

**Su-xey
Castro
Herrera***

Universidad de
los Andes

suxey.castro@gmail.com

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

The Right of Option established in Article 36 bis of the Public Works Concessions Law. Commentary on the ruling of the Supreme Court, dated November 30, 2017, Docket N° 35,751-2017

Resumen: El artículo 36 bis de la Ley de Concesiones de Obra Pública otorga a las partes un derecho de opción a elegir cuál es el tribunal competente —Corte de Apelaciones de Santiago o Comisión Arbitral— para conocer de aquellas controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación, aplicación o ejecución del contrato de concesión. Una vez constituida la Comisión Arbitral del contrato de concesión y acordadas las normas del procedimiento, las partes fijan como juez natural a la Comisión Arbitral y sustraen a la ICA Santiago de su competencia para conocer de las reclamaciones presente o futuras.

Palabras clave: concesión de obra pública; Comisión Arbitral; sociedad concesionaria; derecho de opción.

Abstract: Article 36 bis of the Public Works Concessions Law grants the parties a right of choice to select which is the competent Court —the Court of Appeals of Santiago or the Arbitral Commission— to adjudicate any disputes or claims arising from the interpretation, application, or execution of the concession contract. Once the Arbitral Commission of the concession contract is established and the procedural rules are agreed upon, the parties designate the Arbitral Commission as the natural judge and withdraw the Court of Appeals of Santiago from its competence to adjudicate present or future claims.

Keywords: Public Works Concessions; Arbitral Commission; concessionaire company; right of choice.

* Abogada, Universidad de los Andes, Santiago, Chile. Orcid: <https://orcid.org/0009-0000-4588-6536>

A partir de la modernización del sistema de concesiones, a través de la Ley de Concesiones de Obra Pública (“Ley de Concesiones” o “LCOP”) se estableció un mecanismo de resolución de conflictos innovador, se crearon las Comisiones Conciliadoras¹, las que tenían la función de buscar la conciliación entre las partes y en caso de no llegar a acuerdo se transformaban en Comisiones Arbitrales. La LCOP fue reformada por la Ley N° 21.410 en el año 2010, que modificó —entre otros aspectos— este mecanismo, en el sentido de reemplazar las Comisiones Conciliadoras por un Panel Técnico de Concesiones y otorgó el carácter de arbitro mixto² a la Comisión Arbitral³.

El artículo 36 bis⁴ de la LCOP otorgó en virtud de la materia, competencia a dos tribunales, a saber: Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago o una Comisión Arbitral constituida para cada concesión, para conocer de aquellas controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución.

De esta manera, la ley estableció un derecho de opción en favor de las partes, para que ellas elijan cuál es el tribunal competente para conocer de las reclamaciones. El problema radica en preguntarnos si este derecho de opción puede ser ejercido por las partes cada vez que se suscite una controversia o reclamación que deba ser resuelta, o bien, una vez elegido el tribunal competente para un determinado asunto, este tribunal sigue siendo competente para conocer del resto de las materias que surjan en relación con la interpretación, aplicación y ejecución del contrato de concesión.

Este trabajo analizará la opción en la cual constituida —de común acuerdo por las partes— la Comisión Arbitral para la determinada concesión, se presentaron reclamaciones ante la Comisión, y luego, una parte —la sociedad concesionaria— interpone una reclamación ante la Corte de Apelaciones de Santiago. En este contexto, intentaremos responder a la pregunta ¿Es competente la Corte de Apelaciones de Santiago para conocer de la reclamación?

