

MULTAS IMPUESTAS
EN UN CONTRATO DE CONCESIÓN:
LA EVENTUAL PESADILLA DE SU PAGO
EN TREINTA DÍAS SIGUIENTES
A SU NOTIFICACIÓN

PENALTIES IMPOSED
IN A CONCESSION CONTRACT:
THE EVENTUAL NIGHTMARE OF PAYMENT
WITHIN THIRTY DAYS FOLLOWING
NOTIFICATION

*David Navea Moya**

RESUMEN: Este trabajo pretende demostrar la descoordinación que existe entre el régimen actual de imposición de multas dispuesto por la Ley de Concesiones de Obras Públicas y la intensidad sancionatoria demostrada por la autoridad administrativa en los últimos años. Lo anterior, puede terminar provocando la asfixia contractual y financiera de la sociedad concesionaria respectiva. Luego y teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de las multas y el debido proceso, se proponen algunas soluciones.

PALABRAS CLAVE: contrato de concesión, pago de multas, efectos, intensidad sancionatoria, posibles soluciones.

* Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, mención Derecho Regulatorio. Profesor de Derecho Procesal Civil de la Universidad del Desarrollo. Asociado senior en MOMAG Abogados. Correo electrónico: d.navea@udd.cl o dnavea@momag.cl

Este trabajo refleja las consideraciones del autor y no necesariamente el punto de vista de las instituciones en las cuales se desempeña actualmente o en el futuro.

El autor agradece la colaboración y comentarios de Valentina Zelada Retamal, licenciada en Derecho, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico vzeladar@udd.cl

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate the lack of coordination between the current penalty imposition regime established by the Public Works Concessions Law and the punitive intensity demonstrated by the administrative authority in recent years. This could ultimately lead to the contractual and financial suffocation of the respective concessionaire company. Then, taking into account the legal nature of the penalties and due process of law, some possible solutions are proposed.

KEYWORDS: Concession contract, penalty payment, effects, punitive intensity, possible solutions.

I. ANTECEDENTES GENERALES.

UN CASO EN CONCRETO COMO PUNTO DE PARTIDA

Con fecha 26 de diciembre de 2022, la sociedad concesionaria Ruta del Algarrobo S.A. interpuso ante la Corte de Apelaciones de Santiago una reclamación judicial en la cual solicitó que se dejaran sin efecto dos resoluciones exentas dictadas por la Dirección General de Concesiones (DGC) del Ministerio de Obras Públicas (MOP) a propósito de la explotación de la obra pública fiscal denominada Concesión Ruta 5 Norte. Tramo: La Serena-Vallenar¹.

En concreto, mediante las resoluciones exentas DGC n.ºs 3822 y 3841, de 1 de diciembre y 5 de diciembre, ambas de 2022, el órgano administrativo impuso a la titular del contrato de concesión, un total de treinta y dos multas de cien unidades tributarias mensuales (UTM) cada una, es decir, 3 200 UTM, equivalentes al mes de mayo del año 2024 a \$ 209 417 600². Dichas resoluciones fueron notificadas el 7 de diciembre de 2022.

En su reclamación, la sociedad concesionaria indicó que las multas habían sido impuestas por el retraso en la reparación de los elementos del sistema de citófonos de emergencia (conocidos como postes SOS) y la reposición del sistema de contención de vehículos³. En síntesis, manifestó que las resolucio-

¹ Véase causa rol contencioso administrativo-681-2022, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

² UTM al mes de mayo de 2024: \$65 443. Véase www.bcentral.cl/inicio [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].

³ En conformidad con las bases de licitación aplicables en la especie, existen plazos de días para la reparación de los postes SOS o la reposición del sistema de contención de vehículos una vez detectado un daño a los mismos. Las bases de licitación pueden ubicarse en <https://concesiones.mop.gob.cl/proyectos/Paginas/detalleExplotacion.aspx?item=37> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].

nes exentas fueron dictadas con infracción de un debido proceso y de las normas de las bases de licitación que regulan el procedimiento de imposición de multas⁴, atendido que el inspector fiscal de explotación propuso originalmente a la DGC la aplicación de dos multas de 100 UTM, cada una por los conceptos señalados⁵, “rectificando”, luego, su criterio sin comunicárselo a la sociedad concesionaria, indicando a la DGC que debían imponerse treinta y dos multas de 100 UTM cada una⁶. Por último, la propuesta de sanción más gravosa la impuesta.

Fundándose medularmente en los antecedentes señalados, la sociedad concesionaria solicitó en el primer otrosí de su reclamación y en conformidad con el art. 36 ter de la Ley de Concesiones de Obras Públicas (LCOP⁷), la sus-

Así, para el caso de los postes SOS, el art. 2.4.4. de dichas bases de licitación dispone: “En caso de producirse la falla de este tipo de elementos, la Sociedad Concesionaria tendrá un plazo de 10 días para efectuar su reparación, contado desde el momento de detección de la falla y/o la comunicación por parte de la Inspección Fiscal”. Por su parte, para el caso de sistema de contención de vehículo, el art. 2.4.3.7. dispone: “En caso de daño en sistemas de contención de vehículos, la Sociedad Concesionaria deberá efectuar la reposición del elemento en un plazo no superior a 5 días, contado desde el momento de detección de la falla y/o la comunicación por parte de la Inspección Fiscal. Se entenderá por defensa con daños, si presenta elementos que se encuentren deformaciones laterales”.

⁴ En todo caso, la sociedad concesionaria también alegó la configuración de un caso fortuito o fuerza mayor que no fue considerado al dictarse las resoluciones sancionatorias, como es la existencia del COVID-19 y sus efectos connaturales en la falta de personal y materiales para cumplir dentro de plazo con las obligaciones de reposición o reparación.

⁵ Las bases de licitación aplicables en la especie disponen en su art. 1.8.11., sobre tipos de infracciones, multas y sanciones que: “El incumplimiento o infracción, por parte del Concesionario, de cualquiera de las obligaciones del Contrato de Concesión, será causal de sanciones y multas” y que: “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”.

La referencia al director general de Obras Públicas debe entenderse hecha actualmente al director general de Concesiones o a la Dirección General de Concesiones, conforme dispone la letra m) del art. 1° de la Ley n.° 21044 en relación con lo dispuesto en el art. 2.° de la misma ley.

⁶ En este sentido, la sociedad concesionaria señaló: “En el caso de los Postes SOS, se pasó de una multa de 100 UTM por detectarse 2 hallazgos sin subsanar, a 6 multas de 100 UTM por 6 días de atraso en el cumplimiento del plazo establecido en el artículo 2.4.4 de las BALI. Mientras que en las barreras de contención se pasó de una multa de 100 UTM por detectarse 7 hallazgos pendientes, a 26 multas de 100 UTM correspondientes a 26 días de atraso en el cumplimiento de los plazos establecidos en el artículo 2.4.3.7 de las BALI”, reclamo, p. 17, numeral 30.

El cambio de criterio se explica porque el inspector fiscal de explotación consideró que la imposición de multa debía atender a la cantidad de días de atraso verificados para la reposición o reparación de los postes SOS o sistema de contención, 100 UTM por cada día. Ello, a diferencia de su criterio original, donde impuso 100 UTM por cada hallazgo.

⁷ Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto supremo n.° 900, véase MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1996a).

pensión de los efectos de las resoluciones sancionatorias reclamadas, esto es, la suspensión de la obligación de pago de las multas.

Sobre esta última cuestión, la reclamante hizo presente al tribunal que, en conformidad con el art. 1.8.11.1. de las bases de licitación aplicables en la especie, las multas impuestas por la DGC debían ser pagadas

“dentro de los treinta (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”⁸.

De no mediar la suspensión de los efectos de las resoluciones reclamadas, la sociedad concesionaria debía pagar las multas el día 6 de enero de 2023, esto es, once días corridos después de interpuesto el reclamo ante la magistratura, perjudicándola patrimonialmente, incluso, antes de que el tribunal competente se pronuncie con autoridad de cosa juzgada sobre la juridicidad y pertinencia de las multas impuestas.

La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó traslado al órgano administrativo de la reclamación y de la solicitud de suspensión mediante resolución de 30 de diciembre de 2022, la cual fue notificada mediante receptor judicial con fecha 10 de enero de 2023 (después de la fecha límite para el pago de las multas)⁹.

Con fecha 13 de enero de 2023, el Consejo de Defensa del Estado (CDE), en representación del órgano reclamado, evacuó el traslado conferido respec-

El art. 36 ter de este cuerpo normativo dispone: “El concesionario sólo podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto administrativo reclamado ante la Comisión Arbitral desde que se encuentre constituida de conformidad con el artículo 36 bis, o ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en su caso.

Dicha solicitud se tramitará con audiencia del Ministerio y para decretarla deberán existir motivos graves y calificados, debiendo acompañarse comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama.

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión Arbitral no podrá, en caso alguno, autorizar o disponer la paralización de la construcción de las obras o de la prestación del servicio por un plazo superior a sesenta días, sea directamente o mediante la suspensión de los efectos de un acto del Ministerio de Obras Públicas, a menos que existiere acuerdo entre las partes en cuanto a mantener dicha paralización”.

⁸ Reclamación, p. 27.

⁹ La misma resolución de 30 de diciembre de 2022 ordenó que la solicitud de suspensión fuera notificada por receptor judicial, a costa del solicitante. Consta en el expediente que se intentó notificar al órgano administrativo reclamado con fecha 6 de enero de 2023, diligencia que no pudo llevarse a cabo según el atestado receptorial: “debido a que una persona adulta, de ese domicilio, quien dijo ser guardia del edificio y llamarse Pedro, me informó que ya se habían retirado y que la oficina de partes se encontraba cerrada”.

to de la solicitud de suspensión de los efectos de las resoluciones sancionatorias¹⁰. En su presentación, la defensa fiscal inició señalando que la solicitud de suspensión perdió oportunidad, pues la “regla general” es que las multas deben ser pagadas dentro del plazo de treinta días siguientes a su notificación en conformidad a lo dispuesto por el art. 48 n.º 2 del reglamento de la LCOP (norma que no había citado la sociedad reclamante)¹¹. Agregó la defensa fiscal que en el caso de que la multa fuese dejada sin efecto, se restituiría la suma pagada, debidamente reajustada, teniendo en consideración que el “Fisco a diferencia de los particulares no presenta riesgo de insolvencia”¹².

La defensa fiscal confirmó que el plazo para pagar las multas vencía el 6 de enero de 2023 y, atendido que estas no fueron pagadas, se generó para el MOP la obligación de hacer efectivo el cobro de las boletas de garantía respectivas. En otros términos:

“aún en el evento improbable de que la Iltma. Corte llegase a decretar la suspensión solicitada por la Concesionaria, ello no modifica el hecho de que el plazo para pagar las multas por parte de la Concesionaria se encuentra actualmente vencido, generándose la obligación del MOP de hacer efectivas las garantías del contrato, así, la única forma de detener el mencionado cobro de las garantías es mediante el pago de las multas”¹³.

Agregó, también, el órgano reclamado, que el art. 36 ter de la LCOP contempla los mismos requisitos dispuestos por los arts. 279 y 298 del *Código de Procedimiento Civil* (CPC), esto es, aquellos necesarios para conceder una “medida precautoria”¹⁴. Sobre este particular, el CDE sostuvo que no podía concederse la medida de suspensión, pues no existían motivos graves ni calificados y tampoco comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama.

