

Informe sobre procedencia de un Recurso de Queja en contra de sentencia arbitral interpretativa de las cláusulas de un Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal.

Con motivo del Contrato de Concesión relativo a la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benitez" de Santiago, la SOCIEDAD CONCESIONARIA NUEVO PUDAHUEL S.A. (la Concesionaria) ha demandado al FISCO DE CHELE-MINISTERIO DE OO.PUBLICAS (MOP) ante la Comisión Arbitral constituida al efecto, conforme a la Ley de Concesiones.

1.-Demanda.-En la parte petitoria de su demanda la Concesionaria solicita:

a) Se confirme que en virtud de la definición N°95 del art.

1.2.2 la Concesionaria podrá facturar a los usuarios todos los gastos y costos asociados a la mantención preventiva y correctiva de las instalaciones para la prestación del servicio de agua potable y tratamiento de aguas servidas;

b) Se confirme que en virtud de la definición N°95 del art.

1.2.2 la Concesionaria podrá facturar a los usuarios todos los gastos y costos asociados a la amortización de las inversiones realizadas para la adecuada prestación de los servicios de distribución de agua potable y tratamiento de aguas servidas.

2.- Como fundamento de esta demanda se señalan los siguientes: a) La interpretación de las Cláusulas del Contrato de Concesión en que constan las Bases de la Licitación (BALI); b) Los oficios aclaratorios emitidos por MOP; c) La interpretación de las BALI conforme a los arts. 1560 y siguientes del Código Civil y d) El acto propio del MOP al que se atribuye haber reconocido la interpretación alegada por la Concesionaria.-

3.-Contestación.-El MOP. contestó la demanda solicitando su rechazo, con costas y expresó como fundamentos los siguientes: a) No ser efectivos los planteamientos indicados por la Concesionaria en las letras a-d del párrafo anterior; b) Las pretensiones de la Concesionaria se sustentan en un análisis que es contrario a la naturaleza del Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal, contrario a la oferta técnica formulada por la actora en el proceso de licitación, opuesto al tenor de las respuestas dadas en las Circulares aclaratorias y opuesto a una interpretación armónica de las Bases de Licitación (BALI).-

c) En cuanto se pide en la demanda declarar que la Concesionaria ~~es~~ estaría facultada para facturar a los usuarios los gastos y costos asociados a la amortización de las inversiones realizadas para la ampliación o modernización de las obras relativas a la distribución de agua potable o tratamiento de aguas servidas, ello resulta absolutamente improcedente, puesto que estas obras están comprendidas en la obligación contractual asumida por la Concesionaria a cambio de la facultad de explotar en su beneficio, por un tiempo determinado, la concesión del Aeropuerto, ya que según el Contrato tales obras son de su exclusivo cargo, costo y responsabilidad.

4.-Prueba.- Fijados los puntos de prueba, se rindió la testifical y documental que rola en autos.

5.-Sentencia.- Con fecha 7 de enero de 2019 la Comisión Arbitral dictó sentencia y resolvió lo siguiente:

a) Se declara que la Concesionaria puede incluir en los costos directos, los valores correspondientes a las amortizaciones de todas las obras que le haya correspondido efectuar o que deba ejecutar en cumplimiento del Contrato de Concesión para la prestación del servicio de agua potable y tratamiento de aguas servidas, pudiendo facturar a los usuarios tales costos directos correspondientes a las amortizaciones, en los consumos básicos que correspondan por los servicios de agua potable y aguas servidas.-

b) Deberá la demandante excluir del cobro antedicho, los costos de mantención de cualquier clase o naturaleza de las obras antedichas.

c) Se acoge la petición del N°3 del petitorio de la demanda, debiéndose excluir de la facturación a los usuarios todos los costos de mantención de cualquier clase o naturaleza de las obras antedichas.-

d) Se rechaza lo solicitado en el numeral 2 del petitorio de la demanda (Se refiere a la petición de la Concesionaria para facturar a los usuarios los gastos y costos asociados a la mantención de las obras).-

e) Cada parte pagará sus costas y por mitad los gastos administrativos y de funcionamiento de esta Comisión Arbitral.-

6.-Recurso de Queja.- El MOP interpuso Recurso de Queja contra los miembros de la Comisión Arbitral, fundándolo en la falta o abusos graves cometidos en la sentencia de fecha 7 de Enero de 2019 según dos capítulos que desarrollan el recurso.

