

Oficio N° 30

INFORME PROYECTO LEY 1-2008

Antecedente: Boletín N° 5172-09

Santiago 30 de enero de 2008

Por Oficio N° 81/TT/2007, de 19 de diciembre de 2007, el Presidente de la Comisión de Obras Públicas del H. Senado, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la ley N° 18.918 y lo preceptuado en el artículo 77 de la Constitución Política de la República, ha recabado la opinión de esta Corte respecto del proyecto de ley recaído en el Boletín N° 5172-09, que modifica la Ley de Concesiones de Obras Públicas y otras normas que indica.

Impuesto el Tribunal Pleno sobre el proyecto señalado, en sesión del día 25 de enero del presente, presidida por el titular don Urbano Marín Vallejo y con la asistencia de los Ministros señores Marcos Libedinsky Tschorne, Ricardo Gálvez Blanco, Milton Juica Arancibia, Nibaldo Segura Peña, Adalis Oyarzún Miranda, Jaime Rodríguez Espoz, Rubén Ballesteros Cárcamo, Sergio Muñoz Gajardo, señora Margarita Herreros Martínez, señores Hugo Dolmestch Urrea, Juan Araya Elizalde, Patricio Valdés Aldunate, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, señoras Gabriela Pérez Paredes, Sonia Araneda Briones y señor Carlos Künsemüller Loebenfelder, acordó informar desfavorablemente el proyecto, formulando las siguientes observaciones:

**AL SEÑOR
PRESIDENTE
COMISIÓN DE OBRAS PÚBLICAS
H. SENADO
CARLOS KUSCHEL SILVA
VALPARAISO**

I. Antecedentes

El proyecto se fundamenta en la necesidad de alcanzar y garantizar, como fin de Política Pública, el cumplimiento de determinados niveles de servicio y estándares técnicos en las obras públicas; aumentar la transparencia de los contratos de concesión, velando simultáneamente por las condiciones de libre competencia y equidad en la adjudicación de los mismos; perfeccionar el mecanismo de resolución de controversias entre el Estado y las sociedades concesionarias; y dotar al Estado de herramientas más eficientes para resguardar el interés fiscal.

II. Observaciones

Las observaciones generales que se señalan a continuación se refieren tanto al proyecto de ley como a problemas que presenta la actual ley en vigencia y que se propone modificar.

1° Respecto de la legitimación activa para accionar en caso de controversias

En el proyecto no queda claro si son ambas partes las que tienen legitimación activa para accionar o es sólo el concesionario. En efecto, en el artículo 36 de la iniciativa legal se señala que: *“Las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión, podrán someterse a la consideración de un Panel Técnico a solicitud de cualquiera de ellas”.*

Por tanto, en caso de discrepancias técnicas tanto el concesionario como el Ministerio de Obras Públicas pueden someter el asunto al Panel Técnico, que es un órgano consultivo no jurisdiccional. Pero en caso de controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, el artículo 36 bis dispone que podrán ser llevadas por el concesionario al conocimiento de una Comisión Arbitral o de la Corte de

Apelaciones de Santiago. En esta disposición se omite señalar a la autoridad administrativa, de lo cual se desprende que sólo el concesionario tendría legitimación activa para accionar frente a un órgano jurisdiccional, decidiendo unilateralmente el tribunal que conocerá del litigio.

Por otra parte, tenemos que el artículo 28 del proyecto dispone que *“La declaración de incumplimiento grave del contrato de concesión deberá ser solicitada, fundándose en alguna de las causales establecidas en el respectivo contrato o bases de licitación, por el Ministerio de Obras Públicas, a la Comisión Arbitral establecida en el artículo 36 bis de esta ley”*. En esta disposición se está concediendo legitimación activa al Ministerio de Obras Públicas, pero sólo respecto la declaración de incumplimiento grave, obligándolo a recurrir a la Comisión Arbitral.

De todo lo antes expuesto se desprende que la autoridad administrativa sólo tiene legitimación activa para recurrir ante un órgano jurisdiccional en caso de declaración de incumplimiento grave del contrato de concesión, y en este caso el único tribunal competente será la Comisión Arbitral, teniendo una posición bastante más desventajosa y discriminatoria frente a la posición que detenta el concesionario.

Se deja en manos del concesionario la decisión de concurrir a la Comisión Arbitral o a la Corte de Apelaciones de Santiago. En este último caso la sentencia es apelable ante la Corte Suprema conforme a lo establecido en el artículo 71 de la Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central. O sea, es el concesionario quien decide unilateralmente si conoce la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema, por un lado, o un Tribunal Arbitral, sin recurso alguno que revise la sentencia, por otro. Es inconveniente, a juicio de esta Corte, que materias tan importantes para la Hacienda Pública como lo son los aspectos relativos a las concesiones se excluyan del conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia, por la vía de los recursos ordinarios. Cabe señalar que por su naturaleza el recurso de queja no es la vía idónea para controlar las resoluciones del tribunal arbitral.