¹⁰ En cuanto al fondo del asunto, la reclamación fue contestada con fecha 19 de enero de 2023. En síntesis, la defensa fiscal sostuvo que la Corte de Apelaciones de Santiago no era competente para conocer de la reclamación deducida, sino que la comisión arbitral del contrato de concesión, pues ella ya había conocido previamente de otras reclamaciones de la sociedad concesionaria, no pudiendo cambiar el foro seleccionado. Agregó que, en todo caso, la reclamante no ha probado que cumplió con sus obligaciones de mantención de la ruta concesionada, las que incumplió. Con todo, este artículo no tiene por finalidad analizar el mérito de cada multa impuesta ni la procedencia sustantiva del reclamo deducido.

¹¹ El reglamento de la LCOP fue aprobado por decreto supremo n.º 956, véase MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1997).

¹² Presentación del CDE p. 2.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.* En rigor, debido a la alusión que se realiza al art. 279 del CPC, la denominación correcta sería una medida prejudicial precautoria.

Sin perjuicio de lo anterior, la defensa fiscal incluyó otros argumentos buscando el rechazo de la medida de suspensión. Entre ellos, que, de acogerse la medida:

- i) significaría satisfacer de forma anticipada la pretensión deducida y
- ii) se fomentaría una excesiva litigiosidad de las multas cursadas en los contratos de concesión, privándolas de su función disciplinaria de la conducta.
- iii) sin perjuicio de lo anterior, la sociedad concesionaria mantendría una situación financiera estable que le permitiría asumir el pago de la deuda¹⁵.

Amayorabundamiento, la defensa fiscal consideró la inclusión de diversas resoluciones dictadas por comisiones arbitrales en las cuales se rechazaban solicitudes efectuadas en conformidad con el art. 36 ter de la LCOP. Si bien algunas de dichas resoluciones no son analizables atendido su escaso tenor, otras indican que la medida de suspensión debe ser rechazada porque la sola imposición de una multa no constituye peligro de daño jurídico o porque el riesgo de insolvencia de la sociedad concesionaria no justifica paralizar una obligación legal y reglamentaria, como es el pago de las multas.

No obstante, la cantidad de argumentos esgrimidos por ambas partes, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió acoger la solicitud efectuada por la sociedad reclamante con fecha 23 de enero de 2023, fundando crípticamente su decisión del siguiente modo:

“atendido lo dispuesto en el artículo 36 ter del Decreto 900 de 1996 del Ministerio de Obras Públicas, por considerar que concurren motivos graves fundados mediante comprobantes acompañados al proceso, que constituyen a lo menos presunción grave del derecho que se reclama, se concede la orden de no innovar solicitada”¹⁶.

Acto seguido, con fecha 27 de enero de 2023, la defensa fiscal interpuso un recurso de reposición en contra de la referida resolución. Motivó su impugnación en la evidente falta de fundamento de la resolución recurrida y, en todo caso, insistió en que la situación patrimonial de la sociedad concesionaria era “estable”¹⁷, acompañando nuevos antecedentes para acreditar este punto.

¹⁵ Cabe hacer presente que los argumentos incluidos en el cuerpo de esta presentación fueron ordenados de un modo diverso en el escrito de la defensa fiscal; ordenándose de un modo diferente para mejor entendimiento del lector.

¹⁶ Se desconocen las razones por las cuales la resolución en análisis se refiere a la medida solicitada como una “orden de no innovar”, sin perjuicio de la cercanía natural que podría tener esta institución con la suspensión requerida y sus fundamentos.

¹⁷ Presentación CDE p. 6.

Dicho recurso tampoco fue objeto de análisis por parte de la Corte de Apelaciones, quien lo rechazó con fecha 1 de febrero de 2023, resolviendo que “atendido el mérito de lo expuesto por el recurrente, no logrando lo señalado hacer variar lo ya resuelto, se rechaza la reposición solicitada”¹⁸.

II. ALGUNOS PUNTOS EN DISCUSIÓN RESPECTO

DE LOS ANTECEDENTES GENERALES Y EL CASO EN CONCRETO

No es difícil advertir que los antecedentes del caso permiten un amplio análisis del régimen de imposición, pago e impugnación de multas en el marco de un contrato de concesión¹⁹.

En primer lugar, es discutible que la medida de suspensión dispuesta por el art. 36 ter de la LCOP sea asimilable en sus requisitos a una medida prejudicial precautoria de aquellas dispuestas por el CPC. Lo anterior, debido a que la solicitud se efectúa una vez comenzado el proceso y no antes, aunque corresponderá reconocer que los requisitos contenidos en el art. 36 ter de la LCOP son similares a los ordenados para el caso de las medidas judiciales precautorias, esto es, la existencia de motivos graves y calificados (art. 279 del CPC), debiendo acompañarse comprobantes que constituyan, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama (art. 298 del CPC).

También cabe considerar que en la *Historia de la Ley* n.º 20.410, que modificó la LCOP²⁰, se propuso expresamente la suspensión de los efectos de las resoluciones que imponen multas como una “medida prejudicial precautoria”; sin embargo, esta indicación fue retirada por sus autores (sin que consten los fundamentos de esta decisión)²¹.

¹⁸ Una vez verificadas las incidencias respectivas y en línea con los fundamentos de fondo de la defensa fiscal, ya enunciados, la Corte Suprema resolvió declarar: “que es competente para seguir conociendo de estos antecedentes a la Comisión Arbitral ‘Concesión Ruta 5 Norte Tramo La Serena-Vallenar’, debiendo la Corte de Apelaciones de Santiago dictar la resolución que en derecho corresponda y remitir los antecedentes a la referida Comisión”. CORTE SUPREMA (2023) rol n.º 65021-2023, Sociedad Concesionaria Ruta del Algarrobo S.A. con Sánchez.

Producto de lo anterior, la medida de suspensión quedó bajo la competencia de la comisión arbitral competente, cuyo proceso no puede consultarse por terceros. Por ende, se desconoce si la medida fue alzada o se mantiene hasta esta fecha.

¹⁹ Los puntos que enseguida se indican tienen relación con los argumentos esgrimidos a propósito de la solicitud efectuada en conformidad con el art. 36 ter de la LCOP; resulta igualmente interesante la “rectificación” de criterio que realizó el inspector fiscal de explotación desde el punto de vista del debido proceso, aunque ello es una cuestión que atañe al fondo del asunto. Del mismo modo, convendría analizar el mérito de la competencia radicada en la comisión arbitral.

²⁰ Volveremos sobre esta ley más adelante.

²¹ *Historia de la Ley* n.º 20.410 pp. 86, 100, 124, 200, 317: “La indicación número 40, de los Honorables Senadores señores Kuschel y Romero, para intercalar, después del inciso noveno, el

En segundo orden de ideas, resulta menos pacífico que la concesión de la medida sea igual a la satisfacción anticipada de la acción deducida. Sobre el particular, corresponde recordar que el objeto de cualquier medida precautoria –como podría ser considerada la dispuesta por el art. 36 ter de la LCOP– es “asegurar el resultado de la acción” (art. 290 del CPC), es decir, evitar “que se burle la acción del demandante”²². Diferente es la tutela anticipada, a través de la cual el tribunal competente accede *ab initio* a lo solicitado en la demanda, en este sentido, la doctrina enseña que “en la anticipación se accede al objeto del proceso preventivamente”²³.

En el caso en estudio, el objetivo de la pretensión es dejar sin efecto las resoluciones sancionatorias reclamadas, lo que implica expulsarlas del ordenamiento jurídico atendidas a su ilegalidad, mientras que, a través de la medida de suspensión, únicamente se suspende uno de sus efectos, como es el pago de la multa, manteniendo su existencia dentro del ordenamiento jurídico y sus demás consecuencias, como puede ser la determinación de una “reincidencia” en caso de aplicarse otra multa (pues la resolución sancionatoria fue dictada y la multa cursada, mas no pagada).

Como tercera cuestión, no nos parece claro que la solicitud de suspensión de los efectos de la resolución sancionatoria será inmediatamente concedida. De hecho, en el caso descrito se acompañaron por la defensa fiscal diversas sentencias que rechazaban medidas similares. Por ende, no se advierten –*prima facie*– incentivos para recurrir en contra de las resoluciones sancionatorias siempre y a todo evento, aumentando de manera injustificada la litigiosidad en torno a las mismas.

Finalmente, no nos parece que la capacidad crediticia de la sociedad concesionaria incumbente sea motivo suficiente para rechazar la medida de suspensión requerida. Primero, porque escapa a lo dispuesto por el art. 36 ter de la LCOP, que, en apretada síntesis, exige la existencia de cierta plausibilidad en el reclamo efectuado. Segundo, porque permitir que este criterio sea considerado para estos efectos, implicaría el rechazo de prácticamente todas las medidas de suspensión, pues lo común será que la sociedad concesionaria goce de una situación económica estable o tenga mecanismos o herramientas finan-

siguiente, nuevo: ‘Sin embargo, en caso de multas aplicadas por el Ministerio de Obras Públicas, el concesionario podrá prescindir de la etapa de conciliación y solicitar de inmediato que la Comisión se transforme en Tribunal Arbitral o acudir ante la Corte de Apelaciones de Santiago. En ambos casos podrá pedir al Tribunal que decrete, como medida prejudicial precautoria, la suspensión de los efectos de la multa, sin necesidad de rendir la fianza a que se refiere el artículo siguiente’. La Comisión no se pronunció respecto de esta indicación, que fue retirada por sus autores, como consta en el Segundo Informe de la Comisión de Obras Públicas”.

²² Mensaje del Código de Procedimiento Civil.

²³ ROMERO (2014) p. 64.

cieras que permitan responder en estos eventos (cuya utilización, en todo caso, tampoco es inocua).

III. SOBRE EL PAGO DENTRO DE LOS TREINTA DÍAS SIGUIENTES

DESDE NOTIFICADA LA MULTA.

INTENSIDAD SANCIONATORIA DE LA AUTORIDAD Y POSIBILIDAD

DE ASFIXIAR CONTRACTUAL Y FINANCIERAMENTE

A LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

En lo sucesivo, centraremos el análisis en la obligación de pago de las multas impuestas en un plazo de treinta días siguientes a su notificación, so pena de proceder al cobro de las garantías asociadas al contrato de concesión.

En primer lugar, cabe destacar que dicha obligación de pago a treinta días se encuentra presente en el contrato de concesión materia de este artículo y también está invariablemente recogida en el mercado de los contratos de concesión. Ciertamente no podría ser de otra manera, pues el artículo 48 n.º 2 del reglamento de la LCOP igualmente dispone que las multas deberán ser pagadas dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su notificación por escrito, bajo apercibimiento de hacerse efectivas las garantías del contrato en caso de no satisfacerse el pago. Por supuesto, las bases de licitación no pueden contrariar el bloque de legalidad, al cual pertenece la LCOP y el reglamento.

El artículo 33 del reglamento de la LCOP ratifica que el no pago de las multas gatilla el cobro de las garantías respectivas. Es más, la misma norma obliga a la reconstitución de la garantía en el plazo de 15 días contados desde la fecha en que se hizo efectiva²⁴. Por supuesto, esta actividad no es inocua desde un punto de vista comercial y financiero, reflejándose muy probablemente en la evaluación comercial y financiera de la sociedad (procesos de auditoría), y es que la boleta de garantía supone un activo inmovilizado y una obligación financiera con costos²⁵.

