

C.A. de Santiago

Santiago, diez de diciembre de dos mil veinte.

Vistos:

1°).- Comparece doña Ruth Israel López, Abogada Procurador Fiscal de Santiago, del Consejo de Defensa del Estado, por el Fisco de Chile -Ministerio de Obras Públicas- Dirección General de Concesiones, ambos domiciliados en Agustinas 1687, comuna y ciudad de Santiago, interpone recurso de queja, en contra de los señores jueces árbitros don Juan Carlos Dörr Zegers y don Carlos Peña González, integrantes de la Comisión Conciliadora del contrato de concesión de la obra pública fiscal “Sistema Américo Vespucio Nor-Poniente, Av. El Salto Ruta 78” quienes dictaron el 28 de julio de 2020 con falta o abuso grave, la resolución que rechazó un recurso de reposición interpuesto por el MOP con fecha 27 de julio de 2020, en contra de la resolución de 20 de julio de 2020, lo que tuvo como consecuencia que se abstuvieron de seguir tramitando la reclamación interpuesta por el MOP el 9 de junio de 2020, haciendo imposible la continuación del juicio.

Sostiene que las faltas o abusos graves cometidas en la dictación de la resolución de 28 de julio de 2020, consisten en haberse negado a dar curso a la reclamación interpuesta por el MOP contra la Sociedad Concesionaria Vespucio Norte Express S.A., en infracción de la Ley de Concesiones de Obra Pública, su reglamento y las normas de procedimiento, privando al MOP -en su calidad de parte del contrato-, de su derecho a recurrir al mecanismo de solución de controversias contemplado para el contrato de concesión, y en definitiva privándolo de la garantía constitucional del derecho de acción en contra de normas jurídicas expresas.

Expone que el presente recurso incide en la ejecución del contrato de concesión de la autopista urbana que corresponde al anillo norte de la Circunvalación Américo Vespucio, que constituye uno de los ejes estructurantes del Plan Regulador Metropolitano de Santiago. Dicha autopista, cuenta actualmente con telepeaje, se extiende entre Av. El Salto por el oriente, y la Ruta 78, por el poniente, cruzando las comunas



de Huechuraba, Recoleta, Conchalí, Quilicura, Renca, Cerro Navia, Pudahuel y Maipú. La ruta interactúa, además, con vías expresas de importancia, como Ruta 5 Norte, Ruta 57-CH, autopista Costanera Norte, Ruta 68, Ruta 78 y autopista Vespucio Sur. De igual forma se conecta, en la actualidad, con el centro de la capital a través del Túnel San Cristóbal.

Luego del proceso de licitación, mediante el D.S. MOP N°493 de 5 de marzo de 2002, se adjudicó el contrato de concesión a las empresas que componían el grupo licitante compuesto por las empresas Grupo Dragados S.A. Agencia en Chile, Empresa Constructora Brottec S.A., Empresa Constructora Belfi S.A., Hochtief Projektentwicklung GmbH Sucursal en Chile, Hochtief Aktiengesellschaft Vorm.Gebr.Helfmann y Taurus Holdings Chile S.A.

Señala que el D.F.L. MOP N°164 de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, contempla un arbitraje especial para la solución de las controversias surgidas en el marco de esta clase de contratos. Actualmente, y luego de la promulgación de la Ley N°20.410 en el año 2010, que modificó la Ley de Concesiones, conviven dos sistemas de solución de controversias en materia de disputas que surgen con ocasión de un contrato de concesión de obra pública.

El primer sistema, -que es aplicable a la mayoría de los contratos vigentes- corresponde a un arbitraje donde el Tribunal actúa inicialmente como una Comisión Conciliadora que, de no lograr acuerdo, sigue adelante como Comisión Arbitral. Sus jueces son árbitros arbitradores. Estas comisiones se componen de tres integrantes, uno designado por el MOP, otro designado por el concesionario, y un tercer integrante designado de común acuerdo.