2º Respecto a la Comisión Arbitral

No se divisa la razón de establecer, no obstante que la ley así lo contempla, un Tribunal Arbitral, el cual estará compuesto por distintas personas que conocerán transitoriamente de un asunto particular, lo cual no contribuye a la uniformidad en la aplicación del derecho. No se puede obviar el hecho de que existe un gran número de obras públicas concesionadas, por tanto el número de litigios entre concesionarios y autoridad concedente no son pocos.

Esta Corte estima que lo lógico es establecer un tribunal permanente y especializado, así como el legislador lo hizo con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y con el Tribunal de Contratación Pública, este último muy capacitado para conocer de estas materias, pues la concesión es un tipo de contrato público.

Cabe señalar que, como se ha señalado reiteradamente en informes de esta Corte a proyectos de ley, existen 118 procedimientos contencioso administrativos especiales en nuestra legislación, sin que a la fecha se haya establecido un Tribunal Contencioso Administrativo, el cual contribuiría enormemente para fortalecer la uniformidad en la aplicación del Derecho en materia administrativa y garantizar la independencia de la judicatura pues se trataría de un tribunal permanente, cuyos miembros serían inamovibles, de calificado conocimiento y que estarían fuera del mercado de consultores.

En el derecho comparado las materias relativas a contratos de concesión de servicios públicos, en lo que se refiere a problemas entre el concesionario y la autoridad administrativa, son de competencia de los tribunales contencioso administrativos. A modo de ejemplo, podemos citar el artículo 260 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de España, o el caso francés, en que son los tribunales contencioso administrativos los que conocen de los asuntos jurisdiccionales entre concesionarios y la autoridad concedente.

En nuestro país también debería existir un Tribunal Contencioso Administrativo que conozca de esta materia y de todas aquellas relativas a la Administración del Estado.

3° Respecto de la procedencia de recursos contra la sentencia arbitral

En el inciso 14° del artículo 36 bis se dispone que la sentencia definitiva de la Comisión arbitral no será susceptible de recurso alguno.

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.

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.

No se debe olvidar que en el inciso 13° del artículo 36 bis se establece que la Comisión Arbitral será un tribunal arbitral de derecho. Por tanto, no se justifica sustraerlo de la regla general contenida para esta clase de árbitros, en el artículo 239 del Código Orgánico de Tribunales, que contempla la procedencia de los recursos de apelación y casación contra la sentencia arbitral.

4° Otros aspectos de las disposiciones a informar

1. Artículo 36

En el artículo 36 se elimina la Comisión Conciliadora y se introduce un órgano consultor permanente, desprovisto de facultades jurisdiccionales, llamado Panel Técnico, al cual las partes durante la ejecución del contrato, podrán someter sus discrepancias de carácter técnico o económico, para que éste emita una recomendación, debidamente fundada, la que no es vinculante.

En la primera parte del inciso 3° del artículo 36 del proyecto de ley se establece que *“la recomendación del Panel no obstará la facultad del concesionario para accionar posteriormente ante la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones de Santiago, aunque la controversia recaiga sobre los mismos hechos.”* Ello es lógico, y hasta redundante, pues en el inciso 2° se señala expresamente que este órgano no ejerce jurisdicción y que su recomendación no es vinculante para las partes. Por tanto, nunca podría obstar las facultades de accionar de las partes.

En la segunda parte del inciso 3° se señala que *“en tal caso, la recomendación podrá ser considerada por la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones como un antecedente para la dictación de su sentencia”*. Esta disposición le está dando, básicamente, valor de informe de perito a la recomendación del Panel Técnico lo cual es coherente, dada la naturaleza y la especialidad de dicho órgano.

Asimismo, en el inciso 5° del artículo en comento se establece que *“la presentación de una discrepancia ante el Panel Técnico referida a la dictación de una resolución del Ministerio de Obras Públicas, no suspenderá sus efectos”*. Esta inclusión está redactada en términos poco felices, porque se limita a señalar que la presentación de la discrepancia no suspende los efectos de una resolución de la autoridad

concedente; lo que se debió haber establecido en términos más amplios, señalando que el Panel Técnico en caso alguno podrá ordenar la suspensión los efectos de una resolución del Ministerio de Obras Públicas pues, si no ejerce jurisdicción menos aún podría tener facultades de imperio.

2. Artículo 36 bis

El inciso 1° de la disposición sujeta a análisis establece 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 el concesionario al conocimiento de una Comisión Arbitral o de la Corte de Apelaciones de Santiago. Los aspectos técnicos o económicos de una controversia, 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.”*

Respecto a la primera parte de este inciso, cabe remitirse a lo señalado en la primera observación realizada en el presente oficio.

