

**EN LO PRINCIPAL: SOLICITA CORRECCIÓN DE OFICIO DEL PROCEDIMIENTO.  
PRIMER OTROSÍ: EN SUBSIDIO, REPONE.**

**SR. PRESIDENTE  
COMISIÓN ARBITRAL CONCESIÓN “AMÉRICO VESPUCCIO 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 **RoI 1-2018**, al Sr. Presidente de la Comisión Arbitral, con respecto decimos:

Que venimos en solicitar a la H. Comisión ejerza la facultad que el artículo 84 inciso final del Código de Procedimiento Civil le otorga, corrigiendo el procedimiento y dejar sin efecto la citación a las audiencias decretadas por resolución de fecha 8 de octubre de 2018, escrita a fojas 282 y siguientes de autos, por las razones que se expresarán.

Consta en autos que el período de discusión concluyó, al dictarse la resolución de fecha 5 de octubre de 2018, de fojas 278, que tuvo por evacuada la dúplica.

El artículo 23 de las Normas de Funcionamiento y Procedimiento dispone que una vez concluido el periodo de discusión, la Comisión examinará los autos y si lo estimare recibirá la causa a prueba. Esta norma es clara en el sentido de regular la actividad que debe desarrollar la Comisión Arbitral una vez evacuada la dúplica, la que no es otra más que definir si existen hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, debe necesariamente recibir la causa a prueba, y en caso contrario la misma disposición prevé que la Comisión de inmediato debe citar a las partes a oír sentencia.

Como podemos apreciar las normas de procedimiento dictadas por esta misma Comisión Arbitral, no facultan a la Comisión Arbitral para citar a las partes a audiencias separadas para responder de manera verbal las consultas técnicas y aclaraciones que formule el Tribunal respecto de los hechos vertidos en los escritos principales de autos. La citación de las partes a las audiencias señaladas resulta contraria, además, al espíritu del procedimiento, el cual conforme al artículo 10 debe ser escrito.

Si bien la Comisión tiene la facultad de modificar o complementar las normas de procedimiento, lo cierto es que no puede ser ejercida contrariando las disposiciones que expresamente regulan ciertas formalidades del proceso arbitral, como por ejemplo el carácter escrito del procedimiento, esto incluye consignar, además de los hechos, todas las actuaciones, presentaciones, escritos, solicitudes, documentos, actas,

acuerdos o resoluciones que se presenten o rindan en el proceso; el derecho de las partes a presentar los medios de prueba que consideren necesarios para el apoyo de sus pretensiones; el derecho de la parte contraria a realizar observaciones u objeciones a tales medios de prueba; en fin todas estas formalidades debidamente reglamentadas en las normas de procedimiento del presente litigio, que de una u otra forma se ven conculcadas por la dictación de la resolución de fojas 282.

Por todas estas razones, y en virtud de las Normas que regulan el arbitraje, pero principalmente en atención al mérito del proceso, estimamos procedente que la Comisión Arbitral deje sin efecto la resolución de fojas 282, haciendo uso de la facultad que el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil otorga, de manera de evitar los vicios que anulan el procedimiento, para que en su lugar el Tribunal dicte la resolución recibiendo la causa a prueba, o bien cite a las partes a oír sentencia.

**POR TANTO,**

**A LA COMISIÓN ARBITRAL PEDIMOS,** hacer uso de la facultad establecida en el inciso final del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, dejando sin efecto la resolución de fecha 8 de octubre de 2018, escrita a fojas 282, y en su reemplazo se reciba la causa a prueba, o bien se cite a las partes a oír sentencia.

**OTROSÍ:** En el improbable evento que la Comisión Arbitral no acoja lo solicitado en lo principal, en subsidio, venimos en deducir recurso de reposición en contra de la resolución pronunciada el pasado 8 de octubre de 2018, rolante a fojas 282 de autos, solicitando sea dejada sin efecto en atención a los graves perjuicios que irroga para esta parte, cuyos fundamentos de hecho y derechos exponemos a continuación.

La resolución de fojas 282, cita a cada parte a audiencias de manera separada con el objeto de dar respuesta de manera verbal a las consultas técnicas y aclaraciones que formulará el Tribunal respecto de determinados hechos relacionados con la presente controversia. Para tales efectos la Comisión dispone, en el caso del MOP, comparecer con el Inspector Fiscal del contrato, y la SC con el ingeniero responsable de la ingeniería de detalle, ambas asistidas por los apoderados y los demás asesores que estimen pertinente. Agrega que se podrá hacer uso de planos y documentos, a la vez que la parte contraria podrá asistir a la audiencia acompañada por asesores o profesionales técnicos, pero sin poder intervenir. Por último la resolución establece que el acta que se levante solo contendrá la individualización de las personas asistentes, la constancia de haberse celebrado y las respectivas firmas.