El segundo sistema, se introdujo con la Ley N°20.410 que modificó la Ley de Concesiones el año 2010 y rige para los contratos de concesión celebrados con posterioridad a su entrada en vigencia. Este segundo sistema eliminó las Comisiones Conciliadoras y creó un Panel Técnico de Concesiones que no ejerce jurisdicción y emite una recomendación no vinculante. Luego de la tramitación ante el Panel



Técnico de Concesiones se debe presentar la demanda ante la Comisión Arbitral, que bajo la nueva ley experimentó modificaciones en su nombramiento y calidad de los árbitros que la componen.

Agrega que el contrato que motivó el conflicto en que incide este recurso de queja se rige por el primer sistema de solución de controversias, debido a que la propia Concesionaria lo ha escogido así. En consecuencia, el mecanismo de solución de controversias aplicable al caso es uno solo y consiste en el tribunal arbitral especial contemplado en el art. 36 de la Ley de Concesiones.

Que en ese entendido, los árbitros inicialmente llevan a cabo un proceso de conciliación obligatoria con las partes, por lo que esta etapa de la tramitación recibe la denominación de Comisión Conciliadora. Si no se produce acuerdo en este proceso de conciliación inicial, se da inicio al juicio, siempre a cargo de los mismos árbitros, quienes pasan a actuar bajo la denominación de Comisión Arbitral.

Arguye que, actuando con falta y abuso grave, los árbitros han ejecutado acciones ilegales tendientes a evitar que el MOP pueda ejercer su derecho de acción, negándose a dar curso a la tramitación de la reclamación correspondiente, en contra de lo establecido en la Ley de Concesiones, el Reglamento de la misma, lo dispuesto en las Bases de Licitación del contrato, las Normas de Procedimiento de Conciliación fijadas por la Comisión Conciliadora y el Código Orgánico de Tribunales.

En efecto, en virtud del procedimiento de solución de conflictos aplicable a la especie, los quejosos presentaron reclamación el día 08 de junio de 2020, solicitando la intervención de la Comisión Conciliadora, para que conociera sobre la disputa con la Concesionaria del contrato de obra pública, referida a los siguientes puntos : i) correcta interpretación de cláusulas del contrato que disponen la obligación de rebajar tarifas dentro de un año calendario; ii) falta de entrega de información por parte de la concesionaria para fiscalizar el cumplimiento de lo anterior, y iii) el carácter indebido de los cobros realizados por aquélla durante el periodo correspondiente a los años 2015-2019 a 2020.

Indica que la Comisión Conciliadora, tuvo por presentada su



reclamación, con fecha 09 de junio de 2020, confiriendo traslado.

Posteriormente, la concesionaria contestó el traslado conferido sin cuestionar la resolución anterior- la que confirió traslado- sólo alegó falta legitimación activa del Ministerio de Obras Públicas, para activar dicho mecanismo de solución de conflictos, solicitando que la Comisión Conciliadora se abstuviera de seguir conociendo pues el sistema de concesiones entregó al Estado la facultad de imperio para interpretar, ejecutar, impartir ordenes, hacerlas cumplir y sancionar las conductas de la Concesionaria, que considerara constitutivas de incumplimiento, por lo que no era necesario recurrir ante la Comisión Conciliadora.

De esta forma, la Comisión Conciliadora, por resolución de 20 de junio de 2020, pese a que la falta de legitimación activa es una excepción perentoria y que debe ser resuelta en la sentencia definitiva resolvió que: *“... el Ministerio de Obras Publicas tiene facultades de imperio, fiscalizadoras y de interpretación del contrato de concesión de obra pública que rige las relaciones entre las partes, lo que incluye el alcance y el sentido de las obligaciones que en él se contienen, sin perjuicio del control jurisdiccional que eventualmente podría ejercerse”*. Así, agregó la Comisión Conciliadora: *“Que por lo mismo la reclamación carece de sentido desde que lo que en ella se alega pudo establecerse directamente, sin perjuicio de las reclamaciones posteriores que pudiere interponer la afectada”*.

