

APELA.

SR. PRESIDENTE**COMISIÓN ARBITRAL CONCESIÓN “AMÉRICO VESPUCIO ORIENTE,
TRAMO AV. EL SALTO-PRÍNCIPE DE GALES”**

RICARDO VEGA CATALAN y **FRANCO ORTEGA CREIXELL**, abogados, en representación del Ministerio de Obras Públicas, en causa iniciada por Sociedad Concesionaria Vespucio Oriente S.A., **Rol 1-2018**, al Sr. Presidente de la Comisión Arbitral, con respecto decimos:

Que conforme al derecho consagrado en el inciso 2° del artículo 112 del Código de Procedimiento Civil, venimos en deducir recurso de apelación en contra de la resolución que rechazó, con costas, la cuestión de competencia por vía declinatoria de fecha 12 de julio de 2018, escrita a fojas 147 y siguientes de autos, comunicada a esta parte por carta certificada dejada en correo con fecha 13 de julio de 2018, y conforme a las normas de procedimiento se entiende notificada válidamente al tercer día, vale decir el 19 de julio de 2018, solicitando a la H. Comisión tener por deducido el presente recurso para ante la última Corte de Apelaciones de Santiago, a fin de que dicho Tribunal de alzada, enmiende conforme a derecho la resolución recurrida, dejándola sin efecto, y en su lugar haga lugar a la cuestión de competencia alegada, declarando que la Comisión Arbitral de la obra pública Fiscal “Concesión Américo Vespucio oriente, Tramo Av. El Salto-Príncipe de Gales, es incompetente para conocer la demanda interpuesta en contra del Fisco de Chile - MOP, por encontrarse fuera de la esfera de conocimiento que le entrega el inciso 9° del artículo 36 bis de la ley de Concesiones de Obras Públicas (LCOP). Los fundamentos del recurso son los siguientes:

❖ **Ley que concede el recurso.**

Que, como cuestión previa que debe ser analizadas antes de entrar a lo sustancial del recurso interpuesto las normas que lo hacen procedente.

- i. **El artículo 112 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil**, dispone que “La apelación de la resolución que desecha la declinatoria de jurisdicción se concederá sólo en el efecto devolutivo”. La resolución que se impugna, precisamente rechazó la declinatoria de competencia, y habilitó a esta parte para deducir el presente recurso de apelación. Por lo demás, la tramitación ante la Comisión Arbitral se llevó a cabo bajo el amparo precisamente de esta norma. Así fue solicitado por esta parte, en el primer otrosí de nuestro escrito de fojas 102,

pedimos que la cuestión de competencia se resolviera como de previo y especial pronunciamiento conforme al artículo 112 del C.P.C, requiriendo la suspensión del procedimiento. La Comisión por resolución de fojas 112, accedió a esta solicitud y junto con dar traslado por el termino establecido en al artículo 89, dispuso la suspensión del procedimiento.

- ii. Conforme a lo establecido en el **artículo 9 de las Normas de Funcionamiento y Procedimiento de la Comisión Arbitral**, en relación a lo dispuesto en las normas del libro primero del Código de Procedimiento Civil sobre “Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento”, resultan aplicables a la materia las reglas del artículo 101 y siguientes, es especial la del inciso 2° del artículo 112 del C.P.C., norma que hace procedente el recurso de apelación respecto de la resolución que deseche la cuestión de competencia por vía de declinatoria.

I. LOS HECHOS

1. Con fecha 29 de mayo de 2018, **Sociedad Concesionaria Vespucio Oriente S.A.**, representada por don Fernando Vergara Solar y por don Jesús Diez Fernández (en adelante la SC o concesionario), presentó demanda ante Comisión Arbitral del contrato de Concesión “Américo Vespucio Oriente, Tramo Av. El Salto-Príncipe de Gales”, en adelante “la Comisión Arbitral”, sobre acción de condena con reserva fundada entre otras materias, en la supuesta modificación unilateral del contrato, en un aumento de los niveles de servicio, estándares técnicos y eventuales compensaciones por atrasos en el proceso de aprobación de los proyectos de ingeniería de detalle. Formula además expresa reserva para litigar sobre la especie y monto de los perjuicios que a su juicio habría experimentado.
2. Con fecha 12 de junio de 2018, la Comisión Arbitral confirió traslado al Ministerio de Obras Públicas de la demanda y su resolución por el plazo de 20 días hábiles. El traslado fue notificado al Ministerio de Obras Públicas con fecha 14 de junio de 2018.
3. Con fecha 20 de junio de 2018, el Ministerio de obras públicas promovió cuestión de competencia por vía de declinatoria, fundada en la incompetencia de esta Comisión Arbitral para admitir a tramitación, conocer y fallar una acción introducida fuera de norma, como lo es, la acción de condena con reserva de derechos, por supuestos mayores costos que intenta la Sociedad Concesionaria Vespucio Oriente S.A, acción que debe ser interpuesta conforme al **inciso 9° del artículo 36 bis de la Ley de Concesiones** “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...”. MOP solicitó a la Comisión Arbitral en el petitorio acoger la cuestión promovida y declarar: (1) Que es competente

