



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

EL PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS DE LA LEY N°
20.410.

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS
Y SOCIALES

MATÍAS SEBASTIÁN PAZ UGALDE
CAMILA BELÉN ROMÁN CARRIL

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para optar al
grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

PROFESOR GUÍA: JAIME PHILLIPS LETELIER

SANTIAGO DE CHILE

2020

Agradecimientos:

Matías: mi especial agradecimiento va a mi madre doña Irelba Ugalde, quien siempre me ha apoyado y enseñado el valor del esfuerzo y la humildad.

Camila: mis agradecimientos van a mi familia, quienes me han apoyado en cada etapa de mi vida.

Y a nuestros amigos que nos han acompañado durante nuestra etapa universitaria.

También agradecemos a nuestro profesor guía don Jaime Phillips Letelier por su dedicación y apoyo con nuestra investigación.

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|--|-----|
| ABREVIATURAS | [I] |
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| | |
| CAPÍTULO I: HISTORIA RECIENTE DEL SISTEMA DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS EN RELACIÓN A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y CONTROVERSIAS | 4 |
| 1.- Objetivo del capítulo..... | 4 |
| 2.- Introducción a los sistemas en materia de construcción de obras públicas..... | 4 |
| 3.- Evolución del marco jurídico normativo reciente del sistema concesional de obras públicas, en relación a los mecanismos de resolución de conflictos y controversias..... | 6 |
| 3.1.- Cambios en el marco jurídico normativo en la década de los ochenta..... | 6 |
| 3.2.- Cambios en el marco jurídico normativo en la década de los noventa..... | 7 |
| 3.3.- Cambios en el marco jurídico normativo en la década del dos mil a dos mil diez..... | 11 |
| 4.- Conclusión del capítulo..... | 15 |
| | |
| CAPÍTULO SEGUNDO: RENEGOCIACIONES Y TRANSPARENCIA EN RELACIÓN A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y CONTROVERSIAS | 19 |
| 1.- Introducción..... | 19 |
| 2.- Resolución de controversias: la coexistencia de los modelos vigentes | 19 |
| 3.- La Comisión Conciliadora y la Comisión Arbitral..... | 20 |
| 4.- Las renegociaciones: origen legal, definición y formas de renegociar..... | 23 |
| 4.1.- El origen legal de las renegociaciones y su definición..... | 23 |
| 4.2.- Las formas de renegociar..... | 24 |
| 4.3.- Renegociaciones: falta de transparencia y monopolio concesional..... | 25 |

| | |
|----------------------------------|----|
| 5.- Conclusión del capítulo..... | 29 |
|----------------------------------|----|

CAPÍTULO TERCERO: LOS DISPUTE BOARDS Y EL PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS: EL MODELO INTERNACIONAL APLICADO A LA LEGISLACIÓN NACIONAL.....32

| | |
|---|----|
| 1.-Introducción..... | 32 |
| 2.- Objetivo del capítulo..... | 33 |
| 3.- Breve génesis de los <i>Dispute Boards</i> | 34 |
| 4.- ¿Qué son los <i>Dispute Boards</i> ?..... | 37 |
| 5.- Características de los <i>Dispute Boards</i> | 38 |
| 6.- Elementos de los <i>Dispute Boards</i> | 39 |
| 7.- Clasificación de los <i>Dispute Boards</i> | 40 |
| 8.- Los <i>Dispute Boards</i> de acuerdo a la Cámara de Comercio de Santiago..... | 41 |
| 8.1- Reglamento de la Cámara de Comercio de Santiago para los <i>Dispute Boards</i> | 44 |
| 9.- Beneficios de los <i>Dispute Boards</i> | 45 |
| 10.- Conclusión del capítulo..... | 46 |

CAPÍTULO CUARTO:EL PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES: MARCO NORMATIVO Y ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA.....48

| | |
|---|----|
| 1.- Introducción y objetivos del capítulo..... | 48 |
| 2.- Marco Normativo del Panel Técnico de Concesiones..... | 49 |
| 3.- Funcionamiento del Panel Técnico..... | 50 |
| 3.1.- Integrantes del Panel Técnico..... | 50 |
| 3.2.- Requisitos del integrante abogado del Panel Técnico..... | 51 |
| 3.3.- Requisitos del integrante ingeniero o profesional especializado en ciencias económicas o financieras del Panel Técnico..... | 52 |
| 4.- El secretario abogado..... | 54 |

| | |
|--|----|
| 4.1.- Obligaciones del secretario abogado..... | 54 |
| 5.- El presidente del Panel Técnico..... | 55 |
| 5.1.- Funciones y atribuciones del presidente del Panel Técnico..... | 51 |
| 6.- Toma de razón en la designación de integrantes del Panel Técnico y duración en el cargo..... | 56 |
| 6.1.- Toma de Razón en la designación de integrantes del Panel Técnico..... | 56 |
| 6.2.- Duración del Cargo..... | 57 |
| 7.- Limitaciones al ejercicio del cargo en el Panel..... | 58 |
| 8.- Financiamiento del Panel y descripción de renta..... | 58 |
| 9.- Competencia del Panel Técnico de Concesiones..... | 60 |
| 9.1.- Emisión de recomendaciones técnicas y resolución de consultas..... | 60 |
| 9.2.- Requisitos de la recomendación del Panel Técnico..... | 61 |
| 9.3.- Pronunciamiento del Panel Técnico..... | 62 |
| 9.4.- Seguimiento ante el Panel Técnico..... | 62 |
| 10.- Procedimiento ante el Panel Técnico..... | 63 |
| 11.- Esquema resumen procedimiento ante el PTC..... | 64 |
| 12.- El valor probatorio de las recomendaciones del panel técnico en relación a la jurisprudencia..... | 65 |
| 12.1.- Planteamiento previo sobre el valor probatorio del informe del PTC..... | 65 |
| 12.2.- El tratamiento de los medios de prueba desde el punto de vista procesal..... | 67 |
| 12.3.- El caso del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago (AMB)..... | 69 |
| 13.- Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A con MOP: la etapa ante la Comisión arbitral..... | 74 |
| 13.1.- Argumentos presentados por las partes ante la Comisión Arbitral..... | 75 |
| 13.2.- Sentencia de la Comisión Arbitral..... | 78 |

| | |
|--|----|
| CONCLUSIONES | 83 |
| 1.-Renegociaciones en relación con la transparencia y el PTC..... | 83 |
| 2.- <i>Dispute Board</i> y PTC..... | 83 |
| 3.-El Panel Técnico de Concesiones y el valor probatorio de sus recomendaciones..... | 87 |
| BIBLIOGRAFÍA | 90 |

Abreviaturas

BALI: Bases de Licitación en relación a Obras Públicas Fiscales

CAM: Cámara de Comercio de Santiago

CDB: Combined Dispute Board

CII: Cámara de Comercio Internacional

DAB: Dispute Adjudication Board

DB o DBs: Dispute Board

DFL: Decreto con Fuerza de Ley

DGOP: Director General de Obras Públicas

DOH: Dirección de Obras Hidráulicas

DRB: Dispute Review Board

DS : Decreto Supremo

FIDIC: Federación Internacional de Ingenieros Consultores

LCOP: Ley de Concesiones de Obras Públicas

MOP: Ministerio de Obras Públicas

NFPT: Normas de Funcionamiento del Panel Técnico

PIB: Producto Interno Bruto

PNI: Precio Neto Instalado

PTC: Panel Técnico de Concesiones de Obras Públicas

S.A. : Sociedad Anónima

SC: Sociedad Concesionaria

UF: Unidad de Fomento

UTM: Unidad Tributaria Mensual

VPI: Valor Presente de los Ingresos

IC: Ingresos comerciales.

PIT: Porcentaje de ingresos totales.

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.410 en el año 2010, se produjeron cambios importantes en materia de concesión de obras públicas. Uno de estos cambios fue la creación e introducción del Panel Técnico de Concesiones de Obras Públicas.

La creación de este organismo propendía al fortalecimiento del sistema de resolución de controversias en las obras públicas concesionadas. Teniendo como uno de sus objetivos corregir los vacíos que el sistema antecesor presentaba en este ámbito.

En el marco de un contrato de concesión de obras públicas, existe una alta probabilidad de que surjan hechos y circunstancias imprevistas por los contratantes al momento de otorgar la concesión, ya que estos contratos se proyectan a largo plazo y hay hechos que por su naturaleza son imposibles de prever, afectando los términos bajo los cuales se contrató originalmente.

Esto puede dar lugar a conflictos entre las partes del contrato, es decir, el Estado y el privado o Concesionario. Conflictos que pueden involucrar millonarias sumas de dinero, las que pueden comprometer el interés y el objetivo final que busca la construcción de una obra pública como beneficio para el país.

Estos hechos y circunstancias imprevisibles que pueden ser objeto de materias de diversa naturaleza, puedan dar lugar a un fenómeno propio de este tipo de contratos conocido como Renegociaciones Contractuales. Que según se expondrá en la presente investigación, se puede configurar como un fenómeno que puede tener impacto en la concesión y su desarrollo.

Esta memoria propone analizar al Panel Técnico de Concesiones de obras públicas (PTC) como un mecanismo de resolución de controversias en nuestra legislación nacional.

Este trabajo propone el estudio del Panel Técnico de Concesiones de obras públicas, desde la siguiente perspectiva:

1. Los cambios normativos en relación a la historia del sistema de concesiones en la historia reciente (época de 1980 a 2010) son producto de una regulación insuficiente.
2. El desarrollo del sistema concesional y las malas prácticas produjeron la manifestación de fenómenos que afectó la transparencia del sistema y los intereses del Estado.
3. El Panel Técnico de Concesiones de obras públicas es una forma adaptada del sistema *Dispute Board* desarrollado en el derecho comparado.
4. La aplicación y acción del Panel Técnico de Concesiones se encuentra limitada por su regulación legal.
5. El valor probatorio del informe técnico que contiene el pronunciamiento que emite el Panel Técnico sobre una controversia es comparable al del informe de Peritos contemplado en el Código de Procedimiento Civil.

La estructura temática que se empleara en este estudio corresponde a cuatro capítulos, que abordan los siguientes temas:

Capítulo primero: la investigación inicia con el estudio de la historia del sistema de concesiones de obras públicas, relacionándolo con la resolución de conflictos y controversias.

Capítulo segundo: aborda el estudio del fenómeno de las Renegociaciones Contractuales, propio de los contratos de infraestructura pública, y la relación que existe entre estos con la transparencia.

Capítulo tercero: presenta un análisis de los elementos principales de la institución de los *Dispute Boards*, considerando: su origen y desarrollo en el ámbito jurídico internacional, funcionamiento y forma de aplicación, el cual será comparado y analizado en relación al Panel Técnico de Concesiones de obras públicas.

Capítulo cuarto: parte final que viene a dar cierre a esta investigación mediante un análisis al Panel Técnico de Concesiones a nivel normativo y procedimental. Para luego finalizar con un análisis somero de jurisprudencia de concesión de obras públicas correspondiente a una recomendación emitida por el Panel Técnico y su posterior etapa fallo en Comisión Arbitral.

El caso seleccionado para análisis ilustra el funcionamiento del sistema de resolución de controversias, manteniendo igualmente el objetivo de poder identificar cuál es el valor probatorio que tienen las recomendaciones emitidas por el organismo técnico ante otras instancias procesales establecidas legalmente en el sistema concesional de obras fiscales.

CAPÍTULO I:
**HISTORIA RECIENTE DEL SISTEMA DE CONCESIONES DE OBRAS
PÚBLICAS EN RELACIÓN A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y
CONTROVERSIAS**

1.- Objetivo del capítulo

El presente capítulo busca exponer al lector el desarrollo y evolución del marco jurídico normativo de las concesiones de obras públicas, enfocado específicamente en la resolución de conflictos y controversias propias en esta materia.

A través de un análisis jurídico y de factores históricos de las décadas de 1980 a 2010, se presentará la incorporación del sistema de resolución de conflictos en materia de concesiones de obras públicas, así como algunos cambios normativos claves que han servido de antecedentes para el desarrollo del actual sistema.

Esta exposición iniciará con la presentación de los sistemas en materia de construcción de obras públicas en Chile, para dar paso a las principales innovaciones que cada una de las normas jurídicas seleccionadas entre el periodo de años de 1981 a 2010 ha presentado, para concluir con un análisis.

2.- Introducción a los sistemas en materia de construcción de obras públicas

En la historia legislativa chilena en materia de concesiones de obras públicas, se identifican dos tipos de sistemas bajo los cuales se fue desarrollando la construcción de infraestructura fiscal: el sistema tradicional y el sistema de concesiones.

El sistema tradicional para la construcción de obras públicas es aquel en que el Estado, a través del Ministerio de Obras Públicas (MOP), se hace cargo de la planificación, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de

las obras públicas fiscales¹. Teniendo el Estado el control de todas las facultades involucradas con las diversas etapas y desarrollo que una obra pública puede tener.

En Chile, este sistema se desarrollaba, en forma resumida, como se indica: el Estado era representado por el Ministerio de Obras Públicas (desde ahora MOP). Organismo que mediante fondos fiscales financiaba la construcción de obras públicas y no cobraba por su uso. Sin embargo, existía una excepción correspondiente al pago de peajes en las carreteras, los que si eran cobrados a los usuarios que hicieran uso de ellas. Esta recaudación iba a los fondos del MOP².

El sistema tradicional se aplicó hasta principios de la década de los noventa. Sin embargo, este contaba con limitaciones en cuanto a su desarrollo, por ejemplo, lo costoso que resultaba para el Estado la construcción de obras públicas con dineros fiscales y la falta de capacidad técnica, humana y tecnológica en relación a los elementos necesarios para ejecutar las obras en plazos acotados y de forma eficaz³, entre otros.

Por su parte, el sistema de concesión de obras públicas, es aquel en el que el Estado, representado por el MOP, encarga a un privado llamado concesionario o sociedad concesionaria, la construcción de una obra pública necesaria para los habitantes del país, en relación a su rentabilidad social, la que es remunerada de acuerdo a las condiciones convenidas.

Mediante un contrato de concesión, otorgado en un proceso de licitación pública de llamado nacional e internacional, el Estado entrega al mejor oferente que resulte ganador

¹ Ley N° 15.840. CHILE. Aprueba organización y funciones del Ministerio de Obras Públicas. Santiago. 09 noviembre 1964. Artículo 1°. 1p.

² DOMPER, María. Sistema de concesiones de obras públicas: evaluación y perspectivas. Serie Informe Económico, (199): 2009. 6 p.

³ ENGEL, Eduardo, FISCHER, Ronald, GALETOVIC, Alexander y HERMOSILLA, Manuel. Renegociación de concesiones en Chile [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2009. [fecha de consulta 3 de mayo 2019]. Disponible en: <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/144832>>

del respectivo proceso, las facultades de ejecución, reparación, conservación o explotación de las obras públicas fiscales, convirtiéndose en concesionario de la obra pública fiscal. Pudiendo éste explotarla por un periodo de tiempo determinado, y una vez finalizado el contrato devolver la obra al Estado, ente que siempre conserva la titularidad de ella⁴.

El sistema de concesiones de obras públicas rompe el esquema del sistema tradicional, en el que todas las facultades relacionadas a una obra pública radicaban en el Estado. Es decir, facultades como la de explotación o mantención, por ejemplo, pasaron al concesionario, dando origen a una relación entre el sector público y el privado.

Con respecto al financiamiento de la obra pública en el sistema concesionado, se consideran aportes con fondos de privados, así como la integración del desarrollo de capacidades técnicas, humanas y tecnológicas que puedan hacer los concesionarios en la ejecución de las mismas. Sin embargo, este sistema también considera aportes estatales, los cuales se fijan en las Bases de Licitación, que regulan los respectivos contratos de concesión en relación a una obra determinada.

3.- Evolución del marco jurídico normativo reciente del sistema concesional de obras públicas, en relación a los mecanismos de resolución de conflictos y controversias

Para entender los cambios que han sido incorporados en el sistema de construcción de obras fiscales en materia de resolución de controversias, es necesario analizar el contexto histórico y las modificaciones jurídico normativas que han permitido llegar a su estado actual. A continuación, se expondrán algunos hitos desde el año 1981 hasta el 2010, enfocados esencialmente en el desarrollo de los mecanismos de resolución de conflictos y controversias.

3.1.- Cambios en el marco jurídico normativo en la década de los ochenta

⁴ CHILE. Ministerio de Obras Públicas. Concesiones de obras públicas en Chile 20 años. Santiago, Chile: Ministerio de Obras Públicas, 2016. 42 p.

La primera modificación que sirvió como punto de entrada al sistema de concesiones de obras públicas fue la Ley N° 18.060 de 1981. Esta modificó a la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas. Confirió al MOP la facultad de ejecutar obras públicas fiscales a través de la adjudicación de contratos en licitación pública nacional o internacional, siempre que no afectara a la seguridad nacional⁵.

En el año 1982, fue publicado el Decreto con Fuerza de Ley N° 591, este fijaba Normas de carácter general relativas a la ejecución, reparación y mantención de obras públicas fiscales.

Esta norma innovó en materia de resolución de controversias a través de la creación de una Comisión Conciliadora, integrada por el Subdirector de la Oficina de Planificación Nacional (organismo que actualmente no existe) como presidente, el Fiscal Nacional Económico y un abogado de la lista de integrantes de la Corte de Apelaciones de Santiago (designado por el Ministro de Justicia).

Esta norma hace un reconocimiento expreso al derecho del concesionario a reclamar en contra del Estado por alteraciones graves de las condiciones en que fue otorgada la concesión⁶.

Sin embargo, esta ley no se aplicó debido a un complejo escenario político y económico presente en la época. Ya que, a principios de la década de los ochenta, se vivió una crisis fiscal y financiera que tuvo efectos negativos, los que se extendieron hasta principio de la década siguiente e impidieron su respectiva aplicación.

3.2.- Cambios en el marco jurídico normativo en la década de los noventa

⁵ CHILE. Ministerio de Obras Públicas. Concesiones de obras públicas en Chile 20 años. Santiago, Chile: Ministerio de Obras Públicas, 2016. 44 p.

⁶ Ídem. 44 p.

Debido a la crisis financiera y fiscal de la década de los ochenta, surge la necesidad de contar con un nuevo sistema para la construcción de obras públicas, que sirviera para superar el déficit existente, que hasta el año 1995 era de alrededor de \$11.080 millones de dólares⁷. Se necesitaba un sistema que permitiera contribuir al desarrollo del país, buscar formas de financiamiento para los proyectos y buscar una opción diferente a la del sistema tradicional de obras públicas.

Siguiendo estos lineamientos, en el año 1991, se inicia un proceso de tramitación de la ley para modificar la legislación existente en la materia. En este sentido, las autoridades de la época propusieron la implementación de un sistema que permitiría incluir recursos privados para la construcción y operación de infraestructura y transporte⁸.

Este nuevo sistema se basó en un contrato que relacionaría al Estado, representado por el MOP, y a la empresa privada. El futuro de la construcción de obras fiscales serían las concesiones de obras públicas, vínculo que se manifiesta a través de la asociación público privada (APP, en su sigla).

Estos cambios se materializaron a través de la Ley N° 19.068 del año 1991, que vino a modificar el Decreto con Fuerza de Ley N° 591 del año 1982.

La innovación de la Ley N° 19.068 en cuanto al sistema de resolución de controversias, fue modificar la forma de designación de los miembros de la Comisión Conciliadora.

Este organismo pasaría a integrarse con la designación de sus miembros en la siguiente forma: el presidente de la Comisión, sería elegido por acuerdo entre el MOP y el concesionario. La ley contempla que, a falta de acuerdo, el presidente será nombrado por la

⁷ DOMPER, María. Sistema de concesiones de obras públicas: evaluación y perspectivas. Serie Informe Económico, (199): 2009. 6 p.

⁸ CHILE. MINISTERIO de Obras Públicas. Concesiones de obras públicas en Chile 20 años. Santiago, Chile: Ministerio de Obras Públicas, 2016. 15 p.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Con respecto a los integrantes restantes, uno sería elegido por el MOP y el otro por el Concesionario. Todos debían ser abogados, porque contaban con la facultad de actuar como jueces árbitros si las partes decidían darle el carácter de Comisión Arbitral.

Esta modificación al sistema de Comisión Conciliadora tenía como objeto y pretendía generar procesos más ágiles y equitativos por medio de un sistema de conciliación paritario, con conocimientos en la especialidad técnica. Bajo esta ley se adjudicó el primer contrato de concesión de obras públicas correspondiente a el Túnel “El Melón”⁹.

Como complemento de la primera modificación, en el año 1992 se promulga el reglamento de esta ley contenido en el Decreto Supremo N° 140 del Ministerio de Obras Públicas. Y con ambas modificaciones, fue posible incluir la participación de los privados en la construcción, operación, financiamiento de proyectos y cobro por el uso del servicio por un plazo que en general no excediera los 30 años¹⁰.

En el año 1993, se incorporó la Ley N° 19.252, que modificó al DFL N° 164 de 1991. Esta ley mantuvo el mismo objetivo que la ley anterior, es decir, incentivar a los privados a invertir y participar del sistema de concesiones.

La innovación de esta ley fue introducir el concepto de obra pública fiscal¹¹. Definición que resulta importante ya que por medio de ella se ha logrado incorporar al sistema de concesiones obras de distinta naturaleza.

⁹ Ídem. 43 p.

¹⁰ Ídem. 176 p.