²⁴ En efecto, el reglamento de la LCOP dispone en su art. 33, en lo relevante, lo siguiente: "Garantías del Contrato. 1.- La sociedad concesionaria deberá constituir las garantías de construcción y de explotación en los plazos establecidos en las bases de licitación [...]. 2.- El MOP podrá hacer efectivas, total o parcialmente, dichas garantías en los casos de incumplimiento del contrato y, en particular, en los siguientes: [...] b) Incumplimiento de las sanciones o multas impuestas durante la concesión. 3.- En el caso que el MOP hiciera efectiva alguna garantía, ésta deberá reconstituirse o complementarse, según proceda, en el plazo de 15 días a contar de la fecha en que se hizo efectiva".

Esta norma no ha sido objeto de modificación y se mantiene en iguales términos hasta esta fecha.

²⁵ Parte de la doctrina sostiene que la ejecución de la garantía no permite tener por pagada la multa. Por ende, esta debe ser igualmente satisfecha y, en caso contrario, se volverá a ejecutar la garantía reconstituida. RUFÍAN (2018) p. 100.

También debe tenerse presente que, en la mayoría de los contratos de concesión vigentes, conforme a sus bases de licitación, no constituir o reconstituir las garantías del contrato es una circunstancia o incumplimiento grave, lo que representa una causal de extinción o término anticipado del contrato conforme al art. 79 del reglamento y 27 de la LCOP²⁶.

El análisis de este derrotero nos parece interesante (pago a treinta días, cobro de las garantías, eventual incumplimiento grave como causal de extinción de la concesión) Primero, porque, de hecho, sí ha ocurrido²⁷. Segundo, ya que los antecedentes puestos a disposición por la DGC indican que –al menos– desde el año 2009 a la fecha se ha producido una tendencia paulatina al alza en la cantidad de resoluciones sancionatorias dictadas para la imposición de multas, así como altos registros en la cantidad de multas²⁸, y la cuantía total de las multas impuestas en un año. Lo anterior, se muestra a continuación²⁹:

²⁶ Por ejemplo, las bases de licitación de la sociedad concesionaria Ruta del Algarrobo, disponen en su art. 1.11.2.3. que procede la extinción de la concesión por incumplimiento grave de las obligaciones impuestas a la empresa, como es la “No constitución o no reconstitución de las garantías en los plazos previstos en las presentes Bases de Licitación”.

Cabe tener presente que el art. 79 del reglamento de la LCOP y 28 de la LCOP disponen herramientas para el caso que el MOP constatare un incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, evitando, de ser posible, la extinción.

²⁷ El contrato de concesión “Vial Rutas del Loa”, fue declarado extinto el año 2015 debido al incumplimiento grave de las obligaciones de la sociedad concesionaria, particularmente, por la no constitución o reconstitución de las garantías del contrato. MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2016) p. 51.

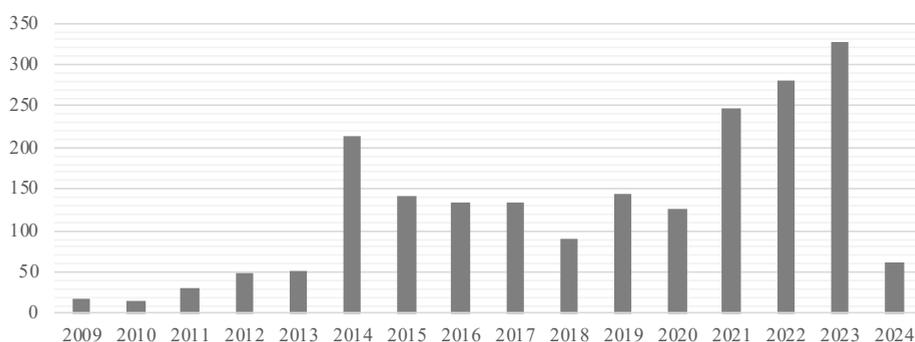
²⁸ Debe considerarse que cada resolución sancionatoria puede imponer una o más multas.

²⁹ Para consultar el registro de sanciones de la DGC desde el año 2009 a julio de 2018, véase http://transparencia.dgop.cl/ccop/marco/terceros_index_Sanciones.html# [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024]. Para consultar el registro de sanciones de la DGC desde el año 2018 y hasta lo que corre del año 2024: (i) ingresar a <https://concesiones.mop.gob.cl/Paginas/default.aspx> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024]; (ii) presionar el *banner* “Transparencia Activa, Ley de Transparencia”; (iii) presionar el *banner* “Transparencia Activa”; (iv) seleccionar dentro del título “07. Actos y resoluciones con efecto sobre terceras personas” la opción “Actos y resoluciones sobre terceros”; (v) en el menú emergente, usted debe seleccionar la opción “sanciones” y, por último, (vi) seleccione año de consulta.

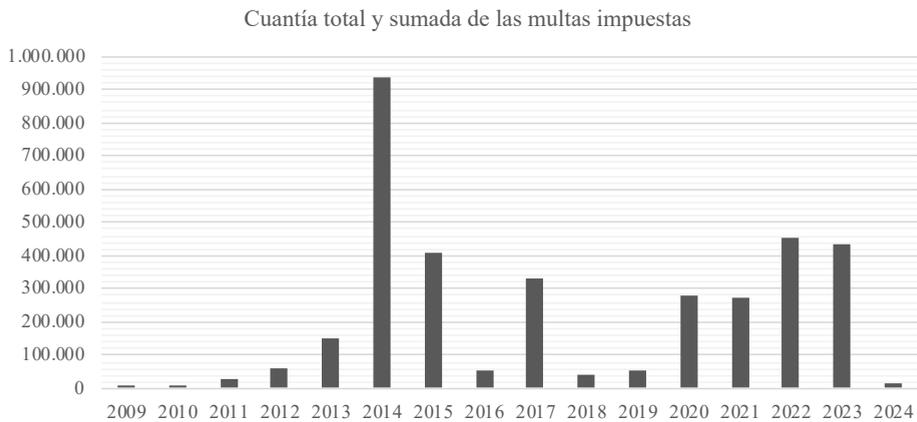
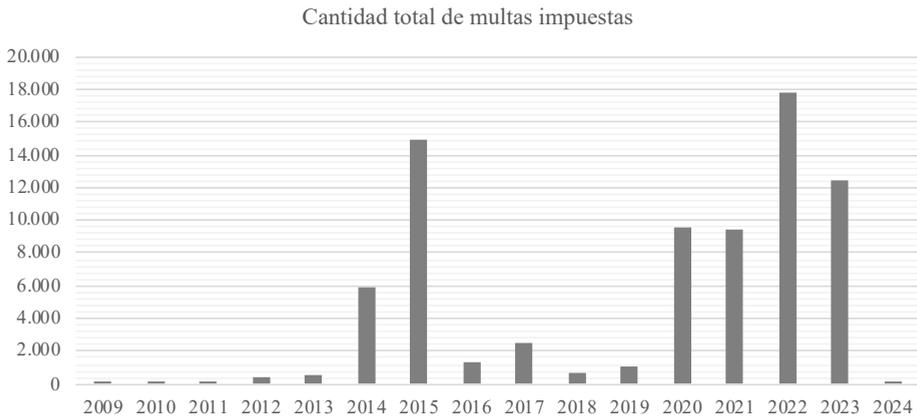
Cabe destacar que los datos que se insertan enseguida son extremadamente similares a los publicados por la DGC en sus informes trimestrales y cuentas públicas. Véase <https://concesiones.mop.gob.cl/publicaciones/Paginas/default.aspx> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024]. Sobre este particular, la DGC solo mantiene a disposición los informes trimestrales o cuentas públicas desde el año 2017 a la fecha. Ello se explica porque la DGC es un servicio público creado por la Ley n.º 21044, que en esta materia documental reemplazó a la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, cuyos registros no fue posible obtener (salvo los del año 2017, que están disponibles al público). Si bien la autoridad tiene una muestra de algunas cifras y estadísticas obtenidas entre los años 1997 a 2015, ellas son genéricas y no permiten un análisis detallado de las mismas en relación con el tema de este artículo. MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2016) pp. 70-74.

Año	Número de resoluciones que imponen multas dictadas en un año	Cantidad total de multas impuestas en un año	Cuantía total y sumada de las multas impuestas en un año (UTM)
2009	18	27	3,700
2010	16	69	4,540
2011	30	148	27,206
2012	48	446	58,928
2013	52	569	149,729
2014	213	5,924	934,190
2015	141	14,905	407,709
2016	134	1,326	53,950
2017	135	2,540	328,622
2018	90	743	43,375
2019	144	1,080	56,490
2020	126	9,580	280,932
2021	247	9,475	274,309
2022	280	17,758	453,798
2023	326	12,396	435,532
2024	61	180	17,877

N.º de resoluciones que imponen multas



Con todo, los registros obtenidos de las fuentes indicadas en primer lugar no coinciden con los informes de la DGC para el año 2014. Ello, se explicaría por la existencia en las primeras de la resolución exenta n.º 1680, de 14 de mayo de 2014, la cual impuso 551 multas de 450 UTM cada una por un total de 247 950 UTM. Sin embargo, ella no se ve reflejada en los informes de la DGC. Se consultó vía solicitud de transparencia si la mencionada resolución fue dejada sin efecto, no obteniéndose respuesta hasta la fecha de entrega de este artículo.

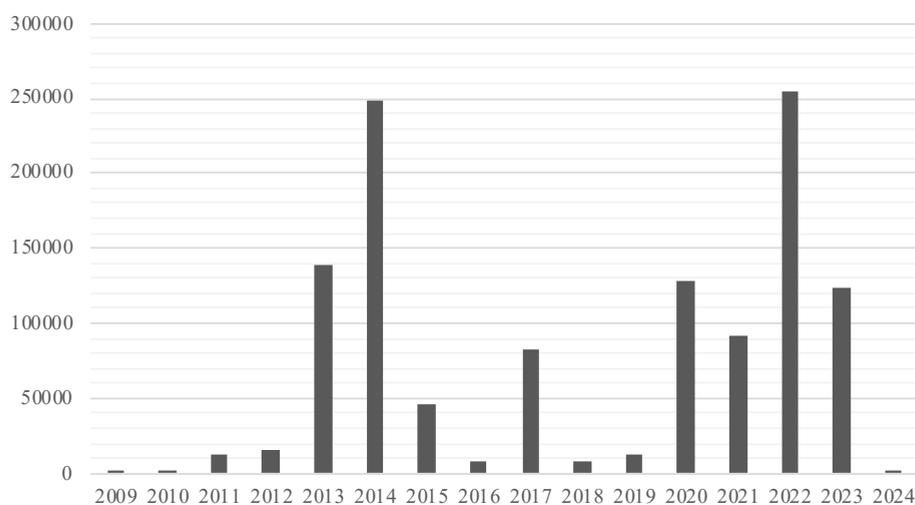


También se puede observar una tendencia similar en cuanto a la gravedad de la multa más alta impuesta, que ha ido in crescendo esporádica, pero sostenidamente:

Año	Resolución que impone la multa más gravosa	Cantidad de multas impuestas en la resolución	UTM c/multa	Total UTM resolución más gravosa
2009	n.º 4326-2009	3	150 c/u	450
2010	n.º 2253-2010	9	200 c/u	1 800
2011	n.º 18-2011	37	350 c/u	12 950
2012	n.º 2566-2012	36	450 c/u	16 200
2013	n.º 3037-2013	308	450 c/u	139 050
2014	n.º 1680-2014	551	450	247 950
2015	n.º 1698-2015	4641	10 c/u	46 410

2016	n.º 501-2016	40	200 c/u	8 000
2017	n.º 1726-2017	184	450 c/u	82 800
2018	n.º 712-2018	18	450 c/u	8 100
2019	n.º 1557-2019	59	200 c/u	11 800
2020	n.º 2322-2020	261	490 c/u	127 890
2021	n.º 3284-2021	4 548	20 c/u	90 960
2022	n.º 2741-2022	12 760	20 c/u	255 200
2023	n.º 4249-2023	6 146	20 c/u	122 920
2024	n.º 458-2024	24	100 c/u	2 400

Total UTM resolución más gravosa



La variabilidad anterior puede tener explicación en diversos factores como: el reconocido ánimo de expansión del sistema nacional de concesiones que conlleva un espectro más amplio de contratos susceptibles de provocar la imposición de multas, la renovación de contratos de concesión vigentes, las políticas sancionatorias del gobierno de turno y el agravamiento de los criterios sancionatorios por parte de las autoridades (como ocurrió en el caso analizado más atrás), entre otros tantos que escapan a este artículo.