para conocer de esta y otras demandas respecto de hechos o ejecución de actos **que ocurran durante la etapa de construcción y que se interpongan dentro del plazo de 2 años contados desde la Puesta en Servicio Definitivo de la obra**¹. (2) **Que se abstenga de continuar conociendo la demanda** deducida por la Sociedad Concesionaria, hasta la oportunidad procesal correspondiente. (3) Que el tribunal competente es el señalado en el inciso 9° del artículo 36 bis de la Ley de Concesiones, a partir de la Puesta en Servicio Definitiva de la obra. (4) Que se deja sin efecto todo lo obrado en autos. (5) Que se declara extemporánea la acción deducida por el concesionario, y (6) Que se condena en costas al demandante.

4. La Comisión Arbitral por resolución de 12 de julio de 2018, escrita a fojas 147, rechazó, con costas, la cuestión de competencia por vía declinatoria promovida por el Ministerio de Obras Públicas (MOP) en lo principal del escrito de fs.102 de autos, por estimar que el inciso 1° del artículo 36 bis de la ley de concesiones establece una restricción solo aplicable al Ministerio de Obras Públicas, limitación que consiste en no poder deducir reclamo sino una vez que se haya autorizado la puesta en servicio definitivo de la obra, salvo el caso de incumplimiento grave; y que el plazo de 2 años que establece el inciso 9° del mismo artículo 36 bis, para que las partes formulen sus reclamaciones, tiene por objeto fijar una fecha cierta a partir de la cual prescriben las acciones, y en consecuencia la H. Comisión estimó que la demanda de la Sociedad Concesionaria cumple con los requisitos señalados en ambos inciso del artículo 36 bis.

La Comisión Arbitral en el número 2 de la referida resolución rechazó además la solicitud subsidiaria de **“NULIDAD DE OFICIO, DECRETÁNDOSE LA NULIDAD DE TODO LO OBRADO”**, solicitud que fue fundada en el inciso 4° del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, replicando las mismas consideraciones expuestas para resolver la cuestión de competencia por vía declinatoria.

Por último, al rechazarse la cuestión de competencia, el Ministerio de Obras Públicas fue condenado en costas, sin que se haya considerado por la Comisión

¹ MOP citó en materia de competencia arbitral la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago de 30 de noviembre de 1983, que resolvió *“si los árbitros tienen el poder de juzgar un determinado litigio, no derivan ese poder de las partes que a ellos se someten, pues son éstas incapaces para concederlo; el carácter de jueces de los árbitros emana de la ley, pero la competencia del tribunal arbitral sólo comprende las materias enunciadas en el título de su nombramiento, como quiera que el juicio arbitral importa, por su naturaleza, una jurisdicción extraordinaria de carácter público y, por lo tanto, de orden público, no admitiendo, por ello, alteración producida por la posterior voluntad unilateral de alguna de las partes. Que resulta, entonces, que todo lo actuado en este cuaderno, a partir de la solicitud que le dio inicio, ha sido y es constitutivo de un vicio procesal que este tribunal debe enmendar, toda vez que, tratándose de normas de orden público, aquellas que han sido materia de análisis que se ha venido exponiendo, no puede sanearse ni aun por la aquiescencia tacita de las partes que hayan podido consentir en la extensión de facultades o poderes en la persona del árbitro, que no han podido jurídicamente efectuar.”* La Iltma Corte concluye anulando el fallo de oficio. Citada por Vásquez Palma, María Fernanda, en *“Tratado de Arbitraje en Chile”*. Editorial Thomson Reuters, año 2018, página 279 y sgte.

Arbitral que esta parte tuvo motivos plausibles para litigar, atendido el tenor literal de las disposiciones citadas en apoyo de sus planteamientos.

5. Finalmente, a la fecha de presentación de este recurso se encuentra corriendo el plazo para contestar la demanda.

II. EL DERECHO

A continuación señalaremos los fundamentos legales por los cuales procede acoger el presente recurso de apelación.