¹¹ El artículo 38 de la Ley 19.252 estableció que: “Para los efectos de esta ley, se entenderá por obra pública fiscal a cualquier bien inmueble construido, reparado o conservado a cambio de la concesión temporal de su explotación, o sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar áreas de servicio”.

También establece el carácter residual de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, disposición que se mantiene en los mismos términos en la actualidad¹².

En el año 1996, se introduce el Decreto Supremo N° 900 del MOP, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 164 del MOP sobre Ley de Concesiones de Obras Públicas.

En resumen, el artículo 36 del DS N° 900 se regula el modelo de resolución de conflictos, dispone que las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, se elevarán al conocimiento de una Comisión Conciliadora¹³.

Este artículo también señala que a petición de una de las partes puede transformarse la Comisión Conciliadora en una Comisión Arbitral. Ambas comisiones están sometidas a reglas dispuestas para los árbitros arbitradores¹⁴, y sus fallos debían ser de acuerdo a las normas de la justicia y equidad. Aspecto en el que toma importancia que los integrantes de las comisiones sean abogados.

También en el año 1996, se introduce la Ley N° 19.460, que modificó el Decreto con Fuerza de Ley N° 164 de 1991 del MOP.

Aspectos innovadores a destacar en esta ley es la inclusión de modificaciones de los contratos. Es decir, una vez perfeccionado el contrato de concesión existía la opción de modificar, por razones de interés público, las características de las obras y servicios

¹² CHILE. MINISTERIO de Obras Públicas. Concesiones de obras públicas en Chile 20 años. Santiago, Chile: Ministerio de Obras Públicas, 2016. 46 p.

¹³ Ídem, artículo 36.

¹⁴ ROMERO, Alejandro. El arbitraje en la concesión de obras públicas. En su: La concesión de obra pública aspectos jurídicos y económicos. Santiago, Chile. Andros Impresores, 2018. 151 p.

contratadas¹⁵. Esto produjo la entrada al sistema el fenómeno de la revisión de los contratos, conocido como renegociaciones, siendo esta ley un antecedente directo de incorporación de la revisión de los contratos al sistema de obras públicas nacional.

En cuanto a su innovación, esta se produjo en cuanto a la resolución de conflictos. Puesto que vino a regular el procedimiento de incumplimiento grave, ya que se le entregó a la Comisión Conciliadora la facultad de resolver estos asuntos, en virtud de las cláusulas de incumplimiento grave contenidas en las bases de licitación¹⁶.

3.3.- Cambios en el marco jurídico normativo en la década del dos mil a dos mil diez

Con la aplicación del nuevo sistema para las obras públicas a través de las concesiones, se logró un importante avance en la materia. Sin embargo, en cuanto a los contratos que regían la relación entre el MOP y el concesionario, comenzó a ser notorio el desarrollo de un fenómeno que comenzó en la década anterior conocido como renegociaciones (revisión del contrato).

En el año 2006, se publicaron convenios complementarios con la intención de mejorar la transparencia del modelo del DS N° 900 y controlar el fenómeno de las renegociaciones. Por lo que se exigió en las licitaciones de los contratos de concesión, determinar los precios de las obras adicionales en forma transparente¹⁷. Objetivo que no logró cumplirse porque las renegociaciones fueron excesivas, y se identificó que era uno de los principales desafíos que enfrentaba la legislación en la materia.

¹⁵ CHILE. MINISTERIO de Obras Públicas. Concesiones de obras públicas en Chile 20 años. Santiago, Chile: Ministerio de Obras Públicas, 2016. 48 p.

¹⁶ Ídem. 48. p.

¹⁷ BITRÁN, Eduardo y VILLENA, Marcelo (ed). El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile hacía una mayor eficiencia y desarrollo institucional [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2016. [fecha de consulta: 28 de abril 2019]. Disponible en: <https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304095212/rev117_bitran.pdf> . 196 p.

Así, en el año 2010 se creó la Ley N° 20.410, que modificó al Decreto Supremo N° 900 de 1996, reformando la ley de concesiones de obras públicas. Esta nueva ley, entre otros, también se vio motivada por una crisis que se puede resumir en uno de sus ejemplos más conocidos: “El caso de las cárceles concesionadas” (año 2007). Controversia de carácter judicial que enfrentó a los concesionarios, encargados de construir recintos carcelarios, y al Estado de Chile. Resultando en una importante pérdida de recursos por parte del Estado a favor de los concesionarios.

Este tema que por sí solo puede constituir el objeto de un trabajo de investigación, por lo cual solo nos remitimos a señalar lo anterior como parte de un hecho histórico que terminó influenciando la necesidad de reformar la legislación en materia de concesiones de obras públicas.

Del mensaje presidencial de la Ley N° 20.410, es posible identificar que al menos en lo que a objetivos de política pública de la ley se refiere, propone aumentar la transparencia de los contratos y perfeccionar el mecanismo de resolución de conflictos y controversias¹⁸.

Las innovaciones en relación al sistema de resolución de conflictos y controversias fue uno de los puntos más discutidos en esta reforma y se plasmó como se explica a continuación:

1.- Creación del Panel Técnico de concesiones de obras públicas: la historia fidedigna de la ley nos indica que en el Primer Informe de la Comisión de Obras Públicas presentado durante el proceso de Formación de la Ley, se ponía énfasis en la importancia de contar con un organismo técnico encargado de la resolución de conflictos, y que fuera distinto a los existentes el sistema anterior.

¹⁸ Historia de la Ley N° 20.410. CHILE. Modifica la ley de concesiones de obras públicas y otras normas que indica. Santiago, Chile, enero de 2010. 4p.

Al respecto, y durante la discusión como parte del proceso de formación de la Ley, en su exposición Alexander Galetovic propuso que, respecto a la resolución de controversias, estas deberían “ser resueltas por un Panel de Expertos Independientes, como sucede en el sector eléctrico en el que se ha bajado la conflictividad de esa industria.”¹⁹

Como innovación en este aspecto, se eliminan las Comisiones Conciliadoras y se crea el Panel Técnico de concesiones. Sometiendo a este el conocimiento de todas aquellas discrepancias de carácter técnico y económico, que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato²⁰. Sin embargo, esta ley mantuvo la Comisión Arbitral.

El Panel Técnico es compuesto por abogados, especialistas en construcción y especialistas en ciencias económicas y financieras. Esta organización se encuentra contenida en el artículo 36 del DS N° 900, en el que explica su competencia, composición, plazos, procedimientos, entre otros.

Si bien es una instancia técnica, la ley deja claro que es voluntaria y no vinculante.

b.- Sobre la Comisión Arbitral: modifica la forma en que se nombran sus integrantes, replazándolo por tres representantes elegidos de común acuerdo.

A falta de acuerdo, serán nombrados por el Tribunal de la Libre Competencia (TLDC) por sorteo, mediante nóminas elaboradas conforme a concurso público de antecedentes.

Dos de los tres integrantes de la comisión deben ser abogados provenientes de las nóminas elaboradas por la Corte Suprema, teniendo que presidir uno de ellos, el otro profesional puede estar ligado al campo de la economía, ingeniería o construcción, y

¹⁹ Historia de la Ley N ° 20.410. Modifica la Ley de Concesiones de Obras Públicas y otras normas que indica. Santiago, Chile, enero 2010. 56 p.

²⁰ CHILE. MINISTERIO de Obras Públicas. Concesiones de obras públicas en Chile 20 años. Santiago, Chile: Ministerio de Obras Públicas, 2016. 52 p.

también debe provenir de las nóminas de profesionales del Tribunal de la Libre Competencia (TLDC).

Con respecto a la calidad de árbitros de la Comisión, la Ley N° 20.410 dispone que: mantendrán las facultades de árbitros arbitradores respecto del procedimiento, pero deberán conocer como árbitros de derecho respecto de la dictación de la sentencia. Es decir, esta ley establece una especie de tribunal arbitral mixto, compuesto por árbitros de derecho respecto del fondo, y con facultades de árbitros arbitradores respecto de la forma²¹.

c.- Disposición artículo primero transitorio: la norma en cuestión contempla que esta ley será aplicable para las concesiones nuevas, licitadas a partir de su fecha de publicación el 20 de enero de 2010. También se incluye la posibilidad de que los concesionarios con contratos vigentes a la fecha de publicación de esta ley pudieran someterse voluntariamente a las disposiciones de esta ley.

Aunque esto no considera una innovación, hay que mencionarlo porque permite inferir que al referirse con la eliminación de las Comisiones Conciliadoras esta será progresiva, es decir, se hará efectiva una vez que los contratos vigentes anteriores a la publicación de la Ley N° 20.410 terminen por alguna de las causales de extinción contempladas al respecto en la ley.

A pesar de su derogación, las Comisiones Conciliadoras aún existen en nuestro ordenamiento jurídico, solamente no están contempladas para las concesiones licitadas bajo la ley N° 20.410, pero su figura se mantiene para las concesiones anteriores a la entrada en vigencia de esta ley.

²¹ Opt. cit. 52 p.

4.- Conclusión del capítulo

El cambio del sistema de obras públicas del tradicional al concesional fue un cambio jurídico normativo que surgió como una respuesta, a las necesidades presentes en la época en relación al déficit de infraestructura pública, agravado por crisis fiscales y financieras.

Aunque la regulación creada en la década de los ochenta no se aplicó, es preciso considerar su aporte al sistema ya que posteriormente se usaron aspectos de este modelo. Es decir, con la Ley N° 18.060 de 1981, se introdujo a la normativa nacional la posibilidad de concesionar obras públicas mediante procesos de licitaciones públicas nacionales e internacionales.

También, en el Decreto con Fuerza de Ley N° 591 de 1982, se contempló originalmente el sistema de resolución de controversias mediante Comisión Conciliadora. Sin embargo, advertimos que estas leyes no se aplicaron, convirtiéndose en una desventaja, ya que no existió experiencia en la materia. Retrasando el desarrollo de las obras públicas concesionadas en aproximadamente once años (cálculo en relación a sus respectivas fechas). Esto porque el país no contaba con la estabilidad institucional necesaria que requiere el sistema de concesiones para ser aplicado y dar seguridad a los concesionarios e inversionistas.

Por su parte en la década de los noventa con Ley N° 19.068, se introdujo el sistema de asociación público privado. Sistema que, por medio de contratos de concesión, establece una relación entre el Estado y los privados.

En cuanto a la resolución de conflictos y controversias, se retomó el sistema de Comisión Conciliadora, pero reformando su composición, con el objeto de generar

procesos más ágiles y equitativos²², utilizado un modelo modificado del sistema de Comisión Conciliadora, original del DFL N° 591 de 1982.

La disposición del art. 36 del DS N° 900 de 1996, legitima a los mecanismos de resolución de conflictos y controversias en las concesiones de obras públicas, entregando explícitamente competencia a la Comisión Conciliadora para conocer sobre controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución.

Esta norma sirve para reflejar la importancia de los mecanismos de resolución de conflictos propios de las concesiones, porque considera que ante diversos problemas que puedan surgir en el marco de la interpretación o aplicación del contrato, el organismo más competente para conocer, en primera instancia, será una comisión de expertos, de carácter técnico, designada especialmente para conocer los casos particulares que se presenten.

En la década del dos mil, y mediante la Ley N° 20.410 del año 2010, se produce un otro cambio normativo en el sistema de concesiones de obras públicas: la introducción del Panel Técnico. Correspondiente a un organismo técnico que viene a enriquecer la legislación nacional, mediante la utilización de un procedimiento especial creado específicamente para la resolución de conflictos y controversias en materia técnicas o económicas, que se produzcan en de obras públicas concesionadas.

El Panel Técnico se debe enfocar dentro del marco proporcionado por un determinado contrato de concesión, pudiendo tener mayor eficiencia en cuanto a los plazos destinados para el efecto y contando con el factor de especialidad propio de la técnica necesaria en el campo de la construcción de obras públicas, pudiendo llegar a soluciones más rápidas que no afecten el desarrollo normal de los proyectos.

²² CHILE. MINISTERIO de Obras Públicas. Concesiones de obras públicas en Chile 20 años. Santiago, Chile: Ministerio de Obras Públicas, 2016. 43 p.

Si bien es una instancia voluntaria, permite incorporar a nuestro Ordenamiento Jurídico una forma de resolución de conflictos moderna y especializada.

Se identifica que con respecto al carácter de no vinculante las decisiones del Panel Técnico, va más allá de señalar si las conclusiones a las que arribe sean exigibles o no, sino que encuentra fundamento en que el haber dotado a este organismo de fuerza obligatoria en sus resoluciones, hubiese provocado un distanciamiento del espíritu de la ley y su aplicación.

Ya que esta ley, dentro de sus variados objetivos, buscaba evitar judicializaciones innecesarias. Puesto que en caso contrario se hubiese dotado al Panel Técnico de jurisdicción y competencia, convirtiéndolo en un Tribunal.

Someter conflictos que necesiten una solución rápida, como por ejemplo una discrepancia entre las partes en cuanto a la interpretación del resultado de una determinada ecuación matemática establecida en las bases de licitación, pueda hacerse de forma más eficiente y eficaz mediante un procedimiento especializado, técnico y de plazos cortos.

Que, en efecto, aún existen las Comisiones Conciliadoras en Chile. Y aunque la Ley N° 20.410 las derogó, esto solo se hace efectivo en las nuevas concesiones licitadas a partir de la fecha de publicación de esta ley (20 de enero de 2010).

Cerrando el presente apartado, se ha identificado como elemento común que, en cuanto a las décadas analizadas, el gran catalizador de las medidas tomadas en las obras públicas y su concesión, además de las necesidades de infraestructura pública y otras, son las crisis, por ejemplo: relacionadas al ámbito fiscal, financiero y de infraestructura pública que han afectado a nuestro país.

El desarrollo normativo de las concesiones de obras públicas en Chile ha estado ligado a la necesidad de adaptar la legislación con motivo de superar un momento de crisis y cubrir necesidades de infraestructura. Las concesiones de obras públicas han servido para

reinventar (con sus beneficios y desventajas correspondientes), la forma de hacer obras públicas en Chile, en donde se pasó de un sistema tradicional, a un sistema de asociación público privado, que se encuentra en su vigésimo noveno año de aplicación y desarrollo.

CAPÍTULO II

RENEGOCIACIONES Y TRANSPARENCIA EN RELACIÓN A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y CONTROVERSIAS

1.- Introducción

El objetivo de este capítulo es analizar las renegociaciones como fenómeno propio de los contratos de infraestructura pública, en relación a la influencia que estas han tenido en las reformas legales recientes.

El presente capítulo se abordará de la siguiente forma: iniciará con una breve exposición a modo general de los modelos para la resolución de conflictos y controversias en concesiones de obras públicas. Continuando con un análisis al fenómeno de las renegociaciones en cuanto a su origen legal, concepto y formas, así como la relación de estas con la transparencia.

2.- Resolución de controversias: la coexistencia de los modelos vigentes

En la actualidad existen dos modelos de resolución de controversias vigentes en materia de concesiones de obras públicas. Esta dualidad nos obliga a observar ambos sistemas para distinguir cuál es el que corresponde aplicar y cuál es la ley bajo la que se regirán las concesiones otorgadas.

El primer modelo que se puede identificar es el del DS N° 900 MOP del año 1996, que contempla un sistema de resolución de controversias compuesto por una Comisión Conciliadora y una Comisión Arbitral. Es aplicable a un amplio espectro de las concesiones vigentes, esto se explica porque esta norma tuvo aplicación y vigencia hasta el año 2009 (periodo que comprende las licitaciones de los años de 1993 al 2009).

El segundo modelo que se puede identificar es el de reforma al DS N° 900 MOP del año 1996 mediante la Ley N° 20.410 del año 2010. Este sistema de resolución de controversias contempla un panel de expertos llamado Panel Técnico de Concesiones de Obras Públicas y una Comisión Arbitral. Derogando a las Comisiones Conciliadoras del

sistema de resolución de controversias para concesiones otorgadas a partir desde su fecha de entrada en vigencia.

En el artículo primero transitorio de la Ley 20.410 del año 2010, se resuelve la situación sobre el modelo y sistema que corresponde aplicar al momento de conocer de un conflicto o controversia. Esta norma dice que el empleo de los modelos y sistemas de resolución de conflictos y controversias dependerán de la fecha en que se otorgó la concesión, y de la opción que haya realizado el concesionario para las concesiones anteriores a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 20.410²³.

Entonces, para determinar el modelo de solución de controversias aplicar, hay que atender a la época en que se otorgó la concesión y al derecho de opción, es decir:

- aquellas concesiones vigentes otorgadas desde el año 1993 al 19 de enero de 2010²⁴, se rigen por el DS N° 900 y sus normas complementarias. Y las concesiones otorgadas desde el 20 de enero de 2010²⁵ en adelante, se rigen por el DS N° 900 y por las reformas establecidas en Ley N° 20.410;
- a los concesionarios de la ley antigua se les dio el derecho de opción de cambiarse al régimen de la Ley N° 20.410, sin embargo, no existen registros de que ninguno de ellos haya decidido ejercer este derecho.

3.- La Comisión Conciliadora y la Comisión Arbitral

El 18 de diciembre del año 1996, fue publicado el Decreto Supremo N° 900 del Ministerio de Obras Públicas. Este cuerpo legal fijaba el texto refundido, coordinado y

²³ ROMERO, Alejandro. El arbitraje en la concesión de obras públicas. En su: La concesión de obra pública aspectos jurídicos y económicos. Santiago, Chile. Andros Impresores, 2018. 150 p.

²⁴ En 1993 se otorgó la primera concesión para la construcción del túnel El Melón en la IV Región.

²⁵ Fecha de publicación de la nueva ley de concesiones de obras públicas N° 20.410.

sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 164 del año 1991 del MOP, sobre Ley de Concesiones de Obras Públicas²⁶.

La Comisión Conciliadora es un organismo no permanente, que se constituye a petición de las partes, cuando los actores se enfrentan a conflictos o controversias en el marco del contrato de concesión de obra pública. Se compone por tres profesionales universitarios, que son elegidos por las partes de la siguiente forma: uno elegido por el MOP, uno por el concesionario y el final elegido de común acuerdo entre el MOP y el concesionario, quien a su vez tendrá que presidir la Comisión. Todos deben ser abogados²⁷.

En el artículo 36 del DS N° 900, anterior a la reforma actual introducida por la Ley N° 20.410, se regula el modelo de resolución de conflictos. En resumen, la norma disponía “que las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, se elevará al conocimiento de una Comisión Conciliadora”²⁸.

Este artículo también señalaba que a petición de una de las partes puede transformarse la Comisión Conciliadora en una Comisión Arbitral mediante un derecho de opción. Ya que, si no hay acuerdo entre las partes y la conciliación se frustra, entendiéndose por tal que transcurridos 30 días desde el inicio de funciones de la Comisión Conciliadora no se logra arribar a ninguna solución, nace un derecho de opción para el concesionario, quien a su vez puede optar a que esta comisión se transforme en una Comisión Arbitral. La que mantiene la misma composición de la anterior comisión, o también puede seguir las gestiones judiciales correspondientes ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Por su parte, la Comisión Arbitral es un organismo que conoce sobre conflictos y controversias entre las partes de la misma forma en que conoce un árbitro arbitrador o

²⁶ Decreto Supremo N° 900. Chile. Concesión de Obras Públicas. Ley de Concesión de Obras Públicas. Ministerio de Obras Públicas, Santiago, Chile, diciembre 1996.

²⁷ Decreto Supremo N° 900, 1996, Ministerio de Obras Públicas, art. 36.

²⁸ Ídem, artículo 36.

amigable componedor. Tipo de arbitraje definido en la ley como “aquel que falla obedeciendo a lo que su prudencia y equidad le dictaren y no está obligado a guardar en su procedimiento y fallo otras reglas que aquellas que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si estas nada hubieran expresado, a las que se establecen para el caso en el Código de Procedimiento Civil”²⁹.

Un aspecto interesante de esto, es que abre la posibilidad de aplicación de criterios no necesariamente jurídicos, ya que si seguimos el razonamiento de que la Comisión Arbitral obedece al tratamiento de los árbitros arbitradores, sus fallos deben obedecer a la prudencia y equidad. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Santiago ha entendido que hay que obedecer a las definiciones que el Diccionario de RAE contempla³⁰, es decir:

- 1) Prudencia: sensatez y buen juicio; templanza, cautela, moderación; es una de las virtudes cardinales que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello.
- 2) Equidad: propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber de consciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley; justicia natural, por oposición a la ley positiva

Al ser la Comisión Arbitral una forma de amigable componedor, estableciendo una relación con el derecho procesal, toma importancia la facultad integradora de los contratos. Al respecto, Alejandro Romero señala que “la equidad le da la posibilidad al arbitrador de poder proceder, a petición de parte, a “integrar un contrato”, superando el margen que resulta de la actividad de mera interpretación, determinando para el caso concreto una solución particular que puede ser muy distinta de la que resulta de aplicar de una norma legal”³¹.

²⁹ Ley 7421, Código Orgánico de Tribunales, 1943, Ministerio de Justicia, art. 223 inc. 3°.

³⁰ FERNÁNDEZ RUIZ, Gonzálo. Facultades de un árbitro arbitrador: alcance y limitaciones [en línea]: documentig electronic sources on the internet. 2014. [fecha de consulta: 10 de julio 2019]. Disponible en: <http://www.camsantiago.cl/articulos_online/Gonzalo%20Fern%C3%A1ndez2.pdf>

³¹ Ídem.