Que el Ministerio de Obras Públicas interpuso recurso de reposición en contra de dicha resolución de la Comisión Conciliadora, mismo que fue rechazado, sin hacerse cargo de sus argumentaciones.

Solicita, tener por interpuesto en tiempo y forma recurso de queja en contra de los señores jueces árbitros don Juan Carlos Doñr Zegers y don Carlos Peña González, integrantes de la Comisión Conciliadora del contrato de concesión de la obra pública fiscal “Sistema Américo Vespucio Nor-Poniente, Av. El Salto – Ruta 78”, por las faltas y abusos graves por ellos cometidas en la Resolución de 28 de julio de 2019, notificada a esta parte el 6 de agosto, admitirlo a tramitación pidiendo a los recurridos que informen y envíen el expediente arbitral, y en definitiva



acogerlo, remediando y corrigiendo las faltas o abusos.

2°).- Que, informando, el recurso los Sres. Jueces Árbitros Juan Carlos Doñr Zegers y don Carlos Peña González, luego de dar cuenta de la naturaleza jurídica y dogmática del recurso de queja , así, como la finalidad que persigue dentro del sistema recursivo nacional, solicitan su rechazo fundado en que no existe falta o abuso grave en la dictación de la resolución recurrida, sino por el contrario una interpretación jurídica distinta a la del quejoso en orden a las normas legales y reglamentarias aplicables al contrato de obra pública que motiva el recurso.

Sostienen que lo discutido en este caso es si el MOP cuenta o no con legitimación activa para elevar una solicitud a la Comisión que, por ahora, es meramente conciliadora. La ley que rige esta disputa, no confiere tal legitimidad a la administración como, en su momento, lo observó la Excelentísima Corte Suprema.

En efecto, en la historia fidedigna de la ley 20.410 y al momento de emitir el informe previsto por la regla constitucional, la Excelentísima Corte observó que los artículos 36 y 28 del proyecto acerca del que emitía opinión, restringía la legitimación activa sólo al caso del incumplimiento grave del contrato. Esas reglas, en lo pertinente, contenían la misma disposición que ha interpretado esta Comisión reiterando el criterio de la Excelentísima Corte. Sugerir o sostener que ese criterio, que la propia Corte Suprema sostuvo respecto de una regla sustancialmente igual, pueda ser constitutivo de una falta o de un abuso susceptible de remedio por vía de este recurso es, como es fácil comprender, un exceso que solo los intereses estratégicos de la administración podrían explicar.

En cuanto al fundamento de la resolución impugnada, el contrato de concesión bajo la ley entonces vigente no es un contrato de derecho privado regido por el principio de igualdad entre las partes, sin que ninguna de ella tenga potestad frente a la otra. Se trata de una relación entre la administración estatal, por una parte, y un privado por la otra, regida por el principio de subordinación de este último a la hora de la ejecución del contrato. Así las cosas, la administración tiene la potestad



de instruir a la concesionaria para la aplicación que juzgue correcta del contrato y esta última recurrir ante la Comisión. Esto es lo que explica la regla contenida en la ley del caso. La administración puede hacer valer su pretensión ante la concesionaria ejercitando su potestad. Y la concesionaria, si considera incorrecto ese ejercicio, puede recurrir a la comisión.

Finalmente, el MOP solo puede o debe recurrir a la Comisión Conciliadora, esto es, aquellos en los que la Administración está legitimada para iniciar un proceso de conciliación, están específicamente determinados en los artículos 28, 29 y 30 de la ley y en los artículos 86 y 87 de su Reglamento.

3°).- Que el recurso de queja se define como una de las vías por medio de la cual la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones ejercen su facultad disciplinaria sobre los demás tribunales que están sometidos a su poder correccional disciplinario. En virtud de él, se le faculta a dichas cortes controlar y castigar las faltas y abusos graves cometidos por los jueces en sus resoluciones judiciales. En ese entendido se les permite resolviendo el recurso de queja, anular una sentencia judicial que contiene la falta o abuso grave, dictar otra en reemplazo y además, en ese caso, castigar con la medida legal al juez responsable.

