



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

SISTEMA DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS, SOLUCIÓN DE CONFLICTOS E INTRODUCCIÓN DE LOS DISPUTE BOARDS O PANELES DE EXPERTOS

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

INTEGRANTES:

César Milton Alejandro Barrales Betancourt

Christian Andrés Vargas Gallegos

PROFESOR GUÍA: Enrique Navarro Beltrán
Andrés Barberis Martín

Santiago, Chile

2012

CONTENIDO

CONTENIDO.....	2
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I. CONTEXTO HISTÓRICO.....	7
CAPÍTULO II. CONCESIONES.....	13
A. Concesiones Administrativas	13
B. El Contrato De Concesión De Obra Pública	14
C. Naturaleza Jurídica del Contrato de Concesión de Obra Pública	19
1. La Concesión Como Contrato De Derecho Privado	19
2. La Concesión Como Acto Unilateral De La Administración	20
3. La Concesión Como Contrato Administrativo.....	21
4. La Concesión Como Acto de Carácter Mixto.....	25
CAPÍTULO III. SISTEMAS DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS	27
1. BOT (<i>Build, Operate and Transfer</i>)	28
2. BOO (<i>Build Own Operate</i>)	28
3. Leasing	29
4. Joint Venture	29
5. Los Contratos de Operación o Contratos de Gestión	30
6. Cooperativa De Los Acuerdos	31
CAPÍTULO IV. SISTEMA ESCOGIDO EN CHILE	32
Funcionamiento	36

i. Construcción	40
ii. Operación	41
iii. Transferencia	41
CAPÍTULO V. LAS CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS EN CHILE	43
A. LA DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN	44
B. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN	46
EI EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LA ANTIGUA LEY	60
C. LA SEGURIDAD JURÍDICA	66
CAPÍTULO VI. PROBLEMAS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA	68
EL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	69
A. Antiguo Sistema De Resolución Controversias	70
La Comisión Conciliadora	71
1. Composición	72
2. Funcionamiento	74
3. Funciones	77
B. La Ley 20.410 y La Introducción Del Panel Técnico o “Dispute Board”	87
El Panel Técnico o “Dispute Board”	88
1. Composición	89
2. Funciones	92
3. Funcionamiento	94
La Comisión Arbitral	95
1. Composición	95
2. Función	98

3. Funcionamiento	99
CAPÍTULO VII. FALTA DE RECURSOS DE IMPUGNACIÓN ANTE LA COMISIÓN ARBITRAL Y LA DESNATURALIZACIÓN DEL RECURSO DE QUEJA	111
CAPÍTULO VIII. ENTRADA EN VIGENCIA Y APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO	118
CAPÍTULO IX. OTROS SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	123
A. Colombia	123
B. Perú	130
C. España	136
CONCLUSIONES.....	139
BIBLIOGRAFÍA	155

INTRODUCCIÓN

Esta memoria encuentra su génesis en el ramo impartido por el profesor Andrés Barberis en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el que fue cursado por estos memoristas, denominado “Taller de Memoria, Concesiones de Obras Públicas”. En ese curso desarrollamos, en forma conjunta, un estudio que analizaba como había funcionado el proceso de aplicación de multas en los Contratos de Concesión de Obra pública, en particular frente a la Comisión Conciliadora, poniendo énfasis en las multas que habían sido reclamadas ante este órgano, y que han sido finalmente anuladas o rechazadas, con el objetivo de poder determinar la efectividad de dicho mecanismo sancionador y si el MOP como ente fiscalizador y sancionador ha tenido suficientes fundamentos para aplicar estas multas o no.

Ahora bien, entre el citado trabajo y la elaboración de la presente memoria se modificó la ley de concesiones de obras públicas mediante la reforma introducida por la ley 20.410 en enero de 2010, la que introdujo, entre otros tópicos, importantes cambios en el sistema de resolución de conflictos, que era una de los temas que nos atrajo y nos llevó a cursar el taller de memoria. Así las cosas, en este trabajo decidimos abocarnos al estudio comparativo entre el antiguo sistema y el nuevo sistema de resolución de controversias; donde se pretende abarcar un estudio pormenorizado a nivel orgánico, funcional y estadístico, y la proposición de mejoras al sistema. En especial se pretende analizar en detalle la nueva institucionalidad creada, el Panel Técnico, y cuáles son los resultados obtenidos en el año y medio que lleva la ley desde su entrada en vigencia. Además, se presentará un estudio comparativo entre el sistema vigente en Chile y el escogido por algunas de las legislaciones de

Latinoamérica y en particular la de España, teniendo en consideración el nivel de desarrollo de esas naciones en la materia.