La consideración anterior dejaba un amplio espacio para que las decisiones a las que pueda arribar la Comisión Arbitral tengan un alto margen de subjetividad, dependiendo en última instancia de la expertiz, experiencia y reputación de los miembros elegidos para tales efectos. Sin embargo, para las nuevas concesiones al alero de la Ley N° 20.410 La Comisión Arbitral conoce como arbitro arbitrador, pero debe fallar conforme a derecho, es decir, sobre la base de las disposiciones contractuales, las bases de licitación, y la ley.

Este modelo de resolución de controversias recibió muchas críticas por los problemas que en la práctica producía, ya que la institucionalidad vigente a la época era insuficiente para brindar la transparencia que el sistema de concesiones necesitaba. Situación que favoreció al desarrollo del fenómeno de las renegociaciones de contratos de obras públicas, el que vino a ser una suerte de “efecto” producido por la falta de transparencia.

4.- Las renegociaciones: origen legal, definición y formas de renegociar

4.1.- El origen legal de las renegociaciones y su definición

La Ley N° 19.460 del año 1996, fue una de las diversas modificaciones legales introducidas al entonces nuevo sistema de concesiones de obras públicas, con el objetivo de ir creando un escenario adecuado con el cual implementar y desarrollar este nuevo sistema.

Esta ley modificó al DFL N° 164 de 1991, reemplazando su artículo 19 por uno nuevo. En este se establecía que, una vez perfeccionado el contrato, el MOP podía modificar las características de las obras y servicios contratados por razones de interés público. Considerando en estos casos indemnizaciones para los concesionarios en el evento de que hubiese perjuicio a causa de estas modificaciones, así como los montos porcentuales establecidos para tales efectos. La inclusión de esta disposición en el sistema permitió el desarrollo del fenómeno conocido como renegociaciones.

Se pueden definir a las renegociaciones, en términos amplios, como el acto de someter a una revisión sistemática el contrato objeto de la concesión, celebrado entre el MOP y el concesionario. Con ocasión de esto, las partes pueden introducir modificaciones, variantes

o especificaciones en cuanto a las obras, o incluso agregar obras nuevas, que no estaban consideradas al momento de la licitación. Realizadas por medio de un proceso bilateral o por medio de una comisión³².

Hay que aclarar que tanto el MOP como el concesionario pueden solicitar renegociar algún determinado punto o aspecto del contrato, no es una facultad exclusiva de una de las partes.

El espíritu de la disposición del artículo 19 de la Ley N° 19.460 se mantuvo en la Ley N° 20.410 de 2010, pero con modificaciones. Ya que considera un supuesto que puede interpretarse como más amplio para la revisión contractual, porque considera elementos como los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, o por otras razones de interés público debidamente fundadas³³, se puede incorporar criterios de modificación o revisiones del contrato de naturaleza más diversa.

4.2.- Las formas de renegociar

Existen dos tipos de renegociaciones en los contratos de concesión: la renegociación bilateral es la primera forma de renegociación que se puede identificar. En esencia, esta corresponde a un acuerdo que implica una transferencia hacia el concesionario sin mediar un tercero (una comisión conciliadora o una comisión arbitral), es aquella en que el MOP y el concesionario pueden negociar en forma bilateral³⁴.

Si se llega a acuerdo, el resultado del proceso se manifestará a través de un convenio complementario, que modificará el contrato de concesión original, indicando los

³² SAAVEDRA, Eduardo. 25 años de concesiones (y renegociaciones) de infraestructura de transporte en Chile. En su: La concesión de obra pública aspectos jurídicos y económicos. Chile. de Extensión Jurídica. Andros Impresores, 2018. 72 p.

³³ Art. 19 inc. 3° Decreto Supremo N° 900 MOP 1996: “El Ministerio de Obras Públicas podrá modificar las características de las obras y servicios contratados a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, o por otras razones de interés público debidamente fundadas”.

³⁴ ENGEL, Eduardo, FISCHER, Ronald, GALETOVIC, Alexander y HERMOSILLA, Manuel. Renegociación de concesiones en Chile [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2009. [fecha de consulta 3 de mayo 2019]. Disponible en: <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/144832>>. 197 p.

montos que las partes deben pagarle a la otra. Este tipo de renegociación puede modificar varias dimensiones del contrato original³⁵.

La segunda forma de renegociar es a través de una comisión. Es decir, si el MOP y el concesionario no llegan a un acuerdo, la disputa se traslada a una comisión. La comisión invita a las partes a una conciliación para acercar posiciones. Si la conciliación fracasa, la comisión ejerce la función de árbitro para fallar. En la actualidad esta función está entregada a la Comisión Arbitral, la que conoce como árbitro arbitrador en cuanto al proceso, pero debe fallar como árbitro de derecho en cuanto al fondo.

Los fallos de la comisión no se pueden apelar ante las Cortes de Apelaciones por disposición de la Ley de Concesiones, por lo que el único recurso que se podría utilizar es el recurso de queja ante la Corte Suprema, suponiendo que se logre acreditar grave falta o abuso en el actuar de las comisiones³⁶.

Sin embargo, menos del 10% de las renegociaciones han surgido por órdenes de las comisiones en contiendas entre el MOP y los concesionarios. Puesto que las partes anticipan que se presentarán renegociaciones por lo que no necesariamente se sujetan a las cláusulas del contrato original, ya que la información es imperfecta y costosa, sumado a un posible comportamiento oportunista en ambas partes, lo que termina por dificultar el cumplimiento de los contratos³⁷.

4.3.- Renegociaciones: falta de transparencia y monopolio concesional

Al hablar sobre falta de transparencia, nos estamos refiriendo a la carencia de publicidad de los actos relacionados a la revisión de los contratos de concesión, y la falta de un procedimiento público establecido por ley, desde el inicio de la revisión del contrato

³⁵ Ídem. 161 y 163 p.

³⁶ Ídem. 162 y 163 p.

³⁷ SAAVEDRA, Eduardo. 25 años de concesiones (y renegociaciones) de infraestructura de transporte en Chile. En su: La concesión de obra pública aspectos jurídicos y económicos. Chile. de Extensión Jurídica. Andros Impresores, 2018. 81 p.

entre las partes, previo a la publicación del convenio complementario en el que finalmente se contengan las modificaciones.

Los contratos de concesión de obras públicas se caracterizan por ser de plazos largos. Esto produce que sean incompletos y por lo tanto debe existir un margen en el que sea posible su modificación, especialmente cuando se presenten factores imposibles de prever al tiempo de celebración del contrato³⁸. La mera posibilidad que el contrato de concesión pueda ser revisado durante la vida útil del proyecto, lleva al Estado y al concesionario a tener presente durante el proceso de licitación de la concesión las eventuales renegociaciones futuras³⁹

Las renegociaciones son una práctica generalizada en Chile. Hasta el año 2008 se habían adjudicado 50 contratos de concesión de obras de transportes, de los cuales 43 fueron renegociados. En estos se produjo un incremento de 32% en el costo de las obras, significando en el traspaso de \$2.500 millones de dólares desde el fisco o de los usuarios a las concesionarias, sin que mediara un proceso competitivo de por medio⁴⁰.

Para poder ilustrar de mejor forma el problema que supone la falta de transparencia en las renegociaciones y los efectos que estas producen, dejando fuera a las concesiones de aeropuertos y el túnel El Melón, sólo en lo que, a concesiones de proyectos de autopistas, urbanas e interurbanas, las obras necesarias para hacer operativo el Transantiago y otras obras de transporte licitadas hasta el 2014, estas se han renegociado un total de 235 veces. En otros términos, en un periodo de 25 años (de 1993 a 2018) se ha renegociado en promedio, un poco más de 4 veces cada contrato de concesión solo en materia vial y de transporte⁴¹.

³⁸ Bitrán, Eduardo, Villena, Marcelo El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile hacía una mayor eficiencia y desarrollo institucional, CEP N° 17, pág. 195.

³⁹ SAAVEDRA, Eduardo. 25 años de concesiones (y renegociaciones) de infraestructura de transporte en Chile. En su: La concesión de obra pública aspectos jurídicos y económicos. Chile. de Extensión Jurídica. Andros Impresores, 2018. 83 p

⁴⁰Ídem. 85 p.

⁴¹ Ídem. 93 p.

Estos datos sirven para poner en evidencia que nuestras autoridades, despreocupadas o ignorantes de las perversas consecuencias de la revisión sistemática de los contratos de concesiones, no consideran el detrimento que estas provocan a un sistema diseñado bajo la premisa de generar competencia vía una licitación abierta para ser concesionario⁴².

En la afirmación anterior expuesta por el profesor Eduardo Saavedra, se puede identificar que mediante el uso excesivo de renegociaciones el concesionario puede pasar a ser un monopolista de la obra. Concepto acuñado por la doctrina en diversos trabajos conocido como el monopolio de la concesión.

El monopolio de la concesión se desarrolla de la siguiente forma: el oferente involucrado en un proceso de licitación de una concesión presenta un proyecto a un precio bajo en relación a los otros oferentes. Esta oferta, en apariencia más conveniente, le puede dar mayor posibilidad de adjudicarse el proyecto, al ofrecer su ejecución a un menor costo. Al adjudicar la obra, este sujeto puede mutar en un monopolista de la obra en cuanto se convierta en concesionario. El monopolio lo puede ejercer por medio de renegociaciones. Esta práctica lo faculta para indicar modificar el contrato en vista a los diversos intereses que pueda tener, lo que por su puesto acarreará consigo consecuencias que impactan a la obra, como, por ejemplo: costos económicos más altos.

En este escenario, existe la posibilidad que, una vez adjudicada la concesión, el privado, ahora concesionario, tienda a renegociar el contrato y agregar costos adicionales no considerados intencionalmente desde el inicio del contrato, para dar la apariencia de que el proyecto propuesto podría ejecutarse por un menor presupuesto. Al estar enfrentado el Estado esta situación (monopolio de la obra pública), existe el riesgo de que se produzcan de sobrepagos y falta de transparencia en el proceso de renegociación. Estos procesos fueron los que afectaron la transparencia del modelo del DS N° 900.

⁴² Ídem. 72 p.

En el año 2006, se publicaron convenios complementarios con la intención de mejorar la transparencia del modelo del DS N° 900⁴³. Esta medida apuntaba a enfrentar en parte el monopolio de los concesionarios, y poder regular los proyectos adicionales, producto de renegociaciones.

Igualmente, consideramos que para estar en presencia de un monopolio de la concesión debe haber dolo y mala fe por parte del concesionario, lo cual supone una gran dificultad al exponer este tema desde el punto de vista probatorio, porque se produce en la esfera privada. Además de no existir sanciones contempladas en la ley que regulen de forma directa este caso bajo la denominación ya señalada.

Con respecto a la corrupción y el monopolio concesional, se producen consecuencias económicas conocidas como *efecto hold up* y el caso del “elefante blanco” en las obras públicas. Respectivamente, estos efectos se provocan cuando se promueven inversiones socialmente ineficientes, aunque sea eficiente ex post modificar el contrato⁴⁴

El efecto *hold up* se basa en la teoría de los contratos y derechos de propiedad, en que las partes privadas que renegocian un contrato, termina produciendo una subinversión de activos específicos a la relación contractual. Aplicado a las concesiones a través de la renegociación de un privado y el Estado, se presenta el efecto *hold up*. Y particularmente se presenta el caso del “elefante blanco” de las obras públicas, ya que existe la posibilidad de que los activos específicos se sobre inviertan. Este escenario se ve favorecido cuando se suma a la existencia de factores como la corrupción en política pública de infraestructura⁴⁵ y la falta de transparencia que involucra la incidencia de estos fenómenos en el sistema.

Con todo, es posible relacionar el monopolio de las concesiones a otros factores que afectan a la transparencia del sistema como las influencias y el *lobby*. El riesgo que genera

⁴³ Bitrán, Eduardo, Villena, Marcelo El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile hacía una mayor eficiencia y desarrollo institucional, CEP N° 17, pág. 196.

⁴⁴ SAAVEDRA, Eduardo. 25 años de concesiones (y renegociaciones) de infraestructura de transporte en Chile. En su: La concesión de obra pública aspectos jurídicos y económicos. Chile. de Extensión Jurídica. Andros Impresores, 2018. 73 p

⁴⁵ Ídem. 73 p.

la presencia de influencias y *lobby* en las concesiones de obra pública es la selección adversa. Su efecto se manifiesta a través de la preferencia de aquellos privados que ofrezcan un proyecto menos costoso en lugar de buscar la oferta que haga al proyecto más eficiente. Con esto, el mecanismo del mercado pierde su principal componente regulador de la competencia⁴⁶ y se amplía la posibilidad de enfrentar efectos negativos en el desarrollo del contrato de concesión de obra pública.

5.- Conclusión del capítulo

Teniendo en cuenta la dualidad de modelos existente en nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a la resolución de conflictos y controversias de obras públicas concesionadas, se evidencia que buscar soluciones diferentes a las de la justicia ordinaria puede tener un impacto positivo en la ejecución de proyectos de obras públicas.

Los contratos de concesiones son proyectados a largos plazos por la naturaleza misma de las obras públicas. En general, es normal que surjan nuevos hechos y circunstancias que no fueron negociadas por las partes en el contrato original de concesión, aspecto que legitima la incorporación legal que se hizo en el sistema de concesiones de la posibilidad de revisar el contrato e incorporar aquellos aspectos necesarios para continuar con su ejecución.

Sin embargo, en los hechos se ha podido evidenciar que esta norma ha sido utilizada de forma excesiva, afectando a la transparencia del sistema. La importancia para entender la relación de las renegociaciones con la falta de transparencia se manifiesta en la posibilidad que tiene el concesionario de presentar ante el ente fiscal modificaciones mediante renegociaciones bilaterales que pueden: alterar el contenido del contrato de concesión de obra pública por el que se adjudicó la licitación, con justificación en motivos

⁴⁶ ROMERO, Alejandro, El arbitraje en la concesión de obras públicas, en Arancibia Mattar, Jaime, Romero Seguel, Alejandro, La concesión de obra pública aspectos jurídicos y económicos, Cuaderno de Extensión Jurídica N° 31, Editorial Universidad de los Andes, Santiago, 2018, pág.152;

Bitrán, Eduardo, Villena, Marcelo El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional, CEP N° 17, pág. 197.

de diversa naturaleza, no necesariamente coincidentes con la rentabilidad social que debe tener una concesión de obra pública.

Como en las renegociaciones bilaterales son el resultado del acuerdo entre el MOP y el concesionario, no hay un tercero que pueda servir como un ente regulador de las materias renegociadas, las que se conocen públicamente luego de dictado el convenio complementario en el cual están contenidas. Estas renegociaciones quedan solo como acuerdos “entre cuatro paredes”, sin la publicidad necesaria desde el inicio para hacerlas más transparentes ante el sistema de concesiones y la opinión pública. Sin embargo, más allá de los criterios estrictamente objetivos, se debe considerar que en general las concesiones se realizan con empresas internacionales e incluso la misma administración pública del Estado demanda un nivel de secreto con respecto a ciertas materias que en la práctica serían muy sensibles de comprender para la opinión pública.

Y es que en las renegociaciones bilaterales las materias sobre las que los actores pueden negociar son muy amplias. Pueden agregar y modificar obras, cambios de servicios, gastos de administración de la construcción, pólizas de seguros y garantías, costos y mantención de la obra, ampliación de plazo de las obras, entre muchas otras⁴⁷.

Las renegociaciones afectan a la transparencia cuando hay abuso en la revisión sistemática del contrato. El fenómeno de los monopolios de la concesión es un efecto directo del uso excesivo de renegociaciones, en supuestos donde además se incorporan elementos como el dolo y la mala fe de la parte que promueve la renegociación. Lo cual puede verse incrementado por factores externos como las influencias y el *lobby*, generando el efecto adicional de selección adversa.

Si bien no es negativo que exista este tipo de instancias debido a que es algo muy propio de los contratos de concesión de obra pública que exista una revisión de ellos por el plazo en el que son proyectados en el tiempo, el problema se traduce en que se ha abusado de esta práctica.

⁴⁷ Ídem. 202 y 203 p.

Un marco regulatorio como el de la ley que creó el Panel Técnico es una buena opción para resolver los problemas que generan las renegociaciones bilaterales. Preferir formas de renegociación como la que se hace a través de comisión puede resultar una forma más efectiva para ir en concordancia con la transparencia que el sistema necesita.

Si bien hicimos la salvedad de que en la actualidad como comisión se contempla principalmente a la Comisión Arbitral, creemos que esta referencia puede hacerse extensiva al Panel Técnico de Concesiones. Ya que es un organismo de carácter técnico creado especialmente al efecto para resolver conflictos y controversias en la materia. Con la incorporación del Panel Técnico de concesiones, en cuanto a las renegociaciones se busca que haya una disminución en el interés de renegociar, que el proceso tenga mayor publicidad y como consecuencia estemos en presencia de concesiones más transparentes, que cuenten con una mayor rentabilidad social ex ante, así como ex post.

CAPÍTULO III

LOS DISPUTE BOARDS Y EL PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS: EL MODELO INTERNACIONAL APLICADO A LA LEGISLACIÓN NACIONAL

1.- Introducción

Uno de los desafíos que contemplaba la introducción de la Ley N° 20.410 fue la corrección de los problemas que se presentaban con la Comisión Conciliadora en el mecanismo anterior del DS N° 900 del Ministerio de Obras Públicas, de forma tal que al verse enfrentadas las partes del contrato, surgían varios elementos que terminaban afectando la transparencia del sistema concesionario como las renegociaciones de los contratos, entre otros.

De acuerdo con la abogada especializada en la materia Marcela Radovic, en el ámbito de la construcción, y especialmente cuando hablamos sobre obras públicas, los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos como el arbitraje y la litigación ante la justicia ordinaria, han sido reputados como inapropiados para la resolución de disputas en proyectos de construcción. Esto porque el camino de los mecanismos tradicionales exacerba la actitud conflictiva entre las partes de un proyecto y porque resultan altamente costosos (en tiempo y dinero)⁴⁸.

Existen múltiples estudios que propugnan que los procesos litigiosos son extremadamente largos y costosos. A veces se llega al extremo en que la resolución final del caso se dilata a tal nivel que las partes pierden el sentido y la motivación de esperar por un fallo. Según la especialista estadounidense en la materia Kathleen Harmon, en procesos

⁴⁸RADOVIC Córdoba, Marcela; Dispute Resolution Boards: prevención y resolución experta de conflictos en la industria de la construcción, Revista de Derecho Administrativo Redad, Volumen (N° 5), Pontificia Universidad Católica de Chile, Octubre 2011, 97 p.

litigiosos las partes quedan atrapadas en sus propias posiciones y por tanto están menos disponibles para colaborar a través de un arreglo de común acuerdo⁴⁹.

Es desde esta perspectiva en que el mecanismo de los *Dispute Boards* adquiere importancia, ya que es este finalmente el modelo seleccionado por el legislador nacional en búsqueda de una reforma al sistema de Concesiones de Obras Públicas chileno, intentando entregar a dicha área una actualización normativa.

2.- Objetivo del capítulo

El objetivo de este capítulo es analizar los elementos principales de la institución de los *Dispute Boards*. En términos simples, su origen y su desarrollo en el ámbito jurídico internacional, su funcionamiento y la forma en que se aplica. Finalmente, se analizará si los *Dispute Boards* constituyen un mecanismo efectivo para evitar controversias previniendo costos y judicializaciones no contemplados; y si corresponde sólo a un modelo o forma que inspira el mecanismo chileno o puede ser considerado como una figura similar a la del Panel Técnico de Concesiones.

Además, con el fin de hacer una exposición clara del tema a analizar, desde ahora, la palabra seleccionada que se usará para referirse a los *Dispute Boards* es “mecanismo” y no “sistema”. Establecer esto, desde el punto de vista investigativo, cobra importancia en base a que las definiciones de estas palabras respectivamente dicen lo siguientes: sistema⁵⁰ en su primera acepción se define como “conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí”; mientras que define la palabra *mecanismo*⁵¹, de acuerdo a la acepciones tercera y cuarta, como “medios prácticos que se emplean en las artes” y “procesos” respectivamente.

⁴⁹HARMON, Kathleen. Resolution of Construction Disputes: A Review of Current Methodologies. Revista Leadership and Management in Engineering, Volumen (Nº 3), American Society of Civil Engineers. Octubre 2003. 189 p.

⁵⁰REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Edición del Tricentenario, actualización 2017, España, (Fecha consulta: 31 de octubre del 2018). Disponible en sitio web, en: <http://dle.rae.es/?id=Y2AFX5s>.

⁵¹REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Edición del Tricentenario, actualización 2017, España, (Fecha de consulta: 31 de octubre del 2018). Disponible en sitio web, en: <http://dle.rae.es/?id=OiEGmq4>

Esta decisión se sustenta en que al hacer referencia a la palabra “sistemas”, de acuerdo con el análisis e interpretación de la definición, se hace referencia a “un conjunto” de reglas jurídicas, definición que es más amplia, es decir, los sistemas de resolución de controversias. Mientras que con mecanismos se delimita que es un “proceso”, el que se puede considerar como una especie dentro del género de los sistemas de resolución de controversias, en el particular: el *Dispute Board*, que es mecanismo de resolución de controversias dentro los sistemas de resolución de controversias ya existentes.

3.- Breve génesis de los Dispute Boards

Los *Dispute Boards* o (“DBs”) surgieron como mecanismos pre-arbitrales con el fin de enfrentar el riesgo surgido en los proyectos de construcción de infraestructura que no se hubieran finalizado de manera eficaz, y que en definitiva, generaban mayores costos y dilaciones en el tiempo de construcción.

