

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

Análisis de algunos aspectos procesales del sistema de resolución de controversias en concesiones de obra pública

Analysis of some procedural aspects of the dispute resolution system in public works concessions

Juan Carlos Flores Rivas 

jcflores@uandes.cl

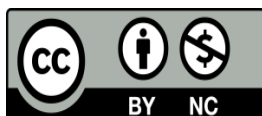
Universidad de los Andes, Santiago, Chile

Maite Aguirrezabal Grünstein 

maguirrezabal@uandes.cl

Universidad de los Andes, Santiago, Chile

RESUMEN En este trabajo analizaremos el régimen de resolución de controversia regulado en la Ley 20.410 a propósito del Contrato de Concesión de Obra Pública en aspectos tales como jurisdicción, competencia, atribuciones de los distintos órganos que intervienen y el acceso a los recursos. El estudio tiene por objeto determinar si el actual régimen de resolución de controversias se ajusta a las normas constitucionales que establecen un debido proceso. Para ello, se estudiará la normativa que regula el arbitraje en los contratos de concesión de obra pública, y los diversos sistemas de regulación de controversias que se han contemplado en las distintas modificaciones legislativas. También se revisará la evolución del sistema de arbitraje a partir de la ley 20.410, y los problemas que actualmente presenta la legislación, y que impedirían a juicio de los autos, un adecuado acceso a la justicia en esta materia. En este punto, se revisarán temas tan trascendentes como la competencia de la Co-



Este trabajo está sujeto a una licencia de Atribución-NoComercial 4.0 Internacional (CC BY-NC 4.0).

misión Arbitral para conocer de las reclamaciones que se efectúen y cómo ha sido acogido en nuestra jurisprudencia el derecho de opción que plantea el sistema en relación con la regla de la radicación. Se analiza de modo especial el limitado acceso al recurso en este tipo de procedimientos, y la procedencia del recurso de queja cuando ya se resuelto un recurso de esta naturaleza.

PALABRAS CLAVES Concesión; obra pública; arbitraje.

ABSTRACT In this paper we will analyze the dispute resolution regime regulated by Law 20,410 regarding the Public Works Concession Contract in aspects such as jurisdiction, competence, powers of the different bodies involved and access to resources. The study aims to determine whether the current dispute resolution regime complies with the constitutional norms that establish due process. To do so, the regulations governing arbitration in public works concession contracts will be studied, as well as the various dispute regulation systems that have been contemplated in the different legislative modifications. The evolution of the arbitration system from Law 20,410 will also be reviewed, as well as the problems that the legislation currently presents, and that would prevent, in the opinion of the proceedings, adequate access to justice in this matter. At this point, we will review important issues such as the competence of the Arbitration Commission to hear claims made and how the right of option that the system raises in relation to the rule of filing has been accepted in our jurisprudence. The limited access to the appeal in this type of procedure is analyzed in a special way, as well as the admissibility of the appeal of complaint when an appeal of this nature has already been resolved.

KEYWORDS Concession; public works; arbitration.

I. Introducción

Las concesiones de obras de infraestructura pública en Chile han sido un gran aporte al desarrollo económico del país. Por una parte, han permitido una alta inversión privada en infraestructura pública y por otra, han generado que el presupuesto del Ministerio de Obras Públicas (MOP), que se destinaba principalmente a la ampliación, mantenimiento y operación de nuestras principales rutas, se canalizara a la am-

1. Entrevista al ex Presidente de la República, Ricardo Lagos Escobar, Consejo Políticas de Infraestructura, Especial 30 años de Concesiones, 4 de mayo de 2023.

pliación de la red complementaria¹.

A nivel dogmático se ha señalado que la legitimidad de la Ley de Concesiones de Obra Pública proviene de su extensión normativa más allá de la tradicional concesión de carretera, como señala Martínez, “(...) con la modificación introducida por la Ley N° 20.410, de 20 de enero de 2010², el ámbito de aplicación fue ampliado no solo a las concesiones de carretera, sino que también a otras obras públicas, como las aeroportuarias, de embalses, etc., ratificando que la técnica concesional es un instrumento permanente en nuestro sistema para el desarrollo de las políticas públicas del Estado y su asociación con el sector privado”³.

Para garantizar el éxito del modelo de concesiones de obras públicas, se ha implementado un particular sistema de resolución de controversias de carácter permanente dentro del contrato de concesión respectivo, en el cual las partes del contrato sujetan cualquier conflicto derivado de su interpretación o ejecución a un régimen de arbitraje⁴.

En este trabajo analizaremos en forma crítica, el régimen de resolución de controversia regulado en el Contrato de Concesión de Obra Pública, desde una perspectiva normativa, dogmática y jurisprudencial, centrándonos los problemas procesales que ha evidenciado en el sistema en materias como el acceso a la jurisdicción ordinaria o la interpretación que ha configurado la jurisprudencia sobre el régimen de recursos.

Se plantea como hipótesis que el sistema de resolución de controversias ha sido el núcleo esencial del contrato de concesión de obra pública⁵, por cuanto ha permitido conocer los diferentes problemas durante la evolución del modelo de infraestructura pública, desde los problemas iniciales del sistema de concesiones, como la determinación de competencia de las comisiones, hasta materias más recientes y de complejidad técnica, como la revisión -vía recurso de queja- de las sentencias definitiva dictada por la Comisiones Arbitrales.

Para comprender el funcionamiento del modelo de resolución de controversia es necesario hacer presente, que actualmente, conviven dos modelos. El primero, para todos los contratos de concesión de obras públicas adjudicados antes de la publicación de la Ley N° 20.410⁶, y que no hubieren optado por someterse al nuevo modelo de resolución de controversia. El segundo, para todos los contratos adjudicados con

2. Ley N° 20.410, de 2010.

3. MARTÍNEZ (2018) p. 13.

4. ROMERO y DÍAZ (2016) p. 110.

5. LOO (2019 b) pp. 185-206; LOO (2019c) pp. 327-359. LOO (2018a) pp. 129-155; LOO (2019d) pp. 419-428.

6. Ley N° 20.410, de 2010.

7. Ley N° 20.410, de 2010.

posterioridad a la publicación de la Ley N° 20.410, esto es, 20 de enero de 2010⁷.

Cabe hacer presente que el legislador, optó por mantener ambos modelos de resolución de controversia, dependiendo su aplicación de la fecha de la concesión, específicamente de la época de adjudicación del contrato de concesión, salvo que el concesionario haya optado por someter su concesión previa al año 2010, al nuevo mecanismo de resolución de controversias, según lo dispuesto por el artículo Primero Transitorio de la Ley N° 20.410 de 20 de enero de 2010.

Entre las razones para que convivan ambos mecanismos de resolución de controversia en forma simultánea, consideramos el hecho que la adjudicación y posterior suscripción del contrato de concesión, no solo fijan las condiciones económicas y financieras, sino que también determina el mecanismo de resolución de controversia aplicable cada contrato, que constituye un elemento esencial del mismo, que influye en la decisión del concesionario al momento de ofertar en un procedimiento licitatorio.

De esta manera, al permitir que los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.410, mantenga el régimen de resolución de controversia anterior, se garantizan los derechos del concesionario a la estabilidad jurídica. Así, en palabras de Ramírez, la ley que ha sido considerada por el concesionario para la estimación de sus condiciones y costos ha sido la vigente al momento de la formulación de su oferta, no existiendo luego la opción que la modifique para adaptarse a las condiciones de la nueva ley⁸.

II. Sistema de resolución de controversias en concesiones de obra pública

1. Mecanismos de Resolución de controversias regulados en la normativa previa a la Ley N° 20.410 del año 2010

El legislador ha dictado distintos cuerpos legales con la finalidad de perfeccionar el sistema de concesiones, entre ellas, destacan las leyes N° 19.252⁹, de 1993, 19.460¹⁰, de 1996 y 19.415¹¹, de 1995. Todas esas normas han sido recogidas en el DS N° 900¹², de 1996 que estableció el texto refundido coordinado y sistematizado del DFL N° 164¹³, de 1991, denominada como Ley de Concesiones de Obras Públicas, que se mantiene

8. RAMÍREZ (2019) pp. 213 y 214.

9. Ley N° 19.252, de 1993.

10. Ley N° 19.460, de 1996.

11. Ley N° 19.415, de 1995.

12. Decreto Supremo N°900, de 1996.

13. Decreto con Fuerza de Ley N° 164, de 1991.

14. ROMERO (2018) pp. 145-164.

vigente para los contratos de concesión en explotación actualmente¹⁴.