El objetivo principal de la presente memoria es llegar a determinar con propiedad si es que el nuevo sistema creado –modificado- cumple con los argumentos esgrimidos como fundamento de la reforma de la ley, es decir, si efectivamente es un sistema que, además de ser más rápido y menos costoso para las partes del contrato de concesión, logra colocar en un real pie de igualdad a las partes del mismo; y si correlativamente, con la introducción del Panel Técnico y la reformulación de la Comisión Arbitral se da un paso adelante en materia de seguridad jurídica. La realidad, a un año y medio de la entrada en vigencia de la ley, nos llevará a plantearnos importantes cuestionamientos en torno a la efectividad del sistema. De esta manera, se abarcará este punto desde la óptica de las expectativas existentes dentro de los actores del sistema acerca de cómo funcionará éste.

Se utilizará como metodología de análisis, por una parte, la investigación comparada de la legislación chilena en materia Concesiones de Obras Públicas, tanto antigua como nueva, además de recurrir bibliográficamente a las obras de autores nacionales e internacionales en sus distintos formatos; libros, papers, materiales de estudio, ponencias, etc. Además se recurrirá a la opinión experta de distintos actores del sistema a través de entrevistas personales y también por intercambio de correspondencia electrónica.

CAPÍTULO I. CONTEXTO HISTÓRICO

Para alcanzar un relativo entendimiento del sistema de concesiones de obras públicas actualmente vigente, y que pretendemos analizar a lo largo de este trabajo desde la óptica de las facultades sancionatorias del Estado, necesariamente debemos contextualizar la realidad nacional en que se comenzó a gestar tal sistema.

Así las cosas, nos debemos remontar a comienzos de la década de los noventa, período de profundos cambios políticos y al que subyacía una sensación de desconfianza, perceptible en gran parte del espectro político nacional. Se heredaba, por la coalición política entrante, una deficiente realidad en infraestructura pública, que abarcaba desde obras viales y de transporte, como carreteras, puentes, puertos y aeropuertos, hasta obras estructurales y de servicios, como hospitales y cárceles. Dada esta importante carencia de infraestructura, se hacía imperioso –nos referimos a mediano plazo- realizar fuertes inversiones en la materia.

Como señalábamos anteriormente, la realidad política nacional se enmarcaba dentro un contexto de grandes y radicales cambios. Al poder llegaba un nuevo gobierno de centro izquierda, de carácter social demócrata y que tendría entre sus principales objetivos, el “lavarle” la cara al país –mejorar la percepción de Chile en el mundo, ser visto como un país democrático-, dejando atrás la crisis interna y buscando alcanzar a corto plazo, el ansiado desarrollo. Como era lógico, para alcanzar dicho objetivo, uno de las tantas tareas pendientes era dotar al país de una infraestructura acorde con el mundo actual y a la par de países en vías de desarrollos.

Por contrapartida, el contexto económico, tanto nacional como internacional, era bastante positivo, encontrándose nuestro país en un buen momento, el cual debía ser aprovechado y continuado por la nueva Administración a través de políticas públicas pro-crecimiento, a fin de alcanzar el objetivo de instalar a Chile dentro de los países en vías de desarrollo más pujantes de la región, eso sí, sin dejar de lado la función social asistencial del Estado.

No obstante, el sanear el déficit de infraestructura nacional no sería tarea fácil. Con los altos niveles de inversión requeridos para dar satisfacción a estas necesidades específicas y la existencia de prioridades de primer orden en lo tocante a infraestructura social, era poco probable que un gobierno decidiera destinar los siderales montos requeridos para el desarrollo de tales proyectos, sobre todo, si estos eran con cargo directo al erario fiscal.

En números, la situación era más o menos así. A comienzos de esta época, nuestro País contaba con una red vial de casi 80.000 kilómetros, de los cuales, se encontraban pavimentados aproximadamente, 9.000. Este número apenas equivalía al 11,5% del total, mientras que el resto de los caminos eran simplemente de ripio o, en su defecto, de tierra.

De acuerdo a cifras de la Dirección Vial, a fines de la década de los ochenta y comienzos de los noventa, sólo el 15% de la red vial chilena se encontraba en buenas condiciones¹. A mayor abundamiento, los números indican que a esta época el déficit de inversión en transporte era de alrededor de un 15% del PIB Nacional, equivalentes

¹ RUFÍAN LIZANA, Dolores María. **Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú**. Serie 16, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES). Proyecto ILPES/CAF "Marco Regulatorio, privatización y modernización del Estado". Santiago de Chile, enero de 2002. **Página 19**. [en línea]: <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/9751/sgp16.pdf>>

aproximadamente a 10.273 millones de dólares de aquella época². Se estima que este alto nivel de déficit generaba pérdidas anuales, por concepto de competitividad, por un monto aproximado de 2.300 millones de la divisa norteamericana.

Este significativo déficit en materia vial se produjo como consecuencia de la escasa inversión pública en esta materia, que alcanzaba apenas un 30% de lo que se consideraba como necesario para la mantención de los caminos³.