La resolución de fecha 5 de octubre de 2018, en los términos que fue dictada, contiene una serie de errores y vicios que hacen necesaria dejarla sin efecto, por atentar contra las formalidades previstas en las normas de procedimiento; incluir un trámite no

establecido en las mismas normas; permitir la inclusión o percepción de documentos u otros instrumentos sin que sean agregados al proceso, impidiendo de esta forma el derecho consagrado en las normas y en la ley para realizar observaciones u objeciones; obligar a las partes a comparecer con personas que bien podrían servir de testigos en la etapa procesal respectiva, todo lo cual analizaremos detenidamente.

**1. Citación a audiencia para responder dudas o consultas, no se encuentra dentro de los trámites establecidos en las Normas de Procedimiento.**

Tal como señalamos en lo principal de esta presentación, la citación ordenada por la Comisión es un trámite no establecido en las Normas que regulan el procedimiento. El artículo 23 de las Normas de Funcionamiento y Procedimiento dispone que una vez concluido el periodo de discusión –como es el caso de autos- la Comisión examinará los autos y si lo estimare recibirá la causa a prueba y en caso contrario citará a las partes a oír sentencia.

La alteración de la substanciación regular del juicio, al ordenarse un trámite que no se encuentra establecido en las normas del procedimiento, habilitan a esta parte para interponer el presente recurso, con el fin de evitar las nulidades que se generarán de no corregirse tales defectos.

La actividad procesal de la Comisión en esta etapa del proceso, se limita exclusivamente a estudiar los escritos del periodo de discusión presentados por las partes, de tal manera de establecer si a su juicio existen hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que hagan necesario abrir un término probatorio. Es precisamente esta etapa del proceso –el término probatorio- la que permitirá a la Comisión conocer en profundidad los antecedentes que las partes han anunciado para demostrar sus pretensiones y defensas. Ahora bien, si a pesar de haberse rendido la prueba, la Comisión mantiene dudas técnicas para resolver adecuadamente la controversia, las Normas de procedimiento la facultan para requerir la asistencia de un informe de un perito. En ese caso, el profesional que resulten designado, además del informe escrito que debe evacuar, podrá ser citado a la presencia de la comisión, con la finalidad de aclarar dudas o absuelva las consultas que sean formuladas tanto por las partes como por la misma Comisión Arbitral (artículo 24). Esta disposición es la única que regula una audiencia para absolver dudas o consultas, no existe otra, y vemos que en todos momento se cautela el principio de bilateralidad de la audiencia, al permitir a cada parte dirigir preguntas, fuera del derecho de cada parte de realizar observaciones al informe que el perito evacue.

En síntesis, la resolución de fojas 282, al decretar una audiencia en los términos señalados, y para los efectos citados, vulnera la normal prosecución del juicio, puesto

que ordena la realización de un trámite no establecido en las normas de procedimiento, lo que deberá ser enmendado por la Comisión, dejándola sin efecto.

**2. La resolución permite hacer uso de planos y documentos, pero sin que sean agregados previamente al proceso.**

La citación permite a las partes hacer uso de ciertos documentos y planos para ser desplegados en formato digital el día de las audiencias. Estimamos que la resolución pronunciada por la Comisión adolece de un vicio que debe ser corregido, puesto que se vulneran normas del debido proceso.

La oportunidad para presentar documentos se encuentra definida en las normas de procedimiento. El artículo 24 dispone que los documentos podrán acompañarse en cualquier etapa del juicio, hasta el vencimiento del probatorio, bajo apercibimiento legal, y las partes tendrán un plazo de 3 días para objetarlos, contado desde la notificación de la resolución que los tiene por acompañados.

La norma transcrita establece en primer lugar, el derecho de las partes a presentar documentos, en cualquier etapa del proceso hasta el vencimiento del probatorio. En seguida, la norma se encarga de imponer a las partes la obligación de acompañarlos bajo apercibimiento legal, pues la parte contraria dispone de 3 días para objetarlos.

