

COMISIÓN ARBITRAL DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS

**Sociedad Concesionaria Autopista Vespucio Sur
S.A. con Ministerio de Obras Públicas**

11 de noviembre de 2011

RECURSO PLANTEADO: *Reclamo ante Comisión Arbitral del Ministerio de Obras Públicas.*

DOCTRINA: *La demanda perseguía que se dejaran sin efecto multas por un total de 38.400 UTM aplicadas a la Autopista por contratos de usuarios de Tag no incorporados oportunamente en el Registro Nacional Único de Televías. La Comisión señala en la sentencia que la sanción punitiva debe cumplir dos objetivos simultáneos: Inhibir futuros incumplimientos y permitir que, no obstante la sanción, la Concesión pueda seguir funcionando. Sobre esta base la comisión rebaja la multa a una cantidad intermedia entre el coste de precaución (costo en que la Concesionaria debiera haber incurrido para evitar el problema causante de la multa) y el monto de la multa original. En consonancia con lo anterior, y considerando que en general el Código Civil establece como sanción el doble de la obligación cuyo incumplimiento se reprocha, la Comisión decide que la multa correcta –eficiente y equitativa– debe ascender a la suma única y total equivalente a uno coma siete veces del coste de precaución o prevención que consta en autos, esto es, la suma de 8.330 UF.*

Santiago, a 11 de noviembre de dos mil once.

Vistos:

I. 1. Con fecha 2 de octubre de 2009, comparece don **Pedro Pablo Vergara Varas**, abogado, en representación de la “**SOCIEDAD CONCESIONARIA AUTOPISTA VESPUCIO SUR S.A.**”, titular de la obra pública fiscal denominada “**SISTEMA AMÉRICO VESPUCIO SUR. RUTA 78 -AV. GRECIA**”, quien solicita a la H. Comisión que se constituya en Comisión Arbitral.

2. Con fecha 10 de mayo de 2010, se constituye la Comisión Arbitral y se fijan las Normas de Procedimiento que la regirán.

II. Con fecha 21 de junio de 2010, Carlos Kattán Said, ingeniero comercial, en representación de la Sociedad Concesionaria Autopista Vespucio Sur S.A., deduce demanda en contra del Ministerio de Obras Públicas, por la indebida aplicación, tanto en el procedimiento como en sus fundamentos, de una multa por un total de 38.400 UTM que se aplicó a su representada mediante Resolución N° 4.118 de la DGOP, de 15 de octubre de 2008, solicitando se la deje sin efecto, fundado en las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

1. Expresa que su representada, la Sociedad Concesionaria de la Obra Pública Fiscal Sistema Américo Vespucio Sur, Ruta 78 – Avenida Grecia, es titular de la concesión para la explotación de la autopista urbana denominada Vespucio Sur, que es una de las últimas de las autopistas urbanas en comenzar su explotación, lo que produjo, en sus inicios, algunos problemas de operación, connaturales a este tipo de concesiones, ya enteramente superados.
2. Añade que los hechos que originan la aplicación de esta multa son los siguientes: a) En el año 2005, cuando aún sin estar concluidos los sistemas de atención de clientes conocidos por su sigla CRM (Customer Relationship Manager), el MOP determinó que Vespucio Sur debía, por razón de interés público, iniciar la entrega de Televías (TAG) a quienes se suscribieran como clientes de su concesión, tal como ocurría con otras dos concesionarias que se encontraban en explotación. Para este efecto, esa Concesionaria

debió crear un sistema especial, específicamente destinado a esta labor, el cual, una vez comenzada la operación, se fusionaría a través del traspaso de datos con los propios de la explotación de la concesión (denominado SDT, “Sistema de Distribución de Tags). Estos datos debieron ser luego trasladados (migrados) al sistema definitivo de gestión de clientes, lo que generó varias dificultades.

- b) Agrega que bajo este sistema, SDT, la Concesionaria entregó a la mayor parte de sus clientes los primeros 50.000 televías (tags) exigidos como mínimo por las Bali, y suscribió con ellos los correspondientes contratos que debían ser luego informados o registrados en el sistema unificado denominado RNUT (Registro Nacional Único de Televías). A este proceso se le conoce como “alta”, y corresponde a la inscripción en el Registro Público (RNUT) de todos los datos de quienes han adquirido televías: a saber, nombre, Rut, dirección, teléfono, placa patente, datos de facturación y medio de pago. Todo ello a fin de que las diversas concesionarias puedan gestionar sus procesos de cobro de peajes a quienes transiten por las autopistas.
- c) Añade que su representada había encargado a la empresa española INDRA el diseño e implementación del sistema informático que permitiera la administración y operación de los televías y los registros informáticos que debían generarse a este efecto. Dicho sistema fue aprobado por el MOP y también certificado por éste como válido para responder a las necesidades operacionales de la concesionaria.
- d) Indica que estando el sistema en operación, y por un problema no imputable a su representada, sino a una especificación de diseño, se detectó que éste no admitía consignar la fecha de suscripción efectiva del contrato con el cliente. Generaba, únicamente, como fecha de la operación, la del día en que se procedía a la inscripción

o “alta”, aun cuando el contrato se había suscrito con antelación. Cuando el proceso resultaba lento o no era posible ingresar los datos al sistema, el “alta” se hacía manualmente, regularizándose a posteriori.

Expresa que ello generó un vacío, el cual determinó que algunos clientes que efectivamente habían adquirido sus TAGs (televías), no quedaron (temporalmente) registrados en el sistema unificado RNUT.

- e) Agrega que, sin perjuicio de las deficiencias del sistema de registro central en el RNUT, no debe omitirse el hecho de que el sistema también funciona asociado a lo que el propio interesado debe realizar. Señala que éste debe colocar el televía en su vehículo, en un lugar apropiado (dependiendo de la naturaleza de la construcción del parabrisas del vehículo), conforme a lo que se señala en el instructivo de uso que se le entrega. Indica que muchos usuarios hicieron caso omiso de las instrucciones al principio de la operación del sistema, o no instalaron los dispositivos, o ello se hizo de modo defectuoso, todo lo cual generó la apariencia de vehículos circulando sin su correspondiente televía.
- f) Señala que por razones que desconoce, algunos usuarios de la concesionaria fueron denunciados como infractores por usar las autopistas concesionadas sin televía. Agrega que en algunos casos, estos usuarios, por indicación de otros concesionarios, compraron pases diarios.

3. Indica que el año 2007, esa Concesionaria, en unión con el MOP, diseñó un “plan de contingencia”, a fin de solucionar este problema, en conjunto con todas las demás concesionarias. Ese “plan de contingencia” se habría cumplido íntegramente, dejándose sin efecto todos los cobros, los pagos, las denuncias por infracción al artículo 118 bis de la Ley de Tránsito y todas las multas aplicadas.

4. Expresa que, en conjunto con el MOP y ante la oferta de Vespucio Sur de someterse a una auditoría integral de sus sistemas frente a la situación generada, se contrató a la Consultora Tuxpan para que auditara el sistema electrónico de cobro, detectara las fallas y recomendara las correcciones que debían introducirse. Ese informe, que fue costado por la Concesionaria, tuvo como contraparte técnica al Inspector Fiscal, y se emitió en diciembre de 2007, sin que hasta la fecha se hayan resuelto las observaciones propuestas por esta parte.
5. Expone que el Inspector Fiscal de la Explotación, Sr. Alejandro Molina Aguirre, estampó en el Libro de Obras, con fecha 21 de agosto de 2007, la aplicación “de 415 mutas de 200 UTM cada una, correspondientes a 415 usuarios o 420 Placas Patentes Únicas (PPU), los que debieron haber sido tratados como tránsitos con convenio televía, pero dado que los televías asociados estaban informados por la Sociedad Concesionaria Autopista Vespucio Sur S.A. en el RNUT con fecha de instalación posterior a la del contrato, éstos fueron procesados como tránsito infractor. Esta situación generó que los usuarios adquirieran Boleto Habilitación Tardía (BHT) o Pase Diario Único (PDU) de post pago que no les correspondía, no cumpliendo la Sociedad Concesionaria su obligación de mantener el sistema de cobro de tarifas, asegurando la transparencia del cobro y en particular dar confiabilidad a la información que éste genere. Lo anterior, se encuentra tipificado en el artículo 1.8.11.1 letra c), en relación al artículo 1.15.3.4 letra h) de las bases de licitación de este contrato (BALI). Se adjuntan listado con RUT y PPU asociados, correspondientes a los usuarios afectados.”.
6. Agrega que la concesionaria pidió reposición de la resolución sancionatoria notificada en el Libro de Obras, la que fue rechazada por el respectivo funcionario, declarando improcedente el recurso, fundado en que éste sólo cabe respecto de órdenes o resoluciones, y en la comunicación efectuada no habría habido una orden o resolución implícita, toda vez que la aprobación o imposición de multa es una facultad propia de la DGOP.