4°).- Que del concepto enunciado se desprende que los requisitos de procedencia de este recurso extraordinario son: a) que la resolución judicial sea susceptible de este recurso excepcional; b) que exista “faltas o abusos graves” en la conducta del juez o jueces que dictaron la resolución, la que debe estar plasmada en la resolución en contra de la cual se interpone; y, c) que dicho arbitrio sea presentado por la parte agraviada en el plazo fatal de 5 días hábiles contado desde la fecha en que se notifique la resolución que motiva el recurso.

5°).- Que, a fin de resolver las denuncias formuladas en el recurso de queja, es preciso enunciar los siguientes hechos relevantes establecidos en la resolución impugnada:



1°) La Resolución impugnada corresponde a aquella que rechazó un recurso de reposición interpuesto por el MOP con fecha 27 de julio de 2020, en contra de la resolución de 20 de julio de 2020.

2°) La Resolución fue notificada a los quejosos por correo electrónico el 6 de agosto de 2020.

3°) Las faltas o abusos graves que se denuncian, son aquellas cometidas en la dictación de la Resolución de 20 de julio de 2020, consistente en haberse negado a dar curso a la reclamación interpuesta por el MOP contra la Sociedad Concesionaria Vespucio Norte Express S.A., con infracción de la Ley de Concesiones de Obra Pública, su reglamento y las normas de procedimiento, privando al MOP -en su calidad de parte del contrato-, de su derecho a recurrir al mecanismo de solución de controversias contemplado para el contrato de concesión, y, en definitiva, privándolo de la garantía constitucional del derecho de acción en contra de normas jurídicas expresas.

6°) Que tal como se adelantó, uno de los presupuestos de procedencia del arbitrio disciplinario, es que la resolución sea susceptible del tal recurso. Al respecto el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales dispone: *“El recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional. Sólo procede cuando la falta o abuso se cometa en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva, y que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias. Se exceptúan las sentencias definitivas de primera o única instancia dictadas por árbitros arbitradores, en cuyo caso procederá el recurso de queja, además del recurso de casación en la forma.”*

En ese entendido, lo primero que deberá señalarse por esta Corte es que, la Resolución que se pronuncia sobre un recurso de reposición no es de aquellas que permiten la interposición de un recurso de queja, pues no participa de la naturaleza de las señaladas en el - artículo 545



del Código Orgánico de Tribunales -, toda vez que lo realmente discutido es la Resolución de 20 de julio de 2020, esto es, la que negó dar curso a la reclamación interpuesta por el MOP contra la Sociedad Concesionaria Vespucio Norte Express S.A. En consecuencia, cabe concluir que el recurso intentado en la especie no resulta procedente. Igualmente, al ser la resolución indicada la que contiene las presuntas faltas o abusos cometidas por la Comisión Conciliadora, el arbitrio se interpuso fuera del plazo señalado perentoriamente por el legislador.

7°).- Que, solo a mayor abundamiento, para decidir la procedencia del recurso, resulta útil hacer referencia al tema de fondo debatido en autos, y sobre el cual existe una discrepancia interpretativa de las normas que regulan el mecanismo de solución de conflicto establecido en la Ley de Concesiones de Obras Públicas y su Reglamento.

Así, por una parte, los quejosos, sostienen que cuenta con legitimación activa para elevar una solicitud a la Comisión Conciliadora. A su vez, los recurridos, discrepan arguyendo que la ley que rige esta disputa no confiere tal legitimidad a la Administración.