Con la modificación propuesta se elimina a la Comisión Conciliadora, y por tanto, en materia de controversias jurídicas o reclamaciones aparentemente no existirá una etapa previa de conciliación.

Sin perjuicio de ello, respecto de controversias en aspectos técnicos o económicos, para poder accionar se establece como presupuesto haber sometido la discrepancia al Panel Técnico, lo cual fomentará a que se llegue a una salida extrajudicial, y en el caso de no aceptarse la solución propuesta por dicho órgano, el concesionario podrá accionar ante el órgano jurisdiccional que el decida, siendo de todos modos la recomendación del Panel, un antecedente valioso para una correcta resolución del conflicto.

El inciso 2° del artículo en análisis detalla la composición de la Comisión Arbitral, la cual estará integrada *“por tres profesionales universitarios, de los cuales al menos dos serán abogados y uno de éstos la presidirá. Los integrantes serán nombrados de común acuerdo por las partes, a partir de dos nóminas de expertos, la primera de ellas compuesta por abogados y confeccionada al efecto por la Corte Suprema y la segunda, compuesta por profesionales designados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, mediante concurso público de antecedentes, fundado en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias. En el marco del concurso, tanto la Corte Suprema como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, deberán constatar la idoneidad de los profesionales elegidos y la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades que les afecten.”*

Esta modificación sólo tiene por objeto perfeccionar la ley vigente, en cuanto al sistema de nombramiento de la Comisión Arbitral y pretende garantizar su independencia, ya que en la actual Ley sobre Concesiones de Obras Públicas la Comisión Conciliadora que es la misma que, de no haber acuerdo entre las partes, se constituye en Comisión Arbitral, está integrada por tres miembros, de los cuales dos son designados por cada una de las partes.

Se señala en el proyecto que los árbitros serán nombrados de común acuerdo por las partes, de los cuales al menos dos deben ser abogados, por tanto, si el conflicto versa sólo sobre puntos de derecho, no hay problema para que el tribunal arbitral está compuesto sólo por abogados. A falta de acuerdo en uno o más de los integrantes, el nombramiento se efectuará por sorteo ante el secretario del Tribunal de la Libre Competencia.

Se establece que los miembros deben provenir de dos listas que se crearan al efecto:

La primera de ellas estará conformada por 20 abogados y será confeccionada por la Corte Suprema; y la segunda, estará

conformada por 10 profesionales universitarios de áreas ligadas a la economía, la ingeniería o la construcción, y será confeccionada por el Tribunal de la Libre Competencia, tal como se efectúa el nombramiento de los miembros del Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos.

Con el fin de velar por la independencia de la Comisión Arbitral se exige que sus integrantes deben tener una destacada actividad profesional o académica, y con 10 años a lo menos de ejercicio profesional, y no podrán estar relacionados con las empresas concesionarias ni ser dependientes del Ministerio de Obras Públicas ni de ninguna institución pública relacionada directa o indirectamente con la actividad de concesiones, ni haberlo estado en los 12 meses previos a su nombramiento.

En el inciso 13° del artículo 36 bis se preceptúa que la Comisión Arbitral será un tribunal arbitral mixto, pues estará compuesto por árbitros de derecho, con facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento. Debe apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y fallar conforme a derecho, con obligación de fundar la sentencia con consideraciones de hecho, de derecho, técnicas y económicas.

Con esta modificación aparentemente se quiere evitar que existan fallos que vayan contravención a lo establecido en los contratos y en la legislación, pero esta pretensión se vuelve ilusoria con lo dispuesto en el inciso 14° del artículo en comento que señala que la sentencia definitiva no será susceptible de recurso alguno, con lo cual no podrá revisarse la correcta aplicación del Derecho por un tribunal superior de justicia.

3. Artículo 36 ter

El inciso primero, objeto de análisis, señala que *“el concesionario podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto administrativo reclamado, solo ante la Comisión Arbitral constituida en conformidad con el artículo 36 bis, o ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en su caso”*.

Al respecto, cabe señalar que es un exceso dotar a la Comisión Arbitral de la potestad de suspender los efectos del acto administrativo reclamado, porque a un tribunal arbitral se le está entregando facultades exorbitantes de imperio público, de las cuales carecen conforme a los principios generales. Por antonomasia la facultad de imperio vinculada al control de los actos de la Administración del Estado recae en los tribunales ordinarios de justicia y en los especiales que integran el Poder Judicial, tal como lo preceptúa nuestra Carta Fundamental en los artículos 38 y 76.

Lo anterior es todo cuanto puedo informar.

Dios guarde a V.S.

Urbano Marín Vallejo
Presidente

Carola Herrera Brümmer
Secretaria Subrogante