1. Sentencia de la Corte Suprema, Sociedad Concesionaria San José Rutas del Loa, rol 35.751-2017, del 30 de noviembre de 2017 (recurso de queja)⁵

A propósito de una reclamación entablada por la Sociedad Concesionaria San José Rutas del Loa S.A. (indistintamente “Concesionaria”) ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago (“ICA Santiago”), en virtud

del artículo 36 bis inciso 1° de la Ley de Concesiones. La Excelentísima Corte Suprema (“ECS”) conoció de un recurso de queja interpuesto por la Concesionaria en contra de miembros de la Primera Sala de la Ilustrísima

¹ Artículo 36 inciso 2 texto original del Decreto 900 fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991 Ley de Concesiones de Obras Públicas: “Solicitada la intervención de la Comisión, ella buscará la conciliación entre las partes. Si ésta no se produce en el plazo de 30 días, el concesionario podrá solicitar a la Comisión, en el plazo de 5 días, que se constituya en Comisión Arbitral, o recurrir, en el mismo plazo, ante la Corte de Apelaciones de Santiago”.

² Artículo 36 bis inciso 13 LCOP, en concordancia con el artículo 223 Código Orgánico de Tribunales: “La Comisión Arbitral tendrá las facultades de árbitro arbitrador en cuanto al procedimiento y apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, admitiendo además de los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, cualquier otro medio, indicio o antecedente que, en concepto de la Comisión, sea apto para establecer los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. La Comisión tendrá un plazo de 60 días hábiles, contado desde que se cite a las partes al efecto, para dictar sentencia definitiva con arreglo a derecho, la que será fundada, y deberá enunciar las consideraciones de hecho, de derecho, técnicas y económicas sobre cuya base se haya pronunciado”.

³ Actualmente, están vigentes ambos sistemas, ya que las concesiones antes de la reforma se siguen rigiendo por el sistema antiguo. Artículo 1° de las Disposiciones Transitorias de la LCOP.

⁴ Artículo 36 bis inciso 1: “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”.

⁵ La sentencia fue pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., Sr. Arturo Prado P. y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G., quien tuvo a su cargo la redacción de la sentencia.

Corte de Apelaciones de Santiago, Ministro Sr. Carlos Gajardo Galdames, Ministro (S) Pedro Advis Mondaca y la abogada integrante Sra. María Cecilia Ramírez Guzmán por graves faltas y abusos cometidos al dictar la resolución que rechazó el recurso de reposición y denegó el recurso de apelación interpuesto de manera subsidiaria en contra de la resolución que declaró inadmisibles las reclamaciones presentadas por la Concesionaria.

La sentencia de la ECS es interesante de análisis, pues si bien concuerda con los argumentos de la recurrente, estos no son suficientes para que la ICA Santiago conozca de la reclamación; en el considerando quinto la Corte Suprema de manera correcta interpreta la norma del artículo 36 bis, en el sentido de indicar que, una vez ejercido el derecho de opción por ambas partes —situación que fue comprobada en el caso de marras— ante la Comisión Arbitral, es este tribunal el competente para conocer del asunto y no la I. Corte de Apelaciones de Santiago, porque al señalar la frase del artículo en comentario que “las controversias o reclamaciones que se produzcan”, debe entenderse:

que se refiere a todas las que se produzcan pueden ser sometidas a una u otra entidad, pero avocada 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.

En el presente trabajo —aunque interesante de análisis— no nos centraremos en el fondo de la cuestión discutida, es decir, si es procedente o no el cobro de la boleta de garantía. Sino que estudiaremos uno de los aspectos de forma de la causa, específicamente el pronunciamiento de la ECS, respecto al derecho de opción establecido en el artículo 36 bis de la Ley de Concesiones.

1.1. Aspectos para considerar

Previo a entrar en el análisis de la sentencia en comentario es necesario analizar ciertos aspectos de la materia en estudio, tales como, el derecho de opción del artículo 36 bis de la LCOP, el acuerdo arbitral, la competencia del tribunal arbitral y jurisprudencia relacionada.

1.1.1. Derecho de opción del artículo 36 bis de la Ley de Concesiones

Como hemos visto, el artículo 36 bis de la LCOP estableció un derecho de opción de las partes para elegir el juez competente para conocer de las controversias que susciten en el marco del contrato de concesión. Ahora bien, surgen interrogantes en torno a si este derecho de opción puede ser ejercido al inicio de cada controversia, o si, una vez elegido por las partes el tribunal competente, el otro posible tribunal queda inhibido de conocer futuras controversias.

