

Santiago, dieciséis de noviembre de dos mil veinte.

Vitos y teniendo presente:

Primero: Que, el Consejo de Defensa del Estado asumiendo la representación del Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Concesiones interpone recurso de queja en contra de los jueces árbitros señores Juan Pablo Román Rodríguez, Luis Octavio Bofill Genzsh y Mario Barrientos Ossa, miembros de la Comisión Arbitral del contrato de concesión de obra pública fiscal “Hospital de Antofagasta”, en razón de haber cometido falta o abuso al dictar la sentencia definitiva de única instancia en la reclamación deducida por la Sociedad Concesionaria Salud Siglo XXI S.A ante la Comisión Arbitral Hospital de Antofagasta.

En cuanto a la falta o abuso cometido, señala que la sentencia dio por establecido, sin cumplir con estándares mínimos de fundamentación que, el MOP incurrió en falta de diligencia en la ejecución de sus obligaciones, justificando con ello el retraso de la Concesionaria en la puesta en marcha provisoria del servicio de las obras del Hospital.

Explica que, el 28 de agosto de 2018 la Concesionaria dedujo una demanda arbitral en contra del Ministerio de Obras Públicas, reclamando la improcedencia de la resolución DGOP N° 2557 de 24 de julio de 2018 que impuso 17 multas de 200 UTM cada una por atrasos en la puesta en servicio provisorio de las obras. La impugnación se fundó en que la resolución tuvo una tramitación deficiente, y extemporánea además de haber sido impuesta de forma ilegal y arbitraria y contraria a la normativa legal y contractual. Por su parte, el MOP sostuvo que su actuación se ajustó a lo dispuesto por los artículos 29 de la Ley de Concesiones, 47, 48 del Reglamento y de los artículos 1.8.7 y 1.10.3 de las Bases de Licitación. Además de indicar que, la fecha de puesta de servicios se fijó par el 29 de septiembre de 2017, sin que la Concesionaria la cumpliera, señalando otros incumplimientos.

La sentencia acogió la petición subsidiaria de la actora, consistente en rebajar el monto de las multas aplicadas.



En cuanto a la falta o abuso grave cometido en la sentencia, el recurrente señala que la sentencia establece que, el MOP no incurrió en mora en el cumplimiento de sus obligaciones, sin embargo, concluye infundadamente, a juicio del recurrente, que el MOP actuó con falta de diligencia en la ejecución de sus obligaciones, lo que habría motivado parcialmente el retraso de la Concesionaria en obtener la puesta provisoria de los servicios, coligiendo que habría operado una “compensación de culpas”.

Para ejemplificar lo anterior, extracta el considerando undécimo y décimo tercero de la sentencia:

Considerando Undécimo: “(...) a esta Comisión le parece que lo que ha intentado acreditar la demandante en estos autos, más que mora de parte del MOP en el cumplimiento de sus obligaciones (que cause la excepción que interpone), que no ha acreditado, es que ella, la demandante, ha sido diligente en el cumplimiento de sus obligaciones y que pese a sus esfuerzos todo fue en vano para obtener la PSP en la fecha comprometida. (...) Luego, la segunda cuestión es que esta Comisión sí es de la opinión que el MOP ha concurrido también con sus actos a motivar el retraso en el debido cumplimiento de la fecha máxima para la PSP. Esto es, hay mora del deudor, pero hay concurrencia de culpas con el acreedor para motivar esa mora.

Considerando Décimo Tercero: “No hay mora de parte del MOP, que justifique una excepción de contrato no cumplido. Sin perjuicio de ello hay falta de la debida diligencia en el MOP en la ejecución de sus obligaciones, que han motivado al menos parcialmente el retraso de la Sociedad Concesionaria en la PSP. La Comisión aprecia la concurrencia de culpas, de ambas partes.”

En concreto reclama, que el fallo no expresa el razonamiento por el cual, no obstante establecer que no existió mora o incumplimiento contractual, si existió una negligencia compartida o concurrencia de culpas, institución que es propia de la responsabilidad extracontractual y permite la distribución en la reparación de los daños.

Junto con lo anterior, alega que, la sentencia omite las consideraciones realizadas en la operación de compensación.



Agrega que, la sentencia no especifica respecto de cuales obligaciones y en qué circunstancias el MOP habría incurrido en una actuación culpable, limitándose a señalar que: “la prueba de cada parte permite demostrar que hubo atrasos que se originaron en las conductas de ambos actores”, sin indicar cuáles son los medios de prueba valorados.