7. Añade que de esa resolución se recurrió ante la DGOP con fecha 5 de septiembre de 2007, organismo que, con fecha 22 de agosto de 2008, la rechazó, fundado en que el Inspector Fiscal no había aplicado multa alguna sino que se había limitado a comunicar que lo haría, constituyendo esta comunicación “meras proposiciones”. Por esta razón, no existiendo resolución, no era jurídicamente procedente la interposición de recurso alguno.
8. Expone que la DGOP procedió a dictar la Resolución N° 4.118, que motiva esta reclamación, en la que aplica la multa referida (por más de US\$2.000.000), “teóricamente” dividida en 192 multas de 200 UTM cada una, sin pedir la intervención (como lo exige la Ley) de esta Comisión, y privando a la concesionaria de los derechos de impugnación intermedios (reposición) previstos también en la ley.
9. Señala que la DGOP, con una interpretación meramente literal, establece en su resolución que se aplican 192 multas de 200 UTM cada una. Mediante ello, atendiendo a la cuantía de cada multa, se evita que ellas sean previamente revisadas por esta Comisión, como lo dispone perentoriamente el artículo 30 N° 1 de la Ley de Concesiones. Agrega que ello carece de todo sustento jurídico por las siguientes razones:
 - a) La sanción aplicada proviene causalmente de un solo hecho que se proyecta presuntivamente respecto de varios usuarios. Lo que se señala cobra mayor importancia porque se evidenciaría el ánimo del MOP de esquivar la autorización de la Comisión, llamada a conocer previamente de toda multa superior a 500 UTM. A su juicio, se simuló ajustarse a la Ley, el Reglamento y las Bali, pero se infringió su verdadera voluntad, intención y espíritu. De este modo, se aplicó al concesionario una multa desproporcionada que alcanza a varios millones de dólares.
 - b) Indica que el MOP pretendía que su representada pagara, dentro de 30 días, un total de UTM 38.400,

esto es, por \$1.417.344.000, cantidad de dinero que la empresa no dispone permanentemente en caja y de la que no puede tampoco disponer sin causar un grave detrimento a sus finanzas.

- c) Concluye a este respecto señalando que la competencia de esta Comisión para conocer de este asunto y la existencia de un “presunto fraude a la ley”, en el sentido antes indicado, ésta no sólo está dada por la definición general del artículo 36 de la Ley de Concesiones vigente a la época, sino que, además, el artículo 29 del mismo cuerpo normativo, que en su parte final, hace expresamente reclamables por esta vía las multas que aplique el MOP.

10. Expresa que la resolución materia de esta reclamación sanciona a su parte, según se lee en los considerandos, “al registrar de manera extemporánea y/o errónea información de 192 usuarios con convenios de televía en el Registro Nacional de Usuarios de Tags (RNUT), lo que implicó que no obstante la vigencia de sus convenios se vieron en la obligación de adquirir un Boleto de Habilitación Tardía (BHT) o Pase Diario (PDU) imponiéndole un cargo y cobro indebido.”.

11. Añade que reconociendo los problemas al inicio de las operaciones, ningún usuario ha formulado reclamo alguno y que todas las situaciones que les pudieron afectar fueron prontamente solucionadas por la Concesionaria. Agrega que no conoce a qué usuario se refiere la autoridad y de qué modo se han afectado sus legítimos derechos. Por lo mismo, se halla indefenso e imposibilitado de revisar y formular los correspondientes descargos.

12. Indica que la Resolución que reclama no detalla los casos que justificarían la sanción. Ella se remite a los anexos y, en particular, al informe Tuxpan, el cual, al menos en la versión en poder de la concesionaria, no contiene nómina alguna de patentes de esos hipotéticos 192 vehículos. Cree que fracciona una presunta

falta mayor en casi doscientos faltas de menor importancia y que aquello sólo pudo intentarse seriamente –aun cuando no justificarse–, individualizando a cada usuario afectado para dar seguridad al que recibe la sanción y allanarle su defensa. Esto es esencial para esa parte.

13. Concluye a este respecto que se ha lesionado su derecho de defensa, ya que se impone una multa de elevadísimo monto, sin que exista posibilidad seria de refutar sus fundamentos, sea en relación a cada uno de los usuarios que se dicen afectados (que no se individualizan), sea en relación a la presunta falta basal que se proyecta hacia aquellos usuarios (la cual se diluye en las faltas menores).
14. A continuación señala que dada la fecha de la presunta infracción, la sanción se aplica habiendo caducado las facultades del MOP, por efecto de la prescripción, para hacer valer la responsabilidad de la Concesionaria. Agrega que los hechos que dan origen a la multa se remontan al año 2006 y 2007 y que la multa fue “anunciada” recién en el Libro de Explotación, en el mes de septiembre del año de 2008, esto es, habiendo transcurrido más de un año después de acaecidos los hechos que la motivan.
15. Añade que se trata de faltas administrativas que, en opinión de la doctrina, corresponden a lo que se denomina Derecho Penal Administrativo o *Ius Puniendi* (penas provenientes de la Administración), que éstas reciben aplicación de las normas pertinentes del Código Penal. No existe controversia, ni en la doctrina ni en jurisprudencia, sobre la naturaleza de este tipo de sanciones que, no obstante aplicarse por la Administración, se ajustan en todo a las normas que regulan el derecho punitivo. Al respecto invoca el artículo 94 del Código Penal, que dispone que “la acción penal prescribe: ... respecto de las faltas, en seis meses.”. Agrega que la prescripción es una institución de orden público, llamada a consolidar las situaciones de hecho, transformándolas en situaciones de derecho. En este caso, la Concesionaria se libera de responsabilidad cuando transcurren más de seis meses a contar del día en que se dice consumada la infracción.

16. Expone que la resolución que impugna consiste en no haber registrado a tiempo en el RNUT los contratos suscritos con los adquirentes de Televías, obligación que no está contemplada en las BALI. Éstas no contemplan la existencia del RNUT, pero regulan la obligación de entregar información al MOP, en la letra “m” del apartado 1.15.3.4, a lo cual siempre y en todo momento dio cumplimiento. Añade que la sanción que se le aplica a la Concesionaria no está basada en la letra “m”, porque dicha sección de las Bases contempla expresamente la posibilidad de que se produzcan errores, disponiendo la manera de corregirlos y, adicionalmente, tampoco establece un plazo para la notificación del contrato al RNUT, sino, solamente, la obligación de entregar información.
17. Señala que la letra h del artículo 1.15.3.4 de las BALI, contempla una obligación de hacer (que consiste en mantener en buen funcionamiento el sistema de cobro) para conseguir dos resultados: transparencia en el cobro y confiabilidad en la información, por un lado, y, por otro, evitar cobros indebidos a los usuarios. La confiabilidad en el sistema no se ha afectado, porque se reparó en forma oportuna el error y se solucionó todo problema a los presuntos perjudicados. La expresión “cargo indebido”, según ha de entenderse, implica que el afectado hizo un desembolso que gravó su patrimonio y, como en la especie su parte restituyó lo cobrado, no hay, en definitiva, desembolso patrimonial alguno que grave al afectado.
18. Agrega que la letra “m” de las BALI, obliga al MOP a poner a disposición del Concesionario gratuitamente un registro de usuarios de tags, y no cabría, entonces, la posibilidad de que por errores en ese Registro se sancione al Concesionario.
19. Expresa que no sostiene que pueda hacer caso omiso del RNUT. Lo que reclama es que, a pesar de haber tomado todas las medidas del caso, sin estar obligado expresa y formalmente a ello, se la sancione con una multa desproporcionada en relación al hecho, a sus consecuencias y a su gravedad.