1. Antecedentes previos

Para una adecuada comprensión, resulta necesario tener a la vista las disposiciones de los incisos primero, noveno y décimo del artículo 36 bis de la LCOP, que disponen:

Inciso Primero

*“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. **El Ministerio de Obras Públicas sólo podrá recurrir ante la Comisión Arbitral una vez que se haya autorizado la puesta en servicio definitiva de la obra, salvo la declaración de incumplimiento grave a que se refiere el artículo 28, la que podrá ser solicitada en cualquier momento.** Los aspectos técnicos y 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.”* (Énfasis añadido)

Inciso Noveno

*“Salvo disposición en contrario de esta ley, **las partes deberán formular sus reclamaciones a la Comisión dentro del plazo de dos años contados desde la puesta en servicio definitiva de la obra²**, 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**”.* (Énfasis y subrayado añadido)

Inciso Décimo

² Conforme al artículo 1.10.2 de las Bases de Licitación del contrato, la Puesta en Servicio Definitiva será autorizada mediante Resolución del Director General de Obras Públicas.

*“Sin perjuicio de lo anterior y de lo establecido en los artículos 28 y 28 ter, **el plazo para reclamar contra resoluciones del Ministerio de Obras Públicas será de un año, el que se reducirá a 120 días en el caso de resoluciones que impongan multas**, plazo que en todo caso se suspenderá por la interposición de los correspondientes recursos de reposición o jerárquico, hasta su resolución. Vencidos estos plazos prescribirá la acción.”*
(Énfasis añadido)

Los incisos transcritos del artículo 36 bis, **establecen en términos claros y precisos que las partes** deberán formular sus reclamaciones a la Comisión Arbitral **dentro de los siguientes plazos:**

- i. Tratándose de hechos o actos ocurridos durante la **etapa de construcción** de la obra, **dentro del plazo de dos años contados desde la puesta en servicio definitiva de la obra.**
- ii. Tratándose de hechos o actos ocurridos durante la **etapa de explotación** de la obra, el plazo es de dos años contados desde la ocurrencia del hecho; en caso que no se hubiese tenido noticia del mismo, y esta falta de conocimiento fuese acreditada, el plazo correrá desde que la parte hubiere tenido noticia del hecho.
- iii. En lo referente a los **reclamos en contra de resoluciones del MOP**, el término máximo para reclamar será de un año, plazo que se reducirá a 120 días tratándose de resoluciones del MOP que impongan multas.

2. La Comisión Arbitral es incompetente. La competencia de la Comisión es de derecho estricto, en la especie, se encuentra limitada a las controversias o reclamaciones dentro de los plazos y condiciones previstas en el inciso 9° artículo 36 bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas

Pues bien, S.S. Iltima, “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”³

El citado inciso noveno **se refiere a “las partes”**, referencia que claramente dice relación **al Ministerio de Obras Públicas y a la Sociedad Concesionaria (SC)**, y a continuación agrega, respecto a hechos o actos ocurridos durante la etapa de construcción, *“deberán formular sus reclamaciones a la Comisión dentro del plazo de dos años contados desde la puesta en servicio definitiva de la obra”*, frase que nos indica explícitamente que **el derecho para formular reclamaciones por hechos o actos ocurridos durante la etapa de construcción solo surge para las partes desde la puesta en servicio definitiva de la obra**. El vocablo “deberán”, nos indica que la norma ha sido concebida por el legislador

³ Artículo 19 del Código Civil

en términos absolutamente imperativos, **estableciendo el deber para las partes de ejercer sus reclamaciones dentro de dicho periodo de tiempo y no otro.** La norma es clara y precisa y no admite interpretaciones.

En el mismo sentido el profesor **José Antonio Ramírez Arrayas**, en su libro “Concesiones de Obras Públicas, Análisis de la institucionalidad chilena” (1ª Edición, febrero 2010, páginas 115 y 116), **analiza los plazos para reclamar contenidos en la Ley de Concesiones en su texto reformado por la Ley 20.410, llegando a la mismas conclusiones expresadas en los párrafos anteriores.**

No obstante lo dicho, la Comisión Arbitral desatendió el tenor literal del inciso 9° del artículo 36 bis, restando todo valor y consideración a la expresión de la ley cuando hace referencia a “**las partes**” para deducir sus reclamaciones. El contrato de concesión se celebró entre el MOP y la Sociedad Concesionaria, cumpliendo las formalidades exigidas en el artículo 9° de la LCOP. Por tanto *las partes* son naturalmente, por un lado el Ministerio de Obras Públicas, y por el otro la Sociedad Concesionaria que se constituye luego de adjudicada la licitación. Nada de esto fue tomado en consideración por en la resolución recurrida. La Comisión solo es competente para conocer demandas de responsabilidad contractual, dentro del plazo de 2 años a partir de la ***puesta en servicio definitiva de la obra***, esta competencia es dada por la **Ley de Concesiones de Obras Públicas y no puede ser extendida por la Comisión más allá de lo establecido en el texto expreso del inciso 9° del artículo 36 bis.**