En el último tiempo han surgido contiendas de competencia entre los dos posibles tribunales competentes. La I. Corte de Apelaciones de Santiago ha fallado —según veremos a continuación— que es competente de conocer una reclamación planteada por la concesionaria, aun cuando se ha constituido una Comisión Arbitral para dicho contrato y previamente ha fallado otras reclamaciones. Nos preguntamos ¿Es correcta la interpretación que realiza la ICA Santiago del art. 36 bis de la LCOP?

1.1.2. Acuerdo Arbitral

Sin perjuicio, de lo señalado en el artículo 1° de la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional respecto del ámbito de aplicación de esta, rescatamos la definición que nos ofrece de acuerdo arbitral, que señala:

1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

A su vez, podemos definir la cláusula compromisoria como “un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes deciden someter a un asunto litigioso a la resolución de un árbitro” (Díaz y Romero, 2016, p. 30).

En cuanto a las normas de funcionamiento y procedimiento de la Comisión Arbitral Ruta el Loa, el artículo 2 sobre competencia señala lo siguiente⁶:

La Comisión Arbitral conocerá y resolverá todas aquellas materias que señala como de su competencia el D.F.L. N° 900, de 31 de octubre de 1996, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Concesiones de Obra pública, especialmente en su artículo 36 bis, sin perjuicio de aquellas otras normas que hacen referencia a su competencia, así como lo dispuesto en su Reglamento, contenido en el D.S. N° 956, de 06 de octubre de 1997, en su texto actualmente vigente, especialmente su actual artículo 109.

Como señala Alicia Bernardo San José, la finalidad primordial de un convenio arbitral es excluir de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de una determinada controversia (2002, p. 9). Por lo que, las partes al ejercer su derecho opción establecido en la norma en comento, a través de la cláusula compromisoria pactada en las normas de funcionamiento de la Comisión Arbitral, excluyen al tribunal capital el conocimiento de todos los asuntos relacionados al contrato de concesión. Las partes de común acuerdo, en expresión del principio de la autonomía de la voluntad, renuncian expresamente de someter sus controversias a la justicia ordinaria.

El objetivo de las partes es utilizar el mecanismo arbitral para la solución de sus conflictos, el cual a lo largo de la puesta en marcha del sistema de concesiones en nuestro país, ha demostrado ser un mecanismo idóneo en la solución de los conflictos entre las Concesionarias y el MOP (Cárdenas, 2015, p. 81). Una prueba de lo anterior, es la reforma de la Ley N° 20.410, en la que se optó por mantener el sistema arbitral, incorporando ciertas mejoras en relación a la forma en que fallan los árbitros, la designación de estos y su permanencia en el cargo.

1.1.3. Presupuesto procesal relativo al órgano jurisdiccional: competencia del tribunal

Un aspecto importante a considerar es la competencia de los tribunales como un presupuesto procesal relativo al órgano jurisdiccional. El artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales define competencia como “la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones”.

La competencia acumulativa o preventiva —respecto al criterio clasificación según número de tribunales potencialmente competentes para conocer de un asunto—, es:

aquella en que de acuerdo a las reglas de competencia que establece la ley existen dos o más tribunales potencialmente competentes para conocer de un asunto, pero desde el momento en que previene cualquiera de ellos en conocimiento del asunto cesa la competencia de los demás para conocer del asunto por el solo ministerio de la ley. (Orellana, 2008, pp. 245-246)

Lo anterior, en concordancia con la regla de la prevención, es decir, sometido el conocimiento de un asunto a un tribunal, los demás tribunales cesan de ser competentes. Asimismo, respecto a regla de la radicación, que se refiere a que la competencia del tribunal queda fija e inmutable, sin sufrir alteraciones por circunstancias de hecho; estas reglas están contenidas en el artículo 112 y 109 del Código Orgánico de Tribunales, respectivamente.