20. Agrega que la reglamentación del sistema del RNUT no contempla normas que impongan el deber de responder incluso del caso fortuito. En ese punto se aplican las reglas generales de responsabilidad y, entre ellas, el artículo 1547 inciso segundo del Código Civil, conforme al cual el deudor no es responsable del caso fortuito, salvo mora o disposición especial de la ley o estipulación contractual.
21. Añade que como consta al MOP, se tomaron todas las medidas del caso para salvar la omisión que se había producido, a objeto de evitar que estos hechos pudieran repetirse en el futuro. Junto con ello, se procedió a dejar sin efecto las infracciones cursadas (a petición de otras concesionarias), se retiraron de los Juzgados de Policía Local todas las denuncias; se restituyó el dinero cobrado a los afectados con tal exceso de celo que, en muchos casos, incluso, se hizo respecto de verdaderos infractores que vieron saneada su situación de modo gratuito. Además los tránsitos no fueron refacturados. En resumen, transitaron gratuitamente por las autopistas.
22. Señala que su representada fue sancionada por un hecho imprevisto, irresistible, que no tuvo medio de prever al momento de comenzar la prestación del servicio, y que todo ello no es ajeno a lo ordenado por el MOP de poner en marcha anticipadamente el servicio. Se debe considerar que sólo Vespucio Sur realiza 16.000.000 de transacciones mensuales. Por ello califica lo ocurrido como un caso fortuito o fuerza mayor.
23. Estima que la insuficiencia del “sistema” provisorio que fue utilizado, no pudo ser detectada y corregida con antelación, por lo que no puede ser imputable al Concesionario, quien, limitado por el tiempo y las circunstancias, no alcanzó ni le era posible, en el limitado tiempo disponible, detectar y enmendar este error sin generar molestias a un muy escaso número de sus usuarios.
24. Expone que su representada obró con la diligencia debida para encarar una insuficiencia del sistema, respecto de la cual no le cupo intervención ni responsabilidad ninguna. Estima, sobre este

particular, que la responsabilidad del Concesionario es subjetiva, debiendo, por lo mismo, juzgarse si la conducta desplegada corresponde al nivel de diligencia y cuidado impuesto en la ley.

25. Señala que tan pronto se detectó la falla en el sistema, la Concesionaria ejecutó todos los actos que racionalmente eran exigibles para normalizar el servicio, sin eludir su responsabilidad y logrando, en un muy corto plazo, la plena normalidad. De aquí se desprende el hecho de que ningún usuario haya reclamado contra nuestra representada y, paralelamente, que todos hayan comprendido la naturaleza e inevitabilidad de lo acontecido. Agrega que debe sumarse el hecho de que se prestó toda suerte de información al MOP y se le mantuvo en conocimiento de los hechos y de las medidas que se estaban adoptando para superar la situación, cuestión que no ha suscitado controversia ni reproche de su parte.
26. Finaliza solicitando que se deje sin efecto la sanción aplicada mediante Resolución Exenta DGOP N° 4.118 de 15 de octubre de 2008, relativa a una multa por presuntas 192 infracciones que se tasan a razón de UTM 200 cada una o, en subsidio, que se rebaje sustancialmente el total de la multa al monto que este Tribunal Arbitral estime ajustado a derecho, con costas si hubiere oposición por parte del Ministerio de Obras Públicas.
27. Además de lo anterior, solicita, en mérito de lo establecido en el artículo 28 de las Normas de Procedimiento fijadas con fecha 10 de mayo de 2010, hace presente que se ha dispuesto la suspensión de los efectos del Resuelvo Exento DGOP N° 4.118 de 15 de octubre de 2008, durante la tramitación de este procedimiento arbitral.
28. Asimismo, adjunta la siguiente nómina de los acreedores prendarios de la Concesión, la individualización de sus representantes y sus domicilios:
 - a) Banco SYNCORA GUARANTEE INC., representado para estos efectos por Drew D. Hoffman y José María

Eyzaguirre Baeza, ambos domiciliados en 1221 Avenue of the Americas, New York, NY 10020-1001;

- b) Banco ICO, Instituto de Crédito Español, representado para estos efectos por: Miguel López de Foronda y Carlos Luceño Sánchez, ambos domiciliados en Paseo del Prado 4, 28014, Madrid, España; y
- c) Tenedores de Bonos Serie A representados por el Banco de Chile, representado para estos efectos por Juan Alberdi Monforte y Felipe Figueroa Candia, ambos domiciliados en Agustinas 975, oficina 314, Santiago, Chile.

III. Con fecha 23 de junio de 2010 la Comisión Arbitral proveyó la demanda dando traslado a la demandada.

IV. Con fecha 2 de agosto de 2009, doña María Teresa Muñoz Ortúzar, Abogada Procuradora Fiscal de Santiago, del Consejo de Defensa del Estado, en representación del Ministerio de Obras Públicas, contesta la demanda de la Sociedad “Concesionaria Autopista Vespucio S.A.”, que dice relación con la procedencia en la aplicación de 192 multas, por 200 UTM cada una, que le fueran impuestas por Resolución Exenta DGOP N° 4.118, de 15 de octubre de 2008, en virtud del incumplimiento de lo establecido en el 1.15.3.4 letra h) de las Bases de Licitación de la Concesión (BALI o Bases) en relación con el artículo 1.8.11.1 letra c) de las mismas Bases, solicitando su completo rechazo atendido los antecedentes de hecho y de derecho que expone:

1. Expone que en relación a la problemática que se plantea por la imposición de las multas señaladas, la normativa aplicable al contrato de Concesión “Américo Vespucio Sur, Ruta 78 - Avenida Grecia” establece lo siguiente:
 - a) Ley de Concesiones de Obras Públicas, Artículo 29: “Corresponderá a la Dirección respectiva del Ministerio de Obras Públicas, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario, de sus

obligaciones, tanto en la fase de construcción, como en la explotación de la obra. En caso de incumplimiento, podrá imponer al concesionario las sanciones y multas que el reglamento y las bases de licitación establezcan, siempre que éstas sean inferiores a 500 unidades tributarias mensuales. Sin perjuicio de lo anterior, el concesionario podrá recurrir a los mecanismos a que se refiere el Artículo 36º de esta ley.”.

b) Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, Artículo 47, Infracciones y Sanciones: N° 1: “El incumplimiento o infracción, por parte del concesionario, de cualquiera de las obligaciones del contrato de concesión, será causal de sanciones y multas.”

c) Bases de Licitación:

i.- Punto 1.8.11.1.: Tipos de infracciones y sanciones: “En caso de incumplimiento de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, el Inspector Fiscal notificará a la misma de la infracción detectada y propondrá la aplicación, si es el caso, de las multas que se estipulan a continuación:

c) Durante la etapa de explotación.

Artículo bases de licitacion	Monto (UTM)	Tipo de infracción	Criterio de aplicación	Otros
1.15.3.4	200	Incumplimiento de lo dispuesto o cualquier acción desarrollada por el Concesionario	Cada vez que sea contraria a lo establecido.	

ii.- Punto 1.15.3.4, letra h): “El Concesionario será el único responsable de mantener el buen funcionamiento del sistema de cobro de tarifas, asegurando la transparencia del cobro

y la confiabilidad de la información que éste genere, incluso en situaciones de fuerza mayor o caso fortuito. Ningún error del sistema, como defectos o daños en antenas identificadoras, mecanismos de registro de información o cualquier defecto de fabricación o instalación de los tags o transponders, podrá tener como consecuencia cargos indebidos a los usuarios o propietarios de vehículos, aplicándose en todo caso lo dispuesto precedentemente.”.