En efecto, el artículo 36 del DS N° 900¹⁵, relativo al sistema de resolución de controversias vigente hasta la publicación de la Ley N° 20.410¹⁶, consagra un sistema compuesto por una Comisión Conciliadora y una Comisión Arbitral, con competencia para conocer todos los conflictos o controversias entre el concesionario y el Ministerio de obras Públicas, debiendo en una primera instancia deducir las reclamaciones ante la Comisión Conciliadora, y en caso de fracasar cualquier acuerdo, las partes pueden ejercer el derecho de solicitar que dicha Comisión Conciliadora se constituya en Comisión Arbitral.

La Comisión Conciliadora, tiene por objeto actuar como mediador entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario con la finalidad de lograr un acuerdo en cuanto a la interpretación o aplicación del contrato¹⁷. Cabe destacar que las Comisiones Conciliadoras y las Comisiones Arbitrales, han sido catalogadas como un ejemplo del denominado arbitraje de partes, que permite la nominación unilateral tanto por el concesionario como el Ministerio de Obras Públicas¹⁸, de un árbitro para conocer del conflicto, y de común acuerdo nombrar al tercer árbitro, presidente de la respectiva comisión.

Al respecto, Rufián señala que “(...) la Comisión Conciliadora había sido prevista como una instancia de mediación para tratar de resolver controversias entre la Administración y el concesionario previa o alternativa a cualquier instancia judicial”¹⁹. Por lo tanto, en principio, las Comisiones Conciliadoras no se encontraban investidas de potestades jurisdiccionales, sino sólo facultades de mediar conflictos, pero no de fallarlos ni para ejercer el control respecto de las potestades públicas del Ministerio de Obras Públicas.

Así lo ha ratificado nuestra jurisprudencia cuando ha señalado que:

“La Comisión Conciliadora no tiene jurisdicción, no dice el derecho, de manera que mal podrían impugnarse sus resoluciones por medio del recurso de queja. Y no se trata de que lo resuelto por la Comisión y que ha sido objeto de impugnación por la quejosa no sea una sentencia definitiva o interlocutoria, sin que derechamente no es una resolución judicial, no ha

15. Decreto Supremo N°900, de 1996.

16. Ley N° 20.410, de 2010.

17. ARÓSTICA (2005) pp. 149-154.

18. ENGEL *et al* (2008) p. 4; ENGEL *et al* (2014) p. 198.

19. RUFÍAN (1999) p. 207.

20. *Sociedad Concesionaria Ruta G-60 con Comisión Conciliadora del Contrato de Concesión de Obras Publica Fiscal* (2016).

emanado de un tribunal”²⁰.

No obstante, el legislador reconoce a la Comisión Conciliadora facultades jurisdiccionales, pero de orden cautelar, como, por ejemplo, conocer de la imposición de multas, decretar la suspensión de los efectos de la resolución del MOP, la declaración de incumplimiento grave por parte del concesionario del contrato de concesión²¹.

En el caso, que las partes llegaran a un acuerdo de conciliación total o parcial, debían suscribir un Convenio Complementario o acuerdo transaccional que materializara el o los acuerdos alcanzados y firmado por ambas partes, los miembros de la Comisión y el Secretario. Los Convenios Complementarios, se materializan en acuerdos notariales aprobados por actos administrativos del Ministerio de Obras Públicas, visados por el Ministerio de Hacienda y sujetos al trámite de toma de razón, dependiendo del monto del acuerdo.

En este sentido, Moraga hace presente que:

“La conciliación, en cuanto participa de los caracteres de un contrato de transacción que se perfecciona en una instancia que no es propiamente jurisdiccional -es siempre la etapa de conciliación que le antecedente-, tiene la particularidad de poner fin a un estado de incertidumbre jurídica de las partes a raíz de las posturas enfrentadas que ellas adoptan a la luz de una materia que es susceptible de disposición por las partes y que siempre es jurídica y, usualmente, también económica”²².

Por su parte, respecto de la Comisión Arbitral su funcionamiento se configura como un derecho de opción, pero con carácter de presupuesto procesal²³. En efecto, una vez que la Comisión Conciliadora emitía su pronunciamiento (bases de arreglo) y no se lograba una conciliación entre las partes o sólo se conciliaba parcialmente en algún tema, el concesionario podía optar dentro del plazo de 5 días para solicitar a la Comisión Conciliadora que se constituya en Comisión Arbitral o acudir ante la Corte de Apelaciones de Santiago para que conociesen de la controversia de conformidad con el reclamo de ilegalidad regulado en la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central N° 18.840²⁴. De esta forma, sí el concesionario no ejercía este derecho dentro del plazo legal, se entendía que quedaban firmes las resoluciones o decisiones del

21. RUFÍAN (1999) p. 207.

22. MORAGA (2019) pp. 592 y 593.

23. RUFÍAN (1999) p. 219.

24. Ley N° 18.840, de 1989.

25. RUFÍAN (1999) p. 261.

Ministerio de Obras Públicas, terminando la controversia²⁵.

Por el contrario, sí el concesionario ejercía la opción de activar la Comisión Arbitral, la comisión actuaba conforme a las normas establecidas para los árbitros arbitradores, y el fallo que emita la Comisión Arbitral, pronunciado en equidad, no era susceptible de recurso alguno, salvo el Recurso de Queja interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago, conforme a lo establecido en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales²⁶.

Finalmente, cabe hacer presente que este sistema de resolución de controversia aún se mantiene vigente para todos aquellos contratos de concesión que fueron adjudicados antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.410, de 2010²⁷, y que no optaron por acogerse al régimen de resolución de controversia regulado en dicha ley.

2. Mecanismos de Resolución de controversias regulados en la Ley N° 20.410 del año 2010

Producto de diversos eventos ocurridos durante la vigencia del DS N° 900, de 1996²⁸, el 20 de enero de 2010 se publicó la Ley N° 20.410²⁹, que modificó la Ley de Concesiones y, por ende, el sistema de resolución de controversia.

Dentro de las reformas sustanciales, el legislador optó por la creación de un organismo permanente, técnico e independiente, desprovisto de facultades jurisdiccionales³⁰, llamado a conocer las discrepancias de carácter técnico o económico que las partes estimen conveniente someter a su conocimiento durante la ejecución del contrato de concesión, fue denominado como Panel Técnico de Concesiones, y cuya competencia se encuentra descrita en el artículo 36 de la Ley de Concesiones³¹, co-

26. Ley N° 7.421, de 1943. Sobre el particular, la Corte de Apelaciones de Santiago, se ha pronunciado en varias oportunidades, conociendo de sendos Recursos de Queja interpuestos por los concesionarios en contra de las resoluciones de las Comisiones Conciliadoras. Sobre el particular, es preciso traer a colación el caso *Concesión Internacional Ruta 5, tramo Río Bueno-Puerto Montt* (2008), mediante el cual la Corte de Apelaciones de Santiago, anuló el fallo arbitral que había condenado al Estado a indemnizar a la concesionaria por las pérdidas de flujo en el camino concesionado producto del mejoramiento por el Estado de un camino alternativo y gratuito. La Corte señaló, “*Que, corolario de todo lo expuesto, es que el recurso de queja debe ser acogido, porque efectivamente los jueces recurridos incurrieron en falta o abuso grave, al acoger una infundada demanda, ordenando un pago desmesurado, en verdad no constituyen jurídicamente perjuicio*”.

27. Ley N° 20.410, de 2010.

28. Decreto Supremo N°900, de 1996. Entre los distintos problemas se destacan: (i) la imparcialidad de los árbitros, que, a su vez, eran abogados litigantes; (ii) proyectos defectuosos; (iii) suspensión de la concesión, entre otros. CAMACHO (2014a) pp. 153-157. CAMACHO (2014b) pp. 10-22.

29. Ley N° 20.410, de 2010.

30. MORAGA (2019) p. 590.

31. RADOVIC (2011) p. 98.

rrespondiendo a las que siguen:

1.- La evaluación técnica y económica de las inversiones realizadas por el concesionario, de su estado de avance, de sus costos y plazos, conforme a los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos para la respectiva concesión.

2.- La determinación de la existencia de costos adicionales y sus causas económicas, técnicas o de gestión, o de otros hechos o circunstancias que técnicamente afecten o puedan afectar el normal desarrollo de las obras durante la etapa de construcción.

3.- La definición de que el valor de las inversiones haya sobrepasado alguno de los límites establecidos en los artículos 19, 20 y 28 ter.

