal solicitó a la concesionaria mediante oficio Ord. N° 3353, de 10 de noviembre de 2021, que remitiera un informe con todos los antecedentes relacionados con este hecho. Con fecha 11 de noviembre de 2021, por carta N° CS-IF-3301, el concesionario remitió el denominado “informe Respuesta Ord. 3353”, de igual fecha, el cual indicaba que se habían resuelto las deficiencias técnicas detectadas y que se había efectuado la conexión a tierra del tablero general. Sin embargo, el Inspector Fiscal en su visita a terreno de 12 de noviembre de 2021 constató que aún el tablero presentaba deficiencias de instalación y mantenimiento, y que el cable de tierra si bien existía, no estaba conectado a la malla de tierra y la forma volante en que se encontraba no cumplía la función requerida. En consecuencia, la información remitida por la sociedad concesionaria a través de su carta N° CS-IF-3301 e informe ya citados contenía antecedentes con errores atribuibles, exclusivamente, a negligencia de ésta última.

En atención a lo anterior, la Resolución exenta en comento da por incumplido el artículo 1.8.8.1 de las Bases, que establece: *“Durante la Etapa de Construcción, el Concesionario deberá entregar al Ministerio de Obras Públicas, a través del Inspector Fiscal, la siguiente información: ...k) Cualquier otra información que el Inspector Fiscal requiera por escrito para fiscalizar el adecuado cumplimiento del Contrato o bien aquella que se establece en el Anexo Complementario. [...] El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo, de los plazos señalados para la entrega de la información, la reincidencia en la entrega de información incompleta, como asimismo la entrega de información requerida con datos o antecedentes con errores atribuibles a negligencia de la Sociedad Concesionaria, o con datos o antecedentes notoriamente no fidedignos, que alteren o modifiquen cualquiera de las condiciones económicas del Contrato de Concesión hará incurrir a la misma en la multa que en cada caso se establezca según lo dispuesto en el artículo 1.8.7 de las Bases de Licitación.”*

Por su parte, la Tabla N° 1 Infracciones y Multas del artículo 1.8.7 de las Bases de Licitación, dentro de las multas menos graves, en su letra B.3 establece un rango de multa entre 280 y 400 UTM, por cada vez que se produzca la entrega de información requerida con datos o antecedentes con errores atribuibles a negligencia de la sociedad concesionaria, de acuerdo a lo dispuesto en el citado artículo 1.8.8.1 de las mismas Bases. La multa aplicada corresponde al tope del rango, esto es, 400 UTM.

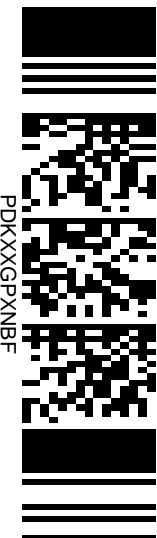


Sostiene el reclamante que resulta claro de la lectura de la propia resolución que la sociedad concesionaria hizo entrega al MOP de la información solicitada, de modo que no hubo infracción a la letra k) citada. Tampoco hubo, ni existe evidencia o prueba alguna de la negligencia atribuida a la concesionaria en la resolución sancionatoria, puesto que la concesionaria remitió al Inspector Fiscal un informe elaborado por quien actúa como su contratista principal en base a una delegación expresamente permitida en las bases de licitación y en la propia Ley de Concesiones.

Sostiene que la atribución de negligencia a la sociedad concesionaria debe ser acreditada de manera específica, mediante un procedimiento sancionatorio contradictorio llevado en conformidad a la ley y a la Constitución y que el simple traspaso de un eventual error de un contratista, a negligencia de la concesionaria, dista mucho de satisfacer las exigencias del tipo infraccional invocado.

En segundo lugar, respecto de la Resolución Exenta DGC N° 757 que impuso a la sociedad concesionaria una multa de 100 UTM por haber incumplido la instrucción impartida por el inspector fiscal mediante anotación en el folio N° 27, de 3 de diciembre de 2021, del Libro de Obras N° 10 y reiterada en oficio Ord. N° 3409 de igual fecha, consistente en presentar dentro del plazo de 24 horas hábiles, un plan de actividades con el objeto de eliminar los riesgos para los trabajadores asociados a la ubicación de las casetas de cambio en el interior de la obra, así como identificar claramente las vías de tránsito para el ingreso de los trabajadores a la obra o a las casetas de cambio desde el exterior, recalando que todas las medidas que se implementaran debían estar completadas a más tardar al término de la jornada del día 7 de diciembre de 2021, la concesionaria remitió el plan de actividades mediante carta N° CS-IF-3375, recibida en la inspección fiscal recién el día 9 de diciembre de 2021, es decir, vencido el plazo indicado para la implementación de las medidas.

La multa impuesta se contiene en el artículo 1.9.4 de las Bases de Licitación, por el cual *“el incumplimiento de las instrucciones impartidas a través del Libro de Obras hará incurrir a la Sociedad Concesionaria en la multa que se establezca según el artículo 1.8.7 de las Bases de Licitación”*. Por su parte, la Tabla N° 1 Infracciones y Multas del artículo 1.8.7 referido, en su letra B.15 establece un rango de multa entre 30 y 100 UTM, por cada vez que se produzca un incumplimiento de las instrucciones impartidas a través



del Libro de Obras. El MOP aplicó aquí la multa más alta del rango posible, es decir, 100 UTM.