2. A continuación explica el tratamiento que se les da a los “tránsitos infractores”, esto es, tránsitos de vehículos que no poseen dispositivo tag, o que no poseen un medio de cobro habilitado en el Sistema de cada concesionaria, al cual cargar las transacciones.
3. Señala que el vehículo sin tag o sin contrato habilitado, utiliza el mecanismo establecido contractualmente para circular por estas vías, en su modalidad de Pre-Pago, Pase Diario (PDU), o en su modalidad de Post-Pago, Boleto de Habilitación Tardía (BHT), para regularizar el tránsito generado. En este último caso cuenta con 20 días a partir del plazo. Transcurridos los 20 días, considerados como ventana educativa para el usuario, sin que se haya materializado el correspondiente pago, la Sociedad Concesionaria cuenta con dos herramientas legales establecidas para estos efectos:

a) La Ley 18.290, Ley de Tránsito, dispone en su artículo 118 bis la obligación de uso de Televía para ingresar o circular por las rutas que utilicen esta tecnología. El incumplimiento de esta norma habilita al Inspector Fiscal del contrato a denunciar al dueño del vehículo como infractor a la referida ley ante el competente Juzgado de Policía Local, correspondiente al primer pórtico detectado.

- b) La Ley de Concesiones otorga en su artículo 42 un derecho al concesionario para reclamar judicialmente el “peaje no pagado”. El incumplimiento de esta Ley habilita al concesionario a iniciar un cobro prejudicial

en primera instancia, y judicial en definitiva para cobrar su “peaje no pagado”.

4. Expresa que existen consideraciones de hecho y derecho que permiten afirmar, que tanto el fundamento de las 192 sanciones, como el procedimiento seguido por la Administración para la aplicación de esas multas, se ciñeron estrictamente a los principios de legalidad y tipicidad y respetó el ejercicio del derecho de defensa del sancionado.
5. Expresa que la Resolución materia de esta reclamación no impone una multa establecida en las BALI que sea igual o superior a 500 UTM. Con lo cual no se configuran los presupuestos exigidos por el artículo 30 N° 1 de la Ley de Concesiones, para el pronunciamiento previo y favorable de la Comisión Conciliadora. Agrega que no existe ni una sola referencia en la Resolución que impuso la multas que se discuten, de la que se pueda desprender, ni remotamente, que se trata de una sola sanción. Toda alusión a éstas, está efectuada en términos plurales.
6. Señala que, si se analiza la totalidad de las multas establecidas en el artículo 1.8.11.1 de las BALI, llamado “Tipos de Infracciones y Multas”, se advierte que, tanto durante la etapa de construcción como de explotación, existen infracciones que se encuentran sancionadas con multas de diversos montos según la mayor o menor gravedad de la infracción. Existe un catálogo de multas que van desde las 50 UTM hasta las 5.000 UTM, tipificadas por diferentes unidades de tiempo.
7. Expresa que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1.15.3.4 letra h) de las BALI, en relación con lo previsto por el punto 1.8.11.1 de las mismas, el criterio de aplicación que debe considerar el IF del contrato para aplicar una multa es: “cada vez” que se infrinjan las obligaciones contenidas en la primera norma citada. En otras palabras, cada vez que un usuario de las autopistas fue procesado como tránsito infractor, a pesar de haber contado con convenio de Televía legalmente celebrado y, como consecuencia de ello, se vio

obligado a adquirir un pase diario único o un boleto de habilitación tardía, la Sociedad Concesionaria debió ser sancionada con una multa de 200 UTM. Añade que pretender que con prescindencia de la cuantía individual de las multas establecidas en las bases administrativas, se requeriría igualmente el pronunciamiento previo y favorable de la Comisión Conciliadora si es que sumadas todas ellas alcanzan una cuantía igual o superior a 500 UTM, es una interpretación antojadiza que no da cuenta del verdadero espíritu del legislador y que, por lo demás, va más allá de los términos literales de las normas aplicables, sin que exista fundamento jurídico ni técnico alguno para ello.

8. Indica que no ha existido “ánimo del MOP de esquivar” la previa autorización de la Comisión Conciliadora para cursar las 192 multas, menos podría aseverarse que el Ministerio ha pretendido defraudar la Ley, al no haber solicitado la intervención de la Comisión.
9. Expone que en la especie el Concesionario contó con todos los antecedentes necesarios para ejercer, en tiempo y forma, cada uno de los derechos que la ley franquea en su favor en contra del acto administrativo de que se trata.
10. Sobre el tema plantea dos consideraciones:
 - a) La primera, aun cuando la Resolución no detalla cuáles son los usuarios afectados que debieron adquirir un PDU o BHT, a pesar de tener un contrato de televía vigente, ella, tal como lo menciona el Concesionario, se remite al informe elaborado por la empresa Tuxpan Gestión S.A. a iniciativa de la Concesionaria, “con el fin de asegurar la correcta operación de los Sistemas tanto de AVS como del RNUT”. Fue así como Tuxpan Gestión S.A. elaboró y entregó su informe en el mes de abril de 2008. Ese informe tuvo como objetivo auditar los procesos y procedimientos, tanto informáticos como administrativos, que se llevan a cabo en la

Concesionaria Vespucio Sur S.A. con respecto al Sistema de Cobro Electrónico, basados principalmente en el cumplimiento de los requerimientos funcionales y de rendimiento establecidos en las Bases de Licitación del contrato de concesión que se trata. La auditoría de Tuxpan concluyó que “Existe un conjunto de patentes que firmaron un contrato con AVS para transitar en las autopistas, que tienen tránsitos en las distintas autopistas urbanas concesionadas posteriores a la fecha de firma (alta) del contrato, que, según la información manejada por esta consultoría, no estaban informadas en el RNUT en fechas posteriores a la del contrato. En particular habría afectado a: 192 PPU que habrían comprado un PDU; 272 PPU que habrían pagado una boleta infractora; y 983 PPU a las que habrían cursado alguna infracción en los JPL.”. Durante el período de elaboración de la referida auditoría, la Sociedad Concesionaria formuló algunas observaciones a la empresa Tuxpan, en relación al documento que deberían evacuar sobre el tema en debate. No obstante, ninguna de esas observaciones estuvo dirigida en el sentido que actualmente alegan, esto es, la falta de individualización de los casos antes comentados.

- b) En segundo término, señala que el Concesionario aduce no conocer cuáles son los 192 casos contenidos en la Resolución, en virtud de la cual se cursó la multa en su contra, por tal motivo estaría impedido de revisarlo y formular descargos en su contra, sin embargo, ¿cómo pudo la Sociedad Concesionaria Américo Vespucio Sur S.A. solucionar el problema a los afectados, restituir lo cobrado, y por último, cómo puede inferir que los afectados no realizaron desembolso patrimonial alguno, si por otro lado, manifiesta desconocer cuáles serían los casos afectados con su negligente actuar? Concluye a este respecto que la Concesionaria siempre conoció la individualización de los 192 casos aludidos en la

Resolución N° 4.118, de 15 de octubre de 2008, que debieron indebidamente y por culpa de una deficiente gestión de la reclamante, adquirir un PDU o BHT, en circunstancia que poseían un contrato de televía plenamente vigente. Razón por la cual, esta parte de la reclamación debe ser desestimada en su integridad.

