

Legal |
Opinión | Artículo 1 de 2

Hay que respetar las reglas del juego en los contratos de concesión de obra pública

"...Discrepamos con lo resuelto por la Corte de Santiago en el fallo en comento pues, junto con desconocer la naturaleza misma del contrato público-administrativo en cuestión, resuelve contra texto expreso de la Ley de Concesiones aplicable, sentando un muy mal precedente incluso para las concesiones que están regidas por la nueva Ley de Concesiones..."

Viernes, 11 de diciembre de 2020 a las 21:32



A⁻ A⁺ Imprimir Enviar

Pedro Zelaya

Este es un breve comentario a raíz del fallo de la Corte de Santiago, de fecha 24 de septiembre de 2020, que, conociendo de un recurso de queja interpuesto por el Ministerio de Obras Públicas (MOP), señaló que —bajo el antiguo sistema de concesiones de obras públicas— el Estado/MOP sí puede demandar a la concesionaria por incumplimiento de contrato y perjuicios.

Los hechos son los siguientes. En mayo de 2019, la antigua concesionaria del Aeropuerto Internacional de Santiago presentó un reclamo contra el MOP frente a la Comisión Conciliadora del contrato solicitando el pago de 214.458,58 unidades de fomento (UF), más reajustes e intereses, por los mayores costos que ella había sufrido durante la ejecución de las obras pactadas con el Estado en el Convenio Complementario N° 4.

Con fecha 26 de julio de 2019, el MOP —a través del Consejo de Defensa del Estado (CDE)— no solo contestó dicho reclamo, sino que, además, interpuso una reclamación reconvenzional contra la concesionaria, solicitando que se declarase que esta había incumplido el contrato de concesión y, por ello, debía indemnizarle los perjuicios causados, reservándose, además, la discusión sobre la especie y monto de los daños para un juicio posterior.

Con fecha 29 de julio de 2019, la Comisión Conciliadora "confirió traslado" a la concesionaria del reclamo

reconvencional del MOP, frente a lo cual la empresa repuso señalando, en síntesis, que el MOP no podía demandar reconvencionalmente ante la Comisión, ya que, al no estar contemplado en la ley, ella era incompetente para conocer de esas acciones. Por resolución del 14 de agosto de 2019, la Comisión acogió la reposición presentada por la concesionaria y resolvió rechazar el reclamo reconvencional del Ministerio de Obras Públicas por estimarlo improcedente de acuerdo a la normativa aplicable a ese contrato.

Sin embargo, en agosto de 2019 el MOP interpuso un recurso de queja contra los miembros de dicha Comisión Conciliadora, señalando que la falta o abuso grave habría consistido en privar al ministerio de su derecho a recurrir al mecanismo de solución de controversias contemplado en el régimen de concesión vigente y, en definitiva, privarlo de la garantía constitucional del derecho a la acción, todo ello en contra de normas jurídicas expresas.

Con fecha 24 de septiembre de 2020, la Tercera Sala de la Corte de Santiago acogió el recurso de queja presentado por el MOP y dejó sin efecto la resolución de la comisión conciliadora, disponiendo que esta sí debía dar tramitación a la reclamación reconvencional de incumplimiento y perjuicios interpuesta por el MOP ante dicha comisión.

A este respecto, cabe recordar que el sistema de concesiones de obras públicas chileno — tal como fue previsto y regulado por DFL MOP N° 164 de 1991, según el texto refundido, coordinado y sistematizado en el D.S.MOP N° 900, de 1996, en adelante también la “antigua Ley de Concesiones”— estableció, entre otras muchas instituciones, las siguientes: (i) que el contrato de concesión de obra pública podía ser modificado de común acuerdo por las partes, o por resolución judicial, si, con posterioridad a la celebración del contrato, y durante su ejecución o vigencia, surgían circunstancias imprevistas —no imputables a culpa o negligencia de ninguna de las partes— que implicaban pérdidas y costos extraordinarios para la concesionaria (v.gr. necesidad de hacer obras no previstas en los proyectos de ingeniería definitivos); (ii) que frente a las discrepancias, conflictos o diferencias que surgieran entre las partes en relación con la ejecución e interpretación del contrato, la concesionaria tenía el derecho de acudir a la Comisión Conciliadora y, si no había acuerdo, podía optar entre ir la Corte de Apelaciones de Santiago o solicitar a la Comisión Conciliadora que se transformara en Comisión Arbitral; (iv) que el MOP solo podía recurrir a la Comisión Conciliadora en los casos taxativamente señalados en los artículos 28, 29 y 30 de la antigua Ley de Concesiones y en los artículos 87 y 88 de su Reglamento; (iv) que la Comisión Arbitral podía fallar en equidad y contra dicha sentencia no procedía recurso alguno.