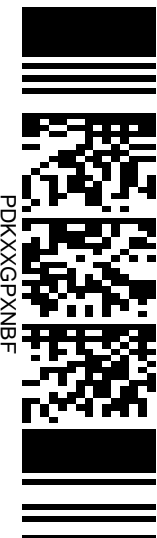
Sostiene el reclamante que su representada dentro del extremadamente acotado plazo de 24 horas hábiles -que seguían al viernes 3 de diciembre-, no solo generó un plan de actividades para riesgos asociados a las casetas de cambios, sino que procedió a implementarlo dentro del mismo plazo. En efecto, el día lunes 6 de diciembre se generó la difusión de la capacitación “uso de pasillo seguro en obra” para los guardias encargados del control de ingresos y línea de supervisión de guardias, para continuar después con el resto del personal de la obra en conformidad a las fechas del plan de actividades. Asimismo, se confeccionó el plano de vías de tránsito de pasillo seguro para ingreso y salida sin elementos de protección. Agrega, sin embargo, que por un error administrativo la carta fue confeccionada el martes 7 de diciembre y despachada el jueves 9 del mismo mes.

Ahora bien, lo relevante a juicio del recurrente es que, si bien el plan no fue enviado al MOP dentro del plazo de 24 horas, de todas maneras la sociedad concesionaria cumplió con confeccionar el Plan de Actividades e implementarlo dentro del plazo, por lo que el retraso presentado en el despacho de la carta informativa no lesionó el bien jurídico que el MOP pretendió proteger mediante las instrucciones en cuestión.

De esta forma, sostiene, la aplicación de la multa produce una infracción a las bases en tanto supone una incorrecta aplicación del tipo infraccional, pues la sociedad concesionaria dio efectivo cumplimiento al artículo 1.9.4 citado, razón por la cual no se verifica en la especie el tipo infraccional del N° B.15 del artículo 1.8.7.

Finalmente, la Resolución Exenta DGC N° 758 impuso a la Sociedad Concesionaria una multa de 80 UTM, por no haber informado, tan pronto tuvo noticia, de la ocurrencia del amago de incendio ocurrido el 6 de noviembre de 2021 y otra adicional por 700 UTM, toda vez que el hecho no informado afectó la seguridad e integridad de las obras. La multa resultaría de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.8.7 Tabla N° 1 letra B.6 y 1.8.8.1 letra g), ambos de las Bases de Licitación.

Expresa que la resolución da por acreditado que la sociedad concesionaria no cumplió con la obligación de informar inmediatamente al inspector fiscal que se había producido un amago de incendio en la sala de reuniones de la ex oficina de la sociedad concesionaria el 6 de noviembre anterior, toda vez que fue el Coordinador Técnico del Servicio de Salud

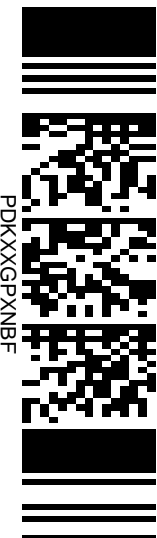


Metropolitano, el día 10 de noviembre de 2021, quien lo informó. Solo a raíz del requerimiento efectuado por el inspector fiscal a través del Ord. N° 3353, de 10 de noviembre de 2021, la concesionaria informó lo sucedido remitiendo el “Informe de Obra Respuesta a Ord. 3353” de 11 de noviembre de 2021, ya referido.

Que, de igual forma, respecto a la multa adicional de 700 UTM, la resolución da por acreditado que el amago de incendio descrito precedentemente afectó la seguridad e integridad de las obras. Además, en el “Informe ejecutivo de Electricidad, Tablero General de Faena Nuevo Hospital del Salvador”, de 12 de noviembre de 2021, que el inspector fiscal acompañó en su oficio de proposición de multa, en referencia al informe remitido por la concesionaria, indica que *“en el párrafo final del informe declara la situación en que está operando el tablero en cuestión, desde su traslado a la fecha y que esto habría ocasionado el amago de incendio. Esto no es aceptable ya que no solo se expone a las instalaciones y la continuidad de operación de la obra, sino más importante aún, la vida de las personas”*.

En atención a lo anterior, el MOP dio por incumplido el artículo 1.8.8.1 de las Bases, que establece que durante la Etapa de Construcción, el Concesionario deberá informar al Ministerio de Obras Públicas, a través del Inspector Fiscal, *“... g) tan pronto tenga noticia de la ocurrencia de cualquier hecho o circunstancia relevante que afecte o pueda afectar el normal desarrollo de las obras.”* Finalmente, la Tabla N° 1 Infracciones y Multas del artículo 1.8.7 de las Bases de Licitación, en su letra B.6 establece un rango de multa entre 60 y 80 UTM, por cada vez que se produzca un incumplimiento de las obligaciones establecidas en la letra g) referida. Además, dispone que si el hecho o circunstancia afecta la seguridad o integridad de las obras o de los usuarios, se aplicará una multa adicional entre 700 y 1.000 UTM. El MOP decidió aplicar una multa de 80 UTM, más 700 UTM como multa adicional.

Sostiene la reclamación que no se infringió el artículo 1.8.8.1 letra g) de las bases puesto que la Sociedad Concesionara, en efecto, informó al MOP del incendio tan pronto tuvo noticia del mismo, ya que por el día y hora en que se produjo el incidente (sábado 6 de septiembre de 2021, en horas de la tarde), fueron los guardias de seguridad quienes advirtieron la situación, procedieron a desenergizar el tablero eléctrico siniestrado y controlaron eficazmente el fuego, siendo innecesario activar el Plan de Emergencia.