A todo esto se suma, en igual medida, las falencias de infraestructura en otras áreas, como ocurría por ejemplo en materia portuaria y aeroportuaria. Punto aparte merece el área hospitalaria y carcelaria; en el primer caso, las eternas esperas por conseguir atención médica en el sistema público de salud se arrastran aún hasta la actualidad. Por su parte, en materia carcelaria la realidad puede ser aún más cruda. De esta manera, la sobrepoblación y el hacinamiento de los recintos penales nacionales sumado a las inhumanas condiciones en que deben vivir los reos han provocado accidentes que han costado la vida de muchas personas. Cabe destacar, además, que nuestro país lidera las tasas de presos por habitantes a nivel latinoamericano, dato que sólo hace más dura la realidad carcelaria chilena.

Si bien en Chile las cosas en materia de infraestructura pública dejaba mucho que desear, a nivel latinoamericano el panorama no era mucho mejor. Por citar algunos ejemplos, en Colombia, hasta principios de los noventa, la inversión promedio en materia de vialidad era cercana al 0,7% del PIB, frente a una inversión estimada deseable del 2% o 3%. Por su parte, en Perú, la red vial se encontraba seriamente dañada, prácticamente en estado de abandono. Las estadísticas mostraban que

2 FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. **El Arbitraje en los Contratos de Concesión de Obras Públicas en Chile. Incorporación de los "Dispute Boards o Paneles de Técnicos o de Expertos"**. Disponible en Gaceta jurídica (Santiago, Chile). no.288 (2004), p. 7.

3 *Ibidem*.

solamente el 8% del sistema vial de nuestro vecino del norte estaba en buen estado, el 16% en estado regular y el resto en mal estado, lo que ciertamente repercutía en la actividad económica del país⁴.

En contraste con la situación de estos países, en Argentina y México, el escenario en materia de infraestructura vial era bastante auspicioso. La inversión era muy alta, debido principalmente a la participación privada a través de los importantes programas de concesiones que ambas naciones tenían en pleno funcionamiento desde hacía varios años. Con todo, a partir de los noventa la realidad de ellos comenzó a cambiar. La inversión privada comenzó un ciclo de inestabilidad, decayendo fuertemente en el período 1990-1993, aumentando entre 1994 y 1997 para decaer nuevamente a partir de este último año producto de la crisis económica vivida por los países en vías de desarrollo. En cifras, el número de proyectos financiados pasó de 56 en 1997 a 12 en 1999, mientras que los montos de inversión bajaron de 10.000 millones de dólares a sólo 1.800⁵.

Volviendo a nuestro País, durante la época en comento, la Administración del Estado debía determinar las formulas y directrices con las cuales haría frente a esta situación, a fin de dar satisfacción a una necesidad urgente, pero que implicaba importantes costos económicos para el Estado.

Para ello, se procuró por parte de las autoridades, optar por un sistema capaz de satisfacer esta necesidad, en el cual el Estado no tuviese que ser el principal

⁴ RUFÍAN LIZANA, Dolores María. **Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú.** Serie 16, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES). Proyecto ILPES/CAF "Marco Regulatorio, privatización y modernización del Estado". Santiago de Chile, enero de 2002. p. 42 y 56. [en línea] <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/9751/sgp16.pdf>>.

⁵ CARPINTERO LÓPEZ, Samuel. **Las Concesiones de Carreteras en los Países en Vías de Desarrollo. El Caso de Argentina y de México.** En Revista de Obras Públicas / Extraordinario. Octubre de 2002. N° 3.425. p. 113 a 118. [en línea] <http://www.foroinfra.com/nuevos_pdf/113-118%20-%2013.pdf>.

inversionista. Es decir, uno en que el Estado no tuviese que gastar recursos públicos para el desarrollo de estos grandes proyectos. Y en esta senda, varios de los actores involucrados coincidieron en que una buena salida a la problemática de la obtención de recursos, era la creación de Asociaciones Público-Privada. Asociaciones que por una parte, resultaran atractivas para los inversionistas privados, como encargados de la construcción y explotación de una obra o servicio público y por la otra, diera cobertura y eficiencia a las necesidades económicas y de infraestructura que tenía la Administración del Estado. Es así como se llega a la implementación de un Sistema de Concesiones, en el cual el Estado (concedente) encarga a un particular (concesionario), a través de un Contrato de Concesión, la construcción y explotación de una obra o servicio de carácter público.

Dado el cuantioso nivel de inversión requerido para el desarrollo de estos proyectos, además del importante nivel de riesgo –dada la carencia de experiencia a nivel nacional en la materia y los largos plazos pactados para el retorno de la inversión–, estas Asociaciones Público-Privada requerían necesariamente, de un nivel más que aceptable de incentivos de parte de la administración en favor de los concesionarios. Estos incentivos se vieron reflejados, a modo de ejemplo y como veremos con detalle más adelante, en el mecanismo de resolución de conflictos, el que luego de varios años de funcionamiento terminó convirtiéndose en la panacea para los concesionarios y en un verdadero dolor de cabeza para el Estado.