Conforme a lo anterior, afirma que la sentencia recurrida vulnera los requisitos de los artículos 4 y 5 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil y los números 6, 7, 8, y 9 del auto acordado de la Corte Suprema sobre la forma de las Sentencias. Esto porque, la circunstancia de que la valoración de la prueba se realice conforme a la sana crítica no libera a los árbitros de su obligación de fundar su decisión.

En suma, solicita que se corrijan las faltas o abusos graves, eliminando de los considerandos Undécimo, Duodécimo y Décimo Tercero de la Sentencia toda referencia a la infundada conclusión de que el MOP habría actuado con culpa en el cumplimiento de sus obligaciones, o bien modificándola para remediar la falta y/o abuso reprochados del modo que esta Corte de Apelaciones mejor determine, dejándola sin efecto en la parte reprochada y rechazándose en definitiva totalmente la demanda, con costas.

Segundo: Que, informando al tenor del recurso, los miembros de la Comisión Arbitral del Contrato de Concesión de Obra Pública recurridos, señalan en cuanto a los antecedentes procesales que, conforme al artículo 36 bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas Fiscales, las sentencias de la Comisión Arbitral no son susceptible de recurso alguno, de lo que concluyen que los hechos establecidos en la sentencia, son inamovibles, puesto que se trata de una sentencia de única instancia.

A continuación, indican que, en el recurso no se describe ninguna falta o abuso grave, pues para fundarlos se debe imputar ultrapetita, exceder la competencia, entre otros, argumentos que no fueron alegados en el recurso. Por el contrario, sostienen que, en la especie, lo que se pretende es una apelación oblicua, pretendiendo por la vía del recurso de queja que se examine la prueba



rendida y la forma en que se valoró, pretendiendo vulnerar la prohibición contenida en el artículo 36 antes citado.

Agrega que, tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido que el recurso de queja referido al fondo del asunto, sólo procede en casos muy excepcionales y graves, como por ejemplo cuando la sentencia es ininteligible, evidentemente arbitraria o resuelve contra norma legal expresa. Por el contrario, los recurridos señalan que la sentencia recurrida cumple con los requisitos de forma y fondo y resuelve de modo ajustado a derecho.

Argumenta que, la petición del recurso deja en evidencia que se trata de un intento de apelación, pues se solicita derechamente que el fallo sea enmendado, apreciando la prueba de un modo que implicaría entrar al fondo del asunto.

Sostienen además que la Comisión Arbitral acogió la petición subsidiaria rebajando la multa aplicada a la mitad, por aplicación del principio de proporcionalidad señalado en el N°187 de las BALI. Profundiza, explicando que el fallo razona considerando que, el MOP tardó más de 9 meses para materializar la sanción, por un atraso de 17 días, lo cual no resulta equitativo.

En cuanto a la falta de precisión respecto de las obligaciones que se le imputa culpa al MOP en su ejecución, los recurridos, sostienen que la sentencia expresa claramente en el considerando séptimo, octavo, noveno y décimo que el MOP ha faltado a los principios de eficacia y eficiencia en atención al tiempo transcurrido hasta materializar la sanción.

Respecto a la infracción del artículo 170 N°5 del Código de Procedimiento Civil, el informe señala que la sentencia enuncia cada una de las normas legales en las que se funda. Sobre el incumplimiento de los numerales 6, 8 y 9 del Auto Acordado sobre la forma de las sentencias, señala que todo lo relativo a este punto se encuentra descrito en el visto 10 y probado con la documentación a la que se refiere el visto N°59.

Tercero: Que cabe destacar que el Recurso de Queja se encuentra contemplado en el Título XVI del Código Orgánico de Tribunales, que trata de “La Jurisdicción Disciplinaria y de la Inspección y Vigilancia de los Servicios



Judiciales”, y está reglamentado en su párrafo primero que lleva el epígrafe de “Las Facultades Disciplinarias”.

Cuarto: Que, conforme al artículo 548 del mismo cuerpo legal ya referido, el Recurso de Queja solo procede cuando en la resolución que lo motiva se haya incurrido en falta o abuso, o en errores u omisiones manifiestas y graves.

Quinto: Que, en consecuencia, toda decisión que no sea de un comportamiento funcionario así reprochable, tendrá que ser impugnada mediante los recursos procesales ordinarios que pueda franquear la legislación, los que en el presente caso resultan improcedentes de acuerdo al artículo 36 bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas Fiscales.