Agrega que por lo anteriormente señalado, el amago de incendio no produjo ninguna alteración al desarrollo normal de la obra, ni puso en riesgo al personal propio ni subcontratista del proyecto. Por lo mismo, sostiene, el contratista principal a cargo de la construcción no dio aviso a la sociedad concesionaria del hecho y pintó y reparó el tablero eléctrico afectado. Por último, señala, por tratarse de un lugar donde no se desarrollan obras de construcción, ni la Inspección Fiscal ni tampoco su Asesoría Técnica (quienes tienen sus oficinas en la misma obra), no advirtieron el hecho, sino hasta que personal del Ministerio de Salud en un recorrido por las oficinas en cuestión, el día miércoles 10 de noviembre de 2021, reparó en que había indicios de un amago de incendio en el tablero eléctrico siniestrado, informando de inmediato a la Inspección Fiscal, quien despachó ese mismo día el ORD. N° 3353. Afirma el reclamante que la sociedad concesionaria supo del hecho a propósito de este Ordinario, requiriendo un informe inmediatamente al contratista, informe que fue transmitido a la Inspección Fiscal mediante la Carta CS-IF-3301, tantas veces referida.

Sostiene que la aplicación de la multa de 80 UTM resulta totalmente improcedente, en tanto que se hace una incorrecta aplicación del tipo infraccional toda vez que dado que el contratista a cargo de la construcción no informó la ocurrencia del amago de incendio, su representada solo supo de este por la comunicación allegada por el MOP. Por su parte, no existiendo este incumplimiento principal, resulta improcedente además la multa adicional de 700 UTM.

Estima que respecto de las tres resoluciones reclamadas se ha infringido el artículo 10 de la Ley 19.880, en relación con los artículos 34, 35 y 36 del mismo cuerpo legal, que establecen el principio de la contradictoriedad en los procedimientos administrativos sancionatorios, y el derecho del administrado a proponer diligencias de instrucción y presentar prueba en el procedimiento administrativo, atendido que no se dio oportunidad a su representada de formular descargos ni aportar prueba en el procedimiento que desembocó en la aplicación de la multa en cuestión.

En este orden de cosas, expresa que el procedimiento administrativo sancionatorio se redujo en la especie a la comunicación que el Inspector Fiscal hizo a la sociedad concesionaria de que recomendaría a la Directora General de Concesiones la aplicación de multas, mediante los ordinarios ORD. N° 3367 de 12 de noviembre de 2021, ORD. N° 3368 de 12 de noviembre de 2021, y ORD. N° 3343 de 15 de diciembre de 2021. Estamos



en presencia, estima, de un procedimiento que ha vulnerado los principios que gobiernan el ejercicio de las atribuciones sancionatorias de la administración del Estado, incurriendo por ello en ilegalidades al aplicar las multas mediante las resoluciones reclamadas.

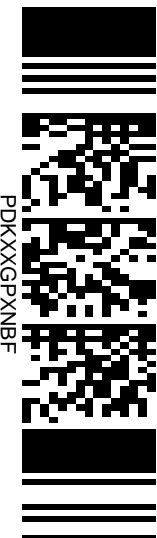
Adicionalmente, al obrar la DGCOP fuera del marco del contrato de concesión imponiendo multas improcedentes, infringió los artículos 18 y 29 de la Ley de Concesiones.

Estima el reclamante que la aplicación de las distintas multas por cada una de las resoluciones constituye un perjuicio injusto que se ha irrogado a su representada.

Agrega finalmente que la aplicación de la multa por resolución N° 757 pugna con la buena fe contractual, en virtud de la cual el Estado debe colaborar lealmente con la concesionaria durante la etapa de construcción de la obra pública, evitando todos aquellos actos, decisiones u omisiones que puedan causar perjuicios, sobrecostos o retrasos que menoscaben a la concesionaria. Estima que el MOP infringió el principio de la buena fe por cuanto el Inspector Fiscal al comunicar que propondría a la DGC la aplicación de una multa por infracción al artículo 1.9.4 de las Bases de Licitación, por incumplimiento de la instrucción de presentar un Plan de Actividades antes de 24 horas de notificado el ORD. N° 3409 de 3 de diciembre de 2021, ya estaba en conocimiento que dicho Plan de Actividades había sido no solo confeccionado sino también implementado dentro del plazo concedido, cumpliendo por tanto con el propósito de fondo de la instrucción fiscal. Dicha excesiva rigurosidad, estima, no solo atenta contra la buena fe y el principio de lesividad, sino también en contra de principio de la no formalización establecido en el artículo 13 de la Ley N° 19.880.

Solicita se declaren improcedentes las multas que el MOP ha impuesto a la sociedad concesionaria, restituyendo toda suma de dinero que se hubiere pagado a título de tales multas, y en subsidio, se reduzcan las multas impuestas al mínimo posible según el rango aplicable, o a la suma que esta Corte estime prudencialmente, ordenando restituir la diferencia que la sociedad concesionaria haya pagado a título de las resoluciones reclamadas, con costas.

Por escrito de fecha 11 de abril de 2022, folio 4, el reclamante solicita la rectificación de su reclamación, la cual se tuvo por rectificada en los términos solicitados por resolución de la Sala de Cuenta de esta Corte dictada con fecha 2 de mayo de 2022.