Al margen de lo anterior, el asunto radica en que proceder al pago de una o más multas el año 2009 tiene un impacto económico notoriamente diferente al pago de una multa o más multas el año 2023. Por ejemplo, la multa más gravosa el año 2009 fue impuesta en septiembre de ese año por 150 UTM, esto es, a esa fecha, \$5 496 750, mientras que el año 2023, en el mes de diciembre,

se alcanzó las 122 920 UTM, esto es, \$7 893 430 720³⁰. Por muy “estable” que se encuentren las finanzas de la sociedad concesionaria respectiva, es notorio que la imposición de miles de millones de pesos en multas afecta su situación económico-financiera.

No deja de llamar la atención la alta cuantía de las multas que están siendo impuestas en el mercado de concesiones, que en ocasiones escapan a una finalidad preventiva o correctora de la conducta o al interés público comprometido, volviéndose extremadamente gravosas³¹. Por ende, solo parecen tener una justificación persecutoria o quizá representan una herramienta de la autoridad para amedrentar a la concesionaria incumbente, alcanzando cuanto antes un acuerdo por una suma menor, pero igualmente elevada.

Puestas así las cosas, se observa una tensión permanente en el régimen o procedimiento de pago de las multas impuestas en el contexto de un contrato de concesión. Ello viene dado por el escaso tiempo de treinta días con el que cuenta la sociedad concesionaria para efectuar el pago de la multa con independencia de la cuantía que esta puede alcanzar, so pena de incurrir en sanciones adicionales, como el cobro de garantías, que luego debe reconstituir en breve plazo de quince días o, en caso contrario, podría exponerse a una conducta regularmente catalogada como incumplimiento grave, que podría determinar el término anticipado del contrato de concesión.

Esta situación puede contribuir a un rompimiento del principio del equilibrio económico financiero del contrato³² o una asfixia contractual y económica de la sociedad concesionaria incumbente, considerando, además, las dificultades connaturales para obtener una orden suspensión de los efectos de la resolución sancionatoria que impone la multa (es decir, del pago) en conformidad al art. 36 ter de la LCOP antes del plazo de treinta días dispuesto para el pago.

Ciertamente habría que analizar cada caso en específico para conocer si las sociedades concesionarias terminaron pagando la multa dentro de plazo

³⁰ El valor en pesos de la UTM al mes de septiembre del año 2009 era de \$ 36 645, mientras que en diciembre del año 2023 era de \$ 64 216. Véase www.bcentral.cl/inicio, sección “UTM” [fecha de consulta: 26 de abril de 2024].

³¹ La finalidad de la multa “es preventiva y no retributiva [...] Las sanciones establecidas en los contratos de concesión carecen de la finalidad indemnizatoria del incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista y no guardan relación con la magnitud de los daños sufridos por la administración a consecuencia del incumplimiento sino más bien con el interés público protegido con la norma que se infringió”. RUFÍAN (2018) p. 104.

³² Se ha dicho que “el principio del equilibrio económico financiero es una regla fundamental en todo contrato administrativo y su aplicación cobra especial interés y relevancia en los contratos de concesiones de obras públicas que se desarrollan a largo plazo y donde la ecuación debe mantenerse durante toda su extensión, tendiendo a su restablecimiento en los casos que se haya producido una alteración significativa del mismo”. FIGUEROA e ILLANES (2018) p. 43.

o, en su caso, el MOP ejecutó la garantía, exigió su reconstitución o solicitó el término anticipado del contrato de concesión. Lo más probable es que, en la práctica y sin perjuicio de algún caso gravísimo, la misma autoridad advierta el desmérito de este derrotero y no persiga la ejecución de la boleta de garantía, deteniendo de este modo las etapas siguientes.

Con todo, un registro sancionatorio elevado, probablemente repercutirá en las eventuales ofertas de las siguientes sociedades interesadas en titularizarla concesión respectiva, traspasando a su oferta esa circunstancia, cuestión que repercute en la tarifa final del usuario.

IV. SOBRE EL ORIGEN HISTÓRICO DEL RÉGIMEN DE PAGO DE LAS MULTAS A TREINTA DÍAS Y SUS EFECTOS ASOCIADOS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

Visto lo anterior, es interesante conocer cuál es el origen histórico de la actual regulación en materia de pago de las multas impuestas en el marco de un contrato de concesión, pues aquella no parece adecuada a la intensidad sancionatoria vigente. Enseguida se demostrará que la regulación vigente es un resabio de una normativa pensada para la realidad de hace cuatro décadas, la que no ha sido objeto de modificaciones sustanciales en este punto.

1. *Primer estadio temporal:*

Notas sobre la regulación contemplada desde 1983-1991

El decreto con fuerza de ley n.º 591, del MOP, publicado en el *Diario Oficial* el 3 de febrero de 1983³³, es considerado por parte de la doctrina como el origen histórico del régimen actual de concesiones de nuestro país³⁴. En dicho cuerpo legal se establecieron treinta y seis artículos que en su conjunto componían las normas de carácter general relativas a la ejecución, reparación y mantención de obras públicas fiscales a las que se refería a esa data la Ley n.º 15840, que aprobaba la organización y funciones del mismo Ministerio.

El DFLMOP n.º 591 ordenaba su contenido en diferentes capítulos, dentro de los cuales pueden ubicarse sus disposiciones generales (capítulo I), de las actuaciones preparatorias (capítulo II), de las licitaciones (capítulo III), de la adquisición, expropiación y limitaciones de la propiedad privada (capítulo IV) y de las facultades de la Administración (capítulo V), entre otros.

³³ Las fechas de las publicaciones en el *Diario Oficial de la República de Chile* se han incluido en el texto apropiado, para ayudar al lector a seguir el curso histórico de análisis.

³⁴ RAMÍREZ (2019) p. 40.

El art. 18 del capítulo V, normaba:

“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”.

Ratificaba lo anterior lo dispuesto en los arts. 28 y 29 del capítulo VIII sobre la inspección y vigilancia de la Administración. El primero disponía:

“En conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, la Dirección que corresponda estará facultada para: 1.- Imponer al concesionario las multas que las bases administrativas establezcan”.

El DFL MOP n.º 591 contaba con un reglamento, ordenado por el decreto n.º 217, del MOP, de 1983, que dispuso un plazo para el pago de las multas^{35,36}. En efecto, el art. 45 del referido reglamento señalaba:

“Plazo para el pago de multas. Las multas o sanciones que se apliquen por el MOP deberán ser abonadas por el concesionario en el plazo de un mes contado desde su aplicación. En caso de que el concesionario no diere cumplimiento a la sanción impuesta en el plazo fijado, el MOP podrá hacer efectivas las garantías constituidas por aquél, sin perjuicio de las demás acciones que fueren procedentes”.

Nótese que la norma en cuestión no aludía a la “notificación” de la multa, sino a su aplicación. Estos hitos no necesariamente coinciden. Asimismo, indicaba que el plazo para el pago era de “un mes”, término que variaba según la época del año en que se impusiera la multa, teniendo presente lo dispuesto por el art. 48 y siguientes del *Código Civil*. Por último, el cobro de la garantía en caso de ausencia de pago de la multa era facultativo.

Ahora bien, conforme con el art. 52 del mismo reglamento³⁷, en caso de procederse al cobro de las garantías por el no pago de las multas, aquellas de-

³⁵ El inciso primero del art. 1.º de dicho reglamento dispuso: “Campo de aplicación. El presente Reglamento formará parte integrante de todos los ‘Contratos de Concesión’ a que se refiere la Ley N° 15.840 y sus modificaciones, en sus artículos pertinentes”. El reglamento del DFL MOP n.º 591 también indicaba que las bases de licitación debían contemplar las “multas y sanciones establecidas por incumplimiento del contrato, tanto durante la fase de construcción como en la explotación”, véase MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1983a) art. 7 letra p.

³⁶ El reglamento del DFL MOP n.º 591, no fue objeto de modificaciones hasta que se derogó mediante el art. 70 del decreto n.º 240, del MOP, de 1991, que aprobó el reglamento del DFL MOP n.º 164.

³⁷ Dicha norma disponía: “Extinción por incumplimiento. El incumplimiento grave de las obligaciones impuestas al concesionario, extinguirá la concesión. Sin perjuicio de otras causales establecidas en las Bases de la licitación, se considerarán, en todo caso, como incumplimiento grave de las obligaciones del contrato: [...] e) No constitución de las garantías en los plazos y condi-

bían ser completadas por la sociedad concesionaria en el plazo de un mes contado desde la resolución que las haya hecho efectivas o, en caso contrario, se configuraría una causal de incumplimiento grave del contrato de concesión que extinguiría la misma.

Conviene destacar también que el capítulo x del DFL MOP n.º 591, sobre indemnizaciones, contemplaba en su art. 36 la existencia de una comisión conciliadora, quien conocería de las sanciones que pudieran imponerse al concesionario, previa reclamación que debía ser interpuesta en un plazo de treinta días contados desde la fecha del hecho que la motivara³⁸, sin perjuicio de la posibilidad del concesionario de acudir a la Contraloría General de la República o los tribunales ordinarios de justicia en cualquier momento, según correspondía.

En consecuencia, en un primer estadio temporal y en caso de imposición de una multa, la sociedad concesionaria podía optar por efectuar el pago o ejercer judicial la reclamación ante la comisión conciliadora, ya sea en un mes o treinta días contados desde su aplicación³⁹. Resguardada quedaba la posibilidad de acudir al ente contralor o los tribunales ordinarios de justicia, si así se estimase.

Cabe advertir que no existían normas en que expresamente se regulara la suspensión de los efectos del acto mediante el cual se impusiera la multa, sin embargo, es razonable pensar que, ante la comisión conciliadora o los tribuna-

ciones estipuladas, o no completadas cuando se hayan hecho efectivas, en el plazo de un mes, contado desde la resolución que las haya hecho efectivas parcialmente”.

³⁸ Dicha norma disponía: “Las controversias que, con motivo de la interpretación o aplicación del contrato, se generen, entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario, podrán elevarse a conocimiento de una comisión conciliadora que estará integrada por el Subdirector Nacional de ODEPLAN, que la presidirá, por el Fiscal Nacional Económico y por un abogado de la lista de integrantes de la Corte de Apelaciones de Santiago que será designado por el Ministro de Justicia, sin perjuicio de las atribuciones del Poder Judicial y de la Contraloría General de la República.