11. Señala, respecto de la prescripción de las multas esgrimida por la contraria, que el artículo 20 del Código Penal, expresamente estatuye que no se reputan penas las multas. En este sentido, si el propio artículo citado excluye a las multas como penas, malamente podría serle aplicada la prescripción de las faltas penales, establecidas en el artículo 94 del Código del ramo.
12. Agrega que desde el punto de vista del ámbito de aplicación y la naturaleza de la sanción, tampoco son asimilables o analogables las normas sobre la sanción penal al caso que nos ocupa.
13. Expresa que la sanción penal es una expresión del Estado represivo, es decir, del órgano estatal ejerciendo un rol coercitivo respecto de ciertas conductas que deben encontrarse expresamente tipificadas por una norma legal, cuya infracción la sociedad no está dispuesta a tolerar. Es una solución de extrema ratio, es decir, que en circunstancias de estricta necesidad, la sanción penal es aplicada por el Estado como último recurso para velar por la protección de determinados bienes jurídicos que representan los intereses estimados como esenciales por toda la sociedad, impidiendo así la justicia por mano propia y manteniendo la paz social. Ello es de una naturaleza completamente diferente al vínculo relacional que une a la Administración con el concesionario.
14. Precisa que no existe norma expresa respecto a la prescripción de las multas en el contrato de concesión, esto es, ni la Ley de Concesiones, su Reglamento, ni el contrato de concesión, fijan expresamente un plazo para que el MOP aplique a la Concesionaria las multas que correspondan, en los casos de incumplimientos previstos en las respectivas BALI. Añade que ante el silencio

del legislador y de las partes, en el contrato que las regula, no corresponde aplicar por analogía las normas del Código Penal, contra texto expreso como ya señaló, además de ser normas cuya aplicación es de suyo restrictiva, sino que habrá de estarse a la voluntad que trasunta aquel silencio, esto es, la normativa supletoria que rige en materia contractual. En este sentido, en materia de prescripción la normativa aplicable es la prescripción extintiva de cinco años contemplada en los artículos 2.514 y 2.515 del Código Civil.

15. Añade que en el marco del contrato de concesión de obra pública, las sociedades concesionarias son entidades o personas que poseen la calidad de co-contratante con la Administración, ya que poseen el carácter o rol de contraparte en el marco de los derechos y obligaciones que nacen del contrato de concesión. Éste se caracteriza, entre otras, por ser bilateral, generando para los contratantes derechos y obligaciones de naturaleza mixta, es decir, de derecho público y derecho privado. Ello, evidentemente, sin perjuicio de las potestades específicas de la Administración, que dicen relación fundamentalmente con la continuidad del servicio, que la Administración conserva dentro de sus poderes-deberes y que, si bien comunica al concesionario a través de la concesión de la obra pública de la que se trate, no la delega en él.
16. Indica que atendida la naturaleza de este vínculo contractual existente entre el Estado y el concesionario, la aplicación de multas al Concesionario se verifica en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales contraídas libremente por él y no en virtud de una infracción administrativa. La fuente directa de la sanción no es la ley sino que el contrato. Sobre esta base, no parece ser el ius puniendi estatal el que actúa frente al incumplimiento contractual del concesionario, sino que fundamentalmente se trataría de la aplicación de cláusulas penales o sancionatorias, previstas en el contrato y que tienen por objeto persuadir a la contraparte a cumplir con las obligaciones contraídas en el referido contrato.

17. Añade que este sistema de reparación contractual, posee una naturaleza muy particular, en tanto se encuentra inserto en un contrato cuyo marco jurídico está conformado por normas de derecho público, pero que comparten ciertas características e instituciones con el derecho privado. Al posicionarse la Administración, en alguna medida, a la par del concesionario, asume el rol de contraparte en el marco del contrato de concesión, asumiendo derechos y obligaciones respecto de su contraparte privada, como si fuese un igual y no como un órgano dotado de imperio que impone y coacciona.
18. Agrega que confirma lo sostenido, el mismo Reglamento de Concesiones, que en el artículo 44 señala que, durante la vigencia del contrato, el respectivo Director tendrá todas las facultades y atribuciones que conforme al ordenamiento jurídico le correspondan, teniendo a lo menos las que individualiza, dentro de las cuales cabe destacar la del literal “i) en general, tendrá todas las facultades y atribuciones que le correspondan como parte del contrato de concesión.”.
19. A continuación señala que existe plena concordancia entre el proceder de la Sociedad Concesionaria y los elementos del tipo previstos en el artículo que sirvió de fundamento a la aplicación de las 192 multas que se cuestionan. Agrega que corresponde al Concesionario la exclusiva responsabilidad de mantener el sistema de cobro electrónico en buen funcionamiento.
20. Expone que el sistema de autopistas urbanas, está constituido por cuatro autopistas: Autopista Central o Eje Norte Sur, Costanera Norte o Eje Oriente Poniente, Américo Vespucio Norte, entre El Salto y la Ruta 78 y Autopista Américo Vespucio Sur, entre la Ruta 78 y Avenida Grecia:
 - a) Señala que cada una de las autopistas mencionadas, opera según un modelo conceptual similar. Este modelo comienza cuando un usuario, a través de los canales habilitados para estos efectos, solicita adherirse

al sistema de cobro electrónico, este acto se formaliza mediante la suscripción de un convenio y la entrega al usuario de un dispositivo televía (o Tag), el cual es instalado en cada vehículo para su uso. Este convenio denominado Convenio Televía es incorporado, a través de los sistemas de Atención a Clientes implementados contractualmente, al Sistema Central de cada autopista.

- b) Agrega que el usuario comienza a circular con el tag por las autopistas urbanas, generando transacciones en los puntos de cobro, las que son acopiadas y posteriormente, a través de sistemas diseñados para tales efectos, trasladadas a Sistema Central, éste constituye el núcleo de los sistemas de cobro electrónico, se realiza el match o corroboración entre las transacciones generadas, identificando que el Tag que las generó tenga asociado un Contrato o Convenio Televía. En caso que el contrato esté registrado en el Sistema Central en tiempo y forma, se asocian las transacciones al contrato y posteriormente se canalizan al sistema de atención a clientes, donde finalmente se facturan. En caso contrario, las transacciones son derivadas para su análisis y, eventualmente, se transformarán en transacciones infractoras, cuyo destino final son los Juzgados de Policía Local, por infracción a la Ley de Tránsito y a la Ley de Concesiones. Dichos cuerpos legales habilitan a los Concesionarios a demandar ante tribunales el peaje no pagado por el usuario.

21. Expresa que una de las funciones prioritarias del Sistema Central de cada Concesionaria consiste enviar la información de los Convenios Televías, radicada en base de datos, hacia un repositorio o base de datos centralizada, denominado RNUT (Registro Nacional de Usuario de Telepeaje), donde se registra sistemáticamente toda la información de los Contratos de Televía vigentes. Este proceso es un diálogo entre dos sistemas, que se efectúa a través de un lenguaje común denominado XML (Extensible Markup Language:

“lenguaje de marcas extensible”), el que se utiliza como lenguaje estándar para el intercambio de información estructurada en diferentes plataformas. Las operaciones posibles en este proceso son básicamente tres: alta, baja y modificación.

22. Agrega que el RNUT, recibe la información de cada una de las Sociedades Concesionarias, realiza ciertas verificaciones, las registra y las replica hacia otras Sociedades Concesionarias, incluida aquella que dio origen a la información avisándole, si corresponde, la correcta recepción de la misma. Este procedimiento se constituye como la práctica habitual de operación de sistema.
23. Añade que el mandato del punto 1.15.3.4 letra h) de las BALI, que obliga al Concesionario a registrar en tiempo y forma los contratos al RNUT. El no haber registrado en el RNUT al momento de su suscripción un Contrato de Televisión, legalmente celebrado, constituye un incumplimiento de una de las obligaciones que asisten a los concesionarios operadores del Sistema. El hecho de no haber ingresado el alta del contrato al RNUT en tiempo y forma, ocasionó serias inconsistencias en el sistema electrónico de cobro. Así fue que, como consecuencia de la deficiente gestión de la Sociedad Concesionaria Vespucio Sur S.A., más de un centenar de usuarios se vieron compelidos a adquirir un PDU o BHT, en circunstancias que éstos estaban confiados que al haber suscrito su Contrato de Televisión, su información sería utilizada seria y profesionalmente por su contraparte –Concesionaria AVS-.
24. Consigna que el Sistema de Cobro Electrónico implementado en las autopistas urbanas tienen como pilar de su desarrollo el concepto de confianza. Este concepto puede ser analizado desde tres puntos de vista:
 - a) Desde la perspectiva de un mono operador, esto es, la relación entre la Sociedad Concesionaria y el usuario, supone que el convenio firmado por el usuario será usado en tiempo y forma por la Sociedad Concesionaria para cobrarle sus pasadas por un pódium, liberando al

usuario de consecuencias perniciosas en relación a sus propios pódicos.