**SEGUNDO:** Que la abogada procuradora fiscal Ruth Israel López, en representación del Consejo de Defensa del Estado, Fisco de Chile, Ministerio de Obras Públicas, comparece en dos escritos, uno de fecha 13 de mayo de 2022, en cuyo primer otrosí alega la incompetencia de esta Corte, y otro de fecha 17 de mayo de 2022 en el que, en lo principal, opone excepción dilatoria de incompetencia, fundando tanto el incidente como la excepción dilatoria en que de acuerdo al artículo 36 bis, inciso primero, de la Ley de Concesiones existen dos tribunales potencialmente competentes para resolver reclamaciones de multas como la de autos, una Comisión Arbitral y la Corte de Apelaciones de Santiago, sosteniendo que en la especie las partes de común acuerdo constituyeron ya la Comisión Arbitral, y que dicho tribunal ya habría conocido de otra demanda de reclamación de multas como la de autos, presentada por la propia sociedad concesionaria el día 14 de enero de 2016 y contestada por el Fisco el 23 de marzo de 2016. Así, ambas partes radicarón la competencia de los conflictos emanados del contrato en cuestión en ese tribunal arbitral de forma definitiva.

Tanto el incidente de incompetencia como la excepción dilatoria de incompetencia fueron rechazadas por la Sala de Cuenta de esta Corte de Apelaciones en resolución de fecha 23 de mayo de 2022.

**TERCERO:** En el primer otrosí de su escrito de fecha 17 de mayo de 2022, ya referido, la abogada procuradora fiscal Ruth Israel López, en representación del Consejo de Defensa del Estado, Fisco de Chile, Ministerio de Obras Públicas, contesta la reclamación solicitando su rechazo con costas en base a los fundamentos que indica.

Sostiene, en primer lugar, que el contrato en cuestión es un contrato complejo, que contó con una etapa precontractual extensa, celebrado entre dos partes sofisticadas, por una parte inversionistas extranjeros que corresponden a compañías transnacionales; y, por la otra, el Fisco de Chile.

A continuación se refiere a las obligaciones que el contrato impone a la sociedad concesionaria, cuyos incumplimientos dieron lugar a resoluciones objeto de la reclamación.

Respecto de la obligación de entregar al Inspector Fiscal la información que éste requiera para fiscalizar el adecuado cumplimiento del contrato, contenida en el artículo 1.8.8.1 de las Bases de Licitación, y cuyo incumplimiento ya descrito fuere sancionado con una multa de 400 UTM, sostiene que la información contenida en la carta CS-IF N° 3301 de fecha 11 de noviembre de 2021 mediante la remisión del “Informe de obra Respuesta a

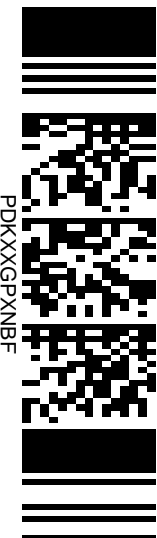




Ord. N° 3353” elaborado por una empresa contratista dependiente suya, resultó no ser efectiva en base a la constatación en terreno efectuada por el Inspector Fiscal con fecha el 12 de noviembre de 2021. Agrega que el hecho de que la sociedad concesionaria se haya limitado a reenviar el informe elaborado por su contratista, sin verificar la veracidad de lo expuesto en él, configuró la infracción consistente en entregar al Inspector Fiscal información con datos o antecedentes con errores atribuibles a negligencia de la sociedad concesionaria, razón por la cual se propuso la aplicación de la multa B.3 del art. 1.8.7 de las Bases de Licitación, por un monto de UTM 400, lo que hizo efectivamente mediante el ORD. N° 3371 de 16 de noviembre de 2021, dando lugar a la resolución reclamada DGC (Ex) N° 756 de 18 de marzo de 2022

Agrega que la sociedad concesionaria, no controvierte de modo alguno que la información contenida en el informe enviado en carta CS-IF N° 3301 de fecha 11 de noviembre de 2021, era errada, sino que se limita a señalar que remitió un informe de su contratista principal. La circunstancia de que el informe en que se contenía información errada haya sido elaborado por el contratista Constructora de Infraestructura de Chile SpA es irrelevante para establecer la diligencia de la sociedad concesionaria, toda vez que hizo suyo dicho informe al reenviarlo al Inspector Fiscal, actuando de forma negligente al remitirlo sin verificar previamente lo consignado en él, en circunstancias que la sociedad concesionaria es una empresa experta en concesiones.

Asimismo, sostiene que la responsabilidad de la sociedad concesionaria por los actos de sus contratistas se desprende de las normas legales que regulan el contrato de concesión, que no eximen de responsabilidad al concesionario *“ni aún en los casos en que los incumplimientos sean consecuencia de contratos que celebre con terceras personas”* (Art. 47 “infracciones y sanciones” del Reglamento de la Ley de Concesiones) y establecen que *“en todo caso el concesionario será siempre el responsable ante el MOP de la correcta ejecución del contrato. Las bases de licitación podrán establecer requisitos para los subcontratos”* (Art. 64 “Subcontratos” del Reglamento de la Ley de Concesiones). Asimismo, el Art. 1.7.3.1, penúltimo párrafo, de las Bases de Licitación dispone que *“para el cumplimiento del Contrato de Concesión, el Concesionario será el único responsable ante el MOP. La subcontratación de todo o parte del trabajo por el Concesionario no lo relevará del cumplimiento de ninguna de las obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión o derivadas de él. Los*