4.- La determinación de los efectos económicos que tendría en la concesión la realización de obras adicionales.

5.- La determinación técnica de la tasa de descuento, riesgo del negocio, costos financieros y demás factores económicos que sea necesario establecer para calcular las compensaciones económicas correspondientes al concesionario, en caso de terminación anticipada del contrato de concesión, de realización de obras adicionales o de cualquier otro evento que contemple la ley y que requiera de esos cálculos.

6.- Las demás discrepancias técnicas o económicas que las partes de un contrato de concesión tengan entre sí con motivo de la ejecución del contrato o de la aplicación técnica o económica de la normativa aplicable a dicho contrato y que, de común acuerdo, sometan a su consideración, así como las demás que indique la ley.

Cabe señalar, que las consultas al Panel son obligatorias respecto de los aspectos técnicos o económicos en que se sustente una eventual controversia, de tal manera que los conflictos en torno a estos aspectos solo podrán ser llevados a conocimiento de la Comisión Arbitral, o de la Corte de Apelaciones, cuando hayan sido sometidos previamente al conocimiento y recomendación del Panel Técnico³².

A fin de evitar que el Panel Técnico sea un organismo jurisdiccional, el legislador estableció que las recomendaciones del Panel Técnico no son vinculantes para las partes y tampoco les impide el derecho a recurrir a la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones de Santiago. En efecto, a juicio de Cárdenas, la ley entrega a los pronunciamientos del Panel Técnico en valor de informe de perito³³, no vinculante.

Una segunda reforma sustancial del sistema de resolución de controversias dice relación con el perfeccionamiento del mecanismo de designación de la Comisión Arbitral, el nombramiento e imparcialidad de sus miembros, y como la forma de apreciar la prueba y de resolver el conflicto. En este sentido, los integrantes de la Comisión

32. ROMERO (2018) p. 161.

33. CÁRDENAS (2015) pp. 78 y 79.

Arbitral son elegidos de común acuerdo por las partes, de nóminas elaboradas por la Corte Suprema y por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (profesional de otra disciplina), previo concurso público de antecedentes³⁴.

Este nombramiento se realiza al inicio de la concesión y se mantiene durante el período del contrato de concesión a fin de favorecer la previsibilidad de las decisiones con independencia de eventuales presiones de las partes³⁵.

En cuanto al funcionamiento de la Comisión Arbitral, tiene las facultades de árbitro arbitrador en cuanto al procedimiento, pero debe apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, debiendo dictar sentencia con arreglo a derecho. En consecuencia, es una especie de arbitraje mixto. Y en los aspectos recursivos, la reforma instalada por la Ley N° 20.410, de 2010³⁶, mantiene la ausencia de recursos en contra de la sentencia de la Comisión Arbitral, salvo el recurso de queja.

III. Aspectos procesales relevantes del sistema de resolución de controversias

Sin embargo, este especial régimen de resolución de controversia no ha estado exento de conflictos interpretativos derivados de la aplicación de normas administrativas y procesales respecto de un órgano no jurisdiccional, que se encuentra en el centro de los conflictos que pueden producirse entre MOP y el concesionario, y en que se contempla una instancia arbitral de carácter mixto, sin recurso alguno en contra de la sentencia definitiva.

1. Competencia absoluta en razón de la materia y derecho de opción

El artículo 36 bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas³⁷ dispone que las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que den lugar su ejecución, podrán ser llevadas por las partes al conocimiento de una Comisión Arbitral o de la Corte de Apelaciones de Santiago.

De conformidad con este artículo, deben distinguirse los órganos competentes debido a la materia sobre la que debe conocerse³⁸. En este sentido, si las controversias o reclamaciones ocurren con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, podrán ser llevadas por las partes al conoci-

34. RUFÍAN (2018) p. 245.

35. PONCE DE LEÓN (2013) p. 136.

36. Ley N° 20.410, de 2010.

37. Ley N° 20.410, de 2010.

38. Según las normas establecidas en el Código Orgánico de Tribunales, Ley N° 7.421, de 1943 y el Código de Procedimiento Civil, Ley N° 1552, de 1902.

miento de una Comisión Arbitral o de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Cabe señalar que, las controversias relacionadas con aspectos técnicos o económicos podrán ser llevados a conocimiento de la Comisión Arbitral, o de la Corte de Apelaciones, sólo cuando hayan sido sometidos previamente al conocimiento y recomendación del Panel Técnico, que no ejerce jurisdicción y que solo puede emitir recomendaciones técnicas fundadas.

Por lo tanto, tenemos un primer aspecto difícil de resolver al momento de establecer el tribunal competente, ya que por una parte, separa dicha competencia en razón de la materia, pero luego permite a las partes ejercer un derecho de opción en relación con la elección del tribunal, dejando abierta la posibilidad de que se opte en el primer supuesto por la comisión arbitral o por la Corte de Apelaciones y en el segundo supuesto una opción de segunda instancia, ya que el conocimiento previo se radica en el panel técnico de concesiones.

Como se puede apreciar, el legislador ha dispuesto un sistema de resolución de los conflictos que se susciten entre las Concesionarias y el MOP, que contempla dos tribunales permanentes ante los cuales pueden plantearse los conflictos, con la única exigencia de someterlos previamente al Panel Técnico cuando las controversias tengan un componente técnico o económico.

2. Derecho de opción y radicación por conocimiento previo. Excepciones a esta regla

Un segundo aspecto que se ha discutido en relación con la redacción de la norma es la interpretación que le ha dado la Corte Suprema al derecho de opción regulado en el artículo 36 bis del DS N° 900³⁹, que consagra el derecho del concesionario para que pueda optar en relación con la instancia de resolución de controversias cuando se trate de materias que no tengan naturaleza técnica o económica, como es el caso de las multas aplicadas por el MOP en el ejercicio de potestades públicas.

Al no tratarse materias de este tipo, no es necesario que su conocimiento sea sometido al Panel, por lo que el concesionario puede optar entre accionar ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago mediante un reclamo de ilegalidad, o acudir directamente ante la Comisión Arbitral.

Las preguntas que debemos hacernos son ¿qué sucede con las controversias que se producen después de haber ejercido ese derecho de opción?, o ¿si una vez elegida la Comisión Arbitral, se radican en ella todas las eventuales reclamaciones técnicas,

39. Que dispone expresamente que “Las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, podrán ser llevadas por las partes al conocimiento de una Comisión Arbitral o de la Corte de Apelaciones de Santiago”. Decreto Supremo N°900, de 1996.

económicas e incluso la reclamación de las multas? O bien, ¿si puede el concesionario separar la impugnación de las multas argumentando que estas últimas no se sustentan en materias técnicas ni económicas y que por lo tanto no serían competencia de la Comisión Arbitral?

La jurisprudencia nacional se ha pronunciado favorablemente a privilegiar la regla de la radicación como una forma de asegurar la economía procesal pero también para facilitar el acceso a la justicia, al existir ya un conocimiento previo de los hechos por parte del órgano jurisdiccional que haya prevenido en el conocimiento. Al respecto, la Corte Suprema conociendo un recurso de queja señaló, con mayor profundidad que una vez elegida la vía procesal se genera una especie de radicación para futuros conflictos, considerando que:

“(…) lo que importa a juicio de esta Corte que ya se había ejercido por ambas partes la opción que contempla la norma en comento, por lo que no le era posible en esta ocasión interponer su acción para ante la Corte de Apelaciones respectiva como lo hizo, puesto que la norma es clara al disponer que “las controversias o reclamaciones que se produzcan”, debiendo entenderse que se refiere a todas las que se produzcan pueden ser sometidas a una u otra entidad, pero avocado el conocimiento a una de ellas debe entregarse a la misma el conocimiento de todas las que surjan para así permitir la debida unidad e inteligencia para la decisión”⁴⁰.

La Corte Suprema ha mantenido el mismo criterio, tratando de evitar el denominado *forum shopping*, esto es, la actividad que persigue alcanzar la más favorable jurisdicción para los intereses del demandante.

Al respecto, en el caso de la Concesión Ruta 5 Norte Tramo La Serena –Vallenar, sentenció que: “al no ser controvertido que con anterioridad se sometieron controversias semejantes a las planteadas en la reclamación a la decisión de la Comisión Arbitral, el conocimiento habría quedado radicado, puesto que se habría ejercido la opción que contempla la norma en comento, por lo que no corresponde el conocimiento de la reclamación a la Corte de Apelaciones, toda vez que debe entenderse, del tenor literal de la norma, que todas aquellas controversias que se produzcan pueden ser sometidas a una u otra entidad, pero avocado el conocimiento a una de ellas, necesariamente debe entregarse a la misma el conocimiento de todas las que surjan en

40. *Sociedad Concesionaria San Jose Rutas Del Loa* (2017).