Una adecuada interpretación armónica de esta disposición, lleva a la conclusión que el legislador cuando establece que *las partes deberán formular sus reclamaciones*, quiso referirse tanto al MOP como a la SC, que duda cabe. Dentro del mismo proceso existen innumerables expresiones que confirman que la expresión “*las partes*” se refieren tanto al MOP como a la Sociedad Concesionaria. Ejemplos de lo anterior, lo advertimos en las Normas de Procedimiento que rigen el arbitraje. Mediante acta de sesión N° 2, la propia Comisión Arbitral una vez constituida procedió a determinar el modo en que se formularan las reclamaciones y el mecanismo de notificación que empleará para poner en conocimiento de *las partes* las resoluciones que emita. Todo ello en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso 8° del artículo 36 bis. En dicha sesión N° 2, la Comisión dictó las normas de procedimiento, y señaló expresamente: “*Habiéndose dado cumplimiento a lo ordenado por el artículo 8° del art. 36 bis de Ley de Concesiones Públicas (sic) y teniendo presente en su oportunidad los comentarios u observaciones que puedan efectuar las partes en la audiencia respectiva, se darán por enteramente aprobadas y vigentes a*

contar de esa misma fecha". Acto seguido la Comisión dispuso la notificación de las normas, tanto al MOP y a la Sociedad Concesionaria, es decir, a **las partes** del contrato, quienes efectuaron las observaciones respectivas, tal como consta en autos.

S.S. ltima. el vocablo que utiliza la ley de "las partes", es un término reconocido y aplicado por la Comisión Arbitral desde el acto constitutivo, y en este sentido siempre los árbitros han entendido que dicha denominación corresponde a la Sociedad Concesionaria y al MOP, en la especie, al demandante y demandado respectivamente. La expresión "las partes" se replica en diversos artículos de las normas de procedimiento, y tanto el MOP, la SC y la misma Comisión entienden que se refiere a la demandante y al demandado.

Pero ahora en la resolución impugnada, los árbitros desconocen el alcance y aplicación que han dado al término "las partes", que por lo demás es la misma referencia que utiliza el inciso 9° del artículo 36 bis, cuando ordena 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.

En consecuencia, si la Comisión Arbitral hubiera realizado una correcta y armónica interpretación del inciso 9° del artículo 36 bis de la LCOP, habría llegado a la conclusión de que tal disposición dispone que tanto el MOP como la Sociedad Concesionaria –partes del contrato de concesión- deben formular sus reclamaciones a la Comisión Arbitral en el plazo de 2 años a contar de las puesta en servicio definitiva de la obra. Es decir, esta norma otorga por una parte competencia a la comisión arbitral en un determinado espacio de tiempo, 2 años; y restringe a las partes el acceso al Tribunal sólo respecto de acciones de responsabilidad contractual, manteniendo en vigor el régimen de acciones contenido en los incisos 1° y 10° del mismo artículo, por ejemplo reclamación de actos administrativos, impugnación de multas, declaración de incumplimiento grave, y reclamaciones dentro de la fase de explotación del contrato.

- **La ley otorga competencia a la Comisión para conocer de esta demanda dentro de cierto plazo y solo a partir de la puesta en servicio definitiva de la obra.**

El inciso 9° del artículo 36 bis, fija un plazo de 2 años dentro del cual las partes deben formular las reclamaciones, contado desde la Puesta en Servicio Definitiva de la obra, requisito que no cumple la demandante, así fue reconocido en su presentación de fecha

de 4 de julio de 2018, de fojas 117. La demandante expresamente confesó “...la PSD, la cual no será obtenida, de acuerdo a los plazos contractuales actualmente vigentes, sino hasta finales de 2022”. Tal declaración constituye una confesión judicial, pero sin embargo, la Comisión Arbitral no lo estimó así, es más ni siquiera lo consideró en su resolución.

La Comisión Arbitral resolvió en el considerando 5: “Que la interpretación armónica entre ambos inciso 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 fecha cierta a partir de la cual prescriben las acciones**” (énfasis añadido)

En este contexto, no es un hecho discutible para la Comisión que el plazo de 2 años del inciso 9° del artículo 36 bis de la Ley de Concesiones es un plazo de prescripción. Por su parte, es un hecho público, así lo expuso el concesionario, que no existe Puesta en Servicio Definitiva de las Obras hasta el año 2022.

Así las cosas, siendo a juicio de la Comisión un plazo de prescripción, procede entonces que las acciones que ejerza el concesionario lo sean durante cierto y determinado tiempo, en el caso de autos **dentro de 2 años** a partir de la Puesta en Servicio Definitiva de las Obras, bajo sanción de extinguirse las acciones, y no en cualquier tiempo como resolvió la Comisión Arbitral. De este modo, la competencia de la comisión arbitral está dada por la ley para conocer de estas materias por el mismo periodo de tiempo.