7.-Primer Capítulo: Falta o abuso graves por una abierta infracción de los artículos 1,11 y 22 N°2 de la Ley de Concesiones y del art. 52,N°3 de su Reglamento.

Esta infracción consiste en haber dejado de aplicar estos preceptos resolviendo que la Concesionaria puede tratar la amortización de las inversiones en obras asociadas a la planta de agua potable y ampliación de la planta de tratamiento de aguas servidas, por la vía de incluir dicha amortización en el concepto de "costos directos" contemplado en el art.1.10.9.2 letra h) de las Bases de Licitación.

Hay falta o abuso graves de parte de los sentenciadores al igualar la situación de la provisión de los servicios de agua potable y tratamiento de aguas servidas(en que la Concesionaria puede cobrar a los usuarios los costos directos que motiva el consumo) con la situación relativa a la amortización de las inversiones en obras que la Concesionaria debe ejecutar a su entero cargo, costo y responsabilidad, conforme al art.22,N°2 de la Ley de Concesiones.

Igualmente, constituye falta o abuso graves recurrir, como lo hacen los jueces, a la legislación sanitaria aplicable a la ejecución de obras del MOP. para definir el concepto de "costo directo" dentro de un análisis paralelo y distinto al que corresponde efectuar conforme al sentido y alcance del Contrato de Concesión, la Ley que lo rige y su Reglamento.

8.-Segundo Capítulo: Falta o abuso graves en la ponderación de la prueba rendida, condenando a la parte del MOP. mediante una valoración errada de la misma.- Al respecto, el suscrito se remite al texto del Recurso.

9.-Comentario.- La doctrina vigente sobre el ámbito de aplicación del Recurso de Queja, determina que este recurso no es aplicable contra sentencias en que consta la interpretación legal, ya que constituye función privativa de los jueces cuya revisión por la vía de la queja significaría reconocer otra instancia asimilable a un recurso de apelación.

Al respecto la Corte Suprema ha resuelto que: "El proceso de interpretación de la ley que llevan a cabo los juzgadores, en

en cumplimiento de su cometido, no puede ser revisado por la vía del recurso de queja, porque constituye una labor fundamental, propia y privativa de aquellos" (fallo de 3 Enero 2019.- Rol 26840-2018).-

Sin embargo, cuando ocurre que la interpretación contractual implica, a la vez, una interpretación legal—como sucede en el presente caso—y con tal motivo se configura una desnaturalización del Contrato de Concesión, lo que significa de parte de los sentenciadores una grave falta o abuso, es evidente que se hace procedente el Recurso de Queja.

Tal desnaturalización se manifiesta en la siguiente forma:

a) La sentencia resuelve que la Concesionaria puede tratar la amortización de las inversiones en obras asociadas a la planta de agua potable y ampliación de la planta de tratamiento de aguas servidas, incluyendo dicha amortización en el concepto de "costos directos" que contiene el art. 1.10.9.2 letra h) de las BALI; ello reconociendo al respecto un derecho a la Concesionaria que contraviene abiertamente los arts. 1.11 y 22, N°2 de la Ley de Concesiones y el art. 52, N° 3 de su Reglamento, según los cuales tales obras son de cargo, costo y responsabilidad exclusivas de la Concesionaria;

b) La sentencia resuelve que, en base a lo anterior, la Concesionaria puede cobrar (facturar) a los usuarios dichos costos directos, excluyendo costos de mantención, es decir, impone una obligación a terceros que no está autorizada por la Ley de Concesiones;

c) La sentencia hace aplicable la legislación sanitaria relativa a la ejecución de obras del MOP. para definir el concepto de "costos directos" que se aparta del sentido y alcance que tal concepto tiene en la Ley de Concesiones y su Reglamento..

En otras palabras, se ha creado por los sentenciadores un complemento al Contrato de Concesión, mediante reconocer un derecho a la Concesionaria y una obligación a los usuarios, ambos no contemplados en la normativa legal y en las Bases de Licitación de este Contrato.-

De aquí que, en concepto del suscrito, tan irregular situación infraccional hace procedente el Recurso de Queja interpuesto, el cual por lo mismo debería acogerse.

SANTIAGO, 5 de Marzo 2019.


EMILIO RIOSECO E.
Ex.Prof.de D° Civil