Sexto: Que la Comisión Arbitral de acuerdo al artículo 36 bis, ya citado, tiene las facultades de árbitro arbitrador en cuanto al procedimiento y debe apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Séptimo: Que el recurrente de queja cuestiona a la Comisión el que para rebajar la multa impuesta a la Sociedad Concesionaria impute al Ministerio de Obras Públicas una falta de diligencia en la ejecución de sus obligaciones, sin precisar a cuáles obligaciones se refiere, omitiendo la mínima fundamentación para dar por establecida la culpa de un contratante, sin explicar qué medios de prueba analizó.

Sin embargo, de la lectura de la sentencia puede advertirse que la Comisión Arbitral sustenta su fallo en principios de buena fe, en la circunstancia que el MOP tardó nueve meses para materializar una sanción contractual por un atraso en la obtención de la Puesta en Servicio Provisoria de la Obra (P.S.P) de 17 días, para luego referirse en su considerando 12° específicamente a este retraso, aludiendo a la prueba testimonial de ambas partes y concluyendo que si bien hubo retraso, este fue menor habida consideración de la magnitud de la obra y de la complejidad de los eventos que los testigos de la demandante describen como críticos y atribuibles al MOP.

En consecuencia, no es efectivo que la sentencia sea infundada pues, explica las razones que la llevaron a concluir como lo hizo, siendo evidente que cuando imputa responsabilidad al MOP lo hace sobre la base de las declaraciones



de los testigos cuyos relatos son reproducidos en los puntos 55 y 56 de la sentencia.

Octavo: Que si bien el fallo puede ser equivocado cuando razona sobre temas de responsabilidad, si se considera que en la especie se trata del cumplimiento de obligaciones contractuales, ello no alcanza para constituir una falta o abuso de la Comisión Arbitral y mucho menos una de carácter grave como la que requiere el recurso de queja. En efecto, la sentencia desestimó la demanda principal y, solo acogió la petición subsidiaria de rebaja de la multa impuesta y para acceder a esto, razonó en el motivo décimo cuarto sobre la existencia de plazos exiguos para ejecutar la obra, y que de acuerdo a los oficios que detalla ésta se encuentra terminada conforme a los requerimientos establecidos en el proyecto definitivo aprobado, por lo que aludiendo al principio de proporcionalidad, estimó que debía reducir la magnitud de las multas aplicadas, cumpliéndose así las exigencias de fundamentación que echa en falta el recurrente.

Noveno: Que dentro de este escenario no es posible concluir que la Comisión Arbitral haya realizado algunas de las conductas que la ley reprueba y que sería necesario reprimir y enmendar mediante el ejercicio de las atribuciones disciplinarias de esta Corte, pues evidentemente se enmarcan dentro de la labor interpretativa que de la realidad fáctica como de las evidencias realizaron los jueces, sin que por el solo hecho de no decidir como una de las partes aspiraba importe necesariamente incurrir en el vicio que exige este medio de impugnación.

Décimo: Que, por lo dicho no se advierte, entonces, que se haya cometido alguna falta abuso, no siendo el recurso de queja una “*instancia*” que permita al tribunal superior revisar el mérito de la resolución impugnada sino una forma de ejercicio de la función disciplinaria frente a “*graves*” faltas o abusos cometidos en determinadas resoluciones sin que ello suponga compartir la apreciación de los hechos y aplicación del derecho efectuada.

Y de acuerdo a lo señalado en el artículo 549 del Código Orgánico de Tribunales, se declara:

Que se **RECHAZA, sin costas** el recurso de queja deducido por el Consejo de Defensa del Estado en representación del Ministerio de Obras Públicas,



Dirección General de Concesiones en contra de los jueces árbitros señores Juan Pablo Román Rodríguez, Luis Octavio Bofill Genzsh y Mario Barrientos Ossa, miembros de la Comisión Arbitral del contrato de concesión de obra pública fiscal “Hospital de Antofagasta.

Regístrese, comuníquese y, en su oportunidad, archívese.

Redactó la Ministra Mireya López Miranda.

N°Civil 16.362-2019.



Pronunciado por la Quinta Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Mireya Eugenia Lopez M., Alejandro Rivera M. y Ministro Suplente Juan Enrique Olivares U. Santiago, dieciséis de noviembre de dos mil veinte.

En Santiago, a dieciséis de noviembre de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 06 de septiembre de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>