Esta comisión conocerá, con el mismo carácter, de las sanciones que se impongan al concesionario de acuerdo con el artículo 29º y de toda otra reclamación a que pueda dar lugar la ejecución del contrato como los casos de alteraciones graves de las condiciones en que fue establecida.

Las reclamaciones deberán presentarse a la comisión dentro del plazo de treinta días, contados desde la fecha del hecho que la motiva.

La comisión fijará sus normas de procedimientos y buscará la conciliación de las partes, para lo cual podrá hacer recomendaciones y proposiciones de arreglo.

Las partes podrán recurrir ante la Contraloría General de la República o ante los Tribunales Ordinarios de Justicia en cualquier momento, según corresponda”.

³⁹ Por supuesto que la sociedad concesionaria podía optar por pagar la multa e igualmente reclamar de ella ante la comisión conciliadora, aunque lo esperable en la mayoría de los casos es que opte por una vía, sea reclamando o pagando.

les ordinarios de justicia, se pudieran haber presentado medidas cautelares innominadas con esa finalidad, conforme al régimen común del CPC⁴⁰. Atendido el plazo dispuesto para el pago, dicha suspensión debía ser obtenida antes de un mes contado desde la aplicación de la multa o, en caso contrario, el MOP podía (facultativamente), hacer efectivas las garantías del contrato o ejercer las demás acciones que estimara pertinente.

El DFL MOP n.º 591 fue modificado por la Ley n.º 19068, publicada en el *Diario Oficial* con fecha 13 de julio de 1991. Entre otras cosas, dicha ley

- i) modificó el art. 29 precitado, obligando al MOP a obtener el pronunciamiento favorable de la comisión conciliadora en caso imponer una multa al concesionario (cualquiera que fuere su cuantía, cuestión que nos resulta por supuesto exagerada)⁴¹ y
- ii) reemplazó el art. 36 precitado, por una nueva versión, aunque sin afectar el plazo de interposición de la reclamación, que se mantuvo en “treinta días, contado desde la fecha del hecho que la motive”.

Ahora bien, la doctrina confirma que el régimen normativo en análisis no fue aplicado durante toda su vigencia. Por ende, no existieron contratos de concesión ni tampoco imposición de multas a sociedades concesionarias. Ello, impide conocer el modo en que se habría aplicado en la práctica y también las eventuales dificultades que pudieran haberse verificado, como aquella relacionada con la ausencia de un régimen expreso de suspensión de los efectos de las resoluciones que impusieran las multas mientras se discutiera su mérito.

2. Segundo estadio temporal:

Notas sobre la regulación contemplada desde 1991-1996

El régimen anterior fue reemplazado con la promulgación del decreto con fuerza de ley n.º 164, del MOP, publicado en el *Diario Oficial* con fecha 4 de septiembre de 1991⁴². En este cuerpo normativo también se consideraron diferentes capítulos que tenían por finalidad regular el régimen del contrato de

⁴⁰ Las comisiones conciliadoras podían fijar sus propias normas de procedimiento. Si bien no fue posible obtener registros de estas bases del procedimiento, es probable que ellas fueran similares a las que se suelen establecer en la actualidad, que regularmente aluden al CPC como norma aplicable en subsidio.

⁴¹ La nueva versión de la norma disponía: “En conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, la Dirección correspondiente, previo pronunciamiento favorable de la Comisión Conciliadora a que se refiere el artículo 36°, estará facultada para: 1.- Imponer al concesionario las multas que las bases administrativas establezcan [...]”.

⁴² Este último cuerpo normativo fue dictado en cumplimiento del art. 2.º de la Ley n.º 19068 y fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP n.º 591 véase MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1991a) y MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1991b).

concesión y, en lo referente a la aplicación de multas, se estableció de un modo similar al dispuesto por el DFL MOP n.º 591⁴³.

Debido a que el MOP continuaba necesitando la autorización de la comisión conciliadora para imponer multas, cuestión que retrasaba considerablemente el régimen de imposición de sanciones, la regulación fue modificada en este asunto por la Ley n.º 19252, publicada en el *Diario Oficial* con fecha 20 de octubre de 1993. Al efecto, el legislador tuvo presente:

“El Ejecutivo, a través de sus indicaciones, y como una forma de agilizar la administración del contrato, propone que el pronunciamiento previo favorable de la Comisión Conciliadora sólo proceda respecto de las multas de un monto igual o superior a 500 unidades tributarias mensuales”⁴⁴.

La modificación afectó a los arts. 28 y 29 vigentes e implicó que el MOP solo podía imponer sanciones y multas por montos inferiores a 500 UTM. En caso de que las sanciones y multas fueran iguales o superiores a 500 UTM, debía solicitarse el pronunciamiento favorable de la comisión conciliadora. Sobre esta modificación, se ha sostenido:

“La norma tenía una lógica. Siendo la multa muy alta, y teniendo la administración el privilegio de ejecutividad de los actos administrativos incluso cuando existen recursos pendientes, se aseguraba que las multas demasiado altas se pagaran solamente cuando fueran definitivas”⁴⁵.

En la misma línea, se ha señalado que el límite tenía por finalidad evitar que la sanción “excediera a favor del Estado, mediante multas que pudieran resultar onerosas para la sociedad concesionaria”⁴⁶.

Luego, en el ámbito reglamentario, el art. 50 del decreto MOP n.º 240, de 1991⁴⁷, dispuso:

“Las multas o sanciones aplicadas por el MOP deberán ser pagadas por el concesionario dentro de los treinta días siguientes a la fecha de envío de su notificación por carta certificada. Si el concesionario no diere cumplimiento a la sanción impuesta, dentro del plazo fijado, el MOP podrá hacer efectivas las garantías, sin perjuicio de las demás acciones que procedan”.

⁴³ Véanse arts. 18, 28 y 29 en MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1991a).

⁴⁴ *Historia de la Ley* n.º 19252, p. 14.

⁴⁵ RUFÍAN (2018) p. 108.

⁴⁶ RAMÍREZ (2019) p. 156.

⁴⁷ El reglamento del DFL MOP N° 164, no fue objeto de modificaciones hasta que se derogó mediante el art. 1.º transitorio del actual reglamento de la LCOP.

Como se puede advertir, en este asunto se produjeron dos cambios respecto a la regulación del reglamento anterior asociado al DFL MOP n.º 591, mejorándolo en cierto grado. Primero, el plazo para el pago no era de un mes, sino que de certeros treinta días⁴⁸. Segundo, dicho plazo se computaba desde la notificación de la multa por carta certificada y no desde su imposición.

Fue en este contexto normativo en que se verificó la primera concesión relacionada con la construcción del túnel El Melón, que fue adjudicada el año 1993⁴⁹. Esta concesión será la primera –en consecuencia– que determina bases de licitación en algún grado similares a aquellas que puedan encontrarse en la actualidad⁵⁰.

Estas bases de licitación detallaron diferentes hipótesis de incumplimiento por parte de la sociedad concesionaria que ameritarían la imposición de multas⁵¹. Además, determinaron en su título I.70 el plazo para proceder al pago de estas, reproduciendo prácticamente el mismo tenor dispuesto por el art. 50 del reglamento (ya citado).

Las bases de licitación únicamente agregaron que, en caso de hacerse efectivas las garantías:

“el concesionario queda obligado a constituir una nueva garantía o completarla en un máximo de quince días a contar de la fecha en que se hizo efectiva”.

En todo caso, esta añadidura se correspondía con lo dispuesto en los arts. 39 y 57 letra e) del reglamento vigente a esa época. El primero señalaba: “el concesionario queda obligado a constituir una nueva garantía o a completarla, según corresponda, en el plazo que determinen las Bases”. El segundo consideraba incumplimiento grave y causal de extinción de la concesión la “no constitución o reconstitución de las garantías en los plazos y condiciones estipuladas, cuando se hayan exigido o hecho efectivas”.

Ahora bien, en caso de considerarse improcedente la sanción el concesionario podía acudir ante la comisión conciliadora en aplicación del art. 35 del DFL MOP n.º 164⁵². La reclamación debía ser presentada en el plazo de treinta días contados desde la fecha del hecho que la motivara, es decir, desde la no-

⁴⁸ Entendemos que el plazo es de días corridos atendido que la norma alude a los días “siguientes”. Ello, en atención a lo dispuesto en el art. 48 del *Código Civil*.

⁴⁹ MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2016) p. 6.

⁵⁰ Véase <https://concesiones.mop.gob.cl/PROYECTOS/Paginas/default.aspx> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].

⁵¹ Véase, por ejemplo, título II. 9. sobre multas y sanciones, que contempla diversas multas a aplicarse por eventos ocurridos durante la etapa de construcción o explotación.

⁵² Este art. 35 del DFL MOP n.º 164, en su versión original, era similar al art. 36 del DFL MOP n.º 591.

tificación de la multa por carta certificada⁵³. Igualmente, se consideraba que la competencia de esta comisión conciliadora era sin perjuicio de las atribuciones del Poder Judicial y de la Contraloría General de la República⁵⁴.

Es decir, a esa época, dentro del plazo de treinta días siguientes desde la notificación por carta certificada de la imposición de la multa, la sociedad concesionaria podía pagarla o reclamar de ella ante la comisión conciliadora o el tribunal competente del Poder Judicial, solicitando en estos dos últimos casos la suspensión del pago mientras pende el asunto en conformidad con las normas generales dispuestas por el CPC, debido a que no existía una norma especial destinada a regular esta solicitud.

En otros términos, en este segundo estadio temporal, el régimen dispuesto por el DFL MOP n.º 591 en cuanto al procedimiento de pago de la multa se mantuvo prácticamente sin alteraciones, salvo pequeñas mejoras, como puede ser la notificación de la sanción por carta certificada para el inicio del cómputo del plazo de treinta días.

Sin perjuicio de ello, menester es destacar que el referido art. 35 del DFL MOP n.º 164 fue modificado por la Ley n.º 19460, publicada en el *Diario Oficial* con fecha 13 de julio de 1996. Entre otras cosas, esta modificación:

- i) eliminó el plazo de treinta días para someter a conocimiento de la comisión conciliadora la imposición de una multa;
- ii) estipuló que la comisión conciliadora tendría un plazo de treinta días para conseguir la conciliación entre las partes y, si esta no se produce, el reclamante podría solicitar –en un plazo de cinco días– que la misma comisión conciliadora se convirtiera en un tribunal arbitral o recurrir ante la Corte de Apelaciones de Santiago y
- iii) permitió que se suspendieran los efectos de la resolución reclamada, como aquella que impone una multa, primera regulación expresa sobre este asunto.

Según se lee de la historia de la ley, la medida de suspensión fue propuesta originalmente a todo evento, en tanto: “toda reclamación ante la Comisión Conciliadora suspenderá los efectos de la resolución del Ministerio a la que se refiera”. No obstante, ello fue descartado, pues habría complicado los instrumentos del MOP para garantizar la fluidez del tráfico, la prestación del servicio o la construcción de la obra⁵⁵. En consecuencia, se acordó que la medida de

⁵³ Esto responde a una interpretación armónica de lo descrito. Una interpretación menos favorable habría implicado que el plazo de reclamación se contaba desde dictada la resolución que impone la multa, incluso antes de su notificación, siguiendo un criterio similar al del primer estadio temporal.

⁵⁴ Nótese que la referencia ahora era a la competencia del Poder Judicial, alusión más amplia que la regulación anterior, que mencionaba solo a los tribunales ordinarios de justicia.