Pues bien, la Cuarta Sala de la Excma. Corte Suprema⁴ ha resuelto en materia de competencia a propósito de un recurso de casación en el fondo que, “asentadas las circunstancias rituales en que se desarrolló el proceso, no es inútil recordar que **la competencia para conocer de un delimitado asunto en concreto, dice relación con el ejercicio específico de la jurisdicción dentro del ámbito que el legislador le atribuye a los órganos pertinentes**, ello, según cada caso, conforme la aplicación de las reglas generales de la competencia (radicación, extensión, prevención, jerarquía o grado y ejecución), de las especiales (fuero, materia y cuantía), de la competencia relativa (que atiende al territorio) **y de la competencia específica vinculada al conflicto que subyace a la litis, criterios que permiten saber en qué determinado juzgado se puede o debe efectuar una determinada petición, cuestión que se relaciona de cerca con las exigencias básicas del debido proceso, de la legalidad y de la seguridad jurídica.**”(énfasis añadido). La Cuarta Sala de la Excma. Corte Suprema concluye anulando el fallo de

⁴ Excma. Corte Suprema, sentencia de 11 de julio de 2016, considerando cuarto. Rol 20468-2016

oficio, ordenando la vista del recurso de apelación. En la especie, la Comisión Arbitral se consideró competente para conocer de una acción antes del plazo que la ley de concesiones estableció para su ejercicio.

Esta alegación es fundamental, puesto que la competencia de la Comisión Arbitral está dada en función de la materia, y ha sido la Ley la que ha puesto determinadas materias en la esfera de conocimiento del tribunal y sólo a partir de un hito específico “Puesta en Servicio Definitiva de las Obras”, y por el plazo de 2 años, no antes.

En la doctrina especializada, Juan Figueroa Valdés⁵ árbitro de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM), analiza el proyecto de ley que introdujo las modificaciones al sistema arbitral chileno de concesiones, señalando de igual forma que el inciso 9° de la actual Ley: ***“Las partes deberán formular sus reclamaciones a la Comisión Arbitral dentro del plazo de dos años contados desde la puesta en servicio definitivo de la obra, si el hecho o ejecución del acto que las motiva ocurriese durante la etapa de su construcción”*** (énfasis añadido). **Así las cosas, LA COMISIÓN ARBITRAL SÓLO PUEDE CONOCER, JUZGAR Y FALLAR AQUELLAS RECLAMACIONES A PARTIR DE LA PUESTA EN SERVICIO DEFINITIVO DE LA OBRA, POR EXPRESA DISPOSICIÓN DE LA LEY.**

En el mismo sentido, la sentencia arbitral del contrato de concesión de concesión Acceso Nor-Oriente a Santiago, de fecha 19 de octubre de 2016 resolvió de similar manera una alegación de prescripción respecto de acciones que tenían su origen en la Ley de Concesiones no reformada (antes del 2010), oportunidad en la cual un concesionario pretendía se le aplicaran la regla del **inciso 9° del artículo 36 bis de la nueva Ley de Concesiones**, alegación que fue rechazada por la Comisión en atención a que *“el texto es posterior a la suscripción del contrato”*. Hoy la Ley de concesiones establece el plazo de 2 años para ejercicio de acciones de responsabilidad, cuyo es el caso de la acción de condena con reserva extemporáneamente presentada por el concesionario.

La sentencia fue objeto de recurso de queja⁶, el que fue resuelto por la ltima Corte de Apelaciones de Santiago disponiendo que en su concepto la disposición del inciso 9° del artículo 36 bis se trata de una modificación a la ley de concesiones que *“reduce el plazo de prescripción a dos años”*.

Con todo, el plazo de 2 años establecido en inciso 9° del artículo 36 bis de la nueva Ley de Concesiones, es un plazo en el cual la Comisión Arbitral está dotada de competencia

⁵ “El arbitraje en los contratos de concesión de obras públicas en Chile”. Artículo disponible en [www.camsantiago.cl/articulos_online/El_Arbit._en_ctos._Concesiones_\(DRB\).doc](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/El_Arbit._en_ctos._Concesiones_(DRB).doc)

⁶ Recurso de queja rol ICA Santiago 12.278-2016. A continuación extracto de informe de los jueces recurridos *“Mas bien dicha reforma confirma que anteriormente no se aplicaba esa regla, pues de otra manera no habría sido necesaria modificar la ley, amén de que además de establecer la puesta en servicio definitivo como hito relevante, la reforma redujo a dos años el plazo de prescripción, en lugar de los cinco años convencionales.”*

para conocer determinadas materias con exclusión de las establecidas en el inciso 1° y 10 del artículo 36 bis de la misma Ley, no pudiendo la Comisión conocer la acción deducida por ser una la acción de condena con reserva de aquellas acciones que nacen precisamente de la Puesta en Servicio Definitiva de las Obras y por el plazo de 2 años. En otras palabras la Comisión Arbitral no posee competencia para conocer de una acción extemporánea.