Para comprender la génesis de este mecanismo es necesario hacer un recorrido histórico que explica el por qué se ha gestado de la forma en la que se ha hecho, y cuáles fueron los resultados que impulsaron su preferencia en lugar de otras formas de evitar controversias.

En el año 1974, a nivel internacional, se discutía la importancia de tomar conciencia sobre los costos asociados a procesos litigiosos en el área de la construcción, de acuerdo al informe “*Better Management of Major Underground Construction Projects*”, emitido por La Academia de Ciencias de los Estados Unidos de América. En el año 1978, en una nueva entrega de este informe, se propuso para un caso en específico relacionado a la construcción de líneas de metro, que los mandantes establecieran y utilizaran un panel de revisión para favorecer la consecución de acuerdos cuando las partes no pudieran arribar a consenso a través de los procedimientos contractuales⁵².

⁵²RADOVIC Córdoba, Marcela. Dispute Resolution Boards: prevención y resolución experta de conflictos en la industria de la construcción. Revista de Derecho Administrativo, Volumen N° 5, Pontificia Universidad Católica de Chile, Octubre 2011, 9 p

Los *Dispute Boards* se crearon en Estados Unidos en la década de los sesenta y setenta antes de ser introducidos a nivel internacional. La primera vez que se utilizó un mecanismo *Dispute Board* fue en el proyecto de construcción del segundo conducto del túnel de Eisenhower, en Colorado, en el que ambas partes acordaron establecerlo desde el inicio del proyecto.

En su primera aplicación, los resultados fueron positivos. Durante la ejecución de la obra, el panel de *Dispute Board* escuchó a las partes a raíz de cuatro disputas. Todas estas fueron resueltas antes de que la ejecución del contrato terminara y en ninguno de dichos casos fue necesario arbitraje o litigación ante otras instancias. Las partes fueron capaces de mantener una relación de cordialidad durante todo el proyecto. Tanto el mandante como el contratista, vieron satisfechas sus expectativas al final de la ejecución del mismo, de acuerdo con los autores Matyas, Mathews, Smith y Sperry, en su libro “*Construction Dispute Review Board Manual*” del año 1996.⁵³

Otro de los casos reconocidos a nivel internacional es del Proyecto Hidroeléctrico de El Cajón, en Honduras. Inició su construcción en el año 1980 con un contratista italiano, su ingeniería fue desarrollada por una empresa suiza y el financiamiento provisto por el Banco Mundial, entidad que exigió que en el contrato se estipulara la participación de un mecanismo *Dispute Review Board* (DRB), que acompañara su desarrollo desde el inicio⁵⁴.

Con el éxito que había significado este mecanismo, otros ejemplos de las aplicaciones más importantes y exitosas de los *Dispute Board* fueron las siguientes: en la construcción del “*Boston Central Artery Tunnel Project*” en la ciudad de Boston, Estado de *Massachusetts* (EUNA), proyecto muy importante ya que su presupuesto superó los \$10 billones de dólares (iniciado en el año 1982 y terminado en el año 2006), el que se realizó a través de la suscripción de 70 contratos, entre otros, la decisión en el particular fue de

⁵³RADOVIC Marcela ¿Es el Panel Técnico de Concesiones un real ejemplo de Dispute Board en Chile? [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2017. [Fecha de consulta: 10 de Enero 2019]. Disponible en: <<http://schdc.cl/wp/wp-content/uploads/2018/06/Es-el-Panel-Te%CC%81cnico-de-Concesiones-un-real-ejemplo-de-Dispute-Boards-en-Chile.-Marcela-Radovic-27062017.pdf>>

⁵⁴Ídem.

aplicar los *Dispute Boards* en todas aquellas obras que superaran los \$20 millones de dólares.

En el año 1990, el Banco Mundial basándose en un contrato “modelo” de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (organización conocida como FIDIC) propuso un modelo contractual que incluía un procedimiento para resolver controversias, basado en un panel de expertos (*Dispute Board*).

Para el año 1995 y 1996, La FIDIC incluyó a los *Dispute Boards* en sus “*Orange Book*” y “*Red Book*”, los cuales son modelos de tipo contractual utilizados a nivel mundial en el marco de la Industria de la Construcción⁵⁵. Para el año 1995, el Banco Mundial recomendaba el uso de los *Dispute Board* en aquellos proyectos que excedieran los \$50 millones dólares.

A pesar de que en su inicio los *Dispute Board* se utilizaron principalmente en proyectos de construcción de túneles, con el tiempo comenzaron a ser incorporados en otro tipo de proyectos. Así, para el año 1999 cerca de quinientos proyectos para la construcción de distintas obras estaban utilizando o habían utilizado este mecanismo para la resolución de controversias⁵⁶.

El éxito de este mecanismo significó para la Industria Internacional de Grandes Construcciones lineamientos de aplicación general que entregaban la posibilidad de ejecutar proyectos y disminuir el impacto que las controversias pudieran tener en la ejecución de ellos.

Finalmente, cabe señalar que, en atención a las ventajas apreciadas y los positivos resultados logrados por las diferentes formas de los *Dispute Board*, en la actualidad, la

⁵⁵NAEL G. Bunni, *Dispute Boards & Dispute Resolution UIT Particular Emphasis on FIDIC's DAB Procedure*. ICC/FIDIC Octubre 2005.

⁵⁶CHAPMAN, Peter. *Dispute Boards FIDIC International Federation of Consulting Engineers [Documenting electronic sources on the internet]* 1999. [Fecha de consulta: 10 de Enero 2019]. Disponible en: <<http://fidic.org/sites/default/files/25%20Dispute%20Boards.pdf>>

mayoría de las instituciones internacionales de financiamiento insisten en su utilización en alguna de sus formas para los proyectos que financian”⁵⁷.

En Chile la implementación de mecanismos de solución de controversias surge a raíz de que existía una desconfianza social al momento de celebrar un contrato⁵⁸. Por lo que, el hecho de tener un tercero imparcial distinto de un Tribunal para resolver alguna controversia, permitió que se potenciara la confianza y colaboración entre las partes. Puesto que estas depositan su confianza en el mecanismo de resolución de controversias.

En resumen, el mecanismo *Dispute Board*, al establecerse con anterioridad en un contrato, ha resultado exitoso desde su primera aplicación, ya que previene y ayuda a resolver en forma eficiente eventuales controversias que puedan surgir entre los contratantes.

4.- ¿Qué son los *Dispute Boards*?

Para poder analizar de mejor forma qué son los *Dispute Boards*, es necesario partir por determinar su definición. También, para abordar posteriormente la naturaleza del Panel Técnico es relevante resaltar diversas definiciones de los *Dispute Boards* dadas a nivel nacional como internacional.

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) señala que: “Un *Dispute Board* es un órgano permanente que típicamente se establece con la firma o el inicio de la ejecución de

⁵⁷NICOLAU, Ricardo; BACIGALUPO, Dante. *La construcción requiere mecanismos de resolución temprana de controversias Gestión Estratégica de Contratos de los diplomados de Clase Ejecutiva* [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2018. [Fecha de consulta: 17 de Julio 2018]. Disponible en: <<http://www.claseejecutiva.cl/wp-content/uploads/2018/07/Gestión-Estraégica-de-Contratos-2018-publicada.pdf>>

⁵⁸RADOVIC Marcela ¿Es el Panel Técnico de Concesiones un real ejemplo de Dispute Board en Chile? [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2017. [Fecha de consulta: 10 de Enero 2019]. Disponible en: <<http://schdc.cl/wp/wp-content/uploads/2018/06/Es-el-Panel-Te%CC%81cnico-de-Concesiones-un-real-ejemplo-de-Dispute-Boards-en-Chile.-Marcela-Radovic-27062017.pdf>>

un contrato a mediano o largo plazo, para ayudar a las partes a evitar o resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que pudiera surgir durante la aplicación del contrato”⁵⁹

La *Dispute Board Foundation* ha definido a los DRBs como un panel profesional de carácter imparcial, establecido desde el inicio del proyecto para hacer seguimiento al progreso del proceso de construcción, que fomenta en las partes la prevención de las disputas y las asiste en la resolución de ellas, cuando éstas han surgido durante la ejecución del respectivo proyecto:

De esta definición podemos destacar los siguientes puntos:

- a) Es un mecanismo alternativo y anticipado de resolución de controversias, es decir, pese a hacer un mecanismo alternativo no actúa como los mecanismos de arbitraje ni conciliación;
- b) Su origen está sujeto a la existencia del contrato principal;
- c) Emite recomendaciones o decisiones técnicas dependiendo del modelo de DBs elegido (*Dispute Review board, Dispute Adjudication Board o Combined Dispute Board*);
- d) Cuenta con un panel formado por expertos independientes e imparciales.

5.- Características del *Dispute Board*

A continuación, se indicarán las principales características de los *Dispute Boards*, siguiendo al abogado Juan Eduardo Figueroa Valdez de la División Internacional de la Cámara de Comercio de Santiago, para obtener una mayor comprensión del tema.

1.- Número de miembros: el panel debe estar conformado por tres miembros, cada parte elige a un miembro, y las partes previa consulta con los miembros elegidos, seleccionan al

⁵⁹CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. Reglamento de los *Dispute Board* [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2015. [Fecha de consulta: 11 de octubre 2018]. Disponible en: <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-Dispute-Board-Rules-Spanish-version.pdf>>

tercer integrante, el que actuará como presidente del panel. Algunas veces se nombra un panel de un solo miembro.

2.- Independencia e imparcialidad de los miembros: los miembros no son abogados ni representantes de las partes, por lo cual deben ser y mantenerse imparciales e independientes.

3.- Momento de implementación: deben implementarse al inicio del proyecto, para asegurarse que ellos se familiaricen y conozcan de cerca la obra.

4.- Información permanente: los miembros del panel deberán mantenerse permanentemente informados de los avances del proyecto. Pues el uso de su experiencia y conocimiento de la obra es muy importante a la hora de intervenir ante un eventual conflicto.

5.- Confidencialidad: los adjudicadores guardan confidencialidad frente a cualquiera que no sea parte en el contrato o frente a un procedimiento arbitral o judicial.

6.- Decisiones: los paneles deben evacuar sus decisiones dentro de periodos cortos de tiempo, frecuentemente dentro de los 3 meses, a contar de la fecha que la disputa se somete a su decisión.

6.- Elementos de los *Dispute Board*

Los elementos en común que se puede apreciar en las tres categorías de los *Dispute Board*, teniendo de base el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), son los siguientes:

- 1.- Es una herramienta de carácter contractual (se incluye a través de una cláusula);
- 2.- Las partes al comprometerse a constituir un *Dispute Board* conforme al reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, incluye a dicho estatuto en el contrato;
- 3.- Composición del DB: pueden ser uno o tres, si las partes no determinan el número, este será integrado por tres expertos.
- 4.- Nombramiento: Se pueden nombrar en el contrato o según las normas del reglamento.

5.- Toda controversia que se deriven del contrato o que se relacionen a él, será sometidas en primer lugar al Dispute Board de acuerdo al reglamento, y conforme a esto se emitirá una recomendación.

6.- Facultad de recurrir a un arbitraje: Si una de las partes no acata la recomendación cuando se le exige hacerlo, la otra parte puede recurrir a arbitraje por dicho incumplimiento.

7.- Arbitraje: La controversia será resuelta definitivamente según normas de la misma entidad sobre Arbitraje, por uno o más árbitros nombrados conforme al mismo cuando:

7.1.- Una parte notifique por escrito a la otra y al *Dispute Review Board* su desacuerdo con una recomendación.

7.2.- Si el *Dispute Review Board* no ha emitido una recomendación en el plazo establecido en el reglamento.

7.3.- Si el *Dispute Review Board* es disuelto conforme al reglamento antes que emita la recomendación.

La Cámara de Comercio Internacional aconseja que al momento de escoger el *Dispute Board* se considere la naturaleza del contrato y la relación entre las partes.

7.- Clasificación de los *Dispute Boards*

El Reglamento sobre *Dispute Boards* de la Cámara de Comercio Internacional contempla tres tipos de *Dispute Boards* de igual manera lo contempla el reglamento de Cámara de Comercio de Santiago referido a los *Dispute Board*. Las tres clases que podemos encontrar al hablar sobre este mecanismo son⁶⁰,:

⁶⁰CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. Reglamento de los *Dispute Board* [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2015. [Fecha de consulta: 11 de octubre 2018]. Disponible en: <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-Dispute-Board-Rules-Spanish-version.pdf>>

1.- *Dispute Review Board (DRB)*: es un tipo de panel que emite recomendaciones que carecen de efecto vinculante para las partes, salvo en casos que una parte notifica a la otra sobre su intención de impugnar dicha recomendación ante un tribunal arbitral en un plazo de 30 días. Se constituyen antes del inicio del proyecto.

2.- *Dispute Adjudication Board (DAB)*: los DAB son un tipo de panel que siempre emiten decisiones con los que las partes deberían cumplir inmediatamente, sin perjuicio de sus derechos para discutir la decisión, eventualmente ante un tribunal arbitral.

3.- *Combined Dispute Board (CDB)*: es un estilo de panel con una característica "mixta." Los CDB generalmente emiten recomendaciones (como las de los DRB). Sin embargo, los CDB pueden emitir decisiones vinculantes con respecto a una controversia si ambas partes dan su consentimiento.

La primera clase de *Dispute Board* proporciona una recomendación no vinculante, la segunda clase tiene como referente al modelo anterior, sin embargo, otorga una fuerza vinculante provisional a la recomendación y la tercera clase es una combinación de las anteriores. Entonces la diferencia entre ellas resulta ser la obligatoriedad o voluntariedad de la determinación adoptada por el órgano.

8.- Los *Dispute Boards* de acuerdo a la Cámara de Comercio de Santiago

A nivel nacional, la Cámara de Comercio de Santiago (CAM) define a los *Dispute Boards* en los siguientes términos: “*el Dispute Board* es un sistema alternativo y anticipado de resolución de controversias, en virtud del cual un panel de expertos independiente, constituido normalmente al inicio de la ejecución del contrato, ayuda a las partes a resolver sus desacuerdos a través de la asistencia informal y la emisión de recomendaciones o decisiones, según el modelo que se adopte. Por su naturaleza, opera en contratos con cierto contenido técnico, que son de ejecución de mediano a largo plazo y en los que la solución

oportuna de alguna desavenencia presenta un provecho especialmente atractivo para las partes.”⁶¹

Desde ya, entre la definición nacional e internacional podemos observar diferencias que establecen puntos interesantes que presentan el carácter actual que posee el panel técnico:

1.- Sistema alternativo y anticipado: es decir, no se considera como la opción ordinaria en cuanto a resolución de conflictos se refiere. Y anticipado en cuanto a que se aplica antes de producirse la judicialización de las controversias.

1.1.- Panel de expertos: se conforma por un panel de expertos independientes. Modelo utilizado a nivel internacional.

1.2.- Constituido normalmente al inicio del contrato: ya que uno de los supuestos de este mecanismo a nivel internacional es su establecimiento desde el inicio. Por otra parte, en el sistema nacional de acuerdo a la definición de la CAM Santiago, en el que señala que “normalmente” puede constituirse al inicio del contrato sin ser esta la regla general, pudiendo establecerse de manera posterior. Tampoco señala que tenga un carácter permanente, como lo hace la Cámara de Comercio Internacional.

1.3.- Ayuda a las partes a resolver sus desacuerdos a través de la asistencia informal y la emisión de recomendaciones o decisiones, según el modelo que se adopte: similar al sistema internacional, con la particularidad de que aquí estamos frente a recomendaciones o decisiones, no de actos que obliguen a las partes a actuar de alguna forma determinada, en consideración a la opinión de los expertos técnicos.

⁶¹CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO. El Dispute Board. [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2018. [Fecha de consulta: 11 de octubre 2018]. Disponible en: <http://www.camsantiago.cl/dispute_board.html>

1.4.- El plazo: la definición de la doctrina nacional no hace referencia a un plazo expreso de duración del DB, por lo que su duración estará sujeta a la duración del contrato en el cual se estableció o al tiempo que demore en conocer y entregar su informe sobre la controversia que estén conociendo.

De la misma regulación establecida por la Cámara de Comercio de Santiago en su Reglamento de *Dispute Boards*, el cual se encuentra vigente desde el 01 de enero de 2015, se desprenden los siguientes conceptos:

Dispute Board: es aquel Panel Técnico compuesto por uno o tres miembros, destinado a prestar apoyo informal a las partes frente a los desacuerdos o desavenencias que se presenten durante la vigencia del Contrato, como asimismo a emitir Determinaciones en conformidad al presente Reglamento.⁶²

Se deduce que la CAM cuando utiliza la frase “apoyo informal” esta aludiendo que el *Dispute Board* es un panel técnico que no posee obligatoriedad para las partes.

Según cada caso, el término “*Dispute Board*”, o la sigla “DBs”, significará asimismo un “*Dispute Review Board*” (“DRB”), un “*Dispute Adjudication Board*” (“DAB”) o un “*Combined Dispute Board*” (“CDB”), en conformidad al presente Reglamento y las siguientes disposiciones:

1.- Parte: una parte del Contrato, y, según el caso, comprende una o más partes.

2.- Contrato: acuerdo o convención suscrita entre las partes que contiene las estipulaciones para la constitución de un DBs en conformidad al presente Reglamento, o que se somete a tales disposiciones.

3.-Determinación: comprende una recomendación o decisión emitida por escrito por el DBs, en conformidad al presente Reglamento.

⁶² CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN DE SANTIAGO. Reglamento Dispute Boards [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2015. [Fecha de consulta: 9 de enero 2019]. Disponible en: <<http://www.camsantiago.cl/doc/reglamentos-DB.pdf>>

4.- Recomendación: asistencia escrita del DBs a las Partes, con el objeto de contribuir a resolver en forma temprana una discrepancia o conflicto entre las mismas, en conformidad al presente Reglamento.

5.- Decisión: asistencia escrita del DBs a las Partes, que se entiende que forma parte del Contrato desde su recepción por las mismas y que es emitida por el DB en conformidad al presente Reglamento.

Por otra parte, dentro de la doctrina nacional, “los *Dispute Board* o Paneles Técnicos de Expertos son órganos establecidos para solucionar disputas contractuales tan pronto ellas se producen. Ellos usualmente se constituyen tan pronto se firma el contrato, y están formados generalmente por uno o tres miembros familiarizados con las partes, el contrato y su ejecución.”⁶³

8.1.- Reglamento de la Cámara de Comercio de Santiago para los *Dispute Boards*

Las partes podrán escoger un tipo de DB y utilizarlo, si acuerdan la aplicación del reglamento a través de una cláusula dentro del contrato o mediante cualquier manifestación de voluntad en este mismo sentido prestada en un acuerdo posterior.

En el caso que las partes no acuerden el tipo de DB, se entenderá que se acordó un DRB.

Dentro de lo que el reglamento dispone podemos encontrar que el *Dispute Boards* que propone la CAM Santiago tiene elementos precitados en el punto anterior por parte de la Cámara de Comercio Internacional, como, por ejemplo, la composición del *Dispute Board*.

⁶³FIGUEROA , Juan. Los *Dispute Boards* o Paneles Técnicos en los contratos internacionales de construcción [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2006. [Fecha de consulta: 05 de enero del 2020]. Disponible en: [<https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/arbitraje/Juan-Figueroa-Valdez-Los-Dispute-Boards-en-los-contratos-internacionales-de-construcción-México.pdf>]

La CAM en su reglamento determinó que independientemente de la versión de *Dispute Board* que las partes escojan, las facultades con las cuales se rigen y a falta de acuerdo entre ellas, son las reglas del artículo 13 del presente reglamento las que se aplican.

El *Dispute Board* está facultado, entre otras competencias, para:

- 1.- Determinar el o los idiomas del procedimiento ante el DB, teniendo en consideración todas las circunstancias pertinentes, inclusive el idioma del Contrato.
- 2.- Requerir a las partes que aporten cualquier documento que el DB juzgue necesario para emitir una Recomendación o Decisión.
- 3.- Convocar reuniones, visitas al sitio y audiencias.
- 4.- Decidir sobre las cuestiones relativas al procedimiento que surjan durante las reuniones, visitas al sitio o audiencias.
- 5.- Interrogar a las partes, a sus representantes y a cualquier testigo que el DB pudiera convocar.

Las decisiones del DBs relativas a las reglas que rigen el procedimiento deben ser tomadas por el miembro único del DB o, si está compuesto de tres miembros, por mayoría de votos.

El DB podrá tomar medidas para proteger los secretos comerciales y las informaciones confidenciales.

9.- Beneficio del *Dispute Board*

Los *Dispute Boards* son un mecanismo alternativo de resolución de conflictos creado para disminuir costos y dilataciones producto de procesos judiciales, en el tiempo de construcción de infraestructura.

La efectividad de los DRB trajo como consecuencia:

1.- Contar con un panel de expertos desde el inicio del contrato. De manera que, procura ser un mecanismo equitativo para las partes siendo parcial y preventivo en potenciales focos de disputas durante todo el proceso.

2.- Breve plazo para la resolución de la controversia y por los costos que genera, los cuales son menores en comparación a otros, por ejemplo, un juicio. Sin embargo, el tiempo limitado para emitir la recomendación, puede volverse un obstáculo al momento de tratar situaciones que tienen mayor complejidad en la que sea necesario más información o estudio.

Entonces, podemos concluir que la efectividad de los *Dispute Boards* se ve reflejada en la prevención de conflictos, celeridad, inmediatez -en cuanto al conocimiento del proyecto de obra-, reducción de costos, personas idóneas en el panel, continuidad de la ejecución del proceso e imparcialidad.