Fue así como el Estado decidió satisfacer esta necesidad pública de forma indirecta, quedando la gestión y la administración de las obras requeridas, en manos del sector privado que decidió invertir sus recursos en distintos proyectos de naturaleza pública. Por otra parte, se fue imponiendo en el desarrollo de las distintas obras concesionadas la lógica operativa del mundo privado, esto es, la eficiencia y optimización en la utilización de recursos y obtención de utilidades, de manera tal, que

se eleva el nivel de calidad en la ejecución y explotación de ellas, lo que beneficia directamente a los usuarios, es decir, a los administrados.

En cuanto al marco de regulación legal de las concesiones, fue tomando forma la Ley de Concesiones, en que “La invitación del Gobierno de Chile se dirigía a que empresas nacionales y extranjeras invirtieran, bajo un sistema de contrato de concesión tipo BOT (Build, Operate and Transfer), en virtud del cual el concesionario construye, opera y transfiere al final del contrato, la obra al Estado...se implementaría el concepto de pago por uso de infraestructura, para lo cual capitales privados financiarían la infraestructura deficitaria, la que, al ser económicamente rentable, permitiría recuperar su inversión a través del cobro directo de una tarifa a los usuarios

”⁶.

⁶ LEPE C., Paula. El sistema de concesiones de obras públicas. Gaceta Jurídica, año 2007 N° 323, p. 7.

CAPÍTULO II. CONCESIONES

A. Concesiones Administrativas

Concesión según la definición de la Real Academia Española se define como el “Negocio jurídico por el cual la Administración cede a una persona facultades de uso privativo de una pertenencia del dominio público o la gestión de un servicio público en plazo determinado bajo ciertas condiciones”. En términos de políticos dice relación con el otorgamiento directo o indirecto de bienes o servicios públicos a la sociedad por parte del Estado, pudiendo ser el Estado mismo quien satisface la necesidad de una forma directa, por ejemplo, a través de Hospitales Públicos, Carceles públicas, Carreteras Públicas, o bien puede realizar una gestión indirecta de estos bienes y servicios a través de la externalización de los mismos por medio de un sistema de concesión mediante el cual las necesidades de la sociedad serán atendidas de manera directa por un particular pero indirectamente por el Estado, en todo caso éste último “sigue siendo titular del servicio y por lo tanto podrá: regular, aunque compensando adecuadamente al privado en lo no previsto en el contrato de gestión; fiscalizar el servicio; asumir la gestión directa ante determinadas circunstancias; imponer sanciones y rescatar el servicio en algún momento de las manos del gestor”⁷.

En doctrina existen múltiples definiciones de concesión, sin embargo, hemos elegido aquellas que a nuestro juicio son las más relevantes.

⁷ RUFÍAN LIZANA, Dolores. Manual de Concesiones de Obras Públicas. Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999, p11.

Otto Mayer la define como “el acto administrativo por el cual se da poder a un individuo sobre una parte de la administración pública”⁸.

Por su parte, Cano Melendez, define la concesión como “un acto administrativo público, por medio del cual el Estado, llamado concedente, faculta al particular, llamado concesionario, para que administre y explote en su provecho, en forma regular y continua, pero por tiempo determinado, bienes del dominio público o servicios públicos, en vista de satisfacer un interés colectivo, mediante una ley preconcebida y un contrato formulado entre las partes”⁹.

B. El Contrato De Concesión De Obra Pública

Como veíamos anteriormente, por medio de la concesión administrativa, el Estado entrega a un particular la facultad de administrar y explotar, durante cierto período de tiempo, un bien de dominio público o un servicio público, con el objetivo de dar cumplimiento a un interés colectivo. Pues bien, un tipo de concesión administrativa es la concesión de obra pública. Entoces, es necesario tener claro a que nos referimos cuando hablamos de obra pública, y es el propio legislador quien ha señalado en el artículo 39º de la Ley 20.410 que 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 al

⁸ Derecho Administrativo Alemán, T. IV. P. 149. Citado por Calafell Jorge en “Teoría General de la Concesión”. P. 215.

⁹ Revista del Poder Judicial del Estado de Guanajuato. “Estudio Sobre la Concesión Administrativa y su Definición”, Año 1, T. Oct., Nov. 1964. P. 54, México. Citado por Calafell Jorge en “Teoría General de la Concesión”. P. 215.

desarrollo de áreas de servicio, a la provisión de equipamiento o a la prestación de servicios asociados.

Cabe señalar, al tratar el contrato de concesión de obra pública, un hito histórico respecto de las Concesiones y que dice relación con que Italia fue el primer país en los albores de 1920 que decidió utilizar el contrato de concesión de obra pública para conseguir financiamiento para la construcción de autopistas, y lo hizo principalmente a través de empresas mixtas en que el sector público tenía una participación y un protagonismo importante en desmedro de los privados, lo que con el tiempo y la evolución de las necesidades sociales fue cambiando, haciendo que la balanza se cargara a favor del sector privado.