⁵⁵ *Historia de la Ley n.º 19460*, pp. 341-342.

suspensión debía ser solicitada por el reclamante y podría ser concedida por la comisión conciliadora, consagrándose en la norma que:

“Planteada la reclamación ante la Comisión, y a solicitud del reclamante, ella podrá decretar la suspensión de los efectos de la resolución del Ministerio a la que dicha reclamación se refiera”⁵⁶.

3. Tercer estadio temporal:

Notas sobre la regulación contemplada desde 1996 a la fecha

Con fecha 18 de diciembre de 1996, se publicó en el *Diario Oficial* el decreto supremo MOP n.º 900 o LCOP, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP n.º 164. En el ámbito legal y en lo que interesa a este artículo, la versión original de la LCOP no varió la normativa dispuesta en la última versión del DFL MOP n.º 164 en cuanto a la facultad de la autoridad para imponer multas y las condiciones para ello⁵⁷.

El reglamento de la LCOP, en su título VII, sí contempló una regulación algo más extensa en lo que refiere a las sanciones y multas que podían imponerse al concesionario respectivo⁵⁸. En cuanto al procedimiento de pago, el art. 48 del reglamento dispuso, en lo que importa:

⁵⁶ Es más, dicha suspensión se mantendría en caso de que la comisión conciliadora conociera del asunto en calidad de tribunal arbitral, conforme con la nueva versión del inciso quinto del 35 del DFL MOP n.º 164, una vez modificado por la Ley n.º 19460.

⁵⁷ Véanse arts. 18, 29 y 30 de la LCOP en su versión original.

⁵⁸ Así, el título VII del reglamento consideró dos artículos (47 y 48), que detallaban en algún grado las materias relacionadas a las sanciones y multas. Dichos artículos disponían:

“Artículo 47º.- 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.

Artículo 48º.- 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, el inspector fiscal propondrá al Director respectivo la multa que corresponda. Una vez aprobada ésta, el inspector fiscal notificará 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 [...].”

El resto del art. 48 se inserta en el texto principal. Esta norma no ha sido objeto de modificación y se mantiene en iguales términos hasta esta fecha.

“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”.

Es decir, el plazo para el pago de las multas se mantuvo en treinta días, aunque se amplió el modo en que debían entenderse notificadas las mismas. Por otro lado, en caso de no pagarse la multa, el MOP estaba obligado a gestionar el cobro de las garantías del contrato de concesión (ya no es facultativo).

Luego, en el evento de no pagarse la multa y hacerse efectiva la garantía, el art. 33 del reglamento, previamente citado, ordenó la reconstitución de esta última en el plazo de quince días a contar de la fecha en que se hizo efectiva. En caso contrario, las bases de licitación consideraron la configuración de una causal de incumplimiento grave⁵⁹, circunstancia que representa una causal de extinción anticipada del contrato conforme al art. 79 del reglamento y 27 de la LCOP⁶⁰.

En cuanto al proceso de reclamación de la multa, la versión original de la LCOP tampoco varió respecto de la regulación que la antecedía del DFL MOP n.º 164⁶¹. En consecuencia, una vez notificada la multa de los diferentes modos contemplados por el reglamento (ya no solo por carta certificada), el concesionario podía someterla a conocimiento de la comisión conciliadora, la que debía intentar conseguir una conciliación en treinta días y, en caso

⁵⁹ Como se puede advertir, en el segundo estadio temporal el reglamento obligaba a la reconstitución de las garantías que se hubieran hecho efectivas, siendo las bases de licitación las que dispusieron un plazo de quince días para ello. En el tercer estadio temporal, el reglamento ordenó la reconstitución de la garantía en el plazo de quince días, mientras las bases de licitación indicaban que no efectuar esta operación era considerado un incumplimiento grave y causal de termino anticipado del contrato de concesión.

⁶⁰ Al margen del caso citado más atrás sobre la concesión “Vial Rutas del Loa”, no hemos encontrado otros en que se produzca la extinción de la concesión por las razones anotadas. Es probable que las multas en muchos casos no se paguen dentro de plazo, siendo reclamadas por vía judicial. Asimismo, también es probable que la autoridad no cobre las garantías respectivas, incumpliendo su obligación legal. Ello, por considerar esta conducta contraproducente a sus intereses en orden a mantener la concesión vigente, resultándole más gravoso perseguir la terminación anticipada del contrato y ordenar los procesos subsiguientes.

⁶¹ Véase art. 36 de la LCOP. En todo caso, en el ámbito reglamentario, se reguló un título destinado a regular la competencia, composición, constitución y modo de intervención de la comisión conciliadora, todo lo cual no afectaba lo dispuesto a escala legal en cuanto al plazo para reclamar o la posibilidad de suspender la multa impuesta, previa solicitud del reclamante.

contrario, el reclamante podría solicitar la constitución del tribunal arbitral o reclamar ante la Corte de Apelaciones de Santiago (en ambos casos, en cinco días desde frustrada la etapa de conciliación).

La Ley n.º 20410, publicada en el *Diario Oficial* el 20 de enero de 2010, modificó en varios puntos la normativa dispuesta por la LCOP. El mensaje presidencial que presentó el proyecto de ley aseguró, entre otras cosas, que el objetivo de este era “perfeccionar el mecanismo de resolución de controversias y dotar al Estado de herramientas más eficientes para resguardar el interés fiscal”⁶².

La Ley en comento

- i) eliminó el límite máximo de 500 UTM a título de multa que podía imponer el MOP a la sociedad concesionaria respectiva; en otros términos, el MOP podía imponer multas de cualquier cuantía sin necesidad de autorización previa⁶³;
- ii) instauró un nuevo sistema de resolución de conflictos, colocando a disposición del concesionario respectivo la posibilidad de acceder a un panel técnico, a una comisión arbitral o a la Corte de Apelaciones de Santiago⁶⁴;
- iii) En lo que responde a los plazos para reclamar de las resoluciones sancionatorias del MOP que impusieran multas, habrá que distinguir: de acudir a la comisión arbitral, el plazo sería de ciento veinte días contados desde notificada la multa, mientras que, en caso de acudir ante la Corte de Apelaciones, el plazo sería de quince días hábiles^{65, 66}.

⁶² En esa línea, en lo que interesa a este artículo, se sostuvo: “En la práctica, para el Ministerio de Obras Públicas resulta muy difícil hacer cumplir las condiciones establecidas en los contratos, toda vez que en caso de incumplimientos la autoridad no puede imponer multas superiores a 500 Unidades Tributarias Mensuales, las cuales deben ser impuestas directamente por la Comisión Conciliadora. En relación con ello, se propone eliminar el tope fijado para las multas que puede imponer directamente el Ministerio de Obras Públicas, sin perjuicio de que estas puedan ser reclamadas ante la Comisión Conciliadora”. *Historia de la Ley* n.º 20410, p. 449.

⁶³ Mediante la modificación de los arts. 28, 29 y 30 de la LCOP.

⁶⁴ Mediante la sustitución del art. 36, la introducción de un art. 36 bis nuevo.

⁶⁵ Por aplicación del art. 36 bis nuevo, que en lo que importa, dispuso: “[...] el plazo para reclamar contra resoluciones del Ministerio de Obras Públicas será de un año, el que se reducirá a 120 días en el caso de resoluciones que impongan multas, plazo que en todo caso se suspenderá por la interposición de los correspondientes recursos de reposición o jerárquico, hasta su resolución [...] 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 [...]”. El art. 69 de la Ley n.º 18840, en su inciso segundo, dispone: “El plazo para interponer la reclamación será de quince días hábiles contado desde la fecha de notificación del acuerdo, reglamento, resolución, orden o instrucción que se reclama”.

⁶⁶ Nótese que el plazo para interponer la reclamación judicial se separa finalmente respecto de aquel considerado para el pago de la multa. En todo caso, el primero no afecta al segundo. De

Asimismo, la Ley n.º 20410 agregó en la LCOP un nuevo art. 36 ter, transcrito y analizado previamente, que ordenó un nuevo régimen de suspensión de los efectos del acto administrativo reclamado ante la comisión arbitral o la Corte de Apelaciones de Santiago, como puede ser aquel que imponga multas.

4. Conclusiones parciales

En suma, mientras en el capítulo III anterior se confirmó un aumento paulatino y estable de la actividad sancionatoria de la administración y del *quantum* de las multas impuestas en materia de contratos de concesión en los últimos veinte años aproximadamente, en el presente capítulo se ha confirmado que el régimen actual de pago se ha mantenido prácticamente inalterado durante las últimas cuatro décadas, particularmente en materia de plazo para el pago y sanciones en caso de no efectuarse el mismo.

Hay que reconocer que ha mejorado la regulación en cuanto al modo de notificación de la multa, los órganos competentes para conocer de la reclamación en contra de ella, plazos de interposición de dicha reclamación y la posibilidad de solicitar la suspensión de esta (en el escaso tiempo dispuesto para ello). Sin embargo, también pueden advertirse ciertos retrocesos, como es la obligación del MOP en orden a hacer efectiva las garantías del contrato en caso de no pagarse la multa o exigir su reconstitución en el breve plazo de quince días.

En apretada síntesis, todo lo señalado hasta aquí se puede mostrar del siguiente modo:

Régimen	Plazo para el pago V/S Plazo para interponer una reclamación.	Posibilidad de suspensión de los efectos de la resolución sancionatoria	Consecuencia directa en caso de no efectuarse el pago dentro de plazo	Consecuencia indirecta en caso de no efectuarse el pago dentro de plazo
DFL MOP n.º 591 (1983-1991)	Dentro de un mes contado desde la aplicación de la multa. V/S Reclamación ante la Comisión Conciliadora	No existe norma expresa sobre el particular. Posibilidad de solicitar una medida cautelar innominada conforme	El MOP podrá hacer efectivas las garantías, sin perjuicio de las demás acciones que fueren procedentes. Es facultativo.	Reconstituir o completar la garantía en el plazo de un mes desde que se hubiere hecho efectiva. En caso contrario,

este modo, de considerarse una reclamación ante la comisión arbitral, es probable que se haya superado y por mucho el plazo para el pago de la multa.

	en treinta días contados desde el hecho que la motivara, es decir, la imposición de la multa.	al régimen general (CPC).		incumplimiento grave y causal de extinción anticipada del contrato.
DFL MOP n.º 164 (1991-1996)	Dentro de treinta días siguientes a la fecha de notificación por carta certificada de la multa. V/S Reclamación ante la Comisión Conciliadora en treinta días contados desde la fecha del hecho que la motivara, es decir, desde la notificación de la multa por carta certificada. Previa modificación legal, se eliminó el plazo para interponer la reclamación.	Originalmente, no existe norma expresa sobre el particular. Posibilidad de solicitar una medida cautelar innominada conforme al régimen general (CPC). Previa modificación legal, se consideró que "Planteada la reclamación ante la Comisión, y a solicitud del reclamante, ella podrá decretar la suspensión de los efectos de la resolución del Ministerio a la que dicha reclamación se refiera".	El MOP podrá hacer efectivas las garantías, sin perjuicio de las demás acciones que fueren procedentes. Es facultativo.	Reconstituir o completar la garantía en el plazo que determinen las bases de licitación. Por ejemplo, en el caso mostrado, quince días desde que se hubiere hecho efectiva. En caso contrario, incumplimiento grave y causal de extinción anticipada del contrato.
LCOP (1996 a la fecha)	Dentro de treinta días siguientes a la fecha de su notificación por escrito, considerando diferentes formas de notificación	Originalmente, no varió la regulación del régimen anterior. Previa modificación legal, se incorporó	El MOP hará efectivas las garantías, sin perjuicio de las demás acciones que fueren procedentes. Es obligatorio.	Reconstituir o completar la garantía en el plazo de quince días desde que se hubiere hecho efectiva.