*actos u omisiones del subcontratista y de las personas que actúen directa o indirectamente para él serán considerados como actos u omisiones del Concesionario y éste será responsable ante el Inspector Fiscal.”*

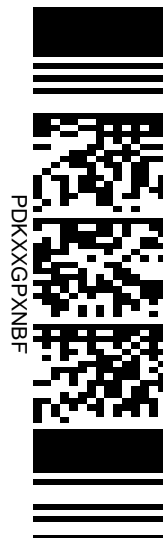
Respecto de la obligación de cumplir la instrucción impartida por el Inspector Fiscal en el Libro de Obras, establecida en el art. 1.9.4 de las Bases de Licitación, cuya infracción fue sancionada con una multa de 100 UTM, expone que en el mes de noviembre de 2021 la Sociedad Concesionaria, de manera unilateral y sin cumplir con los requisitos exigidos en las Bases de Licitación y las normas que regulan la materia, procedió a cambiar de ubicación la instalación de faenas, disponiendo las casetas de cambio de los trabajadores al interior de las faenas, generándose para ellos condiciones desfavorables y riesgosas, toda vez que debían hacer ingreso a las faenas sin contar con los elementos de protección personal, repitiéndose dicha situación al término de cada jornada; dicha situación irregular fue representada por el Inspector Fiscal al área de fiscalización de la sociedad concesionaria el martes 23 de noviembre de 2021, reiterándose en terreno el día 30 de noviembre de 2021.

Atendido lo anterior, el Inspector Fiscal, en anotación en el Libro de Obras N° 10, folio 27, y mediante el ORD. N° 3409, ambos de 3 de diciembre de 2021, instruyó a la sociedad concesionaria i) presentar en el plazo de 24 horas hábiles un Plan de Actividades tendiente a eliminar los riesgos para los trabajadores, y ii) identificar claramente las vías de tránsito para el ingreso a la obra o casetas de cambio desde el exterior; alternativamente disponer de las casetas de cambio en un lugar libre de riesgos. Estas medidas debían estar implementadas a más tardar al término de la jornada del martes 7 de diciembre de 2021.

Recién con fecha 9 de diciembre de 2021, vía correo electrónico la sociedad concesionaria entregó el plan de actividades, contenido en la carta CS-IF N° 3375 fechada el 7 de diciembre de 2021.

Sostiene el Consejo de Defensa del Estado que es un hecho no controvertido la existencia de la obligación, así como el hecho de que la sociedad concesionaria incumplió el plazo fijado por el Inspector Fiscal para la entrega de un plan de actividades, reconociendo la sociedad concesionaria en su mismo reclamo que la carta fue despachada “por un error administrativo” el día 9 de marzo.

Adicionalmente, el plan de actividades presentado por la sociedad concesionaria no resultó suficiente para cumplir con el deber de seguridad



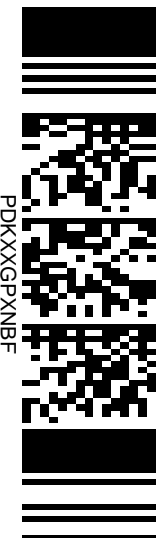
que le cabe, toda vez que dicho plan fue observado por el Inspector Fiscal mediante oficio ORD. N° 3420 de 10 de diciembre de 2021. Las presentaciones posteriores de la sociedad concesionaria tampoco solucionaron las observaciones relativas a los riesgos laborales, tal como consta en los oficios ORD. N° 3427 y ORD. N° 3445, de 14 y 17, ambos de diciembre de 2021, respectivamente.

Mediante oficio ORD. N° 3433 de 15 de diciembre de 2021, el Inspector Fiscal comunicó a la sociedad concesionaria el incumplimiento de la instrucción impartida por él en el Libro de Obra, razón por la cual propondría la aplicación de la multa que luego estableció la resolución reclamada DGC (Ex) N° 757 de 18 de marzo de 2022.

Respecto de la obligación de informar al Inspector Fiscal tan pronto tuviese noticia de la ocurrencia de cualquier hecho o circunstancia relevante que afecte o pueda afectar el normal desarrollo de las obras, cuyo incumplimiento, ya referido, fue sancionado con una multa de 80 UTM, más una multa adicional de 700 UTM por el hecho o circunstancia afectar la seguridad o integridad de las obras o de los usuarios, sostiene que, a pesar de la existencia de esta obligación, el amago de incendio de fecha 6 de noviembre de 2021, fue informado al Inspector Fiscal el día miércoles 10 de noviembre de 2021 por el Coordinador Técnico del Servicio de Salud Metropolitano Oriente y no por la sociedad concesionaria.

A consecuencia de lo anterior, mediante oficio ORD. N° 3353 de 10 de noviembre de 2021, el Inspector Fiscal instruyó a la sociedad concesionaria presentar en el plazo máximo de 24 horas, un informe detallado con todos los antecedentes del incendio, incluyendo las evidencias pertinentes y el conjunto de las medidas adoptadas, entre otros requerimientos. Solo a consecuencia de este requerimiento, la sociedad concesionaria remitió con fecha 11 de noviembre de 2021 el “Informe de Obra Respuesta a Ord. 3353” que da cuenta del incendio.