41. *Sociedad Concesionaria Ruta Del Algarrobo S.A. con Sánchez* (2023).

el futuro, para así permitir la debida unidad e inteligencia para la decisión”⁴¹.

Como se puede apreciar, la Corte Suprema busca mantener una adecuada congruencia entre el ejercicio del derecho de opción y la radicación de las futuras controversias y reclamaciones.

En este sentido, ha entendido que las partes, a través del compromiso, pactan el objeto del arbitraje y delimitan la función del tribunal especial, por ende, no hay cabida, a que de manera posterior una de las partes sin la anuencia de la otra, pretenda burlar lo ya pactado justificándose en un derecho de opción, cuyo ejercicio se encuentra agotado, siendo aplicable el aforismo “*electa una vía per partem ad aliam potest venire*”⁴², que significa que elegida una vía procesal por una parte no se permite acudir a otra⁴³.

Recientemente, la Corte Suprema mantiene el criterio al señalar que: “al no ser controvertido que con anterioridad se sometieron controversias semejantes a las planteadas en la reclamación a la decisión de la Comisión Arbitral, el conocimiento habría quedado radicado, puesto que se habría ejercido la opción que contempla la norma en comento, por lo que no corresponde el conocimiento de la reclamación a la Corte de Apelaciones, toda vez que debe entenderse, del tenor literal de la norma, que todas aquellas controversias que se produzcan pueden ser sometidas a una u otra entidad, pero avocado el conocimiento a una de ellas, necesariamente debe entregarse a la misma el conocimiento de todas las que surjan en el futuro, para así permitir la debida unidad e inteligencia para la decisión”⁴⁴.

Sin embargo, la interpretación de la Corte Suprema, puede en definitiva dejar el texto legal sin aplicación, ya que en la norma se consagra derechamente la posibilidad de elegir entre diversas jurisdicciones, generando que el derecho de opción sea ineficaz, por cuanto para que sea efectivo, solo se debiese utilizar para impugnar multas del Ministerio de Obras Públicas como primera opción, debido a que si se reclama con anterioridad o en forma paralela cualquier discrepancia técnica o económica, ésta debiese promoverse forzosamente ante el Panel Técnico de Concesiones y luego ante

42. ROMERO (2015) p. 604.

43. CASTRO (2023) p. 136.

44. *Ministerio de Obras Públicas con Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A.* (2024).

la Comisión Arbitral, generando una especie de arbitraje cerrado.

3. Prescripción de las reclamaciones y criterio de temporalidad de la competencia arbitral

Existe también un conflicto que se relaciona directamente con los plazos que tiene el concesionario para reclamar cualquier problema de interpretación o ejecución contractual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 bis del DS N° 900⁴⁵.

Dicha norma vino a regular plazos especiales y, en palabras de Corral, de garantías, que ostenta el concesionario para reclamar cualquier perjuicio sufrido durante la etapa de construcción o de explotación del contrato⁴⁶.

La misma norma dispone que, “las partes deberán formular sus reclamaciones a la Comisión dentro del plazo de dos años contados desde la puesta en servicio definitiva de la obra, si el hecho o ejecución del acto que las motiva ocurriese durante la etapa de construcción, y de dos años contados desde la ocurrencia del hecho o desde que hubieren tenido noticia del mismo si así se acreditare fehacientemente, si éste ocurriese en etapa de explotación”, existiendo, por tanto, “un criterio de temporalidad que debe ponderarse por el tribunal en el examen de admisibilidad de la acción deducida”⁴⁷.

Como consecuencia de lo anterior, en el caso de la “Concesión Américo Vespucio Oriente, tramo Av. El Salto-Príncipe de Gales”, el Ministerio de Obras Públicas promovió una cuestión de competencia por vía de declinatoria, solicitando a la Comisión Arbitral que se abstuviera de conocer la demanda deducida por la concesionaria, por cuanto había sido interpuesta ante que se produjese la puesta en servicio definitiva de la obra, y por lo tanto, fuera del plazo de 2 años regulado en el artículo 36 bis.

La Sociedad Concesionaria planteó que el plazo de 2 años sería un plazo de caducidad que “impediría plantear al tribunal arbitral un reclamo de la etapa de construcción, después de transcurridos 2 años desde la PSD, lo que no impide plantearlo al mismo tribunal arbitral antes de la PSD y hasta dos años después de aquella, y tampoco impide que pueda plantearse ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago, en cualquier tiempo.”

La Comisión Arbitral resolvió que “(...) la interpretación armónica entre ambos incisos del artículo 36 bis lleva a esta Comisión Arbitral a concluir que los plazos establecidos en el inciso noveno del citado cuerpo normativo, tiene por objeto fijar una

45. Decreto Supremo N°900, de 1996.

46. CORRAL (2011) p. 71.

47. MEREMINSKAYA (2018).

48. *Concesión Américo Vespucio Oriente, tramo Av. El Salto-Príncipe de Gales* (2018).

fecha cierta a partir de la cual prescriben las acciones”⁴⁸.

La Comisión Arbitral señaló además que de lo anterior “se desprende que la restricción de acceso a la Comisión Arbitral antes de que se haya autorizada la puesta en servicio definitiva de la obra, se aplica sólo al Ministerio de Obras Públicas” para concluir también “que los plazos establecidos en el inciso noveno del citado cuerpo normativo, tienen por objeto fijar una fecha cierta a partir de la cual prescriben las acciones”⁴⁹.

También, la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo del reclamo de ilegalidad regulado en la Ley Orgánica del Banco Central, declaró extemporánea la reclamación, por cuanto el concesionario aplicó el plazo de 2 años del artículo 36 bis de la Ley de Concesiones, en lugar del plazo de 15 días regulado en el artículo 69 de la Ley Orgánica del Banco Central.

Al respecto, en el caso de la Concesión Vial Rutas del Loa, la Sociedad Concesionaria utilizó el procedimiento de reclamación regulado en los artículos 69 y siguiente de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central para impugnar el cobro de la Boleta Bancaria de seriedad de la oferta verificada, obviando que previamente, el MOP había demandado ante la Comisión Arbitral el incumplimiento grave del contrato de concesión⁵⁰.

La Corte consideró en este caso que “sin perjuicio de lo expuesto, ha de tenerse presente que no resulta aplicable en la especie lo expuesto por la reclamante en cuanto al plazo para comparecer a oponer el presente reclamo, ya que a diferencia de lo expuesto, el plazo para reclamar no es en la especie el referido por la recurrente de dos años que señala el artículo 36 bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, puesto que el mismo está circunscrito sólo para reclamar ante la Comisión Arbitral que designa dicho precepto legal, y no para recurrir ante esta Corte, en cuyo caso resulta aplicable el plazo de 15 días hábiles que refiere el inciso 2° del artículo 69 de la Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile⁵¹, aplicable para este caso, lo que no realizó, razón por lo que no queda más que declarar extemporá-

49. *Concesión Américo Vespucio Oriente, tramo Av. El Salto-Príncipe de Gales* (2018).

50. *Sociedad Concesionaria San Jose Rutas Del Loa con Ministerio de Obras Publica* (2017).

51. Ley N° 18.840, de 1989.

52. *Sociedad Concesionaria San Jose Rutas Del Loa con Ministerio de Obras Publica* (2017).

nea su presentación”⁵².

4. Restricción normativa en el acceso al recurso

Otro conflicto interpretativo, se relaciona con el artículo 36 bis, que respecto de la sentencia definitiva dictada por la Comisión Arbitral descarta la existencia de un control judicial de mérito, al disponer que “en contra de la sentencia no procede recurso alguno”.

El artículo 36 bis tampoco dispone una remisión a las reglas generales que contempla el Código de Procedimiento Civil, por lo que no sería factible aplicar subsidiariamente aquellas normas de una manera expresa o categórica.

Esta disposición ha recibido críticas importantes por contrariar las normas sobre acceso al recurso en que no hay renuncia voluntaria a los medios de impugnación, cosa que sí sucede frente a un compromiso o una cláusula compromisoria y en que prima el principio de autonomía de la voluntad.