	V/S Originalmente, reclamación ante la Comisión Conciliadora, sin plazo. Previa modificación legal, se permite la reclamación ante la Comisión Arbitral, en el plazo de 120 días contados desde notificada la multa o la reclamación ante la Corte de Apelaciones, en el plazo de 15 días contados desde notificada la multa.	el artículo 36 ter, actualmente vigente.		En caso contrario, incumplimiento grave y causal de extinción anticipada del contrato.
--	--	--	--	--

V. CONSIDERACIONES RESPECTO AL DESMERITO

DEL PAGO A TREINTA DÍAS.

NECESIDAD DE UN DEBIDO PROCESO CUALQUIERA

SEA LA NATURALEZA SUSTANTIVA DE LA MULTA IMPUESTA

La realidad demostrada en los capítulos anteriores, esto es, el desajuste entre la intensidad sancionatoria de la autoridad y la regulación sobre el pago de la multa y las consecuencias derivadas de ello, no permite un adecuado ejercicio del debido proceso de parte de una sociedad concesionaria que, eventualmente, puede verse expuesta a una sanción de alta cuantía y, en el evento de no pagarla, a una sanción tanto o más grave (como es el cobro de garantías y posterior extinción del contrato por incumplimiento grave, en los términos señalados)⁶⁷.

⁶⁷ Conviene apuntar que, antaño, la jurisprudencia ha sostenido que no puede ejecutarse una boleta de garantía si existe un proceso de reclamo sobre el mérito del supuesto de hecho que permite su cobro, como es la ausencia del pago de la multa impuesta por un supuesto incumplimiento, todo lo cual conculca las garantías constitucionales del tomador.

En ese sentido, CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT (1996) rol n.º 1343-1996, Constructora Ahlba Ltda. con Corporación Nacional Forestal (CONAF), confirmada por CORTE SUPREMA (1996) rol n.º 2009-1996, Constructora Ahlba Ltda. con Corporación Nacional Forestal

No es necesario demostrar que el breve plazo de treinta días para pagar multas que pueden ser de altísima cuantía es insuficiente, del mismo modo que lo es para obtener una suspensión judicial de la obligación de pago.

Antes de proceder al pago de la multa, es necesario otorgar a la sociedad concesionaria una posibilidad real de ejercer sus derechos de impugnación o reclamación, sea en sede administrativa o judicial, cualquiera sea la naturaleza sustantiva que pueda atribuirse a la multa impuesta.

En conformidad con el régimen general aplicable, en contra de las resoluciones dictadas por un órgano administrativo (como es la DGC), el interesado puede facultativamente presentar los recursos administrativos de reposición y jerárquico en subsidio, en atención a lo dispuesto en el art. 10.º de la Ley n.º 18575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, el art. 15 y el párrafo 2.º del título IV de la Ley n.º 19880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

El legislador contempló la posibilidad de suspender los efectos del acto recurrido, aunque solo excepcionalmente. En efecto, según el inciso primero del art. 57 de la última ley citada “La interposición de los recursos administrativos no suspenderá la ejecución del acto impugnado”. No obstante, el inciso segundo de la norma dispone que la suspensión se producirá solo si la autoridad así lo determina a petición fundada de la misma concesionaria o, incluso, de oficio⁶⁸, “cuando el cumplimiento del acto recurrido pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviera, en caso de acogerse el recurso”⁶⁹.

Conviene considerar que la etapa de impugnación administrativa puede durar treinta días hábiles administrativos (lunes a viernes), conforme dispone el art. 59 de la Ley n.º 19880. Así las cosas, al momento de acceder a la instancia judicial que resuelva el asunto, se habrá superado el plazo de treinta días corridos para el pago de la multa, gatillándose las consecuencias perniciosas comentadas de no haberse obtenido una suspensión administrativa de la obligación de pago.

(CONAF). En el mismo sentido, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (1996) rol n.º 2859-1996, Dinamex Chile S.A. con Cuerpo Militar del Trabajo, confirmada por la CORTE SUPREMA (1997) rol n.º 3780-1996, Dinamex Chile S.A. con Cuerpo Militar del Trabajo.

⁶⁸ CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA (2012) dictamen n.º 836.

⁶⁹ Cabe destacar que, recientemente, la Corte de Apelaciones de Temuco al tenor del art. 57 citado, determinó que la autoridad administrativa no puede pronunciarse sobre el fondo del asunto puesto a su conocimiento, sin antes resolver la solicitud de suspensión efectuada por la parte interesada. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO (2022), rol n.º 160-2022, Espinoza Jarpa José con Fisco de Chile. La referida sentencia fue revocada por la Corte Suprema, aunque por razones ajenas a lo indicado por el tribunal *ad quo*. CORTE SUPREMA (2022) rol n.º 11395-2022, Fundación OTEC FORECAP con Salazar.

De no utilizarse el proceso de impugnación administrativa o –habiéndose utilizado– de rechazarse los recursos administrativos (reposición y jerárquico en subsidio), la sociedad concesionaria podrá acceder ante la instancia judicial que estime pertinente, ya sea a la comisión arbitral o a la Corte de Apelaciones de Santiago, caso en el cual podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto administrativo reclamado que impuso la multa en virtud del 36 ter de la LCOP. Lo común será que, una vez se acceda a esta etapa judicial, el plazo de treinta días para el pago ya se encuentre vencido o, en todo caso, no se alcance a obtener un pronunciamiento respecto a la aplicación del art. 36 ter de la LCOP.

Se puede advertir, entonces, que el ejercicio de las etapas de impugnación administrativas o judiciales no conversan adecuadamente con el plazo dispuesto para el pago de la multa, impidiendo un correcto desenvolvimiento del debido proceso, cuestión que es importante en sí misma, pero, además, es exigible si se considera la naturaleza intrínseca de las multas que se aplican en un contrato de concesión⁷⁰, sean manifestación de cláusulas penales o del ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, la aplicación de una multa en el contexto de un contrato administrativo como es el de concesión de obra pública responde al ejercicio de una “cláusula penal”⁷¹. Si es así, para proceder al pago de la multa deben determinarse todos los elementos que configuran la responsabilidad contractual de la parte que ha incumplido la obligación principal (como es la imputación de culpa o dolo a la concesionaria y la ausencia de un caso fortuito o fuerza mayor, entre otros⁷²), tarea que es de competencia

⁷⁰ Existen ciertas características que se estiman sustanciales e indispensables a un debido proceso (por ejemplo, el derecho a la acción, al emplazamiento, a exponer derechos en la contestación, a aportar prueba, a obtener un fallo fundado, a interponer recursos), mientras que otros pueden omitirse o rechazarse en su incorporación (como el derecho a acudir a un tribunal superior o a la doble instancia). Puede verse NAVARRO (2013) pp. 121-145 y GARCÍA Y CONTRERAS (2013) pp. 229-282.

⁷¹ CORTE SUPREMA (2022) rol n.º 41056-2021, considerando décimo sexto. Con igual tesis, BERMÚDEZ (2014) p. 279.

⁷² Para la doctrina, la configuración de la responsabilidad contractual requiere, además de la mora, verificar los siguientes elementos: “En primer lugar, es necesaria la existencia de una obligación de carácter contractual, esto es, nacida de un contrato. En segundo lugar, que el deudor no realice la conducta del modo en que está convenido en el contrato. En tercer lugar, que la inexecución de la conducta debida esté acompañada de un reproche subjetivo u objetivo al obligado en los términos descritos en la ley. En cuarto lugar, que la omisión de la conducta debida cause daño al acreedor. En quinto y último lugar, que entre el incumplimiento (inejecución de la conducta debida) y el daño exista relación de causa a efecto”, RODRÍGUEZ (2003) p. 27.

Desde el punto de vista exclusivo de la cláusula penal, la doctrina ha señalado que para su exigibilidad se deben cumplir los siguientes requisitos: (i) el incumplimiento del deudor por

exclusiva y excluyente de los tribunales establecidos por ley (tercero ajeno al conflicto), sean ordinarios o arbitrales (Corte de Apelaciones o comisión arbitral)^{73, 74}.

De hecho, el tribunal competente no solo determinará los requisitos de la responsabilidad contractual, sino que, además, es el último órgano llamado a fijar los elementos que debe contener la resolución que impone la multa (como la cuantía final de esta). Previo o junto a esta resolución judicial de término, los elementos descritos pueden variar considerablemente en cada etapa del proceso, por lo que sería inconducente que la concesionaria procediera al pago previo a esta última decisión⁷⁵.

Para otra parte de la doctrina y jurisprudencia, la aplicación de multas en un contrato administrativo responde al ejercicio del *ius puniendi* estatal⁷⁶, por lo que debe verificarse un “debido proceso administrativo” en caso de que sea impugnada. El inicio de un debido proceso administrativo requiere asegurar la posibilidad de recurrir contra un acto de la Administración del Estado, en un procedimiento racional y justo, sin límites o modalidades que dificulten o perturben la interposición del recurso y su eficacia⁷⁷. Proceso dentro del cual, por

inejecución o retardo; (ii) la imputabilidad del deudor y (iii) su constitución en mora. En este sentido, véase PRADO (2019).

⁷³ CORRAL (2012) p. 199.

⁷⁴ En esta línea de razonamiento, la doctrina moderna sostiene que la multa entendida como cláusula penal requiere la intervención de un tribunal para determinar los requisitos de la responsabilidad: “Específicamente en lo que concierne al aspecto adjetivo de la sanción contractual, se hace innegable que ella debe venir precedida de un procedimiento legalmente tramitado [...] En otras palabras, la Administración tiene que sustanciar un procedimiento previo que finalice con una declaración de responsabilidad del contratista y le aplique la multa o sanción que se ha establecido en el régimen jurídico del contrato de que se trate”. MORAGA (2022) pp. 498-499.

⁷⁵ “En la práctica, como antes señalamos, las multas impuestas por el MOP suelen ser impugnadas por las sociedades concesionarias suspendiéndose la aplicación de la multa por la Comisión Conciliadora o Arbitral. Durante la tramitación posterior, en muchas ocasiones se producen conciliaciones con importantes rebajas de montos y en otras la Comisión ha rebajado sustancialmente los montos en la sentencia”. RUFÍAN (2018) p. 109.

⁷⁶ CELIS (2016) p. 85. En un sentido similar, GOMEZ (2021) p. 57.

Por su parte, la Corte Suprema ha llegado a la misma conclusión en el contexto de lo dispuesto por la Ley n.º 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, CORTE SUPREMA (2017) rol n.º 4001-2017, considerando quinto, Espacio y Jardín Ltda. con Ilustre Municipalidad de Iquique.

⁷⁷ “El debido proceso administrativo cubre el derecho al recurso, esto es la posibilidad de impugnar cualquier acto administrativo, de toda índole. El debido proceso administrativo impone la necesidad de que los procedimientos sean justos y racionales. Por ello es que comprende el derecho a recurrir en sede administrativa, como en sede jurisdiccional”, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2020) rol n.º 7203-19-INA, considerando trigésimo tercero, Instituto Profesional de Chile con Consejo Nacional de Educación.

cierto, deberán verificarse ciertas garantías sustantivas propias del régimen administrativo sancionatorio, como la proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad, entre otros⁷⁸.