Al revisar la resolución que por este acto se impugna, vemos que vulnera el artículo 24, dado que en primer término faculta a las partes para presentar en el mismo acto de la audiencia documentos y planos, sin la debida antelación que permita a la Comisión ponerlos en conocimiento de la parte contraria de manera de hacer efectivo el plazo de 3 días para formular objeciones si fuere procedente. Pero lo más grave aún, es el hecho que los señalados documentos y planos, de acuerdo a la resolución de fojas 282, no formaran parte del proceso, no serán agregados al expediente, ya que solo se dejará constancia de las personas comparecientes y la constancia de haberse llevado a cabo la audiencia. Esta situación atenta con lo dispuesto en el artículo 10 referido a la formación del expediente. Este artículo dispone que corresponderá al secretario de la comisión formar un expediente, debiendo foliarlo y numerarlo, que **deberá contener todos los escritos, solicitudes, presentaciones, documentos actas, acuerdos, resoluciones y actuaciones que se presenten o que se rindan ante la Comisión.** El principio fundamental detrás de esta norma es que todos los antecedentes que presenten las partes se agreguen al proceso. De esta manera cobra relevancia el conocido aforismo *“lo que no está en el expediente, no existe en el proceso”*.

Vemos que el artículo 10 no excluye ningún tipo de antecedente o documento que deba quedar al margen del expediente, menos aún si las partes pretenden valerse de

ellos en apoyo de sus pretensiones en una actuación que se rinda ante la Comisión Arbitral, como sería el caso de la audiencia a la que hemos sido citados.

Sin perjuicio de lo anterior, el inconveniente que observamos tiene su origen en que las partes se encontrarían autorizadas para exhibir, entregar o apreciar documentos en una audiencia ante la Comisión Arbitral con la presencia de la contraria, sin que se cumpla la formalidad de acompañar tales documentos de manera previa, y luego estos documentos en consecuencia no formarán parte del proceso, por así disponerlo la misma resolución de fojas 282 cuando señala que "el acta que se levante de estas audiencias sólo contendrá la individualización de las personas asistentes, la constancia de hacerse celebrado y las respectivas firmas".

No incorporar o agregar al expediente los documentos que las partes presenten o pretendan hacer valer en apoyo de sus pretensiones, el legislador la castiga severamente con la nulidad. En efecto, el artículo 795 del Código de Procedimiento Civil, describe los trámites o diligencias esenciales dentro de un proceso, entre ellas 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 vulneración de tal trámite configura necesariamente una causal de casación en la forma, vicio que el Tribunal está llamado a evitar, so pena de declararse la nulidad de la decisión que adopte.

Una de las funciones del tribunal es velar por el cumplimiento de las formalidades de manera de impedir vicios que anulen el proceso. Una demostración de tal obligación, es la facultad que entrega al Tribunal el código de enjuiciamiento civil de corregir los errores que observe durante la tramitación del procedimiento, como es el caso del inciso final del artículo 84, y otra por cierto la constituyen los recursos procesales.

De persistir la posibilidad de que las partes presenten documentos sin las formalidades establecidas en las normas, se atenta contra el principio del debido proceso dejando en la indefensión no solamente al Ministerio de Obras Públicas sino que además a la Sociedad Concesionaria.

### **3. Exigencia de comparecer ante la Comisión a determinadas personas y profesionales.**

La resolución ordena la comparecencia, en el caso del MOP, del Inspector Fiscal del contrato y demás asesores que se estime pertinente. Los términos en que se encuentra redactada la resolución constituye una verdadera orden perentoria a esta parte Fiscal de hacer comparecer al Inspector del contrato. Esta parte estima que la Comisión ha extralimitado sus facultades, por los siguientes motivos:

- a) El Inspector Fiscal del contrato de concesión, es por esencia un testigo respecto del cual esta parte pretende hacerse valer en la etapa probatoria respectiva. La citación ordenada por la Comisión a una audiencia distinta a la que tiene por objeto recibir su declaración como testigo es absolutamente improcedente, genera a esta parte un perjuicio procesal que debe evitarse. Obligar al Inspector Fiscal a comparecer ante la Comisión en una oportunidad distinta a la audiencia testimonial para resolver dudas o consultas además, podría tornarse como una prueba confesional, pero sin cumplirse los requisitos y formalidades establecidas en la ley.

La misma situación entendemos afectará a la Sociedad Concesionaria, puesto que el ingeniero responsable de la ingeniería de detalle cuya comparecencia obliga la resolución de fojas 282, impedirá que en el futuro pueda declarar como testigo en la etapa probatoria. De persistir esta situación, es decir, si ambos profesionales, Inspector Fiscal y el ingeniero del Concesionario, comparecen a las audiencias que han sido citados para absolver preguntas de la Comisión, el día de mañana cuando deban prestar declaración como testigos su testimonio se encontrará contaminado por la participación en estas audiencias.