La Corte Suprema, a propósito del proyecto de ley que introdujo modificaciones al cuerpo normativo en comento, a través del Boletín N° 5172-09 de fecha 18 de mayo de 2009, declaró que “esta situación contrasta abiertamente con el principio de la doble instancia que debe existir en todo debido proceso y además contraría el principio de la revisión de las sentencias definitivas en los Juicios de Hacienda, lo cual se manifiesta en la consagración del trámite de la consulta para esta clase de juicios en el artículo 751 del Código de Procedimiento Civil”, y que “es ineludible, a juicio de esta Corte, establecer un procedimiento que contemple a lo menos la existencia del recurso de casación para efectos de impugnar la sentencia que se dicte desatendiendo el derecho. De no consagrarse el derecho a un recurso que permita impugnar la sentencia nos encontraríamos con que todos los principios que resguardan la existencia de un debido proceso carecerían del instrumento necesario para velar por su efectivo resguardo y existencia”⁵³.

Apunta además Preuss que “no debemos olvidar que, si bien la Comisión no es un tribunal, esta responde a las normas de los árbitros mixtos, es decir, su fallo debe dictarse conforme a derecho, y con la obligación de fundar su sentencia. La segunda instancia, en este sentido, es de suma importancia y absolutamente trascendental para resguardar las garantías del debido proceso”.

El mismo autor agrega que existen pocos motivos conocidos para que la ley haya optado por este régimen tan restrictivo, pero en una de las pocas sentencias que se refiere al tema, se puede encontrar un fundamento, cuando señala que “(...) la ley de concesiones quiso dar garantía a los inversionistas de que, en caso de conflicto con el propio Estado contratante, éste no impondría su legislación positiva ni sus tribunales

53. PREUSS (2012) pp. 207-226. Este autor cita el Oficio N° 163, de 9 de octubre de 2008, Informe Proyecto de Ley 30, de 2008. Boletín N° 5172, de 2009.

ordinarios de justicia. La Comisión Arbitral, en consecuencia, no está necesariamente sometida a los preceptos del derecho positivo, criterios jurídicos, ni jurisprudencia de los tribunales chilenos, salvo la Ley de Concesiones y las normas vinculantes que dieron origen al contrato de concesión respectivo”⁵⁴.

En palabras de Cárdenas, la existencia de un mayor control del laudo arbitral, primero por la selección concursada de los miembros de las Comisiones Arbitrales, y segundo, por la obligación de fallar conforme a derecho, justifica la inexistencia de recursos y el recurso de queja no es vía idónea para controlar la sentencia arbitral, por cuanto debe tratarse de un fallo absurdo, contradictorio, inmoral, imposible de cumplir⁵⁵.

Otro punto importante referente al procedimiento de resolución de conflictos descrito en la Ley de Concesiones consiste en que la Comisión Arbitral posea facultades de árbitro arbitrador en cuanto al procedimiento, pero en que la dictación de las normas procesales queda entregada a la Comisión y no a las partes⁵⁶.

Considera Preuss que la redacción de la norma vulnera el debido proceso, “al entregar la determinación de las reglas del procedimiento a la voluntad de la Comisión Arbitral y, a su vez, negar la posibilidad de recurrir ante otra autoridad para reclamar de una resolución derivada de la consecución de este proceso –tal como señalé anteriormente–, se estaría dando pie a eventuales arbitrariedades por parte de los sentenciadores al no respetarse dentro de este las garantías de las partes”⁵⁷.

Agrega que “en este sentido, si se entrega a la Comisión Arbitral la facultad de establecer libremente el procedimiento a seguir en caso de someter un asunto a su conocimiento, el legislador desatiende aquel mandato constitucional, pues este órgano no está llamado a respetar la racionalidad y la justicia del proceso. Agrava esta situación el hecho que los particulares no cuenten con un recurso procesal que controle la actuación de esta institución. Cabe hacer presente que ni aun esta facultad está entregada a los árbitros arbitradores, pues estos están obligados a guardar en sus

54. PREUSS (2012) pp. 207-226. Considera el autor que “el fundamento de la sentencia es erróneo. Primero, si bien existe una relación asimétrica entre el Estado y el ciudadano, en este caso no la hay, puesto que cuando el Estado contrata lo hace como un particular –sin soberanía– mediante sus órganos administrativos. En este orden de ideas, por tanto, el Estado bajo ningún punto de vista sería superior al concesionario, sino su igual, es por ello por lo que el contrato de concesión durante su vigencia se rige por las normas privadas y no por las públicas como sería el caso”.

55. CÁRDENAS (2015) p. 85; MAGIDE (2016) p. 16.

56. El artículo 36° bis inciso 8° del DS 900, de 1996, establece que: “La comisión, en cuanto designe sus integrantes y se constituya, deberá determinar el modo en que se le formularán las reclamaciones y el mecanismo de notificación que empleará para poner en conocimiento de las partes las resoluciones o decisiones que emita, y dictará las demás normas de procedimiento que estime pertinentes”.

57. PREUSS (2012) p. 212.

58. PREUSS (2012) p. 212.

procedimientos las reglas que las partes hayan expresado en el acto constituido”⁵⁸.

De lo anterior se puede concluir, entonces, que en la determinación del procedimiento no existe límite alguno para la Comisión Arbitral, contrariando el debido proceso en la medida que: 1) existirán tantos procedimientos como comisiones se formen, y 2) las partes no sabrán a qué atenerse en cuanto a cuál será el procedimiento, ya que solo podrán conocerlo cuando la Comisión Arbitral se constituya.

Agrega Preuss que la Ley de Concesiones incurre en una contradicción con lo dispuesto por el Código Orgánico de Tribunales en su artículo 223 inc. 3^o⁵⁹, ya que “por un lado le otorga la facultad a la Comisión de determinar el modo en que se formularán las reclamaciones, el mecanismo de notificación que empleará y determinar las normas de procedimiento que estime conveniente, y por otro, señala que este órgano tendrá las facultades de un árbitro arbitrador, asimilándolo de esta forma a uno de ellos. Al respecto, es del caso señalar que si el árbitro arbitrador está obligado a ceñirse a reglas de procedimiento convenidas por las partes o, en subsidio, por las reglas del procedimiento establecidas en el párrafo 2° del Título VIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil, es justamente para proteger los principios anteriormente señalados: debido proceso, legalidad y seguridad jurídica”⁶⁰.

5. El recurso de queja como medio de impugnación de la sentencia definitiva dictada por la Comisión Arbitral

Sin embargo, ante la ausencia de un recurso específico y de instancia que proceda en contra de la sentencia definitiva dictada por la Comisión Arbitral, tanto los concesionarios como el Ministerio de Obras Públicas, acudan al recurso de queja regulado en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales⁶¹ para controlar las eventuales faltas o abusos graves cometidos por la Comisión Arbitral en la dictación de la sentencia, debido a que dicho medio de impugnación es procedente cuando el legislador no contempla otro recurso ordinario o extraordinario para controlar las resoluciones judiciales que pudieran resultar abusivas.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que el objetivo del recurso de queja es 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, y 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 existan faltas o abusos graves en la conducta del juez o jueces

59. Ley N° 7.421, de 1943.

60. PREUSS (2012) pp. 213 y 214.

61. Ley N° 7.421, de 1943.

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”⁶².

En otras palabras, el recurso de queja se ha utilizado para reclamar la falta o abuso grave de sentencias definitivas dictadas tanto por árbitros arbitradores, como árbitros mixtos que deben fallar en derecho en donde el principal problema se presenta en la determinación de qué debe entenderse por falta o abuso grave⁶³.

Para Escriche, la falta es el defecto en el obrar contra la obligación de cada uno; la acción u omisión perjudicial en que uno incurre por ignorancia, impericia, precipitación o negligencia; o la omisión del cuidado y exactitud que uno debe poner en alguna cosa⁶⁴.

Por su parte, Cabanellas establece que falta es toda aquella infracción de naturaleza penal o administrativa que por su escasa trascendencia se sanciona levemente⁶⁵. Sin embargo, el autor se refiere aquí a aquellas sanciones penales y administrativas que no se castigan con penas privativas de libertad o sanciones mayores, sino con sanciones leves como amonestaciones o multas de baja cantidad. No obstante, cuando define falta disciplinaria la establece como aquella persona con conducta contravenacional, constituida por el incumplimiento de los deberes, la violación de las prohibiciones o el abuso de los derechos que la Constitución y la ley señalan a las personas que desempeñan cargos públicos⁶⁶.