Reconocemos que los artículos mencionados aluden a una controversia en particular, de manera singular. Ello no obsta, a que en el acuerdo de arbitraje se conceda la facultad de resolver controversias presentes o futuras. Por consiguiente, mediante una interpretación sistemática de todas las normas que rigen el contrato de concesión en relación a la materia planteada, no podemos sino concluir que el acuerdo arbitral produce la radicación y prevención de todas las materias en el Tribunal Arbitral de la concesión.

⁶ Similar precepto se repite en el artículo 14 de las normas de procedimiento de la Comisión Arbitral Aeropuerto Internacional Arturo Benítez. Asimismo, en el artículo 2° de las normas de procedimiento de la Comisión Arbitral del contrato de concesión de la obra pública fiscal “Concesión Ruta 5 Norte, Tramo: La Serena – Vallenar”.

1.1.4. Jurisprudencia relacionada

A continuación, expondremos brevemente las decisiones de la Corte de Apelaciones de Santiago y de la Corte Suprema en relación a la determinación del tribunal competente en virtud del artículo 36 bis de LCOP.

Un primer caso, es el de la Concesión Ruta 5 Norte Tramo La Serena-Vallenar, a raíz de una reclamación presentada por la Sociedad Concesionaria Ruta del Algarrobo S.A. —titular de la concesión mencionada— ante la ICA de Santiago, el CDE en representación del MOP, trabó vía inhibitoria una contienda de competencia entre la ICA Santiago y la Comisión Arbitral de la concesión. La ICA Santiago resolvió rechazar el incidente de incompetencia incoado por el CDE argumentando que la interposición previa de reclamaciones ante la Comisión Arbitral “no produce la prevención ni la radicación en la antedicha instancia decisoria, de todos los conflictos que con posterioridad puedan suscitarse y que tengan un origen específico diverso”. Por lo que, se declaró competente y ordenó remitir los antecedentes a la Corte Suprema para que dirima la controversia.

La ECS al conocer de la contienda de competencia trabada, resolvió⁷ en el mismo sentido de la sentencia en comento, en el considerando 6° la Corte arguye 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.

En consecuencia, declara competente al tribunal arbitral para continuar con el conocimiento del asunto.

Un segundo caso, se relaciona con el contrato de concesión de la obra pública fiscal Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago, en el cual la Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. interpone una reclamación ante la ICA Santiago, el CDE en representación del MOP, se hace parte y alega la incompetencia de la Corte, al tratarse de un incidente de previo y especial pronunciamiento, la ICA Santiago⁸ rechazó el incidente de incompetencia incoado por el CDE, argumentando que la Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A.:

ha sometido anteriormente a la decisión de la mentada Comisión Arbitral el conocimiento de otros reclamos de características semejantes al de estos autos, lo cierto es que la promoción de tales disputas no produce la prevención ni la radicación en la antedicha instancia decisoria, de todos los conflictos que con posterioridad puedan suscitarse.

Un tercer caso, se origina también con una reclamación de la Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. ante la ICA Santiago⁹, en esta oportunidad el CDE, en representación del MOP, alega vía inhibitoria la incompetencia del tribunal capital, el cual se declara competente de conocer el asunto, reiterando su argumentación, y remite los antecedentes a la Corte Suprema para que dirima la contienda de competencia trabada, cuya decisión aún se encuentra pendiente.

⁷ Sentencia de la Corte Suprema rol N° 65.021-2023. La Concesionaria interpuso un recurso de reposición en contra de la sentencia, el cual fue rechazado.

⁸ Considerando 3° de la Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de junio de 2022, rol N° 182-2022 acumulada con la causa rol N°194-2022. Al rechazar la incompetencia alegada, la ICA Santiago continuó con el conocimiento de la reclamación, cuyo pronunciamiento aún está pendiente.

⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de junio de 2023, rol N° 396-2022. Rol de ingreso N° 133141-2023 de la Corte Suprema.

2. Análisis crítico de la sentencia

El artículo 36 bis de LCOP nos señala dos potenciales tribunales competentes para conocer de las reclamaciones relacionadas al contrato de concesión, sin embargo, esta norma en abstracto, es necesario dotarla de contenido y determinar el juez natural, pues “no puede haber una concurrencia de competencias para conocer al mismo tiempo de un conflicto entre las partes” (Romero, 2017, p. 29).