Entrando en materia, es necesario definir que es lo que se entiende por Contrato de Concesión de Obra Pública, al respecto muchos autores han aportado diversas definiciones, de las que es interesante destacar las siguientes:

Escola define la concesión de obra pública diciendo que “que no es sino un modo de ejecución de ellas, en el que la administración pública celebra un contrato administrativo específico, cuyo co-contratante, que puede ser una persona física o jurídica, se obliga a ejecutar una obra pública determinada, con la particularidad de que el precio no le será pagado por la administración directamente, sino por los administrados que la utilicen o se beneficien con ella, a cuyo fin le serán otorgadas temporalmente al co-contratante ciertas facultades para que pueda efectivamente percibir esa remuneración, durante el lapso en que debe hacerlo”¹⁰.

¹⁰ ESCOLA, Héctor. Tratado Integral de Contratos Administrativos. Tomo II. p. 302, citado por BADELL MADRID, Rafael. **La Concesión Administrativa. Primera Parte.** p. 275.

Por su parte, Sayagués Laso, señala que la concesión de obra pública es “es el acto por el cual la administración comete a una persona la construcción de una obra pública y la faculta temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes la utilicen, como medio de financiar el costo de aquélla”¹¹.

Según Marienhoff, la concesión de obra pública “constituye un contrato de derecho público entre el Estado y un tercero, donde éste se obliga a realizar una obra, cuyo pago no le será efectuado directamente por el Estado, sino por ciertos administrados”¹².

El tratadista nacional Enrique Silva Cimma ha definido el contrato de Concesión de Obra Pública como un “Acuerdo de voluntades entre la Administración y un particular por medio del cual este último se obliga a construir una obra pública su costa a cambio de cobrar a su favor durante cierto tiempo, tarifas a los usuarios, consistiendo en que su participación queda regulada por un régimen especial de derecho público”¹³

En el artículo 1º de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, no se contiene expresamente una definición de lo que es propiamente una Concesión sino que más bien lo que hizo el legislador fue señalar los elementos, características y marco jurídico de la misma, señala al efecto que “La ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales, por el sistema establecido en el artículo 87 del decreto supremo N° 294, del Ministerio de Obras Públicas, de 1985, las licitaciones y concesiones que deban otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras y

¹¹ SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, 1959 N° 559, citado por BADELL MADRID, Rafael. Óp. Cit. P. 275.

¹² Cf. CANASI, José. Derecho Administrativo. Volumen II – Parte Especial. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1974, p.319, cita por BADELL MADRID, Rafael. Óp. Cit. P. 276.

¹³ SILVA CIMMA, Enrique, Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Actos, Contratos y Bienes. Editorial Jurídica de Chile, 1995, pág. 226.

servicios; del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan; de la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados, se regirán por las normas establecidas en el presente decreto con fuerza de ley, su reglamento y las bases de la licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto.

Las concesiones que se otorguen contemplarán la obligación del concesionario de cumplir, durante toda la vigencia de la concesión, con los niveles de servicio, estándares técnicos o ambos, establecidos en las respectivas bases de licitación, para las diferentes etapas y condiciones de la concesión”¹⁴.

Nuestra legislación, según la interpretación realizada por Paula Lepe, ha definido la concesión de obra pública como “un contrato administrativo celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y un particular concesionario, en virtud del cual éste último asume, a su cuenta y riesgo, la ejecución, reparación o conservación de una obra pública fiscal, a cambio del derecho a explotar dicha obra y a obtener la tarifa o peaje pactados, dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el Decreto Supremo de adjudicación”¹⁵.

Sumado a las anteriores, nos parece interesante contar con la definición, decantada y armonizada, de los memoristas José Miguel Morales Nuñez y Marco Antonio Villagra Martínez, que dispone que este tipo de contratos, “es un contrato administrativo celebrado entre el Estado Administrador y un Concesionario, en virtud del cual este último se obliga a la ejecución, conservación o reparación de una obra pública fiscal y a la prestación de un servicio continuo e indiscriminado a los usuarios de dicho bien, a cambio del derecho de explotación temporal de la obra, que supone percibir

¹⁴ Ley 20.410 de Concesiones de Obras Públicas, artículo 1º.

¹⁵ LEPE C., Paula, Óp., cit. p. 8.

directamente de los usuarios el producto o tarifa prefijado, conforme un régimen normativo especial de Derecho Público”¹⁶.

A partir de las definiciones recién expuestas, quedan claramente de manifiesto, los elementos comunes a toda concesión de obra pública y que a su vez, parte esencial de las mismas. En primer lugar, la existencia de un particular (administrado), que por encargo de la Administración del Estado, asume la construcción de una obra pública. Este particular, recibe el nombre de “Concesionario”.

El segundo elemento común es, el derecho a explotar la obra que asiste al concesionario. Este derecho, básicamente constituye la contraprestación que a la Administración le correspondería entregar al concesionario, en su carácter de co-contratante, la cual, en el caso de la concesión se traduce en el derecho que ostenta el concesionario para explotar económicamente la obra realizada, por un determinado período de tiempo y a cambio de una tarifa o peaje que pagarán los usuarios por su utilización.