Por abuso, Escriche entiende el mal uso que uno hace de una cosa suya o ajena que tiene en su poder, o el uso que uno hace de alguna cosa empleándola en un fin u objeto diferente de aquel a que por su naturaleza está destinada⁶⁷. Por su parte Cabanellas lo define como el hecho jurídico de usar un poder, de una facultad, de un derecho o de una situación, así como también de una cosa, todo acto que salga de los límites

62. *Consejo de Defensa del Estado (Fisco De Chile) - Ministerio De Obras Publicas - Direccion General De Concesiones / Jueces Arbitros Don Juan Carlos Dörr Zegers - Carlos Peña González* (2020).

63. Sobre los aspectos procesales generales del recurso de queja, BARAHONA (1998); BORDALÍ (2016); CORTÉZ (2019); MOSQUERA y MATURANA (2023); MATURANA (2016); MUNITA (1968); SEPÚLVEDA y OBERG (1994); HUNTER y LARA (2022).

64. ESCRICHE (1863) p. 673.

65. CABANELLAS (2006) p. 87.

66. CABANELLAS (2006) p. 88.

67. ESCRICHE (1863) p. 38.

68. CABANELLAS (2006) p. 5.

impuestos por la razón, por la equidad, por la justicia o por las leyes⁶⁸.

Para determinar la concreción de la noción de falta o abuso grave, la Corte Suprema ha utilizado seis criterios para determinar en qué casos nos encontraríamos en presencia de la causal.

Estos criterios son los siguientes: 1. Errónea interpretación de la ley; 2. Contravención el texto expreso de la ley o la Constitución; 3. Errónea valoración de la prueba; 4. Errónea fundamentación de la sentencia; 5. Excesos en el ejercicio de su competencia y, 6. Cuando los jueces realizaron todas aquellas conductas que la ley reprueba y reprime⁶⁹.

En este sentido, la jurisprudencia ha venido también delimitando los alcances del recurso de queja como vía de control de la sentencia definitiva dictada por las Comisiones Arbitrales, tanto para aquellas pronunciadas de modo previo a la dictación de la Ley N° 20.410, como para aquellas sentencias pronunciadas bajo la vigencia de la actual Ley de Concesiones.

De esta forma, la Corte de Apelaciones de Santiago, ha señalado que “a la luz de los antecedentes tenidos en vista, y considerando que el recurso de queja, únicamente puede prosperar en el evento que el Arbitrador hubiera incurrido en falta o abuso grave al dictar su sentencia, como lo exige el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales⁷⁰, luego de la modificación que le introdujo la ley N° 19.374⁷¹, la divergencia que el recurrente manifiesta, en cuanto, a la decisión de reducir la multa impuesta, lo que, en su estimación debería haberse resuelto en el sentido que conforme a su análisis particular hace de los hechos, llegando a una conclusión disímil, atribuyendo aquello a una conducta abusiva, por parte de los Jueces Ábitros Arbitradores, no es un asunto que resulte susceptible de enmendar a través de la presente vía disciplina-

69. Este último criterio se utiliza para determinar si ha existido falta o abuso grave en la dictación de la sentencia. Se ha fallado en este sentido por ejemplo, cuando se señala que Ha fallado en este sentido que “no es posible establecer que los jueces recurridos –al decidir como lo hicieron- hayan realizado alguna de las conductas que la ley reprueba y que sería necesario reprimir para enmendar lo obrado mediante el ejercicio de las atribuciones disciplinarias de esta Corte, toda vez que aquellos se han limitado a ejercer sus facultades relacionadas con la interpretación de la ley y aplicación del derecho”, *Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras contra Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2017) o que “El mérito de los antecedentes no permite concluir que los jueces recurridos -a decidir como lo hicieron- hayan realizado alguna de las conductas que la ley reprueba y que sería necesario reprimir y enmendar mediante el ejercicio de las atribuciones disciplinarias de esta Corte [...] Es posible concluir que los sentenciadores no incurrieron en las faltas o abusos que se denuncian, toda vez que se han limitado a dar estricto y cabal cumplimiento a la normativa aplicable en la especie”, *Yara Chile Fertilizantes Limitada contra Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2017).

70. Ley N° 7.421, de 1943.

71. Ley N° 19.374, de 1995.

72. *Consejo De Defensa Del Estado con Novoa* (2023).

ria; de modo, que el presente arbitrio, habrá de ser desestimado”⁷².

Por otro lado, la misma corte conociendo el recurso de reposición en contra de la sentencia definitiva, se ha señalado que la resolución que resuelve 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 Tribunales⁷³ -, 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. 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”⁷⁴.

En los casos que la Corte de Apelaciones de Santiago ha acogido el recurso de queja interpuesto, ha sido por considerar que existe la referida falta o abuso grave, “en consideración a haber fallado esta materia desatendiendo y en contra de texto expreso de ley e incurriendo en una falsa o errada apreciación de los antecedentes del proceso, a saber desconocer la aplicación de los artículos 19 de la Ley de Concesiones y 69 del Reglamento de la Ley de Concesiones”⁷⁵, agregando que el artículo 36 bis de la Ley de Concesiones dispone que la Comisión Arbitral apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, “!estándar de razonamiento que obliga a los sentenciadores en esta materia a demostrar racional y lógicamente el razonamiento para acoger o desestimar las pretensiones sometidas a su decisión, omitiendo en este caso valorar un medio de prueba como es un Informe Pericial contable referido a los mayores gastos en que debió incurrir la demandante a causa de las modificaciones al contrato de obra pública”⁷⁶.

En este sentido se pronuncia también en sentencia de 28 de marzo de 2024, en que acoge un recurso de queja por considerar que el árbitro arbitrador, si bien resuelve conforme a la prudencia y equidad “al desatender el procedimiento aplicable, conforme al estadio procesal expresamente regulado por el legislador, han incurrido en una falta o abuso grave que debe ser enmendada por esta Corte”⁷⁷.

Ante la ausencia de recurso y considerando que la voluntad de las partes de obtener una sentencia definitiva de la Corte Suprema, que goce de fuerza de cosa juzgada, con frecuencia se intenta tanto por el Ministerio de Obras Pública como por el conce-

73. Ley N° 7.421, de 1943.

74. *Consejo de Defensa del Estado (Fisco De Chile) - Ministerio De Obras Publicas - Direccion General De Concesiones / Jueces Arbitros Don Juan Carlos Dörr Zegers - Carlos Peña González* (2020).

75. Ley N° 20.410, de 2010.

76. *Sociedad Concesionaria Salud Siglo XXI con Bofill* (2023).

77. *Fisco de Chile - Consejo de Defensa del Estado de Chile con Fontaine Salamanca Francisco Javier* (2024).

sionario, la interposición de recursos de queja en contra de la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, que rechaza el respectivo recurso de queja deducido en contra de la sentencia definitiva de la comisión arbitral.

6. Procedencia de la queja sobre queja

Cabe por último plantearse un problema escasamente desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia, en torno a si es posible interponer un recurso de queja en contra de los ministros de la Corte de Apelaciones, que hayan incurrido en faltas o abusos graves al pronunciarse sobre otro recurso de queja⁷⁸.

La doctrina mayoritaria se ha ido pronunciado en contra de esta posibilidad, principalmente basada en dos argumentos.

El primero de ellos dice relación con el espíritu de la ley 19.374⁷⁹, que reformó y limitó expresamente la procedencia del recurso de queja y que buscaba disminuir la carga de trabajo de nuestro máximo tribunal.

Un segundo argumento y siguiendo en este punto a Allende⁸⁰, dice relación con la naturaleza que posee el recurso de queja, que en principio es de carácter disciplinario. La resolución que lo resuelve no sería propiamente una sentencia de mérito y por lo tanto cualquier otro recurso se tornaría en improcedente⁸¹.

Parte de la doctrina también se ha pronunciado a favor de la procedencia, entre los que debe destacarse la opinión de Tavorari⁸², que considera que “se puede concluir en que no existe impedimento para la interposición de un recurso de queja, ante la Corte Suprema, en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones que han dictado una resolución fallando un recurso de queja”, principalmente fundado en que la superintendencia disciplinaria de la Corte Suprema se extiende a prácticamente todos los tribunales del país, incluidas las Cortes de Apelaciones, que el Código Orgánico de Tribunales establece expresamente ciertas sanciones que pueden aplicarse a las Cortes de Apelaciones, que aún en la eventualidad de que existiera una ley que impidiera la interposición del recurso de queja en las circunstancias en comento, dicha ley no tendría valor en la práctica, puesto que la misma sería contraria a la Constitución y a

78. ALLENDE (2019) p. 189.

79. Ley 19.374, de 1995.

80. ALLENDE (2017).

81. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, por sentencia de fecha cinco de agosto de 2013, rol 2.406 - 2013, en *Inmobiliaria e Inversiones Independencia Ltda* (2013). Se resolvió: “que del tenor de las disposiciones citadas se colige que el recurso de queja tiene por finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional...”