10.- Conclusión del capítulo

El *Dispute Board* es un panel profesional de carácter imparcial, establecido con la firma o el inicio de la ejecución de un contrato de mediano o largo plazo, para prevenir o resolver disputas entre las partes durante su aplicación.

Con el fin de perfeccionar la resolución de conflictos en los Contratos de Obra Pública en Chile, se recogió la experiencia internacional para inspirar la creación del Panel Técnico de Concesiones de Obras Públicas (términos que se suelen utilizar como sinónimos, aunque en realidad no lo son).

De la clasificación de *Dispute Board* la que se tiene como referencia en nuestro ordenamiento jurídico nacional es el *Dispute Review Board*, de acuerdo a la clasificación ya analizada, en el que su recomendación o pronunciamiento carece de efecto vinculante. El PTC constituye una forma de *Dispute Board* adoptada a nuestro ordenamiento jurídico y a la naturaleza de las mismas obras (públicas de infraestructura). Para la cual se ha implementado con modificaciones, y se ha querido incluir como parte de la reforma que buscaba mejorar la ley en cuanto a la resolución de controversias, en un intento legislativo

para mantener una relación más equitativa y transparente entre el Fisco y los privados concesionarios.

CAPÍTULO IV

EL PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES: MARCO NORMATIVO Y ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

1.- Introducción y objetivos del capítulo

Han pasado diez años desde que se introdujo la figura del Panel Técnico, el cual tuvo como fin principal el incorporar una nueva forma para la solución de controversias surgidas en lo relativo a las Concesiones de Obras Públicas.

El trabajo del Panel Técnico, en la actualidad, se ha centrado en el análisis del estado y desarrollo de los contratos de concesión bajo su ámbito de competencia. Manteniendo un contacto permanente con los inspectores fiscales y gerentes de todas las concesionarias. A lo anterior se agregan visitas a terreno de las obras concesionadas para observar dificultades en el desarrollo de los contratos y reuniones con las jefaturas de la Coordinación de Concesiones⁶⁴.

La normativa vigente de la Ley de Concesiones de Obras Públicas no otorga una definición legal del Panel Técnico. Para la abogada Marjorie Cárdenas, el PTC es un órgano pericial debido a las características que posee, puesto que, ilustra a la Comisión arbitral y a los interesados sobre un asunto a tratar que requiere de conocimiento específico⁶⁵. Es decir, es una instancia en la que se puede obtener información focalizada sobre un aspecto cuestionado o controvertido que se presente en el proceso de ejecución del contrato de obras públicas sobre materias técnicas o económicas de la concesión.

En este capítulo revisaremos al Panel Técnico desde su institucionalidad,

⁶⁴ CÁRDENAS DERAMOND, Marjorie, Panel Técnico y Comisión Arbitral en las Concesiones de Obras Públicas cambios introducidos por la ley n ° 20.410, Consejo de Defensa del Estado, Revista de Derecho, Edición N° 33, año 2015, Santiago, 80 p.

⁶⁵ Ídem ,78p

regulación legal y también poder una observación somera sobre su función en cuanto a organismo de resolución de conflictos no judicial

2.-Marco normativo del Panel Técnico de Concesiones y definición

El Panel se rige por el Decreto N° 900 de 1996 del MOP, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 164 de 1991 del MOP, la Ley de Concesiones de Obras Públicas, cuyas últimas modificaciones fueron introducidas por las leyes N° 20.410, N° 20.530, N° 20.720, N° 20.908 y N° 21.044.

También se regula por el Reglamento de Concesiones de Obras Públicas aprobado por el Decreto N° 956 de 1987 del MOP, y por las Normas de Funcionamiento del Panel Técnico, en adelante NFPT, las que se encuentran publicadas en su sitio web (www.panelconcesiones.cl).

La ley no define de forma expresa qué es el Panel Técnico de Concesiones, sin embargo, y aplicando a un análisis de diversas normas que componen su marco normativo, especialmente el art. 36 del DFL N° 164, para esta investigación podemos concluir que una acertada aproximación a un concepto es la siguiente: el PTC es una instancia técnica, colegiada, de carácter permanente, establecida por ley, para resolver controversias que se produzcan durante la duración de los contratos de Concesión de Obras Públicas, entre las partes, sobre materias de carácter técnico y económico señaladas por ley. Pudiendo en todo momento actuar de oficio. No ejerce jurisdicción, vale decir, emite recomendaciones o pronunciamientos y no fallos, puesto que estos no gozan del efecto de cosa juzgada, y no son vinculantes para las partes. Desde el punto de vista económico tiene un financiamiento compartido por el MOP y las Sociedades Concesionarias registradas a partir de la vigencia de la Ley N° 20.410. Recurrir a él, es un requisito de admisibilidad previo a someter materias ante una Comisión Arbitral.

3.- Funcionamiento del Panel Técnico

3.1.- Integrantes del panel técnico

El Panel Técnico se encuentra constituido por cinco miembros, que son personas que de destacada trayectoria profesional o académica en las materias técnicas, económicas o jurídicas del sector de concesiones de infraestructura pública.

Los profesionales que integren este organismo deben tener las siguientes profesiones y deben presentarse en la siguiente proporción: dos abogados, dos ingenieros y un profesional especializado en ciencias económicas o financieras.

Los miembros del Panel son elegidos por el Consejo de Alta Dirección Pública, mediante concurso público de antecedentes, proceso establecido para constatar la idoneidad de los profesionales elegidos y la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades que les afecten.

Este organismo externo encargado de la probidad y transparencia del proceso es un cuerpo colegiado, de carácter autónomo que cumple el rol de garante del buen funcionamiento de la Alta Dirección Pública. Que junto con el Servicio Civil, integran la institucionalidad del Sistema, y tiene como principal objetivo *“prestar asistencia en la toma de decisiones del Presidente de la República, ministros y jefes de servicios para la provisión de cargos de altos directivos públicos de exclusiva confianza, conduciendo los procesos de selección. Asimismo, debe cautelar por la no discriminación, imparcialidad y plena transparencia del proceso de selección del Sistema de Alta Dirección Pública y, además, garantizar su confidencialidad”*⁶⁶.

Las bases del concurso se encuentran fundadas en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, criterios que la ley contempla como aquellos que deben

⁶⁶ MINISTERIO DE HACIENDA. Servicio Civil: Consejo de Alta Dirección Pública [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2018. [Fecha de consulta 27 diciembre 2019]. Disponible en: <<https://www.serviciocivil.cl/consejo-alta-direccion-publica/>>

tenerse en consideración para estos efectos.

3.2.- Requisitos de los integrantes abogados del Panel Técnico

El perfil de los abogados requeridos para integrar el panel se puede encontrar en el último llamado efectuado por la Alta Dirección Pública⁶⁷ (en marzo del año 2018). Al efecto precisa que el perfil de selección del **integrante abogado** debe: 1) poseer título de abogado y 2) como atributo para ejercer el cargo debe ponderar los criterios expuestos en el anexo N° 1⁶⁸: Tabla de criterios por ponderación del integrante abogado. Realizada por la Alta dirección pública.

| DESCRIPCIÓN | PONDERADOR |
|---|------------|
| A1. CONOCIMIENTOS TÉCNICOS | 20% |
| A2. CAPACIDAD DE ANÁLISIS Y CRITERIO EN LA TOMA DE DECISIONES | 25% |
| A3. VISIÓN ESTRATÉGICA | 20% |
| A4. GESTIÓN Y LOGRO | 20% |
| A5. TRABAJO EN EQUIPO | 15% |

Los conceptos antes mencionados aluden a lo siguiente:

a.1.- Conocimientos técnicos:

Es altamente deseable contar con experiencia en materias jurídicas del área de concesiones de obras públicas. Adicionalmente, se valorará contar con experiencia en: materias jurídicas del área de la infraestructura; contratos de construcción y regulación de servicios públicos; y trayectoria profesional y/o académica en materias relacionadas.

a.2.- Capacidad de análisis y criterio en la toma de decisiones:

Se refiere a la habilidad para identificar situaciones complejas, reconociendo sus

⁶⁷ ALTA DIRECCIÓN PÚBLICA. Perfil de Integrante Abogado Panel Técnico-Subsecretaría de Obras Públicas. 2 p. Disponible en sitio web <https://adp.serviciocivil.cl/portal/convocatoria/ADP-3928>

⁶⁸ Ídem 2 p. Anexo N° 1: Tabla de criterios por ponderación del integrante abogado. Realizada por la Alta Dirección Pública.

causas y buscando posibles soluciones, discriminando la información esencial de la accesoria para la toma de decisiones, evaluando y dimensionando el impacto de sus acciones, especialmente de las propuestas técnicas relacionadas con las materias propias de su gestión.

a.3.-Visión estratégica: es la capacidad para detectar y comprender las señales sociales, económicas, tecnológicas, culturales, así también comprender una situación o problema percibiendo el cuadro global en el que se inserta.

a.4.- Gestión y logro: capacidad para orientarse al logro de los objetivos, analizando información, resolviendo detalladamente, actuando con sentido de urgencia, oportunidad y calidad en el cumplimiento de la tarea realizada.

a.5.-Trabajo en equipo: habilidad para participar activamente de una meta común y orientar sus acciones y las del equipo hacia la consecución de los objetivos planteados. Supone facilidad para la relación interpersonal.

3.3.- Requisitos de los integrantes ingenieros y profesional especializado en ciencias económicas o financieras del Panel Técnico

Para poder postular a esta plaza se debe poseer título de ingeniero o profesional especializado en ciencias económicas o financieras, además de tener una destacada trayectoria profesional o académica, en las materias técnicas o económicas del sector de concesiones de infraestructura⁶⁹. Y como atributo para ejercer el cargo tener una ponderación de acuerdo a la tabla del anexo N° 2

| DESCRIPCIÓN | PONDERADOR |
|--|-------------------|
| A1. CONOCIMIENTOS TÉCNICOS | 15% |
| A2. CAPACIDAD DE ANÁLISIS | 20% |
| A3. VISIÓN ESTRATÉGICA | 10% |
| A4. GESTIÓN Y LOGRO | 15% |
| A5. TRABAJO EN EQUIPO ORIENTADO A OBJETIVOS | 15% |
| A6. CRITERIO EN LA TOMA DE DECISIONES | 25% |

Anexo N° 2: Tabla de criterios por ponderación para ingeniero o profesional especializado en ciencias económicas o financieras. Realizada por la Alta dirección pública.

Los conceptos antes mencionados aluden a lo siguiente⁷⁰:

b.1.- Conocimientos técnicos: es altamente deseable contar con experiencia en materias técnicas y/o económicas relativas a infraestructura y/o concesiones. Adicionalmente, se valorará contar con la siguiente experiencia:

- 1.- Trayectoria académica, pública o privada, en materias relacionadas.
- 2.- Publicaciones en materias relativas a infraestructura, concesiones y/o regulación.
- 3.- Asimismo, es deseable contar con experiencia profesional de al menos 5 años en materias relacionadas.

b.2.- Capacidad de análisis: habilidad referida a la identificación de situaciones complejas, así como el reconocimiento de sus causas y búsqueda de posibles soluciones (discriminando la información esencial de la accesorio para la toma de decisiones).

b.3.- Visión estratégica: capacidad para detectar y comprender las señales sociales, económicas, tecnológicas, culturales, así también comprender una situación o problema percibiendo el cuadro global en el que se inserta.

b.4.- Gestión y logro: capacidad para orientarse al logro de los objetivos, analizando información, resolviendo detalladamente, actuando con sentido de urgencia, oportunidad y calidad en el cumplimiento de la tarea realizada.

b.5.- Trabajo en equipo orientado a objetivos: habilidad para participar activamente de una meta común y orientar sus acciones y las del equipo hacia la consecución de los objetivos planteados. Supone facilidad para la relación interpersonal.

⁷⁰ Ídem.

b.6.- Criterio en la toma de decisiones: capacidad para evaluar y dimensionar el impacto de sus acciones, particularmente de las propuestas técnicas y decisiones relacionadas con las materias propias de su gestión.

4.- El secretario abogado

El Panel contará con un secretario abogado que tendrá las funciones que fije el reglamento y será de dedicación exclusiva, pudiendo ejercer actividades académicas en universidades reconocidas por el Estado. Además, debe cumplir con las disposiciones comunes a los integrantes abogados tratadas anteriormente.

Como se mencionó previamente, los miembros del panel son elegidos por medio de un concurso público realizado por el Consejo de Alta Dirección Pública. Sin embargo, el secretario abogado es elegido por un concurso interno efectuado por los propios miembros del panel.

El Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, Decreto N ° 956 del Ministerio de Obras Públicas, en el artículo 107 y las normas de funcionamiento del Panel Técnico de Concesiones de Obras Públicas, nos permiten esquematizar las obligaciones que posee el Secretario Abogado del Panel.

4.1.- Obligaciones del secretario abogado

Las obligaciones del secretario abogado contemplan las siguientes materias:

- 1.- Obligación de levantar y llevar Actas del Panel.
- 2.- Obligación de llevar adecuado registro y archivo de la información.
- 3.- Obligación de Comunicar.
- 4.- Obligación de Confeccionar informe.
- 5.- Obligaciones encomendadas por el Panel, como, por ejemplo, llevar control de

asistencia, gestionar las comunicaciones entre los integrantes del Panel y las partes de los contratos de concesión, entre otros.

5.- El presidente del Panel Técnico

Una vez constituido, el Panel Técnico elegirá entre sus integrantes al miembro que lo presidirá por los siguientes tres años. El presidente será de dedicación exclusiva, pudiendo ejercer actividades académicas en universidades reconocidas por el Estado

5.1.- Funciones y atribuciones del presidente del Panel Técnico

De acuerdo a las normas de funcionamiento del Panel Técnico, el integrante de este organismo que tenga investida la calidad de presidente tendrá las funciones y atribuciones que a continuación se detallan⁷¹:

- 1.- Ejercer la representación del Panel.
- 2.- Citar a sesión del Panel, sin perjuicio de las citaciones que deban realizarse en virtud de las sesiones acordadas por la mayoría de sus miembros.
- 3.- Presidir y determinar la tabla de sesiones.
- 4.- Dirimir en caso de empate de las votaciones del Panel.
- 5.- Requerir al Ministerio de Obras Públicas, con la periodicidad que acuerde el Panel, información general acerca del avance y situación de los contratos que estén e el ámbito de competencia del Panel, existan o no discrepancias o solicitudes de pronunciamiento a su respecto. La información obtenida estará siempre a disposición de los integrantes del Panel.

⁷¹ Decreto con Fuerza de Ley N° 164. CHILE. Reglamento de de Concesiones de Obras Públicas, artículo 4°. Ministerio de Obras Públicas, Santiago, Chile, marzo de 1999. 34p.

6.-Ejercer la dirección y el control administrativo del Secretario Abogado.

7.- Ejercer el control de los gastos acordados por el Panel, con rendición de cuenta documentada⁷².

8.- Realizar la conducción de la audiencia Pública⁷³.

9.- Convocar a sesión especial⁷⁴.

6.- Toma de razón en la designación de los integrantes del Panel Técnico y duración del cargo

6.1.- Toma de razón en la designación de los integrantes del Panel Técnico

Adicionalmente, cabe señalar que, las resoluciones en que se nombren integrantes del Panel Técnico de Concesiones estarán afectos a la toma de razón por parte de la Contraloría General de la República. Así, lo determinó el Dictamen N° 51.509 del año 2014⁷⁵.

Dicho dictamen se produjo por que la División de Auditoría Administrativa de la Contraloría General de la República solicitó un pronunciamiento que determine si la resolución N° 3.392, de fecha 28 de diciembre de 2010, del Ministerio de Obras Públicas, que nombra a los integrantes del Panel Técnico de Concesiones se encontraba afecta a toma

⁷² Decreto con Fuerza de Ley N° 164. CHILE. Reglamento de de Concesiones de Obras Públicas, artículo 4°. Ministerio de Obras Públicas, Santiago, Chile, marzo de 1999. 44p.

⁷³ Ídem. 45 p.

⁷⁴ Ídem. 44 p.

⁷⁵ CHILE. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen N° 51.509 [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2014. [Fecha de consulta: 30 de mayo 2019]. Disponible en: <<http://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/051509N14/html>>

de razón.

En síntesis, el dictamen alude que el PTC es un órgano de control, de carácter técnico que, si bien no integra el MOP, ejerce las funciones públicas que le han sido asignadas por ley. Por tanto, al ejercer funciones públicas revisten la calidad de empleados públicos que velan por el interés general, y en definitiva quedando afecto el nombramiento de los integrantes del PTC a la toma de razón⁷⁶.

6.2.- Duración del cargo

Los integrantes del Panel Técnico permanecerán seis años en sus cargos, y no podrán ser designados para períodos sucesivos. Su renovación se efectuará parcialmente cada tres años, empezando por los dos abogados. No obstante, la regulación precitada, no se ha resuelto a nivel normativo expresamente, ante lo cual nos preguntamos ¿qué acontece si uno de los integrantes del panel no cumple con el período de 6 años, el nuevo integrante puede permanecer 6 años o solamente los que resten para completar dicho período? Dicho esto, estamos en presencia de un vacío legal.

Tenemos como referencia el Panel de Experto del servicio eléctrico⁷⁷ y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que también sus integrantes permanecen seis años en sus cargos⁷⁸, pero se diferencia del PTC en que sí pueden ser designados por sólo un período sucesivo en el caso del TLDC y en el caso del Panel de experto nuevo periodo.

⁷⁶ CHILE. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen N° 51.509 [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2014. [Fecha de consulta: 30 de mayo 2019]. Disponible en: <<http://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/051509N14/html>>

⁷⁷ Artículo 7° Decreto 44.- “Los integrantes del Panel ejercerán sus funciones por seis años y podrán ser designados por un nuevo período, para lo cual deberán participar en el concurso público de antecedentes a que se refiere el artículo anterior. La renovación de los integrantes se efectuará parcialmente, cada tres años.”

⁷⁸ Artículo 7 inc. .2 ° DFL N° 211. “Los integrantes titulares y suplentes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia permanecerán seis años en sus cargos, pudiendo ser designados por sólo un período sucesivo, conforme al procedimiento señalado en el artículo anterior. No obstante, el Tribunal se renovará parcialmente cada dos años.”

Entonces, en caso de que uno de los integrantes cese en su cargo faltando solo dos años para que este finalice, el nuevo integrante podría asumir el cargo por los dos años que quedan y tener la posibilidad de postular nuevamente por otro período. Por tanto, una posible solución ante este vacío legal podría ser considerar aplicar la designación por un solo período sucesivo, participando nuevamente en el concurso público.

7.- Limitaciones al ejercicio del cargo del Panel

Aquellos profesionales que integren el Panel Técnico no podrán ejercer su cargo en caso que incurran en los casos de inhabilidades e incompatibilidades contempladas en el DS N° 900 MOP, las cuales se aplicarán a cada miembro, se extenderán hasta un año después de haber terminado su periodo y son las siguientes:

1.- Con respecto a empresas concesionarias: los profesionales no podrán estar, ni haber estado relacionados en los doce meses previos a su designación con, empresas concesionarias de obras públicas sea como directores, trabajadores, asesores independientes, accionistas, o titulares de derechos en ellas o en sus matrices, filiales, coligantes o coligadas, o con empresas constructoras o de ingeniería subcontratistas de los concesionarios.

2.- Con respecto al Ministerio de Obras Públicas: los profesionales no podrán estar, ni haber estado relacionados en los doce meses previos a su designación relacionados con el Ministerio de Obras Públicas, ser dependientes del mismo u otros servicios públicos o prestar servicios remunerados al Ministerio de Obras Públicas o a otros servicios públicos vinculados directa o indirectamente a la actividad de concesiones.

8.- Financiamiento del Panel y descripción de renta

El financiamiento del Panel proviene del Ministerio de Obras Públicas y los

concesionarios regidos por la Ley N° 20.410⁷⁹.

El MOP financia los gastos de administración y funcionamiento del Panel Técnico y el 50% de los honorarios de sus integrantes. La mitad restante debe ser solventada por los concesionarios regidos por la Ley N° 20.410 según prorrata definida en el Reglamento, la que debe ser actualizada por el MOP cada vez que una nueva concesión ingresa al sistema.

El último prorrateo se fijó por la Resolución Exenta N° 323, de fecha 26 de Febrero del 2018.

La remuneración mensual del presidente corresponde una suma equivalente a 150 UTM, más 25 UTM por cada sesión, con un tope total de 300 UTM.

La remuneración mensual de los demás integrantes del Panel, corresponderá a una suma equivalente a 100 UTM, más 20 UTM por cada sesión, con un tope total de 200.

La remuneración mensual del Secretario Abogado corresponderá a una suma equivalente a 150 UTM.

El gasto proyectado del Panel Técnico para el ejercicio 2019 asciende a \$809.678.102 lo que se compone de \$752.925.102 -por concepto de honorarios de los integrantes del Panel, Secretario Abogado y Personal de apoyo a la administración, más \$56.753.000 correspondiente a los Gastos de Funcionamiento del Panel (como materiales, servicios de consumo básico, servicios informáticos, servicios generales y arriendo).