Finalmente, el tercer elemento común es la externalización del pago del servicio. Esto, porque como vimos, el concesionario tiene derecho a percibir una remuneración a cambio del servicio que presta, remuneración que, dada la bilateralidad de los contratos, sería lógico que fuese la Administración del Estado quien, en su calidad de co-contratante, pagase. No obstante, en los contratos de concesión de obra pública, y en general, en los contratos de concesión, la obligación de pagar por el servicio prestado por el concesionario corresponde a los usuarios, que son, quienes en definitiva se benefician. Este pago, como las mismas definiciones lo dicen, constituye

¹⁶ MORALES, José Miguel y VILLAGRA, Marco Antonio. El contrato de concesión de obra pública. Memoria, año 2001, p. 95.

una tarifa o peaje que el usuario paga directamente al concesionario por el uso de la obra o la prestación del servicio.

C. Naturaleza Jurídica del Contrato de Concesión de Obra Pública

La determinación de la naturaleza jurídica de la concesión ha sido tema de amplio debate en doctrina, no existiendo acuerdo en torno a la materia. Sin perjuicio de esto, predominan entre los juristas cuatro teorías que agrupan estas diversas posiciones. La primera de ellas considera a la concesión como un contrato de derecho privado; la segunda, otorga a la concesión el carácter de acto unilateral de la Administración; la tercera teoría reconoce en la concesión un contrato administrativo; y finalmente, la última considera a la concesión como un acto de carácter mixto¹⁷.

1. La Concesión Como Contrato De Derecho Privado

Para quienes adhieren a esta teoría (Santamaría de Paredes, Berthèlemy, Mantellini), la concesión es considerada como un contrato de derecho privado, reconociendo al Estado su doble personalidad jurídica, la cual por un lado implicaba que éste podía actuar ejerciendo potestades públicas, mientras que por otro podía actuar como una persona jurídica cualquiera, para la realización de negocios jurídicos de índole privada¹⁸. Para esta teoría, predominante durante el siglo XIX, señalaba que en la concesión existía un acuerdo de voluntades entre el concedente y el

¹⁷ BADELL MADRID, Rafael. **Óp. Cit.** p.225

¹⁸ *ibidem*.

concesionario, pero dado que en aquella época no se aceptaba la existencia de los contratos administrativos, se concluía que se estaba en presencia de un contrato de derecho privado, en el cual, el Estado actuaba como persona jurídica privada.

2. La Concesión Como Acto Unilateral De La Administración

Esta teoría, que dicho sea de paso, es la que recibió menos adhesión doctrinaria, consideraba la concesión como un acto unilateral de la administración del Estado, producto del cual nacían obligaciones para el concesionario, mas no derechos para él frente a la Administración.

En palabras del Profesor Jorge Calafell, “en esta postura la concesión se somete a un mandato del poder público, a una situación legal y reglamentaria predeterminada, sin que la voluntad del concesionario intervenga en ningún momento, ya que se concreta a aceptar las condiciones preestablecidas”¹⁹.

Como puede apreciarse, esta teoría elimina totalmente el elemento característico de todo contrato, el acuerdo de voluntades, o consentimiento. Es más, se elimina del cuadro la voluntad del concesionario, limitándose a aceptar prácticamente un mandato u orden de la Administración, que más que un negocio, parece la imposición de una carga.

¹⁹ CALAFELL, Jorge Enrique. **Teoría General de la Concesión.** p.217. [en línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr19.pdf>>

3. La Concesión Como Contrato Administrativo.

Una tercera teoría califica a la concesión como un contrato administrativo. Esto, en virtud de la reciprocidad de los derechos y obligaciones que genera la concesión, tanto para el concedente, como el concesionario, así como por el acuerdo de voluntades necesario para la celebración del contrato.

Dicho contrato administrativo tendría las siguientes características:

- Contrato de Derecho Público, debido a que es un contrato que está cometido a las normas del Derecho Público en lo que respecta a las relaciones MOP - Concesionario, sin embargo, respecto de las relaciones de la sociedad concesionaria con terceros se rigen según las normas del derecho privado, según prescribe el artículo 21 de la Ley de Concesiones “El concesionario cumplirá las funciones incorporadas en el contrato de concesión con arreglo a las normas del derecho público, especialmente en lo referente a sus relaciones con el Ministerio, a las regulaciones sobre los regímenes de construcción y explotación de la obra y al cobro de las tarifas, su sistema de reajuste y las contraprestaciones con el Fisco, que conforman el régimen económico del contrato. Igualmente, deberá cumplir las normas que regulan la actividad dada en concesión.

En cambio, en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones económicas con terceros la sociedad concesionaria se regirá por las normas del derecho privado y, en general, podrá realizar cualquier operación lícita, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas, con las solas excepciones que regula expresamente esta ley y las que se estipulen en el contrato” (lo destacado es de los autores).