- b) La Comisión arbitral carece de facultades para compeler a un testigo a concurrir a declarar ante ella. Así está establecido en el artículo 24 de las Normas de procedimiento. Pues bien, si la comisión carece de facultades para exigir la concurrencia de un testigo que ha sido ofrecido por una de las partes, la misma restricción debe entenderse aplicable respecto de los profesionales llamados a través de la resolución de fojas 282, que por sus intervenciones en el contrato de concesión disponen de conocimientos que los habilitan para ser presentados como testigos en el presente litigio y en la etapa probatoria establecida en las normas. Realizar el llamado con antelación, esto es fuera de periodo probatorio constituye un vicio que anulará tal declaración, puesto que la recepción de la prueba testimonial se recibirá ante la Comisión en los últimos 5 días del término probatorio.

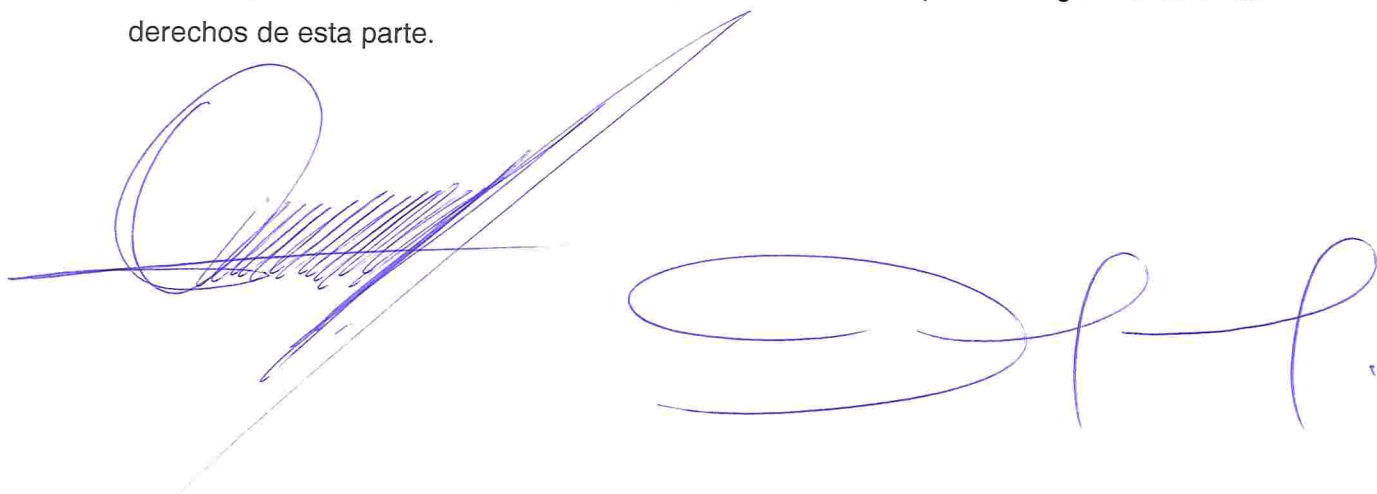
Dado que la citación del Inspector Fiscal se ha ordenado fuera del termino probatorio, no corresponde en consecuencia exigir su concurrencia a la audiencia para resolver dudas técnicas, lo que tampoco permitirá a la Comisión compelerlo si no se presentare. Creemos que lo más acertado al tenor de las normas que regulan el procedimiento, es proceder a dejar sin efecto esta resolución.

Como se podrá advertir, esta parte estima que la prueba será entonces encaminada no a probar los hechos materia del auto de prueba que se llegue a emitir, sino más bien a

satisfacer las inquietudes, dudas y apreciaciones que la Comisión formule en las audiencias a que fuimos citados cada parte, lo que atenta claramente contra el debido proceso, y la normal prosecución regular del juicio.

**POR TANTO,**

**A LA COMISIÓN ARBITRAL PEDIMOS,** se sirva tener por deducido el presente recurso de reposición en contra de la resolución de fecha 8 de octubre de 2018, escrita a fojas 282, que cita a las partes a audiencias para responder verbalmente consultas técnicas, solicitando sea dejada sin efecto por tratarse de un trámite no previsto en las normas de procedimiento, cuyas exigencias atentan contra principios como el debido proceso y bilateralidad de la audiencia, además de comprometer gravemente los derechos de esta parte.

Two handwritten signatures in blue ink. The signature on the left is highly stylized and scribbled, while the signature on the right is more legible and cursive.