82. TAVORARI (2012) p. 503.

la superintendencia correccional ahí reconocida a la Corte Suprema.

La Corte Suprema se ha preocupado de uniformar el criterio adoptando una postura contraria a la procedencia de la queja sobre la queja, fundado principalmente en argumentos de texto legal.

En este sentido ha señalado que el legislador, en el artículo 63 n° 1 letra c) del Código Orgánico de Tribunales⁸³ ha querido que el recurso de queja se conozca y resuelva en única instancia no siendo admisible la revisión y que la naturaleza jurídica de la resolución que se pronuncia sobre la queja no admite recurso alguno⁸⁴.

IV. Conclusiones

De lo analizado y estudiado podemos arribar a las siguientes conclusiones:

El régimen de resolución de controversia que presenta el contrato de concesión de obra pública tiene por objetivo sujetar los conflictos técnicos y económicos a un mecanismo de solución de carácter arbitral, técnico y ajeno a la justicia ordinaria, como una garantía de estabilidad del sistema de concesiones.

Actualmente conviven dos mecanismos de resolución de controversias en materia de concesión de obra pública, con instituciones disímiles. En primer lugar, todos los contratos de concesión adjudicados ante del año 2010, deben someter sus controversias a Comisiones Conciliadoras y arbitrales. Mientras que, en los contratos de concesión adjudicados con posterioridad al año 2010, el régimen de resolución de controversia obliga a ventilar cualquier conflicto técnico o económico ante el Panel Técnico de Concesiones, y luego a las Comisiones Arbitrales.

El régimen de resolución de controversia no ha estado exento de contingencias procesales, tales como la ejecución que se ha hecho del derecho de opción por parte de los concesionarios de obra pública, la vigencia del tribunal durante todo el período de concesión, y el acceso al recurso y control de los Tribunales Ordinarios de Justicia respecto de la sentencia definitiva de las Comisiones Arbitrales.

En cuanto al derecho de opción del concesionario, esto es, la posibilidad que ostenta el concesionario de elegir entre la Comisión Arbitral y la I. Corte de Apelaciones de Santiago para resolver conflictos de interpretación y ejecución del contrato de concesión, incluyendo las multas, la jurisprudencia ha resuelto que, una vez elegida la Comisión Arbitral, se radican en ella, todas las futuras reclamaciones respecto del contrato de concesión.

Respecto de la vigencia del tribunal, se ha resuelto que, sin perjuicio de los plazos máximos para reclamar los incumplimientos tanto durante la etapa de construcción como la etapa de explotación, es imprescindible la existencia del tribunal durante toda la vigencia del contrato de concesión, no existiendo pausas ni ausencia de juris-

83. Ley N° 7.421, de 1943.

84. *Inmobiliaria e Inversiones Independencia Ltda* (2013).

dicción ni plazo acotados para reclamar con menos garantía que la justicia ordinaria.

Finalmente, respecto al acceso al recurso, si bien la Ley de Concesiones dispone que en contra de la sentencia definitiva de la Comisión Arbitral no procede recurso alguno, la práctica y la jurisprudencia aceptan la posibilidad de deducir recurso de queja ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la sentencia definitiva de la respectiva Comisión Arbitral, negando la posibilidad de deducir recurso de queja en contra de la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago.

Sobre los autores

Juan Carlos Flores Rivas es Profesor Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Chile. Dirección postal: Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Santiago, Las Condes, Región Metropolitana, Chile.

Maite Aguirrezabal Grünstein es Profesora Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Chile. Dirección postal: Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Santiago, Las Condes, Región Metropolitana, Chile.

Referencias bibliográficas

- ALLENDE, José (2017): “Procedencia del recurso de queja en contra de ministros de Corte de Apelaciones que se pronunciaron respecto de otro recurso de queja: la “queja de queja”. En *Revista Jurídica Digital, Universidad de los Andes*, Vol. 1, N° 2, pp. 76-9.
- ALLENDE, José (2019): *Recurso de Queja* (Santiago de Chile, Ediciones UC).
- ARÓSTICA, Iván (2005): “Concesión de obras públicas. Bases del modelo chileno”. En *Ius Publicum*, Vol. 15, pp. 149-154.
- BARAHONA, José Miguel (1998): *El Recurso de queja: Una interpretación funcional* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- BORDALÍ, Andrés (2016): “*El Recurso de Queja*”. En CORTEZ, Gonzalo (coord.) (2016): *Proceso Civil: los recursos y otros medios de impugnación*, (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters).
- CABANELLAS, Guillermo (2006): *Diccionario Jurídico Elemental* (Buenos Aires, Editorial Heliasta).
- CAMACHO, Gladys (2014): “La regulación de la colaboración público-privada para la provisión de servicios y de infraestructuras: examen del modelo reformulado por la Ley N° 20.410”. En *Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, pp. 141-164.
- CAMACHO CEPEDA, Gladys (2014): “Las novedades de la Ley N° 20.410 en la regulación de las concesiones de obra pública en Chile”. En *Revista iberoamericana de derecho administrativo y regulación económica*, Vol. 9, pp. 10-22.
- CARDENAS, Marjorie (2015): “Panel Técnico y Comisión Arbitral en Concesiones de Obras Públicas cambios introducidos la Ley N° 20.410”. En *Revista de Derecho*

- (Consejo de Defensa del Estado), N° 33, pp. 69-86.
- CASTRO HERRERA, Su-xey (2023): “El derecho de opción establecido en el artículo 36 bis de la Ley de Concesiones de Obra Pública. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema, de 30 de noviembre de 2017, rol N° 35.751-2017”. En *Revista Jurídica Digital Uandes*, Vol. 7/1, pp. 13-138.
- CORRAL, Hernán (2011): “La prescripción de las acciones indemnizatorias derivadas de incumplimiento de contratos de concesiones”. En *Cuaderno de Extensión Jurídica* N° 21 (Santiago de Chile, Universidad de los Andes), pp. 63-88.
- CORTÉS Gonzalo, BORDALI Andrés y PALOMO Diego (2019): *Proceso Civil. Los Recursos y Otros Medios de Impugnación* (Santiago de Chile, Editorial Thompson Reuters).
- ENGEL, Eduardo, FISCHER, Ronald y GALETOVIC, Alexander (2008): “La Renegociación de Concesiones y la Nueva Ley”. En *Punto de Referencia* N° 297, Centro de Estudios Públicos, pp. 1-8.
- ENGEL, Eduardo, FISCHER, Ronald y GALETOVIC, Alexander (2014): *Economía de las asociaciones público-privadas. Una guía básica*, (México, Fondo de Cultura Económica).
- ESCRICHE, Joaquín (1863): *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia* (Francia, Editorial Librería de Rosa y Bouret).
- HUNTER, Iván y LARA, Edinson (2022): *Recursos Procesales Civiles. Doctrina y Jurisprudencia*, (Santiago de Chile, Der Ediciones).
- LOO, Martín (2018a): “Posicionamiento dogmático de la actividad contractual de la Administración del Estado”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 1° semestre, pp. 129 – 155.
- LOO, Martín (2019b): “El desafío de las concesiones de obra pública: ¿qué (y qué no) concesionar?”. En *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXXII N° 2, pp. 185-206.
- LOO, Martín (2019 c): “Las concesiones de obra pública: ¿qué son y por qué se utilizan en Chile?”. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, N° 44, pp. 327-359.
- LOO, Martín (2019d): “*Las infraestructuras y las obras públicas como bienes públicos; contratos de obras y de concesión de obras como medios para realizarlos*”, En ARANCIBIA, Jaime y PONCE, Patricio (ed.) (2018): *El Dominio Público*. Actas de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo 2018 (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 419-428.
- MAGIDE, Mariano (2016): “Instrumentos contractuales de Colaboración Público-Privada para la Provisión de Infraestructuras Públicas en el Derecho Español”. En *Revista de derecho administrativo* (PUCP) 16.
- MARTÍNEZ, José Ignacio (2018): “Presentación al libro *La Concesión de Obra Pública: Aspectos jurídicos y económicos*”. En ARANCIBIA, Jaime y ROMERO, Alejandro (eds.) (2018): *La Concesión de Obra Pública: Aspectos jurídicos y económicos, Cuaderno de Extensión Jurídica* N° 31 (Santiago de Chile, Universidad de los An-