⁷⁹ CHILE. PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES. Financiamiento del Panel Técnico [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2018[fecha de consulta: 22 de julio 2019]. Disponible en <<http://www.panelconcesiones.cl/OpenDocs/Default.aspx?argCarpetId=15&argInstanciaId=65&argDocumentoId=24>>

9.- Competencia del Panel Técnico de Concesiones

En el artículo 36 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas se desprende la competencia del Panel Técnico, siendo estas:

- 1.- Conocer materias relacionadas con discrepancias técnicas o económicas durante la ejecución del contrato de concesión;
- 2.- Pronunciarse en aquellos casos en que el concesionario y el Ministerio de Obras Públicas acuerden el rediseño o complementación de una obra concesionada, teniendo la facultad de requerir información a las partes sobre la ejecución del contrato de concesión durante la etapa de construcción;
- 3.- Puede recibir consultas sobre dichas materias por parte del MOP y una o más Sociedades Concesionarias, en forma conjunta o separada.

Por tanto, el Panel Técnico tiene las siguientes atribuciones emitir recomendaciones técnicas y resolver consultas, emitir pronunciamientos y realizar seguimientos:

9.1.- Emisión de Recomendaciones Técnicas y Resolución de Consultas

De acuerdo a lo establecido por el artículo 36 inciso 4º de la Ley 20.410, pueden someterse a la consideración del Panel:

- 1.- Todas las controversias generadas durante la ejecución del contrato de concesión y que digan relación con la evaluación técnica y económica de las inversiones realizadas por el concesionario, de sus niveles de servicios y estándares técnicos establecidos para la respectiva concesión.
- 2.- La determinación de la existencia de costos adicionales y sus causas económicas, técnicas o de gestión, o de otros hechos o circunstancias que técnicamente afecten o

puedan afectar el normal desarrollo de las obras durante la etapa de construcción.

3.- La definición del valor de las inversiones que hayan sobrepasado alguno de los límites establecidos en los artículos 19, 20 y 28 ter.

4.- La determinación de los efectos económicos que tendría en la concesión la realización de obras adicionales.

5.- La determinación técnica de la tasa de descuento, riesgo del negocio, costos financieros y demás factores económicos que sea necesario establecer para calcular las compensaciones económicas correspondientes al concesionario, en caso de terminación anticipada del contrato de concesión, de realización de obras adicionales o de cualquier otro evento que contemple la ley y que requiera de esos cálculos.

6.- Las demás discrepancias técnicas o económicas que las partes de un contrato de concesión tengan entre sí, con motivo de la ejecución del contrato o de la aplicación técnica o económica de la normativa aplicable a dicho contrato y que, de común acuerdo, sometan a su consideración, así como las demás que indique la ley”.

9.2.- Requisitos de la recomendación del Panel Técnico

Las Normas de Funcionamiento del Panel Técnico establece en su artículo 29 los requisitos específicos de la recomendación, los cuales son los siguientes:

1.- Individualización de las partes.

2.- Indicar a que se refiere el Contrato de Concesión;

3.- La fecha en que se realiza la presentación y sus observaciones, de ser pertinente;

4.- Individualización de los integrantes del Panel que participan en su conocimiento y

resolución;

5.- Breve descripción de la discrepancia o solicitud del pronunciamiento;

6.- Indicación de lo planteamientos, documentación y antecedentes presentado por las partes;

7.- Indicación de la o las sesiones de audiencias a las partes celebradas, con señalamiento de la asistencia a las mismas; y;

8.- La recomendación del Panel, con indicación de los integrantes del mismo que la suscriben. En caso de existir opiniones disidentes entre lo miembros del Panel, deberán fundamentarse, con indicación de quien la suscribe.

9.3.- Pronunciamiento del Panel Técnico

El Panel Técnico de acuerdo a lo establecido en el artículo 20 bis numeral 5) de la Ley N° 20.410, tiene la obligación de pronunciarse explícitamente, con su recomendación favorable al acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario, cuando una obra concesionada requiera de rediseño o complementación, de tal modo que el total de las inversiones adicionales necesarias durante dicha etapa, incluidos los costos de mantención, operación y conservación, superen el 25% del presupuesto oficial de la obra.

9.4.- Seguimiento ante el Panel Técnico

La Ley de Concesiones de Obras Públicas en su artículo 36 inciso 6° de la Ley de Concesiones, otorga al Panel Técnico la facultad de “solicitar a los concesionarios y al Ministerio de Obras Públicas aquellos antecedentes que estime necesarios en relación a los aspectos técnicos y económicos de los contratos de concesión durante la etapa de

construcción”.

10.- Procedimiento ante el Panel Técnico

El artículo 36 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, introducido por la Ley N° 20.410, establece el procedimiento ante el PTC, que se desarrolla a continuación⁸⁰:

1.- Presentada una discrepancia ante PTC, el secretario abogado la pondrá en conocimiento de sus integrantes, dentro de las veinticuatro horas siguientes. Y pondrá en conocimiento del Director General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas, o de la sociedad concesionaria respectiva según corresponda, dentro del plazo de tres días siguientes, a objeto de que esta última individualice la persona y el domicilio, dentro de la ciudad de Santiago, a la cual deberán practicarse las notificaciones que correspondieren.

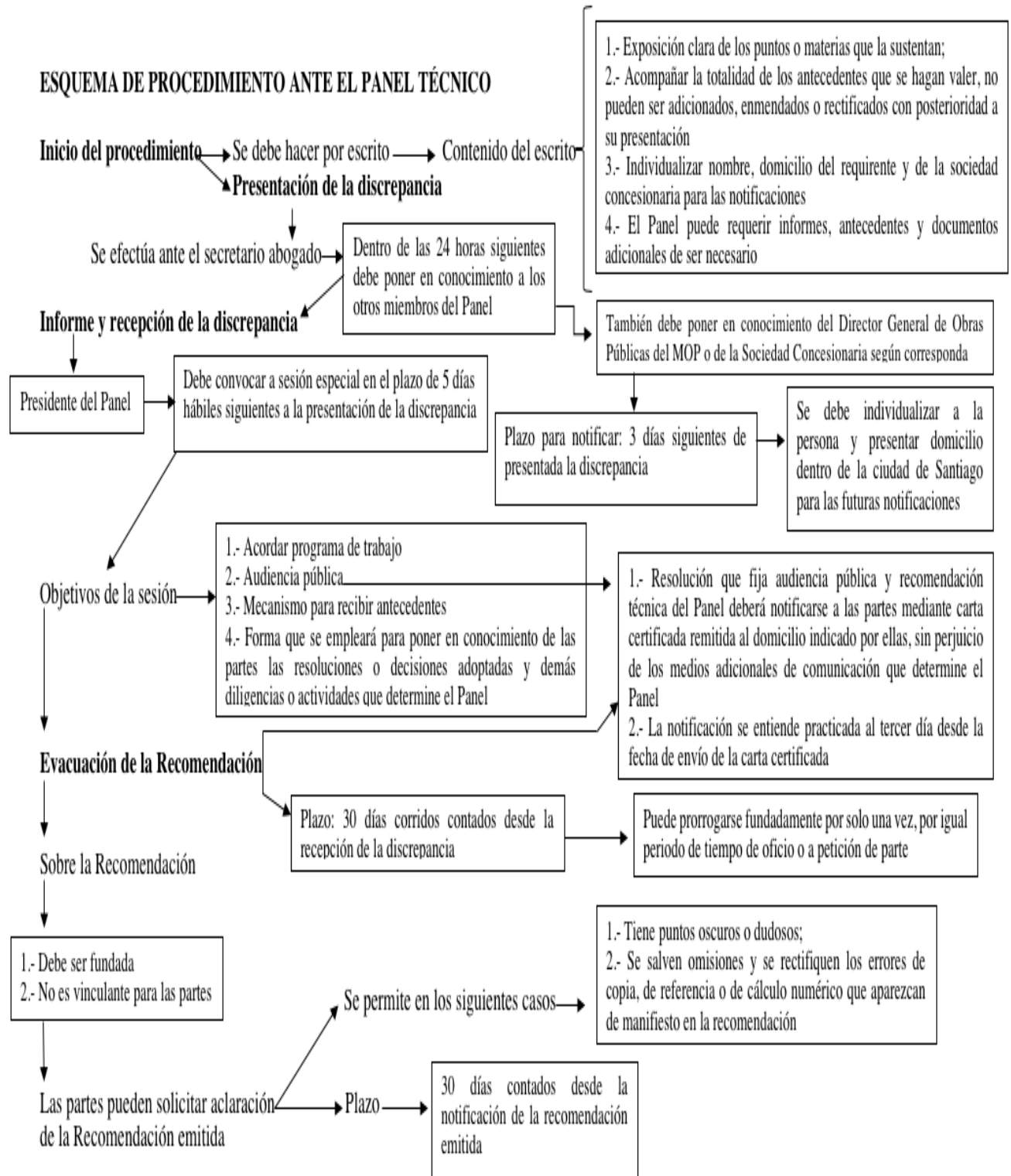
2.- Informada la recepción de la discrepancia, el presidente del PTC convocará a una sesión especial, que deberá efectuarse dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación de la discrepancia (a partir de la fecha de la última notificación).

3.- El PTC evacuará su recomendación dentro del plazo de 30 días corridos, contado desde la presentación de la discrepancia, el que podrá prorrogarse fundadamente, por una sola vez, por igual periodo, de oficio o a petición de parte. El PTC esta facultado para solicitar informes en cualquier estado de la controversia.

4.- Las partes podrán solicitar al PTC, dentro del plazo de treinta días, contado desde la notificación de la recomendación emitida, que se aclaren los puntos oscuros o dudosos, se salven omisiones y se rectifiquen los errores de copia, de referencia o de cálculo numérico que aparezcan de manifiesto en la recomendación.”

⁸⁰ Decreto con Fuerza de Ley N° 164. CHILE. Ley de Concesiones de Obras Públicas, artículo 36°. Ministerio de Obras Públicas, Santiago, Chile, marzo de 1999. 83 p.

ESQUEMA DE PROCEDIMIENTO ANTE EL PANEL TÉCNICO



Anexo N°3: Esquema resumen procedimiento ante el PTC.

12.- El valor probatorio de las recomendaciones del Panel Técnico en relación a la jurisprudencia

En el desarrollo de este trabajo hemos analizado al Panel Técnico de Concesiones desde una perspectiva histórica en relación al sistema concesional de Chile, la incidencia de las renegociaciones contractuales en relación a la resolución de conflictos y controversias, la inspiración internacional que sirvió como guía para la creación del modelo nacional de PTC y su respectiva regulación legal y funcionamiento orgánico.

Pero, ¿qué pasa con respecto a la determinación del valor probatorio de las recomendaciones emitidas por el PTC? Precedentemente se expuso que sus pronunciamientos no son vinculantes y tienen el carácter de una recomendación. Esto significa que, las partes deciden si se acogen o no a los pronunciamientos del PTC.

Como las normas legales en nuestro Ordenamiento Jurídicos se ven complementadas por las de aplicación general a todo procedimiento dispuesto en nuestro Ordenamiento Jurídico, a falta de norma expresa en las materias específicas y existiendo vacíos no contemplados por el legislador, se remitirá a la teoría de la prueba y a las normas del juicio ordinario de mayor cuantía. Como procedimiento supletorio, para determinar algunos elementos inherentes a materias probatorias. Posteriormente, se observará un caso que vincula jurisprudencia del PTC y Comisión Arbitral, con el fin de arribar a una conclusión que permita responder a la interrogante referida al valor probatorio de las decisiones del PTC ante instancias posteriores a esta.

12.1.- Planteamiento previo sobre el valor probatorio del informe del PTC

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.410 en el año 2010 se crea el Panel Técnico de Concesiones. Éste ha conocido, hasta el primer trimestre del año 2020, sobre 40

controversias en materia de contratos de concesión de obras públicas, lo que corresponde al periodo entre los años 2015 a 2020, y cero consultas⁸¹.

La mayoría de las controversias que conoce el PTC son resueltas mediante el cumplimiento de la recomendación emitida por este organismo técnico, siendo esta suficiente para las partes.

Sin embargo, hay casos que no han seguido este patrón, al respecto nos referiremos a la causa caratulada “Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A con Ministerio de Obras Públicas”, la que nos ayudará a ilustrar y poder determinar cuál es el valor probatorio de los pronunciamientos del PTC en nuestro ordenamiento jurídico.

Normativamente la Ley de Concesiones de Obras Públicas DFL N° 164 del MOP en su capítulo X dispone el régimen referente a las indemnizaciones y resolución de controversias. Regula en su artículo 36 que las discrepancias de carácter técnico o económico producidas entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión, podrán someterse al conocimiento de un Panel Técnico de Concesiones a solicitud de cualquiera de ellas. Acto seguido, en su artículo 36 bis, dispone que igualmente ante la presencia de controversias o reclamaciones entre las partes del contrato, ellas pueden someter los puntos controvertidos a una Comisión Arbitral para que esta conozca y falle sobre la interpretación o aplicación del contrato. En el mismo inciso de la ley señala que respecto a los aspectos técnicos y económicos de la concesión, antes de pasar a Comisión Arbitral, deben ser conocidos por el PTC, quien deberá emitir una recomendación.

Una interpretación armónica de ambas normas permite delimitar la competencia en cuanto a materia, es decir, los asuntos económicos y aspectos técnicos de una concesión

⁸¹ PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES. Discrepancias [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2017. [fecha de consulta: 30 marzo 2020]. Disponible en: <http://www.panelconcesiones.cl/OpenDocs/Default.aspx?argCarpetaId=506&argInstanciaId=66&argDocumentoId=3068>.

deben ser conocidos por el PTC, por lo que, es posible inferir que la importancia la expertiz de los miembros del en dichas materias es clave para un adecuado pronunciamiento.

También estas normas nos sirven como guía en cuanto al procedimiento, ya que para que se constituya una Comisión Arbitral en materias que son competencia del PTC, las partes deben haber acudido en primer lugar al organismo técnico, para que éste emita su informe. Configurando de esta forma, la vía preparatoria previa a la etapa de la Comisión Arbitral para los casos relacionados a materias económicas y técnicas.

12.2.- El tratamiento de los medios de prueba desde el punto de vista procesal:

En el inciso 13 del artículo 36 bis del DFL N° 164 MOP, señala de forma expresa que, en cuanto a los medios de prueba, esta se remitirá a la norma general del artículo 341 del Código de Procedimiento Civil⁸². De acuerdo al Art. 341 del Código de Procedimiento Civil, son medios de prueba de que pueden hacerse uso en juicio: los instrumentos, testigos, confesión de parte, inspección personal del tribunal, informes de peritos y presunciones.

Respecto a la recomendación del PTC y su Reglamento, y en armonía con las normas citadas, es posible distinguir que:

1. Para que el PTC fije su convicción sobre los asuntos sometidos a su conocimiento las partes deben hacer valer en su presentación, de acuerdo al artículo 19 letra c) de las Normas de Funcionamiento del PTC, “los antecedentes que se hagan valer o que le sirvan de fundamento”⁸³.
2. En las normas del reglamento del PTC, el artículo 20 del cuerpo legal señala en su letra a) que las partes deben incorporar documentos o antecedentes. La letra b)

⁸² Decreto con Fuerza de Ley N° 164. CHILE. Reglamento de de Concesiones de Obras Públicas, artículo 4°. Ministerio de Obras Públicas, Santiago, Chile, marzo de 1999. 21 p.

⁸³ Normas de Funcionamiento del Panel Técnico de Concesiones. Panel Técnico de Concesiones, Santiago, Chile, abril de 2019. 10 p.

contempla la facultad del PTC de solicitar estudios e informes relativos a la materia de su conocimiento (a costa de los solicitantes)⁸⁴.

3. El artículo 21 del reglamento del PTC reafirma la facultad de solicitar informes o estudios a los intervinientes⁸⁵.
4. El artículo 24 del reglamento del PTC referido a la tramitación de la solicitud declarada admisible, señala que se deberá establecer un “mecanismo para recibir los antecedentes de las partes”⁸⁶.
5. El artículo 30 del reglamento referido a la recomendación y pronunciamiento del PTC menciona que, entre otros, este debe considerar: letra e) la indicación de los planteamientos, y de la documentación y antecedentes relevantes presentados por las partes durante el proceso⁸⁷.

La normativa vigente en cuanto a los medios de prueba del PTC no considera un decálogo número clausus de medios de prueba, es más, en gran parte del Reglamento del PTC se refiere a este punto de forma general utilizando la expresión “los antecedentes”.

Al ser una norma procedimental de reenvío (por cuanto se remite a otros cuerpos legales como el Código de Procedimiento Civil), en apariencia parece referirse constantemente a los medios de prueba documental y de informe de peritos, haciendo aplicable, por analogía, la norma del artículo 3 del Libro I de Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a que se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidas a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza. Por lo tanto, son aplicables por analogía las disposiciones del artículo 341 del citado cuerpo legal sobre los Medios de Prueba en Particular, con especial énfasis en los instrumentos e informes de peritos.

⁸⁴ Ídem. 11 p.

⁸⁵ Ídem. 11 p.

⁸⁶ Panel Técnico de Concesiones, Op. Cit. 12 p.

⁸⁷ Ídem. 13 p.

Con lo anterior podemos hacer un acercamiento a la interrogante del valor probatorio de la recomendación del PTC, por cuanto se ha podido concluir que para obtener el pronunciamiento del organismo técnico, debe ceñirse a las materias que por ley son encargadas a su conocimiento, siendo aplicables las reglas del juicio ordinario incluyendo las relativas al ámbito probatorio, las que pueden ser aplicadas en subsidio.

12.3.- El caso del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago (AMB)

El caso en análisis corresponde a la controversia promovida por la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A (desde ahora la Concesionaria), la que se encuentra compuesta por las empresas Aéroports de Paris Management Société Anonyme, VINCI Airports S.A.S y Astaldi Concessioni S.p.A.

La Concesionaria se adjudicó la obra pública fiscal Aeropuerto AMB, al presentar la oferta técnica que obtuvo la mayor calificación dentro del grupo de 5 licitantes, que participaron en el proceso de llamado nacional e internacional. Oportunidad en la que el Consorcio Nuevo Pudahuel S.A fue el licitante que ofreció el mayor porcentaje de Ingresos Totales de la Concesión, correspondiente a un 77,56%⁸⁸, los cuales serían pagados al Estado a través del modelo económico de compartición de ingresos, es decir, del porcentaje ofertado por la Concesionaria y la devengado por esta en razón de las Bases de Licitación (BALI), sería compartido con el Estado representado por el MOP⁸⁹.

La adjudicación en cuestión se materializó a través del Decreto Supremo MOP N° 105 de 12 de marzo de 2015, el que fue publicado en el Diario Oficial el 21 de abril de 2015, fecha a partir de la cual comenzó la vigencia del contrato de concesión, ya que esta publicación marca el inicio del cómputo del plazo de la obra pública fiscal.

⁸⁸CHILE. Comisión Arbitral. Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago. Fallo demanda arbitral. Santiago, Chile. Comisión Arbitral, 2018, 822 p.

⁸⁹ Ib ídem.

La controversia en estudio trata sobre el contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago (AMB), ingresada al PTC con fecha 05 de enero de 2017, correspondiente al expediente Rol: D01-2017-16⁹⁰.

En autos, la Concesionaria representada por sus abogados, somete a conocimiento y solicita pronunciamiento del PTC en relación a una discrepancia de carácter económico, sobre la determinación del alcance del concepto “ingresos comerciales”. La importancia de este concepto se refiere a que la especificación de su significado y alcance incide directamente en el cálculo de los Ingresos Compartidos entre la Concesionaria y el MOP, en el ámbito del contrato de obra pública que los vincula jurídicamente; y si corresponde que el Estado obtenga ganancias por las obras que la concesionaria decida “tercerizar”, es decir, entregar a terceros para que las realicen en su lugar

En los hechos, esta controversia surge por la aplicación de una anotación en el libro de obras efectuada por un Inspector Fiscal del MOP, mediante la que se solicita regularizar los ingresos comerciales, en términos tales que para efectos de la compartición de ingresos debería contemplar no solo los ingresos considerados por la Concesionaria, sino que también las ventas totales (sin IVA) a los usuarios cuando esta terceriza obras⁹¹.