En línea con lo señalado, reconociendo la falta de definición sobre la naturaleza jurídica de las multas impuestas en un contrato de concesión⁷⁹, la doctrina ha considerado:

“si se reprocha la cláusula penal como enorme –por el monto de la multa impuesta– el tema se complejiza. Si se mira como cuestión netamente contractual, sería en general de resolución de los tribunales ordinarios civiles en procedimiento lato. Pero, tratándose de la LCOP, será generalmente de competencia de la Comisión Arbitral, sin que quepa recurso alguno en su contra. No obstante, el tratamiento jurídico de esta cuestión radica en la apreciación de la figura de la reiteración o concurso de infracciones, día a día, en relación con la aplicación del principio de proporcionalidad o de interdicción de la arbitrariedad. Aquí el solo paradigma contractual se muestra insuficiente, de cara a las garantías para el administrado concesionario”⁸⁰.

CONCLUSIONES

El actual régimen de pago de las multas y las sanciones aparejadas en caso de incumplimiento corresponde a un resabio de la regulación contemplada desde la década de 1980. Puede entenderse que en dicha época la posibilidad de proceder al pago de la multa en un plazo de un mes o treinta días no representara un problema o inconveniente para la sociedad concesionaria respectiva en la mayoría de los casos.

Sin embargo, en la actualidad el plazo de treinta días resulta notoriamente insuficiente considerando la intensidad sancionatoria o la tendencia al alza en la cantidad y cuantía de las multas impuestas por la autoridad. Si bien es cierto que el Estado siempre tendrá la capacidad financiera para devolver reajustado los montos entregados a título de multa, también es verdad que a las sociedades concesionarias incumbentes no les resulta intrascendente soportar

⁷⁸ POZO (2017) pp. 69-74.

⁷⁹ Se destaca una reciente publicación de mayo de 2024 que termina criticando la falta de definición sobre el particular, pues redundante en una “incertidumbre [que] afecta la eficiencia del sistema de contratación pública y desincentiva a los privados a colaborar con el Estado en la obtención del bien común y prosecución del interés público; o derechamente incrementa la onerosidad de la contratación pública para el Estado y su Administración”. ZÚÑIGA y CLEMO (2024) p. 191.

⁸⁰ HERNÁNDEZ (2014) p. 412.

uno o varios egresos de alta cuantía, pues ello repercute directamente en su estabilidad financiera.

Conviene advertir también la escasa posibilidad práctica y real de suspender mediante orden administrativa o judicial el pago de la multa antes de los treinta días dispuesto para ello debido a los tiempos con naturales a la tramitación del asunto.

La crítica también alcanza a las consecuencias en el evento de no producirse el pago, caso en el cual el MOP está obligado a hacer efectivas las garantías del contrato, las que deben reconstituirse en el breve plazo de quince días o, en caso contrario, se configurará regularmente un incumplimiento grave de las obligaciones de la sociedad concesionaria y una causal de extinción anticipada del contrato.

Teniendo presente lo anterior y que el contrato de concesión es ampliamente reconocido como una herramienta de cooperación público-privada, debiera actualizarse la normativa pertinente en estos asuntos (LCOP y su reglamento), disponiendo, por ejemplo, entre otras tantas alternativas:

- i) diferentes plazos para el pago de las multas dependiendo de la cuantía individual de éstas,
- ii) considerando, asimismo, la cantidad de multas impuestas durante cierto periodo a una sociedad concesionaria (anual por ejemplo),
- iii) un límite máximo a la cuantía de la multa que se puede imponer, que si es superado, debe ser aprobado *ex ante* por la comisión arbitral respectiva o la Corte de Apelaciones de Santiago (modo de operar que ya fue aplicado anteriormente),
- iv) u otro límite a la cuantía total de multas que puede imponerse anualmente a una sociedad concesionaria dependiendo de sus ganancias en la anualidad anterior⁸¹.

Todo lo anterior permite coordinar los intereses de la autoridad en la aplicación efectiva de sus herramientas sancionatorias con la gestión contractual y financiera de la sociedad concesionaria y la posibilidad de ejercer adecuadamente sus derechos en el marco de un debido proceso.

BIBLIOGRAFÍA

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Derecho administrativo general* (Santiago, Thomson Reuters, tercera edición actualizada).

⁸¹ Algo similar ocurre en la Ley de Contratos del Sector Público española, Ley n.º 9/2017. Véase art. 192: “las penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato”.

- CELIS DANZINGER, Gabriel (2016): *Contratos administrativos* (Santiago, Editorial El Jurista, primera edición).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2012): *La "cláusula penal". Función y eficacia del contrato penal en el derecho chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición).
- FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo; ILLANES SOTTA, María Elisa (2018): "Notas sobre la ecuación económica financiera en el contrato de concesiones de obra pública en Cuadernos de extensión jurídica", *Cuadernos de Extensión Jurídica* n.º 31 (Universidad de Los Andes).
- GARCÍA PINO, Gonzalo; CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2013): "El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Estudios Constitucionales* año 11, n.º 2.
- GOMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2021): "Aspectos críticos del régimen sancionatorio de los contratos administrativos", *Revista de Derecho Universidad de Concepción* n.º 249.
- HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo (2014): "Interrogantes relacionados con la potestad sancionadora administrativa en los contratos administrativos y, particularmente, en el contrato de concesión de obra pública", en Arancibia Mattar, Jaime; Alarcón Jaña, Pablo (coords.), *Sanciones administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo (ADA)* (Santiago, Thomson Reuters).
- MORAGA KLENNER, Claudio (2022): *Contratación administrativa* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, segunda edición).
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2013): "El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* año XIX.
- PRADO PUGA, Arturo (2019): "Algunos aspectos de la cláusula penal en el derecho chileno en Revista de derecho", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* vol. 26.
- POZO SILVA, Nelson (2017): *Pena punitiva y sanción administrativa* (Santiago, Ediciones Librotecnia, primera edición).
- RAMÍREZ ARRAYÁS, José Antonio (2019): *Concesiones de obras públicas: crecimiento inteligente. Análisis de la institucionalidad chilena* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, segunda edición actualizada).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2003): *Responsabilidad contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2014): *Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, segunda edición).
- RUFÍAN LIZANA, Dolores (2018): *Manual de concesiones de obras públicas* (Santiago, Andros Impresores, segunda edición).
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco; CLEMO GARCÍA, Fernanda (2024): *Las multas en el contrato administrativo* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch primera edición).

Jurisprudencia

- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2012): dictamen n.º 836, de 5 de enero de 2012.
- CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT (1996): rol n.º 1343-1996, Constructora Ahlba Ltda. con Corporación Nacional Forestal (CONAF), 6 de mayo de 1996.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (1996): rol n.º 2859-1996, Dinamex Chile S.A. con Cuerpo Militar del Trabajo, 27 de septiembre de 1996.
- CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO (2022): rol n.º 160-2022, Espinoza Jarpa José con Fisco de Chile, 17 de marzo de 2022.
- CORTE SUPREMA (1996): rol n.º 2009-1996, Constructora Ahlba Ltda. con Corporación Nacional Forestal (CONAF), 12 de agosto de 1996.
- CORTE SUPREMA (1997): rol n.º 3780-1996, Dinamex Chile S.A. con Cuerpo Militar del Trabajo, 28 de abril de 1997.
- CORTE SUPREMA (2017): rol n.º 4001-2017, Espacio y Jardín Ltda. con Ilustre Municipalidad de Iquique, 21 de diciembre de 2017.
- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 41056-2021, Automática y Regulación S.A. con Municipalidad de Recoleta, 16 de marzo de 2022.
- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 11395-2022, Fundación OTEC FORECAP con Salazar, 20 de octubre de 2022.
- CORTE SUPREMA (2023): rol n.º 65021-2023, Sociedad Concesionaria Ruta del Algarrobo S.A. con Sánchez, 1 de agosto de 2023.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2020): rol n.º 7203-19-INA, Instituto Profesional de Chile con Consejo Nacional de Educación, 2 de enero de 2020.

Otros documentos

- Bases de licitación, concesiones en construcción, operación, operación y construcción y finalizadas. Disponible en <https://concesiones.mop.gob.cl/PROYECTOS/Paginas/default.aspx> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].
- Bases de licitación obra pública fiscal denominada “Concesión Ruta 5 Norte. Tramo: La Serena - Vallenar”. Disponible en <https://concesiones.mop.gob.cl/proyectos/Paginas/detalleExplotacion.aspx?item=37> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].
- Historia de la Ley* n.º 19252.
- Historia de la Ley* n.º 19460.
- Historia de la Ley* n.º 20.410.
- Para consultar el registro individual de sanciones de la DGC desde el año 2009 a julio de 2018. Disponible en http://transparencia.dgop.cl/ccop/marco/terceros_index_Sanciones.html# [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].

Para consultar el registro individual de sanciones de la DGC desde el año 2018 y hasta lo que corre del año 2024. Disponible en <https://concesiones.mop.gob.cl/Paginas/default.aspx> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].

Para consultar informes trimestrales y cuentas públicas de la DGC. Disponible en <https://concesiones.mop.gob.cl/publicaciones/Paginas/default.aspx> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].

Normas

Código de Procedimiento Civil.

Código Civil.

Ley n.º 9/2017: Ley de Contratos del Sector Público española.

Ley n.º 15840 (1964), que aprobó la organización y funciones del Ministerio de Obras Públicas, 9 de noviembre de 1964.

Ley n.º 18575 (1986), Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 5 de diciembre de 1986.

Ley n.º 19880 (2003), sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, 29 de mayo de 2003.

Ley n.º 20410 (2010), que modificó la Ley de Concesiones de Obras Públicas y otras normas que indica, 20 de enero de 2010.

Ley n.º 21044 (2017), que creó la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas, 25 de noviembre de 2017.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1983a): decreto con fuerza de ley n.º 591, que fijó las normas de carácter general relativas a la ejecución, reparación y mantención de obras públicas fiscales a que se refiere el artículo 52.º de la Ley n.º 15840, 3 de febrero de 1983.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1983b): decreto n.º 217, que reglamentó el decreto con fuerza de ley n.º 591, 14 de septiembre de 1983.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1991a): Ley n.º 19068, que modificó el decreto con fuerza de ley n.º 591, del 13 de julio de 1991.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1991b): decreto con fuerza de ley n.º 164, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley n.º 591, de 1982, del Ministerio de Obras Públicas, y de las normas relativas a la ejecución, reparación, conservación y explotación de obras públicas fiscales por el sistema de concesión, contenidas en la Ley n.º 15840 y el decreto con fuerza de ley n.º 206, de 1960, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por decreto supremo n.º 294, de 1984, del Ministerio de Obras Públicas, 4 de septiembre de 1991.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1991c): decreto n.º 240, que reglamentó el decreto con fuerza de ley n.º 164, 8 de abril de 1992.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1993): Ley n.º 19252, que modificó el decreto con fuerza de ley n.º 164, 20 de octubre de 1993.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1996a): Ley de Concesiones de Obras Públicas, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto supremo n.º 900, 18 de diciembre de 1996.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1996b): Ley n.º 19460, que modificó el decreto con fuerza de ley n.º 164 y las normas tributarias que indica, 13 de julio de 1996.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1997): decreto supremo n.º 956, que reglamentó la Ley de Concesiones de obras públicas, 20 de marzo de 1999.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2016): Concesiones de obras públicas en Chile. 20 años. Disponible en https://concesiones.mop.gob.cl/Documents/libro-Concesiones_obras-publicas-chile-20.pdf [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].