En la especie, la sociedad concesionaria no solo incumplió las obligaciones establecidas en las Bases de Licitación, sino que también en las normas que ella misma definió en el Plan de Medidas de Control de Accidentes o Contingencias, lo que prueba de forma irrefutable que actuó de forma negligente. En efecto, el Plan de Medidas de Control de Accidentes o Contingencias desarrollado por la sociedad concesionaria, en su apartado N° 6.7.2 “Prioridades de Aviso” estableció: *“En todos los eventos, sin importar su magnitud, será informado de manera inmediata a prevención de riesgos de*



*Asesoría de Inspección Fiscal o Inspector Fiscal según se requiera. Para posteriormente generar informe preliminar dentro de las 24 horas ocurrida la emergencia (sic)".*

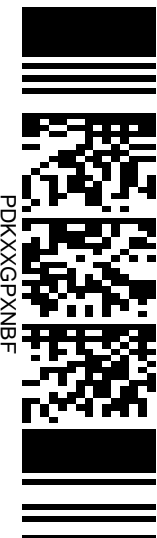
Al respecto señala que resulta del todo injustificado e inverosímil que el contratista principal no haya dado aviso a la sociedad concesionaria, atendido lo expuesto en el Plan de Medidas de Control de Accidentes o Contingencias citado, en cuanto es la sociedad concesionaria la responsable de la construcción de la obra y se comprometía a informar al Inspector Fiscal la ocurrencia de todos los eventos sin importar su magnitud.

Mediante oficio ORD. N° 3367 de 12 de noviembre de 2021, el Inspector Fiscal comunicó a la sociedad concesionaria el incumplimiento de la obligación de entregar a la Inspección Fiscal tan pronto tenga noticia de la ocurrencia de cualquier hecho o circunstancia relevante que afecte o pueda afectar el normal desarrollo de las obras, toda vez que no solo no se informó, sino que, además, consta que se efectuaron acciones para evitar que la Inspección Fiscal conociera estas circunstancias, razón por la cual propuso la aplicación de la multa B.6 del art. 1.8.7 de las Bases de Licitación, por un monto de UTM 80 y, dado que el hecho o circunstancia afecta la seguridad o integridad de la obra o de los usuarios, propondría una multa adicional de UTM 700, en relación a lo dispuesto en el art. 1.8.8.1 letra g) de las citadas Bases, lo que dio lugar a las multas impuestas en la Resolución reclamada DGC (Ex) N° 758 de 18 de marzo de 2022.

En relación con estos hechos, el Consejo formula excepción perentoria de incompetencia sosteniendo que conforme al artículo 36 bis de la Ley de Concesiones, esta Corte carece de competencia para conocer de la reclamación, por ser competente la Comisión Arbitral del contrato, constituida de común acuerdo por las partes y que previno en el conocimiento de las controversias y reclamaciones surgidas con motivo del contrato de concesión, excepción perentoria que será rechazada por esta Corte por las mismas razones que motivaron el rechazo del incidente y excepción dilatoria de incompetencia anteriormente expuestas.

En subsidio, alega que la reclamación debe ser rechazada porque al dictar las Resoluciones Exentas DGC Nros. 756, 757 y 758, todas de 18 de marzo de 2022, el MOP actuó de forma lícita ejerciendo un derecho que le confiere el contrato de concesión.

Sostiene al respecto que es incorrecto e improcedente hablar en este caso de un procedimiento sancionatorio de tipo infraccional pues el vínculo



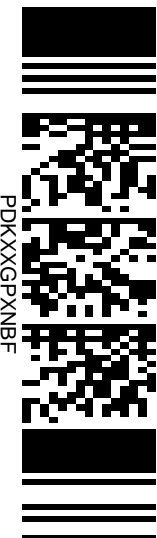
existente entre el MOP y la sociedad concesionaria es un contrato nominado, regulado de forma especial en la Ley de Concesiones de Obras Públicas y su reglamento, del cual emana la facultad de imponer multas y la obligación de pagarlas. Así, en el caso que nos ocupa, la aplicación de multas a la sociedad concesionaria se verificó por el incumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas libremente por esta y no en virtud de una infracción administrativa. Expresamente las Bases de Licitación entregan al Inspector Fiscal la atribución y el deber de fiscalizar y velar por el cumplimiento del contrato de concesión, facultándolo al efecto para proponer que el representante legal del MOP en el contrato imponga multas a la sociedad concesionaria en caso de incumplimiento contractual.

Especialmente, no estima aplicable en este caso la Ley N° 19.880, porque el artículo 1° de la Ley de Concesiones, los artículos 1° y 2° de su Reglamento, y las Bases de Licitación, dan cuenta de cuáles son las normas que rigen el contrato conforme al acuerdo de las partes. Al revisar estos artículos, puede constatar que la Ley N° 19.880 no es aplicable al contrato que motiva este juicio, cualquier conclusión diferente implica desconocer el acuerdo de las partes, afectando la fuerza obligatoria y la intangibilidad de los contratos, en abierta infracción del art. 1545 del Código Civil.

El mismo hecho de que la materia objeto de este juicio pueda quedar sometida a arbitraje de acuerdo al artículo 36 bis de la Ley de Concesiones, ratifica a su juicio que no existe en este caso ejercicio del ius puniendi estatal.