En consecuencia, a nuestro parecer, una vez ejercido el derecho de opción establecido en el art. 36 bis de la LCOP, las partes al optar por la Comisión Arbitral, determinan a este último, como el juez natural para el conocimiento de las controversias que se originan en virtud del contrato de concesión. Por lo que, no es dable que de manera posterior, la sociedad concesionaria entable reclamaciones ante la Corte de Apelaciones de Santiago, eludiendo un acuerdo arbitral vigente y vinculante. Lo anterior, en virtud de que en las normas del procedimiento fijadas para la Comisión Arbitral se pacta una cláusula compromisoria, la cual otorga competencia al tribunal arbitral respecto de todos los conflictos que surjan con posterioridad, dentro de la esfera de sus atribuciones.

Las partes, a través del compromiso, pactan el objeto del arbitraje y delimitan la función del tribunal especial, por ende, si en dicha cláusula se indica “La Comisión Arbitral conocerá y resolverá todas aquellas materias...” sin prevenciones o reservas de derecho alguno, 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 via per partem ad aliam potest venire*” (Romero, 2015b, p. 604)¹⁰.

Por lo anterior, los pronunciamientos recientes de la Corte de Apelaciones de Santiago, a nuestro juicio, no son correctos, ya que no es el tribunal competente para conocer de las reclamaciones. Con ello, se busca evitar la duplicidad de criterios y que las partes —según su conveniencia— inicien reclamaciones ante uno u otro

tribunal, buscando cambios de criterios y/o evitar los costos del arbitraje.

Una dificultad que produce no determinar con claridad el juez natural es la posibilidad de un prejuzgamiento para un juicio posterior (Romero, 2015b, p. 600). En el caso en comento, la Sociedad Concesionaria San José Ruta del Loa S.A. reclamó la improcedencia de la boleta de garantía de seriedad de la oferta, al respecto uno de los argumentos de la ICA Santiago para declarar la inadmisibilidad de la reclamación fue la existencia de un pronunciamiento previo de la Comisión Arbitral de la concesión sobre incumplimientos graves denunciados por el MOP que dieron origen al cobro de la antes dicha boleta de garantía.

Ante el tribunal supremo, la Concesionaria reclamó que esta cuestión constituía un pronunciamiento de fondo, por lo que no era procedente su control en un examen de admisibilidad. El sentenciador concordó con el razonamiento jurídico de la reclamante.

De esta manera, este ejemplo en concreto nos demuestra que las controversias relativas a contratos de concesión de obra pública, en ocasiones están conectadas entre sí, en consecuencia, un pronunciamiento anterior de la Comisión Arbitral podría eventualmente generar un prejuzgamiento de un juicio posterior. Una solución a esto es la acumulación de autos —necesariamente en causas coetáneas—, sin embargo, ello no es posible si cada causa está siendo conocida por dos tribunales diferentes.

Una segunda dificultad que se presenta el no determinar correctamente el juez natural es la infracción que lleva aparejada, es decir, la nulidad de todo lo obrado por incompetencia del tribunal (Romero, 2017, pp. 81-82). Un ejemplo de ello es la causal número 1 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil que establece que “El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes: 1a. En haber sido la sentencia pronunciada por un tribunal incompetente o integrado en contravención a lo dispuesto por la ley”.

¹⁰ Lo que significa “Elegida una vía procesal por una parte no se permite acudir a otra”.

No obstante que, en la fundamentación del fallo son acogidos los argumentos de Concesionaria San José Ruta el Loa S.A.¹¹, el razonamiento final del tribunal supremo es adecuado, la reclamación de la Concesionaria simplemente no podía prosperar debido a la falta del presupuesto procesal relativo a la competencia del tribunal que conoce del asunto. Recordemos que la ausencia de cualquiera de los presupuestos procesales impide un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión deducida, a fin de evitar futuras nulidades.