No obstante todo lo dicho, la demandante realizó un breve pero categórico análisis a la **historia de la Ley**⁷ 20.410, señala en su escrito que, *“Es decir, [...] lo que aconteció, fue que el legislador estableció un plazo de caducidad para presentar acciones en sede arbitral, el cual finaliza en el plazo de dos años contados desde la obtención de la PSD.”*⁸

Entonces, la SC **reconoció abiertamente** que el plazo de 2 años señalado en el artículo 36 bis de la Ley, conforme al espíritu del legislador es un **plazo de caducidad**, es decir, que las acciones deben ser ejercidas **dentro de cierto plazo** bajo sanción de extinguirse la acción. No cabe duda que el plazo de 2 años es un plazo fatal de aquellos establecidos 64 del C.P.C que se refiere no solo a la posibilidad del concesionario de ejercer un derecho, sino también respecto de la oportunidad para deducir su acción. Entonces, la acción es extemporánea.

En el mismo sentido el profesor Alejandro Romero Seguel⁹, define caducidad como *“una sanción que provoca un efecto extintivo para ejecutar actos procesales para la consumación de un plazo.*

*En definición de la Corte Suprema, **la caducidad es la falta de validez de los actos que se ejecutan fuera del plazo que la ley señala. Se ha fallado que “el no ejercicio de un derecho que sólo puede hacerse valer legalmente dentro de un plazo fatal importa una verdadera renuncia tácita y la caducidad de ese derecho.”***

Con todo, el plazo de 2 años en discusión, es de aquellos plazos que sólo puede hacerse valer legalmente **dentro** de un plazo fatal, el no ejercicio de la acción dentro del plazo de 2 años importa su caducidad. Pero a la inversa, el ejercicio antes de iniciar el plazo, es decir, fuera del plazo establecido en la ley, importa el ejercicio caprichoso de la acción por parte del concesionario.

Por su parte, Romero Seguel citando un fallo de la Excma. Corte Suprema señala *“También la jurisprudencia ha llegado a la misma conclusión, admitiendo que nuestro*

⁷ Inciso 2° del Artículo 19 del Código Civil. *“Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.”*

⁸ Página 6, título II.III *“Razones Recogidas de la Historia de la Ley 20.410”*

⁹ Romero Seguel, Alejandro. *“Curso de Derecho Procesal Civil. De los Actos Procesales y sus Efectos”*. Editorial Thomson Reuters, año 2017, página 66.

*ordenamiento jurídico no tolera a quien de manera arbitraria, caprichosa o injusta ejercita su derecho de acción.*¹⁰ En el caso de autos, la SC presentó demanda antes del expreso plazo de 2 años establecido en el artículo 36 bis de la Ley de Concesiones.

Así las cosas el concesionario reconoció que el plazo de dos años es un plazo de caducidad, que más allá de cualquier discusión sobre si estamos frente a un plazo de prescripción o caducidad, reconoce que el ejercicio de la acción que hoy pretende debe ser realizado dentro de cierto y determinado plazo, bajo sanción de perder el derecho. Una vez más, el fallo desconoce el mérito del proceso, rechaza sin mayor análisis las confesiones de la demandante, puesto que la sociedad concesionaria considera que el plazo de 2 años es de caducidad, y la Comisión resuelve que se trata de un plazo de prescripción, insistimos, sin elaborar un análisis en apoyo a tal decisión.

Es preciso recordar las disposiciones del artículo 49 del Código Civil, que en materia de plazos nos señala: *“Cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o **dentro de cierto plazo**, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la medianoche en que termina el último día del plazo; y cuando se exige que haya transcurrido un espacio de tiempo para que nazcan o expiren ciertos derechos, se entenderá que estos derechos no nacen o expiran sino después de la medianoche en que termine el último día de dicho espacio de tiempo”*. En el presente caso, **el legislador estableció un hecho -la puesta en servicio definitiva de la obra- desde el que se computa el plazo de dos años dentro del cual las partes deberán formular sus reclamaciones.**

Teniendo presente lo expuesto y considerando que, no resulta relevante la distinción entre caducidad y prescripción que realiza la demandante y la Comisión Arbitral, en cualquier caso la ley establece 2 requisitos para que la comisión tenga competencia para conocer del pleito: el primero: Que la acción nazca al derecho, este requisito se cumple solo en el caso que exista **puesta en servicio definitiva de la obra, lo que en la especie no ocurre**, y segundo, que nacida la acción se ejerza dentro del plazo de 2 años contados desde la puesta en servicio definitiva de la obra, requisito que a la fecha de presentación de la demanda no se cumple.