Sin embargo, este primer régimen de concesiones fue sustancialmente modificado por la Ley N° 20.410, publicada el 20 de enero de 2010 (en adelante, la “Nueva Ley de Concesiones”), y, en lo que nos interesa, estableció las siguientes diferencias respecto de la antigua ley: (i) las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes podrán someterse a la consideración de un panel técnico y a solicitud de cualquiera de ellas; (ii) este panel técnico, que no ejerce jurisdicción, debe emitir una recomendación técnica, no vinculante para las partes, en un plazo breve (30 días); (iii) que, salvo el caso de incumplimiento grave de la concesionaria, el MOP solo podrá recurrir ante la Comisión Arbitral una vez que se haya autorizado la puesta en servicio definitiva de la obra y, por último, (iv) que la comisión arbitral debe dictar sentencia definitiva con estricto apego a derecho, respecto de la cual no procede recurso alguno. Ahora mis comentarios:

1. Aunque es claro que esta concesionaria —y su contrato de concesión— estaban regidos por la antigua Ley de Concesiones de Obras Públicas, el MOP decidió judicializar la etapa de conciliación, desvirtuando la

letra y el espíritu de la antigua ley (aplicable a este caso), normativa que previó que la Comisión Conciliadora —sin tener carácter jurisdiccional— debía ayudar a las partes a llegar a un acuerdo, sin forma de juicio, y en el más breve plazo (30 días). Aprovecho de llamar la atención que esto mismo, *mutatis mutandi*, podría suceder hoy respecto de las reclamaciones ante el panel técnico, órgano que tampoco ejerce jurisdicción, pero cuyas actuaciones podrían no gustar al MOP y a sus asesores letrados.

2. Como segundo punto, llama la atención que el MOP haya iniciado esta judicialización a través de la interposición del recurso de queja contra los tres profesionales miembros de dicha comisión, desnaturalizando el propio recurso de queja (arbitrio de naturaleza esencialmente disciplinaria que procede cuando hay falta o abuso grave en el juez que dicta sentencia) y transgrediendo la letra expresa de la antigua ley, que señala que contra la sentencia definitiva no procede recurso (a fortiori: no procede recurso contra actuaciones menores de una comisión conciliadora o de un panel técnico).

3. Asimismo, y esto es lo más importante, sorprende que el MOP haya decidido entablar un reclamo contravencional contra la concesionaria por un supuesto incumplimiento (no grave) de contrato, más perjuicios, sabiendo o debiendo saber que —conforme a lo señalado en la antigua ley— el MOP solo puede acudir a la Comisión Arbitral en los casos señalados en los arts. 28, 29 y 30 de la ley y en los arts 87 y 88 del reglamento, ninguno de los cuales contempla o acepta que el MOP reclame de la concesionaria por incumplimientos no graves del contrato de concesión. Y sorprende toda vez que la doctrina y jurisprudencia más prestigiadas están contestes en señalar que, respecto de los contratos públicos administrativos, existe un claro desequilibrio entre las partes, donde el Estado contratante mantiene una posición dominante y está legitimado para ejercer potestades que no existen en la contratación privada, pues, por ejemplo, (i) puede modificar las obras proyectadas y adjudicadas por causa de interés público (ejercicio del "ius variandi" del art. 19 de la Ley); (ii) puede —a través del inspector fiscal— fiscalizar la ejecución del contrato y dar órdenes e instrucciones obligatorias para el contratista; (iii) puede imponer multas por incumplimientos a dichas órdenes o instrucciones, etc.

4. Por último, y en razón de lo señalado precedentemente, discrepamos con lo resuelto por la Corte de Santiago en el fallo en comentario pues, junto con desconocer la naturaleza misma del contrato público-administrativo en cuestión, resuelve contra texto expreso de la Ley de Concesiones aplicable, sentando un muy mal precedente incluso para las concesiones que están regidas por la nueva Ley de Concesiones.

* Pedro Zelaya Etchegaray es socio de Larrain y Asociados.

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online