En este caso en particular, el control de oficio del tribunal —al originarse de una resolución de admisibilidad no pudo ser alegado por la parte interesada— al examinar la competencia como presupuesto de validez no solo fue necesario, sino que obligatorio para el ente juzgador, en concordancia con los artículos 84 inciso final y 775 del Código de Procedimiento Civil (Romero, 2017, pp. 108-109).

Al mantener un solo tribunal competente durante todo el periodo de la concesión se evita que las partes utilicen el mecanismo de resolución de conflictos de manera perversa¹², como sucedía con las Comisiones Conciliadoras/ Arbitrales en el antiguo régimen, en el que las partes a su atajo podían cambiar la integración de la Comisión. En cambio, en el actual régimen los árbitros permanecerán en el cargo mientras dure la vigencia de la concesión, salvo inhabilidades e incapacidades sobrevinientes¹³.

Uno de los argumentos utilizados por el CDE en las contiendas de competencia vistas anteriormente es la hipótesis del concepto comparado *forum shopping*, el cual podemos definirlo como “la actividad que persigue alcanzar la más favorable jurisdicción para los intereses del demandante” (Carrasco, 2016, p. 181). En este sentido, las partes —las concesionarias de los casos estudiados— buscan entablar sus reclamaciones ante un tribunal u otro

según la conveniencia a sus intereses. Si bien lo anterior no es ilícito *per se*, en este caso se burlan las normas de competencia, que son de orden público, produciendo consecuencias desfavorables en la administración de la justicia.

Para entender la importancia de mantener un único tribunal competente durante la vigencia de la concesión, debemos considerar que los contratos de concesión de obra pública son contratos complejos de larga duración. Por ello, se requiere de un tribunal versado en las materias de la concesión respectiva, cuyas decisiones mantengan la unidad y congruencia con el fin de dar certeza jurídica a las partes. No tan solo a estas, sino que a la comunidad en general, no perdamos de vista que la finalidad primordial del contrato es la prestación de un servicio público.

Respecto a nuestra pregunta inicial, creemos que la Corte de Apelaciones de Santiago no es competente de conocer las reclamaciones que surjan con ocasión al contrato de concesión, una vez que se ha constituido la Comisión Arbitral para la determinada concesión; se han pactado de común acuerdo las normas de procedimiento de la misma; y, se han ejercido otras reclamaciones con anterioridad, queda radicada la competencia del tribunal especial para conocer de todas las cuestiones que surjan durante la vigencia de la concesión.

Por ende, la interpretación y decisión de la Excelentísima Corte Suprema es acertada, se orienta al fortalecimiento del sistema de resolución de conflictos de las concesiones de obra pública. Esperamos que el este criterio sea mantenido por el tribunal supremo.

¹¹ Faltas graves controvertidas por la concesionaria: extemporaneidad de la reclamación, imposibilidad de declarar la inadmisibilidad del reclamo, pronunciamiento de fondo del asunto y la falta de concurrencia ante el Panel Técnico de Concesiones.

¹² Recordemos el principio general de buena fe también se extiende al proceso, por lo que, los intervinientes de este están obligados a procurar que sus actuaciones procesales se ajusten a la ética (Romero, 2015a, p. 46).

¹³ Artículo 36 bis inciso 6 de la LCOP: “Los integrantes de la Comisión deberán ser designados al inicio de la respectiva concesión y la Comisión, a su vez, deberá quedar constituida dentro de los 30 días siguientes a dicha designación. Sus integrantes permanecerán en el cargo durante toda la vigencia del respectivo contrato de concesión. No obstante, podrán ser reemplazados de común acuerdo, cuando ello sea necesario o se estime conveniente, o a solicitud de cualquiera de las partes, por una sola vez, siempre que hubieren transcurrido más de tres años desde la fecha de su nombramiento y no estuvieren conociendo de una reclamación. Ello, sin perjuicio de las inhabilidades e incapacidades sobrevinientes que pudieren afectar a alguno de los integrantes, en cuyo caso se aplicará para el nombramiento de su reemplazante el procedimiento establecido en el inciso anterior”.

3. Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto es posible deducir las siguientes conclusiones:

1. Una vez constituida la Comisión Arbitral del contrato de concesión y acordadas las normas del procedimiento, las partes pactan una verdadera cláusula compromisoria, la cual necesariamente tiene el efecto de sustraer la competencia de la ICA Santiago y fijar como juez natural al Tribunal Arbitral. Por lo que, cualquier conflicto que surja de manera posterior, que tenga relación con la interpretación, aplicación y ejecución del contrato de concesión, el tribunal competente para conocer del asunto es la Comisión Arbitral y no la Corte de Apelaciones de Santiago.
2. El acuerdo arbitral produce la radicación y prevención de todas las materias relacionadas al contrato de concesión en el Tribunal Arbitral, dentro del ámbito de sus atribuciones.
3. La falta de competencia de la ICA Santiago es un presupuesto de validez relativo al órgano jurisdiccional. En consecuencia, la ausencia de este requisito, solo permite dictar una sentencia absolutoria de la instancia y no pronunciarse sobre el fondo del asunto.
4. La alteración de las reglas de competencia produce efectos indeseables en la administración de justicia, por consiguiente, alteraciones en el mecanismo de resolución de conflictos de concesiones de obra pública.

Referencias

- Bernardo, A. (2002). *Arbitraje y jurisdicción: incompatibilidad y vías de exclusión*. Comares.
- Cárdenas, M. (2015). Panel Técnico y Comisión Arbitral en las Concesiones de obras públicas: cambios introducidos por la Ley N° 20.410. *Revista de Derecho (CDE)*, (33) 69-86.
- Carrasco, N. (2016). El forum shopping y la legislación chilena sobre acción colectiva de acreedores. *Revista de derecho. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 47(2), 179-215. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512016000200006>
- Díaz, J. y Romero, A. (2016). *El arbitraje interno y comercial: parte general* (2° ed. act). Ediciones UC.
- Orellana, F. (2008). *Manual de derecho procesal*. Derecho procesal orgánico (T. I). Librotecnia.
- Romero, A. (2015a). *Curso de derecho procesal civil*. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento (T. III). Thomson Reuters.
- Romero, A. (2015b). 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. *Revista de derecho Universidad Católica del Norte*, 22(1), 597-604. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000100017>
- Romero, A. (2017). *Curso de derecho procesal civil*. Los presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional y a las partes (3° ed. T. II). Thomson Reuters.

Jurisprudencia

- Sentencia de la Corte Suprema, 30 de noviembre de 2017, rol N° 35.751-2017.
- Sentencia de la Corte Suprema, 1 de agosto de 2023, rol N° 65.021-2023.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de junio de 2022, rol N° 182-2022, acumulada con rol N° 194-2022.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de junio de 2023, rol N° 396-2022. Rol de ingreso 133.141-2023 Corte Suprema.

Normativa

Código Orgánico de Tribunales

Código de Procedimiento Civil

Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional

Texto original y última versión del Decreto N° 900, del Ministerio de Obras Públicas, de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 164, del Ministerio de Obras públicas, de 1991, Ley de Concesiones de Obras públicas.

Otros documentos

Normas de Procedimiento y Acuerdo de Honorarios de la Comisión Arbitral de la Concesión Aeropuerto Internacional Arturo Benítez. Disponible en la causa rol 194-2022 ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago.

Normas de Funcionamiento y Procedimiento de la Comisión Arbitral de la obra concesión vial Rutas del Loa. https://fiscalia.mop.gob.cl/Expediente_Rutas_del_Loa1/06.-%20TEXTO%20REFUNDIDO%2001.2016.pdf

Normas de Procedimiento de la Comisión Arbitral del contrato de concesión de la obra pública fiscal “Concesión Ruta 5 Norte, Tramo: La Serena – Vallenar”. https://fiscalia.mop.gob.cl/Expediente_Algarrobo/1%20Sesión%20Comisión%2031%20Marzo%202016%20Acuerdo%20de%20Normas%20de%20Funcionamiento%20y%20Procedimiento.pdf