- b) Desde la perspectiva de la vinculación que se da entre las Sociedades Concesionarias, el MOP y los usuarios, se espera que la información de su Convenio de Televisión será informado por la Sociedad Concesionaria en tiempo y forma al resto del Sistema, permitiendo iniciar acciones de cobro a las otras Concesionarias y liberando al usuario de consecuencias en relación con los otros operadores.
- c) Desde la perspectiva del Estado-MOP, por su parte, asegura esta confianza por medio del cumplimiento de estándares técnicos, que constituyen la piedra angular del sistema de cobro electrónico. Entre ellas destacan: los estándares que regulan las transacciones a nivel del pódico; las pruebas necesarias para cumplir con ese requerimiento; la rigurosa gestión que se le debe dar a las claves de seguridad del Ministerio; los archivos denominados “parámetros mínimos”, que permiten auditar el sistema de cobro; la comunicación con el RNUT y del procedimiento del transferencia de claves a un operador autorizado.

25. Señala que en el caso en comento, muy por el contrario a lo aseverado por el reclamante, hubo una abierta violación a la confianza del sistema, por cuanto, los demás operadores del sistema, los usuarios del mismo y la opinión pública, cuestionaron con gran fuerza el funcionamiento del sistema. Agrega que hubo perjuicio, hubo un cobro y un cargo indebido a los usuarios. La Concesionaria intenta justificar su proceder al señalar que no existió cobro, ni desembolso que gravara el patrimonio de los usuarios afectados. Los 192 usuarios afectados, a los que hace alusión la Resolución N° 4.118, desmintiendo lo aseverado por la sociedad sancionada, debieron desembolsar efectivamente de

su patrimonio el costo de un PDU o de un BHT. Es más, el propio reclamante reconoce haber restituido lo cobrado.

26. Indica que en el Plan de Contingencia, de julio de 2007, al tratar los “Tránsitos facturados a valor BHT o PDU post pago”, la Concesionaria reconoció que tenía la intención de reparar “tanto la totalidad de los perjuicios económicos directos de los clientes así como los que eventualmente se les hubiesen generado a las demás SC, si correspondiese, producto de la inconsistencia de fechas de instalación y contratación que originan estos eventos.”.
27. Expresa que no resulta técnica ni jurídicamente procedente argumentar que debido a que los usuarios no instalaban el dispositivo Tag en sus vehículos, fueron registrados como tránsito infractor. Estas transacciones corresponden a un conjunto de datos que se configuran a partir de datos provistos por el propio pórtico y por el dispositivo Tag. Datos como: la Sociedad Concesionaria que entregó el Tag, el tipo de vehículo asociado y particularmente la identificación del contrato individual, por medio una variable denominada “Contract Serial Number”, que representa el número de serie del contrato, son entregados a cada transacción por el Tag, y sólo por el Tag, es decir, la existencia de este dato en la transacción demuestra que el Tag está presente en el vehículo. Por su parte, el punto de cobro entrega datos como la fecha y hora exacta de la transacción, un número correlativo único de cada punto de cobro, el identificador del operador del pórtico, la tarifa aplicada, y datos del sistema de clasificación, tales como el ancho y el alto del vehículo. Los datos señalados, así como otros relevantes, son reunidos, encriptados con claves de seguridad, asegurados para su utilización posterior, en la facturación al usuario. De igual forma, para efectos de auditoría, todos estos datos conforman los denominados “archivos de parámetros mínimos”, que deben ser entregados por cada Sociedad Concesionaria como parte de sus obligaciones contractuales.
28. Añade que no es efectivo que se sancionen hechos atribuibles a un caso fortuito que la Concesionaria no podía prever. En efecto, de

acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45 de ese cuerpo legal, se llama fuerza mayor o caso fortuito “el imprevisto a que no es posible resistir como un naufragio, un terremoto, los actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos, etc.”. La doctrina mayoritaria está conteste en que para configurar la existencia del caso fortuito o fuerza mayor, los hechos que lo constituyen deben revestir, copulativamente, las siguientes características: a) Inimputables, vale decir, que provengan de una causa enteramente ajena a la voluntad de las partes; b) Imprevisibles, esto es, que no se haya podido prever dentro de los cálculos ordinarios y corrientes; y c) Irresistibles, es decir, que no se haya podido evitar, ni aun en el evento de oponerse las defensas idóneas para lograr tal objetivo.

29. Señala que en varios pasajes del libelo se reconoce expresamente que los hechos que motivaron las inconsistencias en el RNUT, están lejos de ser ajenos a la demandante, toda vez que se alude a expresiones que a todas luces dan cuenta que producto de su actuar se provocó una alteración en el sistema electrónico de cobro. Se alude a expresiones como “error involuntario”, “tan pronto como se detectó la existencia del error en el Registro, se tomaron urgentes medidas para remediar esta situación...”, “problemas propios de la operación inicial del sistema...”. Sin embargo, dado que la Sociedad Concesionaria ingresó con una fecha posterior a la que efectivamente se suscribió el respectivo convenio al RNUT, la información de 192 usuarios que contaban con contratos o convenios de televías, y por ese motivo, es decir, por el tardío actuar del concesionario, dichos usuarios fueron tratados como tránsito infractor, debiendo adquirir Pase Diario o Boleto de Habilitación Tardía.
30. Expone que los problemas no provienen del RNUT, sino tal como lo reconoce la actora, los hechos que produjeron la alteración comentada tienen como único origen una deficiente gestión en el procesamiento interno de la información. Fue la Sociedad Concesionaria que tuvo “problemas inherentes al inicio de sus operaciones, cuestión que razonablemente ninguna empresa puede dejar de experimentar”, como expresa en su presentación.

31. Concluye al respecto señalando que los errores que menciona la Sociedad Concesionaria, no son tales, debido a que es imposible adjudicarle responsabilidad de acuerdo a cómo ocurrieron los hechos. Los contratos suscritos en la Sociedad Concesionaria Vespucio Sur y que forman parte de la presente demanda, fueron ingresados al sistema RNUT con una fecha de contrato errada y de forma claramente tardía. Por lo tanto, el problema administrativo de la concesionaria, asociado a la gestión de sus convenios, se tradujo en una desactualización de la información en la base de datos del RNUT –que como se dijo precedentemente forma parte del sistema electrónico de cobro–, lo que finalmente se tradujo en consecuencias no deseadas en los usuarios. Agrega que los hechos sobre los cuales la Concesionaria pretende eximirse de responsabilidad no califican de imprevisibles e inevitables en los términos del artículo 45 del Código Civil, además de no ser ajenas al control de la propia Concesionaria.
32. A continuación, y respecto de la alegación de la sociedad referente a que el MOP no habría considerado las circunstancias en que los hechos se produjeron ni las circunstancias de haberse reparado con celo los eventuales perjuicios producidos, señala que se debe tener en consideración lo expuesto precedentemente, pues los hechos que se reprochan en las 192 multas que se discuten tiene su génesis en la Concesionaria. A mayor abundamiento, la actora reconoce que contrató a una empresa externa a efectos de diseñar e implementar el sistema informático que permitiera la administración y operación de los televías y registros informáticos que debían generarse y que esa empresa contrató. El Ministerio no tuvo participación alguna en la implementación del sistema informático interno del concesionario, por lo que no resulta atendible intentar eximir su responsabilidad en la falla de sus sistemas, cuando en definitiva fue la propia Sociedad Concesionaria que se responsabilizó por su implementación.
33. Solicita la demandada que la Comisión alce la medida de suspensión de los efectos de la Resolución DGOP(E) N° 4.118, de 15 de octubre de 2008, considerando por una parte, los perjuicios que causa no sólo a esa parte sino que al sistema completo la eternización de

este tipo de medidas. Añade que la suspensión decretada por la Comisión, constituye un impedimento para que el MOP ejerza sus legítimas atribuciones y la Sociedad Concesionaria cumpla con su obligación contractual y legal de pagar las multas aplicadas sobre la base de los incumplimientos en que efectivamente incurrió.