- des), pp. 13-17.
- MATURANA, Cristián (2016): *Los Recursos del Código de Procedimiento Civil en la Doctrina y la Jurisprudencia*, (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters).
- MEREMINSKAYA, Elina (2018): “*Concesiones y arbitraje: admisibilidad de las demandas*”. Disponible en <https://estadodiario.com/columnas/comision-arbitral/>. [Fecha de consulta: 20 de agosto de 2018].
- MORAGA, Claudio (2019): *Contratación administrativa*, (Santiago, Thompson Reuters, 2° ed.).
- MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián (2023): *Los recursos procesales*, (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- MUNITA, Renzo (1968): *Estudio Crítico Sobre el Recurso de Queja*, (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- PUERTA, Francisco (2008): “*El contrato de concesión de obra pública. La génesis de su regulación, definición legal y objeto*”, En PUERTA SEGUIDO, Francisco (ed.) (2008): *El contrato de concesión de obras públicas en la Ley de contratos del sector público* (Madrid, Ediciones La Ley).
- PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra (2013): “El contrato de concesión de obra pública en la legislación chilena. Análisis constitucional de algunos de sus elementos”. En *Revista de Derecho Público* (U Chile) N° 79, pp. 115-149.
- PREUSS, Alejandro (2012): “El procedimiento de resolución de controversias en el decreto MOP N° 900 en relación al debido proceso”. En *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* - Vol. 3, N° 1, pp. 207-226.
- RADOVIC, Marcela (2011): “Dispute Resolution Boards: prevención y resolución experta de conflictos en la industria de la construcción”. En *Revista de Derecho Administrativo* N° 5, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 97-128.
- RAMÍREZ, José Antonio (2019): *Concesiones de obras públicas: crecimiento inteligente. Análisis de la institucionalidad chilena* (Santiago, Thomson Reuters).
- ROMERO, Alejandro (2015): “El derecho al juez natural y la competencia de los Tribunales Especiales (la aplicación de la regla: electa una via per partem ad aliam potest venire). comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 6 de agosto 2014. Reclamo contra sentencia Tribunal de la Libre Competencia dictada en los autos “Sonda S.A. contra el Servicio de Registro Civil e Identificación” Rol CS N° 13.972-2013”. En *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 22 – N° 1, pp. 597-604.
- ROMERO, Alejandro y DÍAZ, José Ignacio (2016): *Arbitraje interno y comercial internacional parte general* (Santiago de Chile, Ediciones UC).
- ROMERO, Alejandro (2018): “*El arbitraje en concesión de obras públicas*”. En Arancibia Mattar, Jaime y Romero Seguel, Alejandro, (Editores), *La Concesión de Obra Pública: Aspectos jurídicos y económicos, Cuaderno de Extensión Jurídica N° 31*,

- (Santiago de Chile, Universidad de los Andes), pp. 145-164.
- RUFÍAN, Dolores (1999): *Manual de Concesiones de Obras Públicas* (Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica).
- RUFÍAN, Dolores (2018): *Manual de Concesiones de Obras Públicas* (Santiago, Andros Impresores, 2° ed.).
- SEPÚLVEDA, Flora y OBERG, Héctor (1994): “El Recurso de Queja”. En *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 196 (LXII), pp. 7-22.
- TAVOLARI, Raúl (2012): “Procedencia del Recurso de Queja ante la Corte Suprema, en contra de Fallo Dictado por Corte de Apelaciones, conociendo de otro Recurso de Queja”. En *Revista de Derecho Procesal de la Universidad de Chile*, Vol. 22, pp. 499-508

Jurisprudencia citada

- Concesión Internacional Ruta 5, tramo Río Bueno-Puerto Montt* (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 3.463, de 2009, sentencia de 23 de junio de 2008, recurso de queja.
- Inmobiliaria e Inversiones Independencia Ltda* (2013): Corte Suprema, rol N° 2406-2013, de 5 de agosto de 2013, recurso de queja.
- Sociedad Concesionaria Ruta G-60 con Comisión Conciliadora del Contrato de Concesión de Obras Pública Fiscal* (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 11.376-2015, sentencia de 2 de marzo de 2016, recurso de queja.
- Sociedad Concesionaria San Jose Rutas Del Loa* (2017), Corte Suprema, rol N° 35.751-2017, sentencia de 30 de noviembre de 2017, recurso de queja.
- Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras contra Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2017): Corte Suprema, rol N° 62.128-2017, sentencia de 9 de mayo de 2017, recurso de queja.
- Yara Chile Fertilizantes Limitada contra Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2017): Corte Suprema, rol N° 9.371-2017, sentencia de 10 de mayo de 2017.
- Sociedad Concesionaria San Jose Rutas Del Loa con Ministerio de Obras Pública* (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 6979-2017, sentencia de 11 de julio de 2017, recurso de queja.
- Concesión Américo Vespucio Oriente, tramo Av. El Salto-Príncipe de Gales* (2018): sentencia de la Comisión Arbitral, sentencia de 12 de julio de 2018.
- Consejo de Defensa del Estado (Fisco De Chile) - Ministerio De Obras Publicas - Direccion General De Concesiones / Jueces Arbitros Don Juan Carlos Dörr Zegers - Carlos Peña González* (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 9778-2020, sentencia de 10 de diciembre de 2020, recurso de queja.
- Consejo De Defensa Del Estado con Novoa* (2023): Corte de Apelaciones de Santiago,

- rol N° 18427-2022, sentencia de 18 de abril de 2023, recurso de queja.
Sociedad Concesionaria Ruta Del Algarrobo S.A. con Sánchez (2023): Corte Suprema, rol N° 65.021-2023, sentencia, 01 de agosto de 2023, recurso de queja.
Sociedad Concesionaria Salud Siglo XXI con Bofill (2023): Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 1940-2023, sentencia 03 de noviembre de 2023, recurso de queja.
Sociedad Concesionaria Metropolitana de Salud S.A. con Ministerio Obras Publicas (2024): Corte Suprema, rol N° 250.454-2023, sentencia de 05 de febrero de 2024, recurso de queja.
Fisco de Chile - Consejo de Defensa del Estado de Chile con Fontaine Salamanca Francisco Javier (2024): Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 4326-2023, sentencia de 28 de marzo de 2024, recurso de queja.
Ministerio de Obras Públicas con Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. (2024): Corte Suprema, rol N° 133.141-2023, sentencia de 24 de mayo de 2024, recurso de queja.

Normativa Citada

- Ley 1552, Código de Procedimiento Civil, Diario Oficial, 30 de agosto de 1902.
Ley N° 7421, Código Orgánico de Tribunales, Diario Oficial, 9 de julio de 1943.
Decreto con Fuerza de Ley n° 64, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley n° 591, de 1982, del ministerio de obras públicas, y de las normas relativas a la ejecución, reparación, conservación y explotación de obras públicas fiscales por el sistema de concesión, contenidas en la ley n° 15.840 y el decreto con fuerza de ley n° 206, de 1960, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por decreto supremo n° 294, de 1984.
Decreto supremo N° 900, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, y sus modificaciones.
Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, Diario Oficial, 10 de octubre de 1989.
Ley N° 19.415, Introduce modificaciones al Decreto Ley N° 3.500, de 1980, al decreto con fuerza de ley n° 251, de 1931, a la ley n° 18.815 y a la ley n° 18.657, en lo relativo a normas sobre financiamiento de obras de infraestructura de uso público, Diario Oficial, 4 de septiembre de 1991.
Ley N° 20.410, Concesiones de Obras Públicas, Consejo de Concesiones, Precalificación de Licitantes, Incumplimiento de Contrato de Concesiones. Diario Oficial, 20 de enero de 2010.
Ley N° 19252, Modifica decreto con fuerza de ley n° 164, de 1991, Diario Oficial, 20

de octubre de 1993.

Ley N° 19460, Modifica el decreto con fuerza de ley n° 164, de 1991, del ministerio de obras públicas, sobre régimen legal de concesiones de obras públicas, y las normas tributarias que indica, Diario Oficial, 30 de septiembre de 1995.

Ley N° 19374, Modifica Códigos Orgánico de Tribunales, de Procedimiento Civil y de Procedimiento Penal, en lo relativo a organización y funcionamiento de la Corte Suprema, recurso de queja y recurso de casación, Diario Oficial, 18 de febrero de 1995.