Atendido que la fuente de las obligaciones que motivan esta reclamación es un contrato, la carga de la prueba con respecto a la existencia de la obligación y su cumplimiento se rige por lo dispuesto en el art. 1698 del Código Civil, y por tanto es carga de la sociedad concesionaria probar que su obligación se extinguió porque la pagó de forma íntegra y oportuna. Asimismo, en virtud del art. 1547 inc. 3° del Código Civil, la prueba de la diligencia recae sobre quien ha debido emplearla. Por último, al estar frente a multas pactadas en un contrato, el derecho del acreedor a exigir el pago de las multas cuando se verifica el incumplimiento no requiere demostrar perjuicio, conforme el art. 1542 del mismo cuerpo legal.

En consecuencia, es carga de la sociedad concesionaria probar que cumplió sus obligaciones o actuó de forma diligente para cumplirlas. Si falla en probar que actuó de forma diligente, deberá concluirse que su incumplimiento fue culpable.



Solicita se rechace la reclamación con una condena ejemplar en costas, por las razones señaladas.

**CUARTO:** Que, para una correcta resolución del caso *sub judice*, en cuanto a las normas que se aplican respecto del reclamo y de la multas que son objeto del mismo, ellas se encuentran en la Ley de Concesiones de Obras Públicas (Decreto con Fuerza de Ley N° 164 de 1991, cuyo texto refundido se encuentra establecido por el Decreto Supremo 900 de 31 de Octubre de 1991) y son las siguientes:

En el artículo 1°, se establece que *“la ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales, por el sistema establecido en el artículo 87 del decreto supremo N° 294, del Ministerio de Obras Públicas, de 1985, las licitaciones y concesiones que deban otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras y servicios; del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan; de la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados, se regirán por las normas establecidas en el presente decreto con fuerza de ley, su reglamento y las bases de la licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto.*

*Las concesiones que se otorguen contemplarán la obligación del concesionario de cumplir, durante toda la vigencia de la concesión, con los niveles de servicio, estándares técnicos o ambos, establecidos en las respectivas bases de licitación, para las diferentes etapas y condiciones de la concesión.”*

En el artículo 18 se agrega al respecto: *“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.”*

A su vez, en el artículo 29 se señala: *“Las bases de licitación deberán indicar explícitamente los niveles de servicio exigidos para la etapa de explotación, sus respectivos indicadores y las sanciones. Corresponderá al Ministerio de Obras Públicas, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción como en la de explotación de la obra. En caso de incumplimiento, el Ministerio podrá imponer al concesionario las sanciones y multas que el reglamento y las bases de licitación establezcan, sin perjuicio del derecho del*



*concesionario para recurrir a los mecanismos a que se refiere el artículo 36 bis.”*

Por su parte, en el artículo 36 bis referido se establece: *“Las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, podrán ser llevadas por las partes al conocimiento de una Comisión Arbitral o de la Corte de Apelaciones de Santiago... En caso que se optare por recurrir ante la Corte de Apelaciones, según lo dispuesto en el inciso primero de este artículo, se aplicará el procedimiento establecido en los artículos 69 a 71 de la ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, y se estará a las siguientes disposiciones: 1.- No será exigible boleta de consignación. 2.- El traslado del recurso se dará al Director General de Concesiones de Obras Públicas.”*. Así, el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Banco Central, es aplicable en el caso de presentación de un reclamo como el de autos, lo que autoriza el rechazo de la excepción perentoria planteada.

De las disposiciones citadas se desprende que corresponde al Ministerio de Obras Públicas, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción como en la de explotación de la obra, y que, en caso de incumplimiento, ese Ministerio podrá imponer al concesionario las sanciones y multas que el reglamento y las bases de licitación establezcan, sin perjuicio del derecho del concesionario para recurrir a los mecanismos de reclamo como el que motiva este procedimiento.

**QUINTO:** Que en las bases de la licitación de la especie se establecen para el concesionario, entre otras, las siguientes obligaciones:

En el artículo 1.8.8.1 de las bases, titulado “Información a entregar durante la etapa de construcción”, se señala: *“Durante la Etapa de Construcción, el Concesionario deberá entregar al Ministerio de Obras Públicas, a través del Inspector Fiscal, la siguiente información:*

*... g) Tan pronto tenga noticia de la ocurrencia de cualquier hecho o circunstancia relevante que afecte o pueda afectar el normal desarrollo de las obras. Asimismo deberá informar de cualquier contingencia que afecte o pueda afectar el normal desarrollo de las obras. El incumplimiento de estas obligaciones se sancionará con la multa que se establezca de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.8.7 de las Bases de Licitación.*



... k) *Cualquier otra información que el Inspector Fiscal requiera por escrito para fiscalizar el adecuado cumplimiento del Contrato o bien aquélla que se establece en el Anexo Complementario.*

*Toda la información será proporcionada en papel y en formato digital, aprobado por el Inspector Fiscal.*

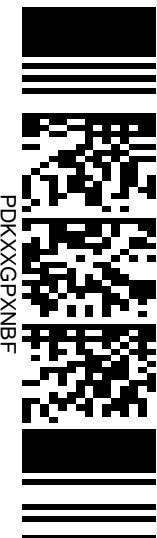
*El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo, de los plazos señalados para la entrega de la información, la reincidencia en la entrega de información incompleta, como asimismo la entrega de información con datos o antecedentes con errores atribuibles a negligencia de la Sociedad Concesionaria, o con datos o antecedentes notoriamente no fidedignos, que alteren o modifiquen cualquiera de las condiciones económicas del Contrato de Concesión, hará incurrir a la misma en la multa que en cada caso se establezca según lo dispuesto en el artículo 1.8.7 de las Bases de Licitación.”*

Por su parte en el artículo 1.9.4 de las bases, titulado “Libro de obras”, se dispone “*El incumplimiento de las instrucciones impartidas a través del Libro de Obras hará incurrir a la Sociedad Concesionaria en la multa que se establezca según el artículo 1.8.7 de las Bases de Licitación.”*

**SEXTO:** Que, como puede advertirse, en lo que se refiere a las sanciones por infracción a todas estas disposiciones, las bases se remiten al artículo 1.8.7 de las mismas, el cual establece las tablas con los rangos aplicables a cada incumplimiento, no existiendo en la especie controversia entre las partes sobre el hecho de encontrarse todas las multas aplicadas a la sociedad concesionaria dentro del rango que se establece para cada una de las infracciones que se le imputan.