La determinación del alcance del Concepto de Ingresos Comerciales, establecidos en el Art. 1.2.2 39) de las Bases de Licitación (BALI) del contrato de concesión, es la norma que provoca la controversia entre las partes por sus diferentes. Este artículo indica lo siguiente:

“Ingresos Comerciales: Es el resultado de la suma de: i) todos los ingresos devengados por el Concesionario y sus personas naturales o jurídicas relacionadas en los

⁹⁰ PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES. Discrepancia D01-2017-16 Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A con Ministerio de Obras Públicas [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2017. [fecha de consulta: 30 septiembre 2019]. Disponible en: <http://www.panelconcesiones.cl/Repositorio/705/06.03.2017%20RECOMENDACION%20D01-2017-16.pdf>

⁹¹ Ídem.

términos establecidos en el artículo 100° de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, provenientes de cualquier actividad, operación, negocio, venta y/o prestación de servicios, realizados dentro del Aeropuerto o con relación a los bienes afectos a la Concesión; ii) todos los ingresos devengados provenientes de los pagos que realizará a la DGAC al Concesionario por concepto de Almacén de Venta Libre o *Duty Free Shop* definidos en el artículo 1.14.1 de las presentes Bases de Licitación; y iii) todos los ingresos devengados provenientes de los indemnizaciones a que tenga derecho el Concesionario por concepto de contrato de seguro, específicamente el lucro cesante, y de las multas y/o indemnizaciones por incumplimiento de las condiciones económicas de los subcontratos de servicios que se prestan dentro del Aeropuerto. En particular, tratándose de los servicios regulados en las letras a) y c) del artículo 1.10.9.1 y letras c), d), e), f), g) y j) del artículo 1.10.9.3.1 de las presentes Bases de Licitación, se considerará como ingreso comercial la suma total de los ingresos devengados que se generen como resultado del cobro de las respectivas tarifas por la prestación de dichos servicios. Por otra parte, la composición de los ingresos comerciales no podría considerar dos veces aquellos ingresos que hayan sido devengados por la Sociedad Concesionaria y su persona relacionada en los términos señalados anteriormente, provenientes de una misma fuente de ingresos. Para estos efectos, se considerará Ingreso Comercial sólo el de mayor valor entre los ingresos devengados por el Concesionario y su persona relacionada. Con todo, el Inspector Fiscal, previo Visto Bueno (V°B) de la DGAC podrá determinar ingreso comercial el de menor valor, en la medida que el Concesionario acredite que la generación del ingreso se ajustó a condiciones de mercado. Los fundamentos para acreditar tal circunstancia, deberán ser presentados junto a la información solicitada de acuerdo en lo dispuesto en el número 5, letra g) del artículo 1.8.2 de las presentes Bases de Licitación. No se considerarán como Ingresos Comerciales los siguientes conceptos: i) impuestos de retención y recargo, reversaciones de compras e indemnizaciones distintas a las señaladas en el primer párrafo de la presente definición; ii) Recuperación de Consumos Básicos; iii) Ingresos de las personas relacionadas en los términos establecidos en el artículo 100° de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, provenientes de la prestación de los Servicios No Aeronáuticos No Comerciales establecidos en el artículo 1.10.9.2 de las presentes Bases de Licitación; iv) Ingresos devengados de la Sociedad Concesionaria o sus personas relacionadas en los términos

establecidos en el artículo 100° de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, por concepto del valor nominal de construcción de las obras del Contrato de Concesión, previa autorización del Inspector Fiscal; v) desembolsos o pagos que realicen los socios de la Sociedad Concesionaria para suscribir el capital de ésta; vi) ingresos que la Sociedad Concesionaria haya devengado a causa de las Compensaciones y Liquidaciones de Saldos establecidas en el artículo 1.14.1.1 de las presentes Bases de Licitación; y vii) ingresos devengados de las personas relacionadas en los términos establecidos en el artículo 100° de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, provenientes de los contratos celebrados con la DGAC, con excepción de los ingresos por concepto de Almacén de Venta Libre o *Duty Free Shop* definidos en el artículo 1.14.1 de las presentes Bases de Licitación, por cuanto éstos constituyen ingresos comerciales de acuerdo a lo establecido en el ii) del párrafo del presente numeral” (Artículo 1.2.2 39 BALI)⁹².

El PTC asume la competencia para conocer de este asunto, en razón del artículo 36 del Decreto MOP N° 900, en cuanto a que posee las facultades para conocer de los asuntos de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión⁹³, por lo que se encuentra facultado para conocer sobre esta controversia.

Al ser una controversia que principalmente versa sobre aspectos económicos técnicos de la concesión, no se realizará un análisis exhaustivo de los argumentos y cálculos utilizados para arribar al pronunciamiento, ya que estos corresponden principalmente a materias propias de las ciencias económicas y financieras, las que no forman parte del foco de esta investigación jurídica.

Los argumentos esgrimidos por las partes fueron los siguientes:

⁹². Comisión Arbitral. Op. Cit 828p.

⁹³ Decreto N° 900. CHILE. Ley de Concesiones de Obras Públicas. Ministerio de Obras Públicas. Santiago, Chile, octubre de 1996. 21 p.

Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A⁹⁴:

1. Que ésta opera la obra concesionada Aeropuerto AMB bajo el modelo económico de compartición de ingresos con el Estado. Para determinar el monto que la concesionaria debe entregar al Estado se debe efectuar un cálculo basado en los ingresos comerciales y los ingresos por pasajeros embarcados.
2. Que el MOP pretende cambiar radicalmente el modelo económico de compartición de ingresos establecido para la concesión, lo que altera el equilibrio económico de la misma. Ya que por la anotación del Inspector Fiscal debería pagar por los periodos 2015 a 2016 una suma de cuatro mil quinientos millones de pesos a favor del Estado, ingresos que no corresponden a los compartidos.
3. No se condice con lo establecido para los ingresos comerciales, especialmente lo referente a los servicios de tarifa regulada.
4. Que se establezca que son ingresos comerciales solo aquellos devengados por la Sociedad Concesionaria, y cuando esta terceriza alguno de los servicios de tarifa regulada, los ingresos comerciales que debe declarar sólo corresponden a aquella parte que sólo devenga en virtud del respectivo contrato con el tercero, y no al total de la tarifa que cobra el tercero al usuario.

Ministerio de Obras Pública (MOP):

1. Que, en consideración a lo dispuesto en las Bases de Licitación del contrato de concesión, el riesgo del contrato es de responsabilidad de la concesionaria, por tanto, el costo de la decisión de tercerizar servicios debe ser soportado exclusivamente por la concesionaria, no correspondiendo su exclusión para efectos de calcular ingresos comerciales, los que deben considerar incluso aquellos servicios entregados por la concesionaria a terceros para su ejecución.
2. La sociedad concesionaria descontextualiza el contrato para intentar validar su interpretación del concepto de ingresos comerciales.

⁹⁴ PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES. Discrepancia D01-2017-16 Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A con Ministerio de Obras Públicas [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2017. [fecha de consulta: 30 septiembre 2019]. Disponible en: <http://www.panelconcesiones.cl/Repositorio/705/06.03.2017%20RECOMENDACION%20D01-2017-16.pdf>

3. Que la interpretación de la sociedad concesionaria provoca un desequilibrio económico por el que el Estado tendría que hacerse cargo de más costos que los originalmente proyectados y establecidos en las Bases de Licitación.

Al respecto el PTC, en fallo dividido, resolvió que conforme a las BALI: sólo son ingresos comerciales aquellos devengados por la Concesionaria o sus personas relacionadas, y que, en consecuencia, cuando ha subconcesionado o tercerizado alguno de los Servicios con tarifa regulada, los ingresos comerciales que ésta debía declarar y compartir con el Estado, corresponden sólo a aquella parte a que efectivamente tenía derecho la Concesionaria o que ella devengaba en virtud del respectivo contrato, y no a la tarifa cobrada por el tercero usuario⁹⁵. Sin embargo, como a esta conclusión se arribó en fallo dividido, este por su parte se puede sintetizar de la siguiente manera:

- a) Voto mayoritario: Para estos panelistas el alcance del concepto de Ingresos Comerciales corresponde al total de los ingresos provenientes del cobro de tarifas a usuarios, con prescindencia de quien presta el servicio”⁹⁶.
- b) Voto minoritario: Estos panelistas concuerdan con la mayoría en cuanto a que la interpretación del MOP conduce a tercerizar de forma eficiente, sin embargo, este organismo no está facultado para limitar a la concesionaria las materias sobre las que decida tercerizar⁹⁷.

13.- Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A con MOP: etapa ante la Comisión Arbitral

⁹⁵ CHILE. Comisión Arbitral. Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago. Fallo demanda arbitral. Santiago, Chile. Comisión Arbitral, 2018, 827 p.

⁹⁶ PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES. Discrepancia D01-2017-16 Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A con Ministerio de Obras Públicas [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2017. [fecha de consulta: 30 septiembre 2019]. Disponible en: <http://www.panelconcesiones.cl/Repositorio/705/06.03.2017%20RECOMENDACION%20D01-2017-16.pdf>

⁹⁷ Ídem.

Una vez notificadas las partes de la recomendación emitida por el Panel Técnico de concesiones, la Concesionaria (ahora demandante), inició procedimiento ante la Comisión Arbitral, la que en el particular estuvo compuesta por su presidente don Juan Pablo Román Rodríguez, secretario abogado don Javier Castillo Vial, don Carlos Mercado Herreros y don Marcelo Barrientos Zamorano.

Con fecha 04 de julio de 2017 la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A, representada por sus abogados, interpuso demanda arbitral en contra del Ministerio de Obras Públicas, representado por su Director General.

A luz de lo analizado precedentemente, las controversias entre las partes iniciaron por la oposición de la Concesionaria a los actos administrativos emitidos por Inspector Fiscal de Obras Públicas, a los que, en las instancias procesales anteriores, las pretensiones de la Concesionaria fueron rechazadas y en el caso del PTC, la recomendación emitida no fue en la misma dirección que la Concesionaria solicitaba al organismo técnico.

13.1.- Argumentos presentados por las partes ante la Comisión Arbitral

Los argumentos expuestos por las partes correspondientes a la demanda, contestación, réplica y dúplica se pueden sintetizar en lo siguiente:

Objetivos de la sociedad concesionaria en demanda arbitral, solicita que la comisión arbitral declare que:

1. Respecto de los servicios de tarifa regulada, no constituyen ingresos comerciales los que obtengan terceros prestadores de servicios, sino sólo los ingresos devengados por la concesionaria o sus personas relacionadas.
2. Se contraviene el concepto de ingresos comerciales establecidos en las BALI a través de la orden impugnada, contenida en la anotación del Libro de Obra de fecha 07 de noviembre de 2016.
3. Se deje sin efecto la orden impugnada.

4. Declare que el MOP ha incurrido en incumplimiento contractual imputable.
5. Condene al MOP, como demandado, a indemnizar los perjuicios que ha causado a la actora por el incumplimiento contractual.
6. Se tenga presente que la concesionaria se reserva el derecho a discutir, ya sea en la etapa de cumplimiento de la sentencia o en un juicio diverso, la naturaleza y monto de los perjuicios demandados, conforme al artículo 173 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, todo con reajuste e intereses.
7. Condene al MOP al pago de costas.

Posición expuesta por el Ministerio de Obras Públicas (MOP) en su contestación⁹⁸:

1. Solicita el total rechazo con condena expresa en costas.
2. Señala que la cuestión disputada corresponde a un asunto de naturaleza contractual respecto del alcance que tendría la definición de Ingresos Comerciales y, en particular, la forma de incidir en dicha definición en aquellos casos en los cuales la concesionaria voluntariamente subcontrate con otros operadores para que presten los servicios que tienen tarifa regulada según las BALI.
3. La interpretación de la Sociedad Concesionaria es improcedente y errónea⁹⁹, ya que desde su posición “Se deben considerar como ingresos comerciales la suma total de los ingresos devengados que sean generados del cobro de las respectivas tarifas de los servicios regulados, de manera que los ingresos devengados por la actividad de explotación de los servicios regulados forman parte directamente de los ingresos comerciales de la concesión”. De acuerdo al análisis del MOP sobre el contrato de Concesión con el objeto de ilustrar acerca de las obligaciones que la sociedad concesionaria debe cumplir, el régimen de responsabilidad en la prestación de los servicios aeronáuticos y no aeronáuticos, agregando que la letra b) establece que esta etapa comprende el cobro de tarifas a los usuarios de los Servicios

⁹⁸ CHILE. Comisión Arbitral. Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago. Fallo demanda arbitral. Santiago, Chile. Comisión Arbitral, 2018, 837 p.

⁹⁹ Ídem, 833 p.

Aeronáuticos y No Aeronáuticos, y que comprende la Compartición de Ingresos con el Estado conforme a lo establecido en los artículos 1.14.1, 3.1 y 3.2 de las BALI.

4. Con respecto al régimen de responsabilidad del contrato de concesión, el MOP señala que de dicha norma el concesionario es “responsable del cumplimiento de la operación del contrato de concesión”, por lo cual deberá desarrollar, bajo su cuenta y riesgo, todas las acciones tendientes para conseguir la correcta operación y prestación de los servicios que exigen las bases de licitación. Ya que, si la Concesionaria ha estimado que para conseguir la correcta operación y prestación de los servicios era necesario tercerizar ciertos servicios, es ella quien debe soportar dicho costo, por lo que no corresponde que sea considerado como valor que deba descontarse de los ingresos comerciales, ya que de realizarse esto se estaría traspasando un costo al Estado que no le corresponde soportar. Por lo que deben concentrarse dentro de los Ingresos Comerciales aquellos ingresos devengados por los servicios regulados que ella incluso haya tercerizado.
5. Dicha responsabilidad se encuentra incorporada en la compartición de ingresos, de modo que la demandante no puede abstenerse de cumplir debidamente dicha compartición bajo el pretexto de haberse tercerizado la operación de ciertos servicios con Tarifas Reguladas. Sustenta el argumento anterior citando el artículo 21 de la LCOP (Ley de Concesiones de Obras Públicas), por tanto, expresa en su inciso primero que el Contrato de Concesión se rige por normas de derecho público y por lo que sus cláusulas “son indispensables para la Concesionaria, de modo que debe cumplir el contrato de concesión adecuándose estrictamente al tenor de las Bases de Licitación”. Concluye que la tercerización de un servicio no implica que la Concesionaria pueda escudarse bajo una relación jurídica de carácter privado, para evitar el cumplimiento de sus obligaciones regidas por el derecho público.
6. Que la lógica económica del Contrato de Concesión se funda en la compartición de los Ingresos Totales de la Concesión, por lo que deben aplicarse los criterios establecidos en las BALI para determinar los ingresos comerciales.
7. Que la norma que permite a la Concesionaria celebrar subcontratos es facultativa, por lo que no corresponde a una exigencia del contrato de concesión, correspondientes a prestaciones que la demandante en autos no puede realizar por sí

misma, ya que incurriría en una prohibición contractual y eventual atentado a la libre competencia. Ejemplos de estas actividades, entre otros, son: limpieza de los aviones, provisión de combustible y energía, carga y descarga de equipajes y manejo de pasajeros, equipajes y carga en los terminales.

8. Que en su oferta económica la concesionaria indicó que compartiría 77,56% de los Ingreso Totales de la Concesión.
9. En cuanto a la determinación de los Ingresos que la Concesionaria debe compartir, estos comprenden los Ingresos Comerciales de la Concesión, distinguiendo entre los servicios explotados con tarifa máxima regulada, con aquellos que no tienen este carácter.

13.2.- Sentencia de la Comisión Arbitral

A fecha 17 de abril de 2018, la Comisión Arbitral citó a las partes a oír sentencia. Sobre la particular se sintetizarán los argumentos más relevantes que motivaron al organismo arbitral a fundar su convicción.

La controversia sometida al fallo de la Comisión, considera referirse al sentido y alcance del concepto de Ingresos Comerciales respecto de los Servicios con Tarifa Regulada. Su importancia se traduce en la incidencia directa que estos tienen en la determinación del monto que la Concesionaria debe compartir con el Estado en virtud del modelo económico de la concesión.¹⁰⁰

En cuanto al voto de la mayoría, el que acogió la pretensión formulada por la Sociedad Concesionaria, algunos puntos clave de los considerandos se pueden resumir en lo siguiente:

1. Que el solo hecho de haya existido un pronunciamiento del PTC a solicitud de la demandante, y que dicho panel haya emitido sus conclusiones consignadas en un

¹⁰⁰ Comisión Arbitral. Op. Cit 868 p.

extenso informe de fecha 06 de marzo de 2017, prueba la existencia de una controversia entre las partes del contrato de concesión¹⁰¹.

2. En cuanto a la etapa probatoria el expediente de la causa Rol D01-2017-16 fue solicitado por el MOP se oficiara al PTC, para que este hiciera entrega del expediente digital de la misma.
3. El punto principal del debate es un conflicto relativo a la interpretación de los términos del contrato de concesión. Ya que en las bases de licitación de la concesión no se definen los conceptos de ingreso ni el de comercial, sino que se procura determinar un concepto de ingresos comerciales como el resultado de una suma de diversos factores.
4. De acuerdo a la Comisión estamos en presencia de una diferencia entre los ingresos devengados provenientes de cualquier actividad, operación, venta y/o prestación de servicios, por una parte, y aquellos que se generen como resultado del cobro de determinadas tarifas.
5. Con respecto al valor que se le asigna al pronunciamiento del PTC se señala que el hecho de haber existido un voto dividido en el PTC es prueba suficiente para evidenciar la presencia de una controversia entre las partes.
- 6.

En relación al voto disidente, en general estima que no es posible acoger la demanda arbitral por cuanto:

1. En su considerando n° 25 señala que las conclusiones traídas a la vista mediante oficio, en relación al voto de la mayoría del PTC deben ser consideradas como prueba de peritos válida¹⁰², en el sentido de que la interpretación de la Concesionaria lleva a una subcontratación ineficiente, conforme señala la recomendación del PTC.
2. Que el análisis propuesto por la concesionaria no está realizado en consonancia con las demás cláusulas que lo conforman.

¹⁰¹ Comisión Arbitral. Op. Cit 887 p.

¹⁰² Comisión Arbitral. Op. Cit 900 p.

3. La obligación de la Sociedad Concesionaria es percibir por ella o a través de terceros, la tarifa, ya que es la única autorizada por el contrato para hacerlo.
4. Que el modelo económico de compartición de ingresos establecido en las BALI para el cálculo de los ingresos totales de la concesión se refiere al monto de aquellos ingresos totales que haya obtenido el Concesionario en el mes correspondiente en el cual deben incluirse los ingresos obtenidos por terceros en la gestión de los servicios reservados por el contrato de concesión a la titular de ellos.
5. Los costos que se originen por la tercerización deben ser asumidos por la Sociedad Concesionaria.
6. Que la interpretación de las normas invocadas por la Sociedad Concesionaria no puede prosperar porque entiende a la tercerización como una subconcesión en sí misma, lo que no es admitido por las BALI ya que estas permiten un subcontrato en la explotación y conservación de la obra pública.
7. Que del análisis de la prueba presentada por las partes en el juicio no se puede aplicar la interpretación de las cláusulas del contrato de acuerdo al artículo 1564 del Código Civil, ya que no se ha configurado aplicación práctica que hayan hecho ambas partes durante su ejecución, o una de las partes con aprobación de la otra en esta materia, muy por el contrario, los conflictos se han sucedido desde el principio mismo de la ejecución del contrato¹⁰³.
8. No existen los perjuicios alegados por cuanto no se ha configurado un incumplimiento contractual culpable por parte del MOP. Y por tanto tampoco se puede concluir que, de existir intereses a pagar, estos se deriven de un incumplimiento contractual porque no sea producido.

El voto disidente es explícito al señalar el valor probatorio que debe asignarse a la recomendación pronunciada por el Panel Técnico de Concesiones. Remitiéndonos a la teoría de la prueba, el informe de peritos o peritaje es un medio de prueba que consiste en

¹⁰³ Comisión Arbitral. Op Cit 910 p.

un dictamen u opinión sobre los hechos discutidos en el pleito, para cuya apreciación se requieren conocimientos especiales de alguna ciencia o arte¹⁰⁴.

Perito se puede definir como una persona, con conocimientos técnicos especiales, acerca de los hechos que se discuten, designados por el juez o las partes para que informe al tribunal sobre tales hechos. Su informe se llama peritaje¹⁰⁵.

Las definiciones anteriores se relacionan con el PTC de la siguiente forma:

1. Para efectos de la Comisión Arbitral, el informe del PTC consiste en un medio de prueba que puede ser utilizado por las partes. En el particular fue ofrecido como oficio al PTC, para que este por su parte acompañara el expediente digital de la controversia sometida a su conocimiento.
2. Que el solo hecho de existir un pronunciamiento del PTC sobre la causa de autos prueba la existencia de una discrepancia entre las partes del contrato.
3. La recomendación del PTC se compone de las pruebas o “antecedentes” que las partes acompañen en sus presentaciones, aquellas incorporadas durante la fase de prueba y las que el PTC determine son necesarias y ordene a las partes incorporar.
4. Del estudio de los antecedentes analizados el PTC se pronuncia, aceptando o rechazando la pretensión incoada.
5. Los conocimientos especiales del PTC están consagrados a nivel legal, estableciendo la ley N° 20.410 las profesiones requeridas para ser miembro y la proporción de los integrantes en relación a sus especialidades ya sean jurídicas, en el área de la construcción y economía.

Finalmente, al haber concluido que el pronunciamiento del PTC se puede considerar como un informe de peritos, se deduce que su valor probatorio de acuerdo al artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable en subsidio, debe ser apreciado

¹⁰⁴ JUAN ANDRÉS ORREGO A. Teoría de la prueba [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2017. [fecha de consulta: 20 de noviembre 2019]. Disponible en: <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-de-la-prueba/>.

¹⁰⁵ Ídem.

conforme a las reglas de la sana crítica. Y este se debería incorporar en los procedimientos como un instrumento público en juicio, conforme al artículo 342 N° 1 y 6 del Código de Procedimiento Civil.

Esta conclusión se ve reafirmada por lo que señala la abogada Marjorie Cárdenas sobre el PTC, considerando que este corresponde a un órgano pericial debido a las características que posee, puesto que, ilustra a la Comisión arbitral y a los interesados sobre un asunto a tratar que requiere de conocimiento específico¹⁰⁶. Complementa lo anterior, según señala Aylwin, que el peritaje es una operación que tiene por objeto ilustrar a los interesados en un determinado asunto, acerca de hechos cuya apreciación requiera de conocimientos especiales de alguna ciencia o arte, mediante informe de una persona especialmente preparada en la materia que se llama perito¹⁰⁷.

¹⁰⁶ CÁRDENAS DERAMOND, Marjorie, El Arbitraje en las Concesiones de Obras Públicas: ¿Fortalecimiento de la posición del Estado en el sistema de solución de controversia? (Abogada y postulante al grado de Magister), Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, Escuela de Derecho, noviembre 2013, 74 p.

¹⁰⁷ AYLWIN AZÓCAR, Patricio, El Juicio Arbitral. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005. 24 p.