Por otra parte, respecto a la naturaleza de la acción intentada, el hecho o acto que motiva este libelo, se refiere una acción de condena con reserva por supuesta modificación unilateral del contrato, a un aumento de los niveles de servicio, estándares técnicos y eventuales compensaciones por atrasos en el proceso de aprobación de los proyectos de

¹⁰ Romero Seguel, Alejandro. *“Curso de Derecho Procesal Civil. Los Presupuestos Procesales Relativos al Procedimiento”*. Editorial Thomson Reuters, año 2015, página 52.

ingeniería de detalle, todo dentro de la **etapa de construcción**, por lo que resulta evidente que **la presente demanda se ha deducido fuera del inciso 9° del artículo 36 bis de la Ley de Concesiones**. Así las cosas, **la Comisión Arbitral no tiene competencia para conocer de la demanda interpuesta antes de la época que la Ley de Concesiones determinó**, en otras palabras la Comisión solo puede conocer de esas pretensiones por el lapso de 2 años, época que la ley puso dentro de la esfera de su conocimiento las materias que hoy pretende que se trabé litis, en consecuencia, su tramitación no puede continuar. Así lo pactaron las partes al aprobar las Normas de Procedimiento del presente arbitraje. En efecto, el artículo 12 inciso 2° dispone: *“Los plazos para deducir las reclamaciones u otras acciones ante la Comisión Arbitral, serán aquellos contemplados en el artículo 36 bis de la ley del Ramo”*. Esto confirma que las partes y la Comisión siempre entendieron que el artículo 36 bis establece un plazo dentro del cual procede el conocimiento de las reclamaciones, y este plazo nace a partir de la puesta en servicio definitiva de las obras. Cabe desatacar que solo los incisos 9° y 10° del artículo 36 bis establecen el régimen de acciones en el arbitraje de concesiones.

Finalmente, el tribunal competente es el señalado en el inciso 9° del artículo 36 bis de la Ley de Concesiones, pero a partir de la Puesta en Servicio Definitiva de la obra, antes de este hito, la comisión no es competente para conocer demandas sobre responsabilidad contractual.

- **Comisión Arbitral agregó documentos al proceso sin conocimiento a esta parte fiscal.**

Otro antecedente que merece especial atención, y deberá ser enmendado por el Tribunal de Alzada, dice relación con que se han agregado al proceso instrumentos sin que se haya dado noticia o conocimiento a esta parte demandada. El artículo 795 del Código de Procedimiento Civil, enumera los trámites que resultan esenciales dentro del proceso, por ejemplo la agregación de los instrumentos presentados oportunamente por las partes, con citación o bajo el apercibimiento legal que corresponda respecto de aquella contra la cual se presentan. La demandante mediante presentación de fecha 4 de julio de 2018, acompañó en un otrosí algunos documentos, con citación. S.S. Última. esta solicitud no fue resuelta por la Comisión Arbitral al resolver la cuestión de competencia, y a pesar de ello los documentos constan agregados al proceso, sin las formalidades legales, y sin que esta parte haya tenido posibilidad de formular observaciones u objeciones, derechos expresamente consagrados en la ley, y específicamente en el artículo 24 de las Normas de Procedimiento de este arbitraje.

Los documentos acompañados por la demandante, y que figuran agregados al proceso, sin las formalidades legales son:

1.- Copia de resolución de fecha 24 de mayo de 2016, de la H. Comisión Arbitral del contrato de concesión "Alternativas de Acceso a Iquique".

2.- Copia de resolución de fecha 28 de junio de 2016, de la H. Comisión Arbitral del contrato de concesión "Alternativas de Acceso a Iquique".

Esta situación no es trivial. El hecho que la demandante haya acompañado documentos y que los mismos no fueron puestos en conocimiento de esta parte, genera un perjuicio solo reparable por la vía de este recurso, más aún cuando la comisión los consideró dentro de los antecedentes mencionados en la parte considerativa de la resolución que se impugna. En efecto, el número 5.4 de la sentencia, señala: *"La demandante agrega que la interpretación del MOP ya ha sido planteada en otras causas arbitrales de concesión de obras públicas, y que la misma ha sido rechazada en forma unánime por las respectivas Comisiones Arbitrales"*. Esta referencia está hecha en relación a las copias acompañadas por la demandante de 2 resoluciones pronunciadas por la Comisión Arbitral del contrato de concesión "Alternativas de Acceso a Iquique".