El mismo artículo 1.8.7 a continuación dispone “*El Inspector Fiscal propondrá la multa al DGOP, quien la determinará mediante Resolución fundada de acuerdo a la entidad y naturaleza del incumplimiento y a la proporcionalidad entre el monto a aplicar de la multa y la acción u omisión que se sanciona, dentro de los rangos señalados en la tabla precedente.*

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



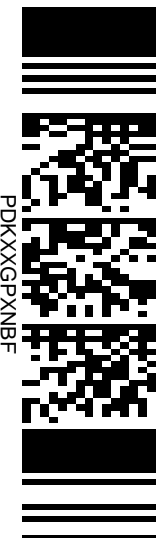


**SÉPTIMO:** Que, con la prueba allegada a estos autos por la actora, no se logra derribar la presunción de legalidad de las resoluciones reclamadas, dado que los argumentos formulados así como los documentos acompañados por la reclamante no permiten acreditar el cumplimiento de las obligaciones que se estimaron infringidas, ni el hecho de haber actuado la sociedad concesionaria diligentemente en la ejecución de las conductas que le eran exigibles, ni permiten configurar un error de la autoridad en la consideración de los aspectos que de acuerdo al artículo 1.8.7 debía considerar al momento de determinar las multas dentro de sus respectivos rangos.

En efecto, respecto de la obligación de informar al Inspector Fiscal tan pronto tuviese noticia de la ocurrencia de cualquier hecho o circunstancia relevante que afectare o pudiese afectar el normal desarrollo de las obras, un cumplimiento diligente de la referida obligación parece a juicio de esta Corte incompatible con la actitud pasiva que ha desplegado la sociedad concesionaria, quien siendo la responsable de la construcción de la obra y habiendo asumido obligaciones específicas de informar al inspector fiscal todo tipo de eventos, de cualquier magnitud, alega que solo ha tomado conocimiento del amago de incendio tantas veces referido el día 10 de noviembre de 2021, esto es transcurridos cuatro días desde su acaecimiento, y no por alguna gestión o levantamiento propio, sino por medio de la información que el mismo inspector fiscal le hizo llegar, a pesar de tratarse de información que se encontraba en poder de los subcontratistas a su cargo y por los cuales responde.

Por su parte, no se pudo desvirtuar que la información respecto del amago de incendio entregada al inspector fiscal con fecha 11 de noviembre de 2021 contenía errores atribuibles a la negligencia de la sociedad concesionaria, ya que esta última se limitó a reenviar el informe que le proporcionaba su contratista sin previamente verificar en terreno la información contenida en el mismo y que resultó ser errónea, ello a pesar de que de acuerdo a las bases la concesionaria es responsable no solo por su actuar propio sino también por el de sus subcontratistas.

Por último, la reclamante reconoce no haber cumplido con el plazo de 24 horas dispuesto por el inspector fiscal en el Libro de Obras para presentación del plan de actividades relacionados a los riesgos asociados a las casetas de cambios, sin que dicha infracción pueda quedar justificada ni por el error administrativo interno que alega, el cual habría causado la



demora en el envío, ni por haber dado inicio a la implementación de aquellas medidas que ella estimó necesarias y suficientes, sin previa comunicación de estas al inspector fiscal.

Por estas consideraciones, y visto, además, lo dispuesto en los artículo 35 bis del Decreto con Fuerza de Ley N° 164 de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, cuyo texto refundido se encuentra establecido por el Decreto Supremo 900 de 31 de octubre de 1991:

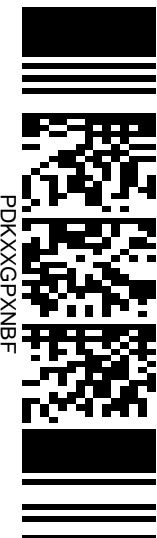
1.- **SE RECHAZA** la excepción perentoria de incompetencia interpuesta por doña Ruth Israel López, en representación del Consejo de Defensa del Estado, Fisco de Chile, Ministerio de Obras Públicas, sin costas.

2.- **SE RECHAZA** el reclamo de ilegalidad deducido por el abogado Jorge Muñoz Severino, en representación de Consorcio de Salud Santiago Oriente S.A. Sociedad Concesionaria, en contra del Ministerio de Obras Públicas, sin costas.

Redacción del abogado integrante don Joel González Castillo.

No firma el Ministro (s) señor Sergio Padilla Farías, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por haber cesado sus funciones.

**Rol Ingreso N° 163-2022 Contencioso-Administrativo.**



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por Ministro Fernando Ignacio Carreño O. y Abogado Integrante Joel Arturo Gonzalez C. Santiago, cuatro de julio de dos mil veintitrés.

En Santiago, a cuatro de julio de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