8°).- Que dicha discrepancia interpretativa, tiene su origen en la especial naturaleza jurídica de la que se encuentra revestido el contrato de obra pública. En ese entendido tal como lo ha declarado la Excm. Corte Suprema en su sentencia rol N° 2525-2006, considerando 14°: *“...los contratos administrativos de obra pública tienen una doble característica que los particulariza, primero se enmarcan dentro de los contratos administrativos, en los cuales la administración tiene diferentes potestades, facultades o prerrogativas de las cuales las partes carecen, en el derecho privado, por lo que se les denomina exorbitantes, entre las que se mencionan los poderes de dirección, fiscalización, control, interpretación unilateral, revocación, anulación, variación, resolución, terminación, sancionatorio y ejecutividad de las decisiones adoptadas, sin perjuicio de la revisión judicial en su caso”*.

Ahora bien, si la relación contractual entre la Administración y la Concesionaria - Vespucio Norte Express S.A- tienen una carácter asimétrico, los mecanismos de solución de conflictos regulados en la



Ley de Concesiones y su Reglamento, deben propender necesariamente a equilibrar la posición de la parte más débil en la relación contractual, al momento de producirse un conflicto en el desarrollo, ejecución e interpretación del contrato, constituyéndose en una garantía del administrado frente a las potestades y prerrogativas de la Administración.

9°).- Que, conforme se viene razonando, en la especie, el MOP actúa frente a su contraparte con facultades administrativas que dejan al concesionario en situación de desventaja, de ahí que, la ley otorga al concesionario la facultad de reclamar de las resoluciones del MOP relacionadas con la interpretación o aplicación del contrato para ante una Comisión Conciliadora creada por el artículo 36 de la Ley de Concesiones en su versión aplicable al caso que nos ocupa; y sólo en situaciones excepcionales concede dicha prerrogativa a la Administración, específicamente en las situaciones contempladas en los artículos 28, 29 y 30 de la ley y en los artículos 86 y 87 de su Reglamento.

10°).- Que como conclusión, de lo que se ha expuesto en los considerandos precedentes, resulta evidente que el conflicto sometido al conocimiento de esta Corte, lo es de índole interpretativo de la normativa atinente al contrato en cuestión; y, siendo el recurso de queja un mecanismo de control del cumplimiento de deberes ministeriales, por lo que procede únicamente ante la constatación de infracciones de entidad mayor – faltas o abusos graves- en la dictación de una sentencia o resolución, cuyo no es el caso, de manera tal, que el arbitrio intentado no puede convertirse en una nueva “instancia” que permita al tribunal superior revisar el mérito de la resolución impugnada, como si se tratara de una apelación.

11°) Así las cosas, resulta claro para esta Corte que el recurso pretendido se sustenta en la disconformidad con los argumentos sostenidos por los miembros de la Comisión Conciliadora y una distinta interpretación de la normativa invocada en su resolución. Por lo que, no se aprecian o se advierten las la faltas o abusos graves que se



denuncian de parte de los recurridos, ni menos cómo es que ellas habrían provocado una vulneración al derecho a la acción como arguyen los quejosos, más aún cuando, ha quedado establecido en estrados y no controvertido, que el fondo de lo discutido, esto es, la variación de las tarifas del sistema de peaje de la ruta concesionada, ya se encuentra sometida al conocimiento de la Comisión por la interposición de un reclamo por parte de la Sociedad Concesionaria.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales y demás normas aplicables, se **rechaza el recurso intentado, sin costas**, atendido que los quejosos tuvieron motivos plausibles para litigar.

Redacción del ministro (s) Sr. Juan Carlos Silva Opazo.

Regístrese y devuélvase.

N°Civil-9778-2020.

Pronunciada por la **Séptima Sala** de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministra señora Marisol Rojas Moya e integrada por el Ministro (S) señor Juan Carlos Silva Opazo y por el Fiscal Judicial señor Daniel Calvo Flores. No firma el Fiscal Judicial señor Calvo por encontrarse ausente.



Pronunciado por la Séptima Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministro Marisol Andrea Rojas M. y Ministro Suplente Juan Carlos Silva O. Santiago, diez de diciembre de dos mil veinte.

En Santiago, a diez de diciembre 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>