- Contrato Bilateral, porque tomando en consideración lo que dispone el artículo 1.439 del Código Civil, ambas partes resultan obligadas recíprocamente una vez perfeccionado. Por una parte el Estado resulta obligado para con la Sociedad Concesionaria, y viciversa, siendo los derechos y obligaciones los que deriven de las bases de licitación, la oferta y el decreto supremo de adjudicación.
- Contrato Oneroso Conmutativo, según prescribe el artículo 1.440 y 1.441 del Código Civil un contrato es oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro; y conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez. Ahora bien, habrá que tener presente que la utilidad económica del Concesionario no está completamente asegurada porque dependerá de un tráfico de usuarios mínimo proyectado a largo plazo, por tanto la equivalencia que envuelve la idea de conmutatividad a veces es respaldada por el Estado mediante mecanismos que aseguran al Concesionario ingresos mínimos.
- Contrato Principal, es tal porque tiene la aptitud de subsistir por sí mismo sin necesidad de otra convención que le de sustento.
- Contrato Solemne, señala el artículo 8º de la ley de Concesiones que el contrato se perfecciona un vez publicado en el Diario Oficial el Decreto Supremo de adjudicación, además se agrega lo señalado en el artículo 9º que requiere, so pena de dejar sin efecto la adjudicación del contrato de concesión, la constitución de la Sociedad Concesionaria y la Suscripción y Protocolización del Decreto Supremo de adjudicación.

- Contrato Nominado, debido a que el Legislador a elaborado la Ley 20.410 y el Reglamento de la misma a fin de regular de forma detallada el Contrato de Concesión de Obras Públicas.
- Contrato de Tracto Sucesivo, por la continuidad en la ejecución del contrato en el tiempo.
- Contrato de Adhesión, por cuanto la Administración del Estado, en su rol de concedente, determina las cláusulas y condiciones que regirán la concesión en las bases de licitación, debiendo el concesionario limitarse a aceptarlas suscribiendo el contrato o rechazarlas sin suscribirlo, pues la Administración no puede pasar a llevar principios rectores del derecho como los son el de la autonomía de la voluntad y el principio de la libertad contractual.

Justamente por esto último, parte de la doctrina, particularmente Marienhoff, ha criticado esta teoría, señalando que la facultad de la administración para modificar unilateralmente el contrato, hace que la concesión no sea un contrato, puesto que se estaría violando el principio de la autonomía de la voluntad. En respuesta a esta crítica, se ha señalado que las potestades unilaterales de la Administración están presentes en todos los contratos administrativos, a través de las denominadas cláusulas exorbitantes, y por tanto, todas las disposiciones fijadas unilateralmente por la administración son aceptadas libremente por el concesionario al momento de la suscripción del contrato respectivo²⁰.

²⁰ BADELL MADRID, Rafael. Óp. Cit. P. 226-228.

“Es necesario marcar un punto claro para diferenciar entre el contrato de concesión de obra pública, del acto unilateral de concesión de un bien público por parte del Estado, y dicha diferencia, por cierto, absolutamente radical entre uno y otro, reside en la función que desempeña la voluntad de las partes.

Si lo propio de la voluntad en el caso de un acto de concesión, es sólo la de aceptar los efectos de la decisión de la administración, en el caso del contrato, existe una voluntad del particular que contribuye a configurar el régimen de la relación jurídica. En efecto, la voluntad del particular, manifestada en la propuesta u oferta efectuada en el contexto de un procedimiento público de contratación, unida a la posterior suscripción del contrato, ponen en evidencia la existencia de un tipo de voluntad distinta de aquella que se expresa en la aceptación de una concesión unilateral de la administración”²¹

Esta teoría es la que más aceptación ha recibido, llegando incluso a ser recogida por los ordenamientos jurídicos de España²², Colombia²³, Venezuela²⁴ y Chile²⁵, por

²¹ VIÑUELA HOJAS, Mauricio. **El Contrato de Concesión de Obra Pública, Una ratificación legislativa de las categorías conceptuales del Contrato Administrativo**. Revista de Derecho Administrativo N° 1, año 2007, pág. 47.

²² El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 7º señala que “La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio”.

“Concepto del contrato de concesión.

1. Se considera como Contrato de Concesión de Obras Públicas aquél en el que, siendo su objeto alguno de los contenidos en el artículo 120, la contraprestación a favor del adjudicatario consista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio”.

²³ Por su parte, en Colombia la Ley número 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en su artículo 32 numeral 4º, señala: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

4o. Contrato de concesión

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o

citar algunos ejemplos de países que, o bien definen la concesión como un contrato, o definen el contrato de concesión, o se refieren directamente a ella como un contrato como ocurre en nuestra legislación.

4. La Concesión Como Acto de Carácter Mixto

Finalmente, se ha dicho que la concesión es un acto de carácter mixto. Esta mixtura viene determinada básicamente por la dualidad de las disposiciones que regulan la concesión. De esta manera, encontramos disposiciones contractuales, que son aquellas que regulan el régimen económico del contrato; y disposiciones reglamentarias, que son aquellas que se refieren al modo de prestación del servicio y que por tanto, pueden ser variadas unilateralmente por la administración.