V. A fojas 107 la Comisión Arbitral tuvo por contestada la demanda y ordenó traslado, teniendo por acompañados los documentos respectivos. Asimismo, confirió traslado a la demandante para que se pronunciara sobre el alzamiento de la suspensión de los efectos de la Resolución DGOP (E) N° 4.118, de 15 de octubre de 2008, solicitada por la demandada.

VI. A fojas 115 la demandada evacua el traslado, solicitando se mantenga la suspensión decretada en autos.

VII. A fojas 119 la Comisión resuelve rechazar el alzamiento de la suspensión de los efectos de la Resolución DGOP (E) N° 4.118, de 15 de octubre de 2008.

VIII. Con fecha 26 de agosto de 2010 se evacuó el escrito de réplica en que se confirman las razones que se contemplan en la demanda para fundamentar sus peticiones.

IX. Con fecha 30 de agosto de 2010 la Comisión Arbitral da por evacuada la réplica y ordena traslado para la dúplica.

X. Con fecha 14 de septiembre de 2010 se evacuó la dúplica en la cual la demandada refuta las afirmaciones y razonamientos de la actora.

XI. Con fecha 13 de octubre de 2010 la Comisión Arbitral dio por evacuada la dúplica.

XII. Con fecha 13 de octubre de 2010 la Comisión Arbitral recibió la causa a prueba, y estableció como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los dos que expresamente señaló.

XIII. Con fecha 17 de noviembre de 2010 la Comisión Arbitral acogió parcialmente la reposición que presentó la demandante respecto del Auto de Prueba, modificándolo y, en definitiva, recibió la causa a prueba, y estableció como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes:

1. Actos u omisiones que habrían configurado el incumplimiento de la obligación de mantener en buen estado el sistema de cobro electrónico de tarifas, en caso de existir ésta.
2. Autoría y tiempo de ejecución de tales actos u omisiones.

XII. Consideración de las Pruebas Rendidas en Autos.

A. Prueba Documental:

1. Prueba documental presentada por la demandante:
 - a) Copia de la sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema, con fecha 15 de octubre de 2009, en los autos rol N° 2157-2008.
 - b) Copia de la sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema, con fecha 11 de mayo de 2010, en los autos rol N° 4627-2008.
 - c) Copia del Dictamen de la Contraloría General de la República N° 128.226, de fecha 22 de junio de 2007.
 - d) Copia de parte del libro titulado “Derecho Penal, Parte General”, de Enrique Cury Urzúa.
 - e) Copia de parte del libro titulado “Derecho Penal, Parte General”, de Mario Garrido Montt.
 - f) Copia del documento denominado “Comentario al Informe Auditoría Tuxpán a AVS”.

- g) Copia del documento denominado “Solicitud de revisión del Informe Tuxpán por incorporación de antecedentes”.

2. Prueba documental presentada por la demandada:

- a) Copia de Presentación Power Point, efectuada por el MOP, en audiencia especialmente destinada al efecto en la etapa de conciliación.
- b) Copia de Minuta denominada “Caso irregularidades en operación del sistema electrónico de cobro Sociedad Concesionaria Vespucio Sur”, elaborado por el Inspector Fiscal y su asesoría.
- c) Copia de Anotación en el libro de explotación N° 4, folios 35 y 36, de 21 de agosto de 2007.
- d) Copia de Ord. N° 814, de 22 de agosto de 2007, del IF al DGOP.
- e) Copia de Ord. N° 966, de 9 de mayo de 2008, del IF al DGOP.
- f) Copia del Informe Final Consultoría “Auditoría Técnica de Sistema Electrónico de cobro -abril 2008”, realizado por la empresa Tuxpán Gestión S.A., para la revisión y pronunciamiento.
- g) Copia de Ord. N° 967, de 13 de enero de 2008, del Jefe de División de Coordinación Técnica al IF.
- h) Copia de Ord. N° 12/2008, de 15 de mayo de 2008, del Jefe de División de Coordinación Técnica al IF.

- i) Copia de Ord. N° 868, de 20 de septiembre de 2007, del Coordinador General de Obras Públicas al Coordinador de Concesiones de Obras Públicas.
- j) Copia del Oficio Ord. N° 1241, de 14 de julio de 2008, del IF a la empresa Tuxpán Gestión S.A.
- k) Copia de la carta de la Sociedad Concesionaria, de 4 de julio de 2008, por la que se adjunta una minuta denominada “Solicitud de revisión del Informe Tuxpán por incorporación de antecedentes”.
- l) Copia de minuta denominada “Solicitud de revisión del Informe Tuxpán por incorporación de antecedentes”.
- m) Copia de carta de 21 de julio 2008, del representante de la empresa Tuxpán Gestión S.A. al IF.

B. Prueba Testimonial:

1. Los testigos presentados por la demandante, Leonel Gómez Bacho, Sergio Osvaldo Gritti Bravo y Javier Luis Estay González.
2. Los testigos presentados por la demandada, Carlos Encalada Valenzuela, Juan Vascosellos Ibarra, Alejandro Molina Aguirre y Silvia Paulina Ríos Laso.

C. Informe Pericial:

La Comisión decretó, como medida para mejor resolver, la evacuación de un informe pericial para determinar las razones porque se produjeron errores en el registro que AVS hizo de altas y bajas de los usuarios (ingreso y salida del sistema) en el sistema RNUT, desde el inicio de entrega del TAG hasta fines del año 2008, período donde se establece la multa, establecer las acciones que AVS pudo haber adoptado para prevenir o corregir oportunamente dichos errores y estimar el costo

asociado a tales acciones. Para tales efectos se designó al perito Samuel Varas Guevara, quien evacuó el siguiente Informe:

“Determinación del monto de la multa debido a la diferencia en registros entre CAVSA y el Sistema RNUT”, elaborado por el Sr. Samuel Varas Guevara.

Considerando:

Primero: Que a fin de apreciar la conducta que se le reprocha a la Concesionaria y el fundamento de las multas por las que se reclama en estos autos, se hace imprescindible tener en cuenta las características del RNUT;

Segundo: Que el RNUT es un sistema mediante el cual se registran los contratos de uso de las autopistas concesionadas y se controla su empleo y el conjunto de prestaciones a que ellos dan origen. El sistema, como es obvio, abarca a varias concesionarias y cumple un evidente objetivo de eficiencia: si cada una de las concesionarias cobrara su propio peaje, se gravaría a los usuarios con altos costos de transacción tanto a la hora de emplear el sistema como a la hora de fiscalizarlo. Así las cosas el RNUT permite que exista una provisión por parte de múltiples concesionarias; pero que el conjunto opere como un sistema;

Tercero: Que el precedente es un sistema fiduciario, o de confianza, que reposa sobre el escrupuloso comportamiento de las Concesionarias y del regulador, en este caso el MOP mediante la Inspección Fiscal, quien, en custodia del interés general, debe verificar que: i) cada una de las Compañías cumpla sus obligaciones respecto del RNUT y ii) requerir las informaciones específicas que juzgue convenientes para cumplir sus deberes de fiscalización;

