

Así se respetan las “reglas del juego” en los contratos de concesión de obra pública (Parte II)

"...Este nuevo fallo dilucida el tema de fondo, a saber, si el MOP/CDE puede o no puede demandar al concesionario de obra pública ante la Comisión Conciliadora y Arbitral del contrato de un concesión, fuera de los casos de excepción contemplados en la antigua Ley de Concesiones. La Tercera Sala había dicho que sí, pero ahora la Séptima Sala, con mejores y más sólidos argumentos, dice que no..."

Miércoles, 30 de diciembre de 2020 a las 18:10



A⁻ A⁺ Imprimir Enviar

Pedro Zelaya

Justo después de haber [ingresado a publicación mi comentario](#) a la sentencia de la Tercera Sala de la Corte de Santiago, de fecha 24 de septiembre de 2020, se dio a conocer esta nueva sentencia, ahora dictada por la Séptima Sala de la Corte de Santiago, con fecha 10 de diciembre de 2020, que, precisamente, interpreta correctamente el régimen de solución de controversias consagrado en y por la antigua Ley de Concesiones de obras públicas, aplicable a todos los contratos de concesión de obra pública adjudicados antes de la entrada en vigencia de la nueva Ley de Concesión (Ley N° 20.410, publicada el 20 de enero de 2010).

Lo interesante de este nuevo fallo es que dilucida —muy acertadamente y con excelentes argumentos— el tema de fondo planteado en mi

anterior comentario, a saber, si el MOP/CDE puede o no puede demandar al concesionario de obra pública ante la Comisión Conciliadora y Arbitral del contrato de un concesión, fuera de los casos de excepción expresamente contemplados en la antigua Ley de Concesiones. La Tercera Sala había dicho que sí, pero ahora la Séptima Sala, con mejores y más sólidos argumentos, dice que no.

En los hechos, y al igual que en el caso anterior, el MOP/CDE interpuso un recurso de queja, ahora en contra de dos prestigiosos miembros de la Comisión Conciliadora del Contrato de Concesión de Vespucio Norte, pues, según los recurrentes, dichos miembros habrían incurrido en falta o abuso grave al determinar que el Estado de Chile no tiene legitimación activa para reclamar o demandar a la sociedad concesionaria ante la Comisión Conciliadora.

Dejando de lado el no menos importante tema del uso y potencial abuso del recurso de queja contra los miembros de las comisiones Conciliadoras y Arbitrales que actúan bajo la antigua Ley de Concesiones, nos parece interesante destacar que la Séptima Sala de Corte de Santiago haya querido dejar en claro, y sin necesidad de hacerlo sino solo a mayor abundamiento, los siguientes puntos en relación con la materia que nos ocupa.

a) En primer lugar, resumió certeramente el tema de fondo debatido en este caso, a saber, la existencia de una discrepancia interpretativa de las normas que regulan el mecanismo de solución de controversias consagrado en la antigua Ley de Concesiones de Obras Públicas y en su Reglamento, pues, por una parte, el CDE sostenía que el MOP sí cuenta con legitimación activa para interponer reclamaciones contra la concesionaria ante la Comisión Conciliadora y demandas directas o reconventionales ante la Comisión Arbitral; en cambio, los recurridos —insignes profesores de Derecho Civil en Chile— discreparon de dicha postura y señalaron, con claros y fuertes argumentos jurídicos, que la antigua Ley de Concesiones de Obras Públicas no confiere tal legitimidad a la Administración del Estado.

b) En segundo lugar, la Séptima Sala de la Corte de Santiago reconoció expresamente —citando un fallo de la Corte Suprema— que todo contrato de obra pública, y también todo contrato de concesión de obra pública, tiene un carácter “asimétrico”, pues el Estado tiene y se reserva —y puede ejercerlas unilateralmente— facultades o potestades propias de toda Administración contratante, las que no existen ni se dan en la contratación de obra privada, siendo el ejercicio de tales potestades la causa y fuente de casi todos los problemas y discrepancias que surgen entre las partes durante la construcción y operación de las obras públicas concesionadas.

c) Por lo anterior, la Corte señala que el mecanismo de solución de controversias previsto en la antigua Ley de Concesiones propende necesariamente —al momento de producirse un conflicto entre las partes— a equilibrar la posición de la parte más débil en esta relación contractual (la concesionaria), constituyéndose así en una garantía del “administrado” frente a las potestades y prerrogativas de la Administración Pública.

d) Que en este tipo de contratos públicos-administrativos el Estado de Chile/MOP actúa frente a su contraparte privada con facultades que la doctrina ha calificado como “exorbitantes”, las que dejan al concesionario privado en una situación de desventaja contractual, y es por ello 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 y no así al Estado, quien siempre puede ejercer dichas potestades en forma unilateral y sin la previa intervención del juez.

e) El fallo en comento también declara que la antigua Ley de Concesiones, aplicable a dicho contrato de concesión, solo concede a la Administración la facultad de reclamar o demandar judicialmente a la concesionaria privada en situaciones excepcionales, específicamente, solo puede demandar en las situaciones contempladas en los artículos 28, 29 y 30 de la antigua ley y en los artículos 86 y 87 de su Reglamento.

f) Por último —y aunque los abogados de la queja intentaron defender lo contrario— la corte fue clara en señalar que la etapa de conciliación en la antigua ley no es una instancia jurisdiccional y que, por tanto, no se pueden ni se deben judicializar sus actuaciones mediante la interposición de recursos judiciales y, menos, mediante el recurso de queja, mecanismo de control del cumplimiento de los deberes ministeriales de los jueces de la República, el que solo procede frente a faltas o abusos graves cometidos por ellos en la dictación de una sentencia o de una resolución judicial, pero no así a los miembros de una Comisión Conciliadora.

Celebramos la claridad y la contundencia de este fallo, el cual —de seguro— será un aporte fundamental para el correcto entendimiento y aplicación práctica del sistema de concesión de obra pública contemplado en la antigua Ley de Concesiones, conjuntamente con el papel que — conforme a la historia fidedigna del establecimiento de dicho cuerpo legal— cumplen, y deben seguir cumpliendo, las comisiones conciliadoras y arbitrales.

** Pedro Zelaya Etchegaray es socio de Larrain y Asociados.*