CONCLUSIONES

La presente investigación y correspondiente análisis del Panel Técnico de Concesiones de la Ley N° 20.410 del año 2010, ha permitido concluir que con la introducción del PTC se produce un cambio normativo en el sistema de concesiones de obras públicas. Al respecto podemos señalar:

1.-Renegociaciones en relación con la transparencia y el PTC:

La legislación nacional sobre resolución de controversias en materia de obras públicas necesitaba una actualización, en relación a la forma en la que se había desarrollado el sistema en el contexto histórico. Por lo que el PTC surge como organismo creado para ayudar a resolver el problema anterior.

La revisión sistemática de contratos de concesiones, dio origen a un fenómeno conocido como Renegociaciones contractuales, siendo un efecto directo de la excesiva revisión contractual, lo cual puede verse incrementado por factores externos como las influencias y el *lobby*, generando el efecto adicional de selección adversa y el monopolio de la concesión.

El PTC ha demostrado constituir una buena opción para resolver los problemas que generan las renegociaciones bilaterales, ante la presencia de controversias en materias técnicas o económicas propias del contrato de concesión.

Preferir opciones de resolución de controversias como la que se hace a través del PTC puede resultar una forma eficiente para ir en concordancia con la transparencia que el sistema concesional necesita, sin embargo, su efectividad se ve limitada a la competencia que la ley entrega con respecto a las materias que son de su conocimiento, es decir, materias técnicas y económicas en concesiones adjudicadas desde el año 2010 en adelante exclusivamente.

2.-Dispute Board y PTC:

La idea de incorporar a nuestro sistema de concesiones un organismo como el PTC tiene fundamento en el derecho comparado como fuente inspiradora para nutrir a la legislación nacional. En el ámbito internacional se utiliza el mecanismo conocido como *Dispute Board*, para efectos de hacer más eficiente la resolución de controversias en las obras públicas concesionadas y sus respectivas ejecuciones. Siendo el modelo anterior el que se toma como referencia para la creación del Panel de Concesiones de obras públicas.

El PTC al ser un órgano inspirado en los *Dispute Board* nos permite ilustrar ciertas semejanzas y diferencias entre ambos, lo que se puede evidenciar en sus definiciones, ya que el *Dispute Board* es un órgano que generalmente se establece con la firma o en el inicio de la ejecución de un contrato a mediano o largo plazo, para ayudar a las partes a evitar o resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que pudiera suscitarse durante la ejecución del mismo.

En contraste, el PTC carece de una definición legal, sin embargo, y para estos efectos fue definido por los autores de este trabajo como: una instancia técnica, colegiada, de carácter permanente, establecida por ley, para resolver controversias que se produzcan durante la duración de los contratos de Concesión de Obras Públicas, entre las partes, sobre materias de carácter técnico y económico señaladas por ley. Pudiendo en todo momento actuar de oficio. No ejerce jurisdicción, vale decir, emite recomendaciones o pronunciamientos y no fallos, puesto que estos no gozan del efecto de cosa juzgada, y no son vinculantes para las partes.

En cuanto a su composición, los miembros del *Dispute Board* son elegidos por las partes contratantes y deben ser profesionales respetados en la industria, expertos en el tipo de obra a contratar, deben ser expertos en *Dispute Board*, con experiencia en resolución de controversias y vasta experiencia y trayectoria profesional. Su duración es reflejada por la del contrato principal que los establece, pudiendo concluir que son elementos con existencia accesoria al contrato de concesión respectivo.

Por su parte, los miembros del PTC son nombrados por el Consejo de Alta Dirección Pública, en base a un proceso de concurso público, de carácter técnico en el que se evalúan a aquellos candidatos que acrediten los requisitos exigidos por la regulación, y que respondan al perfil profesional predefinido por el panel. También el PTC es un organismo de carácter público con duración permanente, el cual se encuentra a libre disposición para conocer de las materias que estén dentro de su competencia.

En materia de composición los *Dispute Boards* son integrados por al menos dos o tres miembros especialistas en el área de la construcción, o en la resolución de conflictos vía este sistema o que tengan destacada trayectoria en el área a la cual se aplique el contrato. Mientras que el PTC tiene una composición establecida por ley designando incluso las profesiones que cada integrante debe poseer y su proporción.

Sobre el conocimiento y la forma que cada uno de estos organismos tiene para realizarlo se puede decir que: los *Dispute Boards* se mantienen informados de manera permanente y tienen un grado de conocimiento más cercano sobre las controversias que se puedan suscitar en la ejecución de un contrato, ya que se encuentran involucrados en los proyectos desde el inicio de estos, pudiendo llevar un seguimiento y retroalimentación de información más completa.

En cambio, el PTC toma conocimiento sobre las controversias desde que las partes requieren su intervención, sin embargo, puede actuar de oficio solicitando información en cualquier momento sobre los contratos de obras públicas que se rijan bajo el imperio de la ley N° 20.410, es decir, aquellos contratos de concesión de obras públicas celebrados entre el Estado y privados desde el año 2010 en adelante.

También le corresponde al organismo técnico poner en conocimiento de la discrepancia en cuestión al Director General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas y a la Sociedad Concesionaria que corresponda, de acuerdo al caso y dentro del plazo de 3 días de suscitada la controversia.

El PTC evacuará su recomendación dentro del plazo de 30 días corridos, contado desde la presentación de la discrepancia, el que podrá prorrogarse fundadamente, por una sola vez, por igual periodo, de oficio o a petición de parte. El PTC esta facultado para solicitar informes en cualquier estado de la controversia. Las partes podrán solicitar al PTC, dentro del plazo de treinta días, contado desde la notificación de la recomendación emitida, que se aclaren los puntos oscuros o dudosos, se salven omisiones y se rectifiquen los errores de copia, de referencia o de cálculo numérico que aparezcan de manifiesto en la recomendación.

El *Dispute Board* según la Cámara de Comercio Internacional tiene un plazo para emitir su pronunciamiento dentro de 90 días siguientes a la fecha de inicio; para la Cámara de Comercio de Santiago el plazo es de 15 días siguientes recibida la contestación, o de la fecha de la audiencia realizada en conformidad. Por su parte, el PTC debe evacuar su recomendación dentro de un plazo de 30 días corridos, contados desde la presentación de la discrepancia, el cual sólo podrá ser prorrogable una sola vez.

En cuanto a la resolución de la controversia: el *Dispute Board* emite una recomendación que puede tener efecto vinculante entre las partes de acuerdo al modelo que se decida utilizar. Y el PTC emite una recomendación que se materializa a través de un informe técnico que contiene su pronunciamiento.

3.-El Panel Técnico de Concesiones y el valor probatorio de sus recomendaciones:

El Panel Técnico de Concesiones tiene como requisito que los integrantes que constituyen esta instancia técnica cuenten con una destacada trayectoria profesional o académica en las materias técnicas, económicas o jurídicas del sector de concesiones de infraestructura pública, constituyendo un organismo con profesionales que podrían ser considerados expertos o peritos en concesiones de obra pública.

Lo que se destaca de las recomendaciones emitidas por el PTC, es que estas no son vinculantes para las partes litigantes. Por lo que, resultan ser informes técnicos elaborados

por expertos en la materia en que las partes deciden acoger o no. En el caso que las partes no estén de acuerdo con la recomendación emitida, resulta relevante determinar el valor probatorio que el informe del PTC pueda tener por ejemplo ante una Comisión Arbitral, ya que para recurrir a esa instancia es requisito que PTC haya conocido y emitido su pronunciamiento.

Tras un análisis realizado a la causa “Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A con Ministerio de Obras Públicas”. Referida a una demanda arbitral en el contexto del contrato de concesión del Aeropuerto Arturo Merino Benítez (AMB) de Santiago.

Se concluye que el pronunciamiento del PTC guarda estrechas similitudes, y en el particular, por ser el carácter de un informe de peritos. A saber, considerando las reglas de la sana crítica y aplicando en subsidio el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil.

Se debe considerar en atención a la teoría de la prueba, este se debe incorporar en los procedimientos como un instrumento público en juicio, conforme al artículo 342 N° 1 y 6 del Código de Procedimiento Civil.

La legislación nacional en materia de concesiones de obras públicas tiene gran importancia por lo que ellas significan para el país, permitiendo el desarrollo en infraestructura pública nacional. Habiendo comprobado las hipótesis que dieron inicio a esta investigación, podemos decir que:

- El Panel Técnico es una forma adaptada del modelo de *Dispute Board* a nuestra legislación nacional.
- Su incorporación ha favorecido a sumar un mayor estándar de transparencia en relación al modelo anterior, correspondiente a la Comisión Conciliadora. Sin embargo, aún cuenta con muchas limitaciones y algunas que hacen imposible que pueda detectar, por ejemplo, renegociaciones dolosas celebradas de forma privada, ya que tampoco puede ser una suerte de “fiscalizador del pensamiento” de las obras públicas. Pero es innegable que su incorporación ha sido exitosa en cuanto a disponer un procedimiento

rápido para la resolución de controversias y consultas en materias técnicas y económicas que requieren un grado de expertiz propio de esta área.

- Que, aunque carezca de efecto vinculante y fuerza obligatoria, un organismo moderno dotado de un procedimiento rápido como es el Panel Técnico, viene a enriquecer el sistema jurídico nacional, por cuanto puede emitir pronunciamientos basados en una expertiz y conocimientos que un juez civil puede no necesariamente tener. Y también sienta un precedente para la incorporación de este tipo de instancias en otras áreas jurídicas.
- Con respecto a su valor probatorio, consideramos que en vista del análisis y elementos propios del PTC, así como las normas supletorias con su oportuno estudio: el Panel Técnico de Concesiones de Obras Públicas tiene el valor de un informe de peritos, de acuerdo a que guarda estrecha similitud con las disposiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil, la teoría de la prueba y debe ser apreciado conforme a las normas de la sana crítica de acuerdo al artículo 425 del citado cuerpo legal.

A propuesta de *lege ferenda*: si bien el sistema actual tiene estabilidad y ayuda a mantener la seguridad jurídica para el sistema concesional y la inversión nacional, se deben incorporar algunas reformas, a saber:

Renovación del cargo: los integrantes del Panel Técnico permanecen seis años en sus cargos, y no podrán ser designados para períodos sucesivos. Su renovación se efectúa parcialmente cada tres años, empezando por los dos abogados. Sin embargo, en caso de cese en un período de su cargo faltando un año u dos años no ha sido tratado normativamente de manera expresa. Por lo que, nos permite proponer una solución basándonos en organismos similares al PTC como lo son el Panel de Expertos del sector eléctrico y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. La medida propuesta es la aplicación de la designación por un solo periodo sucesivo de todos los integrantes, para que se produzca la renovación de todos ellos y se eviten vacíos normativos como el antes expuesto.

Aplicación: que al ser aplicable a contratos de concesión de obras públicas

otorgados desde el año 2010 en adelante, quedan fuera gran parte de las obras concesionadas que existen y que fueron otorgadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.410. Haciendo convivir a dos sistemas y manteniendo el sistema anterior de resolución de controversias que fue objeto de bastantes problemas y polémicas.

Legislar un sistema de transición de las concesiones antiguas al nuevo sistema va a ser imperativo para actualizar en su totalidad la legislación nacional a modelos que para nuestros estándares son modernos, pero que en el derecho comparado se vienen aplicando desde la década de los noventa.

Publicidad y transparencia: con respecto a este punto hay un vacío legislativo con respecto al tratamiento y la forma de las negociaciones realizadas posteriores a la adjudicación de una concesión. Se deben incorporar mecanismos de publicidad y transparencia para fortificar este organismo.

Por lo que se propone la obligación para las concesionarias y el MOP de entregar informes mensuales del estado de las relaciones contractuales en virtud de la concesión, en el que se deba dar cuenta sobre aquellas materias que poseen una aplicación controvertida para las partes, con el bien entendido de mantener el equilibrio económico del contrato y evitar gastos excesivos para el ente fiscal y las sociedades concesionarias, promoviendo la seguridad jurídica del sistema concesional chileno.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALTA DIRECCIÓN PÚBLICA. Perfil de Integrante Panel Técnico Subsecretaría de Obras Públicas [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2017. [Fecha de consulta: 10 de septiembre 2019]. Disponible en sitio web: <<https://adp.serviciocivil.cl/portal/convocatoria/ADP-3928>>
2. ALTA DIRECCIÓN PÚBLICA. Perfil de Integrante Panel Técnico Subsecretaría de Obras Públicas [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2017. [Fecha de consulta: 10 de septiembre 2019]. Disponible en sitio web: <<https://adp.serviciocivil.cl/concursos-spl/opencms/convocatoria/ADP-3580>>
3. Artículo 7 inc. 2º DFL N° 211. “Los integrantes titulares y suplentes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia permanecerán seis años en sus cargos, pudiendo ser designados por sólo un período sucesivo, conforme al procedimiento señalado en el artículo anterior. No obstante, el Tribunal se renovará parcialmente cada dos años.”
4. AYLWIN AZÓCAR, Patricio, El Juicio Arbitral. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005. 24 p.
5. BITRÁN, Eduardo y VILLENA, Marcelo (Ed). El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile hacía una mayor eficiencia y desarrollo institucional [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2016. [fecha de consulta: 28 de abril 2019]. Disponible en: <https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304095212/rev117_bitran.pdf> .
6. CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO. El Dispute Board. [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2018. [Fecha de consulta: 11 de octubre 2018]. Disponible en: <http://www.camsantiago.cl/dispute_board.html>

7. CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. Reglamento de los *Dispute Board* [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2015. [Fecha de consulta: 11 de octubre 2018]. Disponible en: <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-Dispute-Board-Rules-Spanish-version.pdf>>
8. CÁRDENAS DERAMOND, Marjorie, El Arbitraje en las Concesiones de Obras Públicas: ¿Fortalecimiento de la posición del Estado en el sistema de solución de controversia? (Abogada y postulante al grado de Magister), Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, Escuela de Derecho, noviembre 2013, 74 p.
9. CÁRDENAS DERAMOND, Marjorie, Panel Técnico y Comisión Arbitral en las Concesiones de Obras Públicas cambios introducidos por la ley n ° 20.410, Consejo de Defensa del Estado, Revista de Derecho, Edición N° 33, año 2015, Santiago, 80 p.
10. CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN DE SANTIAGO. Reglamento Dispute Boards [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2015. [Fecha de consulta: 9 de enero 2019]. Disponible en: <<http://www.camsantiago.cl/doc/reglamentos-DB.pdf>>
11. CHAPMAN, Peter. Dispute Boards FIDIC International Federation of Consulting Engineers [Documenting electronic sources on the internet] 1999. [Fecha de consulta: 10 de Enero 2019]. Disponible en: <<http://fidic.org/sites/default/files/25%20Dispute%20Boards.pdf>>
12. CHILE. Comisión Arbitral. Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago. Fallo demanda arbitral. Santiago, Chile. Comisión Arbitral, 2018, 822 p.

13. CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 51.509, de 2014 [en línea]: documenting sources on the internet. [fecha de consulta 30 de mayo 2019]. Disponible en: <<http://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/051509N14/html>>
14. CHILE. Ministerio de Obras Públicas. Bases de Licitación obra pública fiscal Aeropuerto Arturo Merino Benítez. Santiago [en línea]: documenting sources on the internet [Fecha de consulta: 03 de diciembre]. Disponible en: <http://www.concesiones.cl/proyectos/Documents/Aeropuerto%20Arturo%20Merino%20Benitez%20%28r%29/Bali%20TR_CGR_13062014.pdf>
15. CHILE. Ministerio de Obras Públicas. Concesiones de obras públicas en Chile 20 años. Santiago, Chile: Ministerio de Obras Públicas, 2016. 42 p.
16. CHILE. Ministerio de Obras Públicas. Ley N° 20.410. Modifica la ley de concesiones de obras públicas y otras normas que indica. Santiago, Chile, enero de 2010.
17. Comisión Arbitral. Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago. Fallo demanda arbitral. Santiago, Chile. Comisión Arbitral, 2018, 822 p.
18. Decreto con Fuerza de Ley N° 164, Ley de Concesiones de Obras Públicas. Ley y Reglamento de Concesiones de Obras Públicas. Ministerio de Obras Públicas, Santiago, Chile, diciembre de 1996. 21 p.
19. Decreto Supremo N° 900. Chile. Concesión de Obras Públicas. Ley de Concesión de Obras Públicas. Ministerio de Obras Públicas, Santiago, Chile, diciembre 1996.
20. DOMPER, María. Sistema de concesiones de obras públicas: evaluación y perspectivas. Serie Informe Económico, (199): 2009. 6 p.

21. ENGEL, Eduardo, FISCHER, Ronald, GALETOVIC, Alexander y HERMOSILLA, Manuel. Renegociación de concesiones en Chile [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2009. [fecha de consulta 3 de mayo 2019]. Disponible en: <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/144832>>.
22. ENGEL, Eduardo, FISCHER, Ronald, GALETOVIC, Alexander y HERMOSILLA, Manuel. Renegociación de concesiones en Chile [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2009. [fecha de consulta 3 de mayo 2019]. Disponible en: <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/144832>>.
23. FERNÁNDEZ RUIZ, Gonzalo. Facultades de un árbitro arbitrador: alcance y limitaciones [en línea]: documentig electronic sources on the internet. 2014. [fecha de consulta: 10 de julio 2019]. Disponible en: http://www.camsantiago.cl/articulos_online/Gonzalo%20Fern%C3%A1ndez2.pdf>
24. FIGUEROA , Juan. Los *Dispute Boards* o Paneles Técnicos en los contratos internacionales de construcción [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2006. [Fecha de consulta: 05 de enero del 2020]. Disponible en: [<https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/arbitraje/Juan-Figueroa-Valdez-Los-Dispute-Boards-en-los-contratos-internacionales-de-construcción-México.pdf>]
25. HARMON Kathleen, Resolution of Construction Disputes: A Review of Current Methodologies. Revista Leadership and Management in Engeneering, Volumen (Nº 3), American Society of Civil Engineers. Octubre 2003. 189 p.
26. Historia de la Ley N° 20.410. CHILE. Modifica la ley de concesiones de obras públicas y otras normas que indica. Santiago, Chile, enero de 2010. 4 p.
27. Ley 7421, Código Orgánico de Tribunales, 1943, Ministerio de Justicia, art. 223 inc. 3°.

28. Ley N° 15.840. CHILE. Aprueba organización y funciones del Ministerio de Obras Públicas. Santiago. 09 noviembre 1964. Artículo 1°. 1p.
29. MINISTERIO DE HACIENDA. Servicio Civil: Consejo de Alta Dirección Pública [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2018. [Fecha de consulta 27 diciembre 2019]. Disponible en: <<https://www.serviciocivil.cl/consejo-alta-direccion-publica/>>
30. NAEL G. Bunni, Dispute Boards & Dispute Resolution UIT Particular Emphasis on FIDC's DAB Procedure. ICC/FIDIC Octubre 2005.
31. NICOLAU, Ricardo; BACIGALUPO, Dante. *La construcción requiere mecanismos de resolución temprana de controversias Gestión Estratégica de Contratos de los diplomados de Clase Ejecutiva* [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2018. [Fecha de consulta: 17 de Julio 2018). Disponible en: <<http://www.claseejecutiva.cl/wp-content/uploads/2018/07/Gestión-Estratégica-de-Contratos-2018-publicada.pdf>>
32. Normas de Funcionamiento del Panel Técnico de Concesiones. Panel Técnico de Concesiones, Santiago, Chile, abril de 2019. 10 p.
33. ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. Teoría de la prueba [en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2017. [fecha de consulta: 20 de noviembre 2019]. Disponible en: <<https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-de-la-prueba/>>
34. PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES. Discrepancias[en línea]: documenting electronic sources on the internet. 2017. [fecha de consulta: 30 septiembre 2019]. Disponible en:<<http://www.panelconcesiones.cl/OpenDocs/Default.aspx?argCarpetaId=506&argInstanciaId=66&argDocumentoId=3068>>.

35. RADOVIC Córdoba, Marcela; Dispute Resolution Boards: prevención y resolución experta de conflictos en la industria de la construcción, Revista de Derecho Administrativo Redad, Volumen (Nº 5), Pontificia Universidad Católica de Chile, Octubre 2011, 97 p.
36. RADOVIC, Marcela. ¿Es el Panel Técnico de Concesiones un real ejemplo de Dispute Board en Chile? [en línea]: documenting sources on the internet, 2017.[Fecha de consulta: 10 de enero 2019]. Disponible en: <<http://schdc.cl/wp/wp-content/uploads/2018/06/Es-el-Panel-Te%CC%81cnico-de-Concesiones-un-real-ejemplo-de-Dispute-Boards-en-Chile.-Marcela-Radovic-27062017.pdf>>
37. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española Edición del Tricentenario [en línea]: documenting sources on the internet, 2018, [Fecha consulta: 31 de octubre del 2018]. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=Y2AFX5s>.
38. ROMERO, Alejandro, El arbitraje en la concesión de obras públicas, en Arancibia Mattar, Jaime, Romero Seguel, Alejandro, La concesión de obra pública aspectos jurídicos y económicos, Cuaderno de Extensión Jurídica Nº 31, Editorial Universidad de los Andes, Santiago, 2018.
39. ROMERO, Alejandro. El arbitraje en la concesión de obras públicas. En su: La concesión de obra pública aspectos jurídicos y económicos. Santiago, Chile. Andros Impresores, 2018.
40. SAAVEDRA, Eduardo. 25 años de concesiones (y renegociaciones) de infraestructura de transporte en Chile. En su: La concesión de obra pública aspectos jurídicos y económicos. Chile. de Extensión Jurídica. Andros Impresores, 2018.