Cuarto: Que, como ya se dijo en la propuesta de conciliación entregada a las partes y en otro pronunciamiento de esta misma Comisión, en este tipo de casos suele haber dos distintas obligaciones de informar: una de ellas es la obligación ordinaria sobre la que reposa el sistema conocido como RNUT. Consiste esta obligación en entregar información

al sistema acerca de la fecha e identidad de los contratos que se celebran cotidianamente; la otra obligación es la de entregar información por parte de las concesionarias a requerimiento preciso y específico del MOP. Esta obligación no es general como la anterior, sino que se encuentra reducida, por decirlo así, a los casos particulares en que el MOP lo requiera;

Quinto: Que, así las cosas, son dos las obligaciones cuyo incumplimiento podría reprocharse y dar lugar eventualmente a una multa como la que aquí se reclama: una, la obligación general de ingresar información al RNUT; otra, la información específica de informar al MOP cuando este lo requiera. La primera es un deber general del concesionario que permite, como ya se explicó, que el conjunto de las concesiones opere como un sistema disminuyendo los costos de transacción que, de otra forma, lo harían inviable; la segunda es un deber específico que nace como consecuencia del requerimiento del MOP;

Sexto: Que de esas dos obligaciones, el MOP reprocha en estos autos el incumplimiento de la primera de ellas;

Séptimo: Que la infracción de esa obligación produce dos tipos de daños que es imprescindible tener a la vista a la hora de apreciar el problema. De una parte, un daño a los particulares cuyo contrato fue informado de manera defectuosa o tardía; de otra parte, un daño a la confiabilidad del sistema en su conjunto. Como es obvio, ninguno de esos dos daños tendría reparación si el MOP no estuviera en condiciones de cursar multas ejercitando su facultad sancionadora. Para cada particular el coste de reclamar o perseguir la responsabilidad de la concesionaria sería más alto que la compensación que se obtendría;

Octavo: Que ambos tipos de incumplimiento producen consecuencias jurídicas distintas: el primero da origen a la obligación de reparar en la medida del daño; el segundo da origen a una pena con base contractual que tiene por objeto inhibir futuros incumplimientos. La primera responsabilidad es reparatoria, la segunda tiene fines punitivos;

Noveno: Que en estos autos se trata de juzgar la sanción punitiva que ha decidido aplicar el MOP y que en estos autos se contiene;

Décimo: Que es opinión de esta Comisión que la sanción punitiva debe cumplir dos objetivos simultáneos que la autoridad encargada de cursarla no debe descuidar: de una parte, inhibir futuros incumplimientos (que es la función de la pena prevista en las Bases de Licitación); de otra parte, permitir que, no obstante la sanción, la Concesión pueda seguir funcionando sin estar expuesta a gravámenes que hagan imposible o dificultoso en extremo su funcionamiento;

Décimo Primero: Que, por lo mismo, y requerida para resolver equitativa y razonablemente el reclamo, esta Comisión piensa que una multa razonable es una capaz de inhibir futuros incumplimientos; pero, a la vez, eludir los dos extremos pretendidos por las partes, es decir, no equivalga ni a *una* multa (como sería el caso si todas las infracciones respondieran a un único propósito) ni tampoco a la suma de *todas* las infracciones reprochadas;

Décimo Segundo: Que, como se ha explicado ya, en estos autos y para mejor resolver se ha solicitado un informe pericial acerca de los costes de prevención en que debió incurrir la concesionaria para evitar los incumplimientos que ahora se le reprochan. Lo razonable de esta medida se comprende fácilmente si se tiene presente que los incumplimientos reprochados son función, principalmente, del tipo y cantidad de los recursos destinados a mantener al día la información al RNUT. Por lo mismo, es útil averiguar cuál es el coste en que debiera haber incurrido la concesionaria para evitar el incumplimiento que hoy se le reprocha. A ese monto podemos denominarlo el *coste de precaución*;

Décimo Tercero: Que el perito ha informado a esta Comisión que el coste de precaución o de prevención asciende a la suma única y total de 4.900 unidades de fomento;

Décimo Cuarto: Que cualquier sanción debe estar por encima del coste de precaución, única manera de que la concesionaria tenga incentivos para adoptar precauciones. Como es obvio, si el coste de las precauciones es más alto que la multa, habrá incentivos para preferir esta última, lo que perjudicaría el bienestar social y el sistema de concesiones en su conjunto. Así, cualquier multa que esté por debajo del coste de precaución

incentivaría y haría rentable el incumplimiento. Ello aconseja evitar entonces considerar las infracciones de autos como *una sola* infracción;

Décimo Quinto: Que, como también es fácil comprender, cualquier multa que esté muy por encima del coste de precaución podría desincentivar en el largo plazo la ejecución del conjunto de la actividad, motivo por el cual debe descartarse también la aplicación de la suma de todas las infracciones;

Décimo Sexto: Que, en consecuencia, esta Comisión debe resolver cuál sería la suma que estando por encima del coste de precaución, esté sin embargo por debajo de la suma total de las infracciones. Así no sería rentable el incumplimiento y, a la vez, no se desincentivaría en el largo plazo la ejecución del conjunto de la actividad;

Décimo Séptimo: Que es deber de este tribunal encontrar un criterio razonable y equitativo para fijar ese monto;

Decimo Octavo: Que el Código Civil –que es base de la equidad y de los principios básicos del derecho– proporciona un criterio que le permite a este tribunal dirimir ese problema. Las reglas del Código Civil en general establecen como sanción el doble de la obligación cuyo incumplimiento se reprocha. Así ocurre cuando el legatario sustrae bienes de la sucesión (artículo 1231, inciso segundo) o cuando un cónyuge distrae u oculta bienes de la sociedad (artículo 1768). El doble de la obligación es además el límite máximo que el derecho civil, por regla general, consiente (artículo 1544, inciso primero);

Décimo Noveno: Que los criterios señalados en el numeral anterior se refieren a casos en que hay dolo por parte del infractor y que en la especie, en virtud de la prueba rendida en autos, y a juicio de este Comisión solo se ha configurado un actuar culposo por parte de la Concesionaria, motivo por el cual corresponde moderar prudencialmente los criterios señalados.

Vigésimo: Que en consonancia con lo anterior, este tribunal decide que la multa correcta –eficiente y equitativa– debe ascender a la suma

única y total equivalente a uno coma siete veces del coste de precaución o prevención que consta en autos, esto es, la suma de 8.330 unidades de fomento;

Vigésimo Primero: Que habiendo motivos para litigar ambas partes pagarán las costas por mitades, disponiéndose que las correspondientes al MOP se descuenten, mediante una compensación parcial, de la multa.

Se resuelve:

1. Que se acoge parcialmente la demanda, debiendo la Sociedad Concesionaria Autopista Vespucio Sur S.A., pagar al Ministerio de Obras Públicas, por concepto de multas, la cantidad equivalente a 8.330 unidades de fomento, monto que deberá ser reajustado, entre la fecha en que quede ejecutoriada esta sentencia y la fecha de pago efectiva, aplicando una tasa anual equivalente al promedio, entre el mes en que quede ejecutoriada esta sentencia y el mes anterior al día del pago, de los valores mensuales de la tasa de interés promedio del sistema bancario para operaciones reajustables en UF de más de un año y superiores a 2000 UF, que informa la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.
2. Que todas las costas procesales de este juicio, así como las devengadas en la etapa de conciliación previa, incluidas en ellas los honorarios pagados a los miembros de la Comisión, los correspondientes a las labores de secretaría y el peritaje, deberán ser pagadas por mitades, por cada parte. Las costas personales deberán ser asumidas por cada una de las partes. En atención a que la Sociedad Concesionaria Autopista Vespucio Sur S.A. ha pagado la mayor parte de las costas procesales de esta causa, se deberá descontar del monto señalado en el numeral 1 anterior –realizando una compensación parcial– la parte de las costas que le correspondieren al Ministerio de Obras Públicas.

Certifico que concurrieron al fallo los comisionados señores Alejandro Jadresic M., Sr. Carlos Peña G. y Sr. Enrique Alcalde U.