La omisión de la Comisión Arbitral afecta el principio de bilateralidad de la audiencia, y lo más graves es que se han agregado documentos al proceso respecto de los cuales pesa una reserva establecida en el Reglamento de la Ley de Concesiones, puesto que el artículo 110, dispone:

"Serán públicos la sentencia definitiva y todos los escritos, documentos y actuaciones de cualquier especie que se presenten o verifiquen en el curso del procedimiento.

*Para estos efectos, la Comisión Arbitral enviará a la Fiscalía del Ministerio de Obras Públicas, en formato electrónico, los escritos, documentos, resoluciones y certificados de actuaciones que correspondan, dentro de los quince días corridos siguientes a la notificación de la **sentencia definitiva**.*

La Fiscalía procederá a publicar esta información en el sitio electrónico del Ministerio de Obras Públicas, en un plazo de 5 días hábiles contado desde su recepción" (énfasis añadido)

El artículo 110 del Reglamento de la Ley de Concesiones es claro en otorgar reserva a los escritos, documentos y actuaciones de cualquier especie que se presenten o verifiquen en el curso del procedimiento, y solo serán públicos una vez dictada sentencia definitiva, y para garantizar tal publicidad la Fiscalía del MOP los publicará en su sitio electrónico.

En el caso de los documentos que se han agregado al proceso, y que fueran acompañados por la demandante, se trata de copias de resoluciones dictadas por una comisión arbitral en un proceso, en que no se ha dictado sentencia definitiva, razón por la cual no son públicos, y deberán ser desglosados y devueltos a la sociedad concesionaria.

En la controversia suscitada en el contrato de concesión de obra pública denominado “Alternativas de Acceso a Iquique” no se ha dictado sentencia definitiva, y por este mismo hecho tampoco la Fiscalía del MOP los ha publicado en el sitio web. Aclaremos que todas las controversias conocidas por Comisiones Arbitrales en los distintos contratos de Concesión de Obras Públicas regidos por la Ley de Concesiones modificada desde el año 2010, en que se ha dictado sentencia definitiva se encuentran publicadas en la página web de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas www.concesiones.cl. En este sitio web no figura la demanda que cita la Sociedad Concesionaria. En consecuencia, los documentos que acompañó la SC no revisten el carácter de públicos, y por lo mismo mal pueden entonces ser acompañados en un proceso diverso, por lo que la Comisión Arbitral, en primer lugar debió resolver tenerlos o no acompañados, lo que no hizo, y acto seguido debió ordenar el desglose y devolución a la demandante.

- **MOP tuvo motivos plausibles para litigar, no corresponde la condena en costas.**

S.S. Última, el fallo impugnado, además, condenó a esta parte Fiscal en costas de la cuestión de competencia, desatendiendo nuestras alegaciones que no hacían más que remarcar las claras y literales expresiones de la ley de concesiones, todos motivos más que plausibles para litigar y defender los intereses fiscales, razones suficientes para que S.S. Última, en caso de no acogerse completamente el presente recurso, declare que el MOP tuvo motivos plausible para litigar, y en consecuencia nos exima del pago de las costas.

POR TANTO, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 112 inciso 2°, artículo 189, ambos del Código de Procedimiento Civil y artículos 9 y siguientes de las Normas del Procedimiento Arbitral,

A LA COMISIÓN ARBITRAL PEDIMOS, se sirva tener por deducido el presente recurso de apelación para ante la Última. Corte de Apelaciones de Santiago, a fin de que dicho Tribunal de Alzada, conociendo del recurso de apelación, enmiende conforme a derecho la resolución recurrida de fecha 12 de julio de 2018, escrita a fojas 147 y siguientes de autos, dejándola sin efecto y en su lugar declare que:

- I. Se acoge la cuestión de competencia promovida por el Fisco de Chile - MOP, declarando que la Comisión Arbitral de la obra pública Fiscal “Concesión Américo Vespucio oriente, Tramo Av. El Salto-Príncipe de Gales, es incompetente para conocer la demanda interpuesta, por encontrarse fuera de la esfera de conocimiento que le entrega el inciso 9° del artículo 36 bis de la ley de Concesiones de Obras Públicas.

- II. Que en caso de no acogerse la declinatoria de competencia, se deje sin efecto lo resuelto por la Comisión Arbitral en el número 2 de la referida resolución y acoger la solicitud subsidiaria de "NULIDAD DE OFICIO, DECRETANDOSE LA NULIDAD DE TODO LO OBRADO", en virtud de los mismos antecedentes, por existir un vicio de incompetencia notorio.
- III. Se condene con costas del recurso a la demandante.