Para estos memoristas no cabe duda, según los argumentos expuestos, que la naturaleza jurídica del contrato en cuestión es el de contrato administrativo, y es por ello que hacemos nuestro lo que expresa Dolores Rufián en su libro Manual de

bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

²⁴ La Ley Orgánica Sobre Promoción de la Inversión Privada Bajo el Régimen de Concesiones, en su artículo 2º, define el contrato de concesión como aquellos “*celebrados por la autoridad pública competente por medio de los cuales una persona jurídica llamada concesionario asume la obligación de construir, operar y mantener una obra o bien destinados al servicio, al uso público o a la promoción del desarrollo, o la de gestionar, mejorar u organizar un servicio público, incluyendo la ejecución de las actividades necesarias para el adecuado funcionamiento o la prestación de la obra o del servicio, por su cuenta y riesgo y bajo la supervisión y el control de la autoridad concedente, a cambio del derecho a explotar la obra o el servicio y de percibir el producto de las tarifas, precios, peajes, alquileres, valorización de inmuebles, subsidios, ganancias compartidas con algún ente público u otra fórmula establecida en los contratos correspondientes, durante un tiempo determinado, suficiente para recuperar la inversión, los gastos de explotación incurridos y obtener una tasa de retorno razonable sobre la inversión”.*

²⁵ En el caso chileno, El Decreto Supremo MOP N°900, no define el contrato de concesión, sin embargo, se refiere constantemente a él.

Concesiones de Obras Públicas respecto de que el contrato de concesión caería en la categoría de contratos públicos de tercera generación, de transformación o de sustitución –clasificación desarrollada por Roberto Dromi²⁶-. A saber, los de primera generación o de colaboración o de asistencia son contratos de la Administración o con la Administración (ejemplo: contrato de obra pública o de suministro). De manera tal que quien contrata con la Administración no es un contratista común sino que es un colaborador que coopera en la ejecución de cometidos públicos, aún cuando se encuentra bajo subordinación o dependencia económica-jurídica de la Administración. Los contratos de segunda generación o de integración son el instrumento de la economía de los mercados comunes, que se desarrollan en el mercado de las comunidades económicas que viabilizan la superación de las barreras nacionales a través de asociaciones interempresariales, consorcios públicos, contratos binacionales, entre otros. Y los citados contratos de tercera generación o de transformación, en los que caben los de concesión de obra pública, son de delegación de gestión y autorización de cometidos, en los cuales el Estado es sustituido por el contratista en particular, no es el Estado en sí mismo que actúa, sino que se produce un confusión entre el interés del contratista, del concesionarios y el Estado. De manera tal que esto implica “la transferencia de prerrogativas, sustitución de funciones y reemplazo de sujetos prestadores, recayendo la prestación en sujetos no estatales y la fiscalización en una reserva monopólica del control público por parte del Estado. No significa ello de ningún modo que el Estado prescinda de su compromiso con el interés público porque retiene en todo caso todas las variables que determinan el cumplimiento del contrato, sino que el Estado cambia de rol, transfiriendo la responsabilidad directa de la prestación”²⁷.

²⁶ Esta clasificación se desarrolla en la obra *Renegociación y reconversión de contratos públicos*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

²⁷ RUFÍAN LIZANA, Dolores. *Manual de Concesiones de Obras Públicas*. Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999, p. 22.

CAPÍTULO III. SISTEMAS DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS

Los sistemas de concesiones de obras públicas son estructuras empresariales que han sido definidas acertadamente como Asociaciones que se dan entre el mundo Público y el Privado, Asociaciones Público-Privado, en el sentido que realizan un trabajo mancomunado utilizando recursos privados en la realización de diversas obras que por su naturaleza social son de responsabilidad del mundo público, y de la cual ambas partes obtienen beneficios: el agente privado mediante la explotación de la obra por un tiempo o a perpetuidad, recupera la inversión y apuesta a conseguir utilidades; el sector público no se beneficia recibiendo recursos directamente sino que consigue atender una necesidad social sin echar mano a las arcas fiscales, lo que conlleva a su vez que puede disponer de esos recursos en la satisfacción de otras necesidades.

Las Asociaciones Público-Privado pueden adoptar formas diferentes, la más habituales son BOT / BOO, joint ventures (JV), leasing, contratos de subcontratación o de gestión, y diversas formas de cooperación público-privada. A continuación una breve explicación en que consiste cada cual y algunos ejemplos en los que se utiliza o han utilizado²⁸.

²⁸ Para desarrollar este punto se trabajó sobre la base de "*Public Private Partnerships, The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*" de Darrin Grimsey y Mervyn K. Lewis, año 2004. [en línea] <<http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/757.pdf>>

1. BOT (*Build, Operate and Transfer*)

Bajo esta modalidad se utilizan contratos mediante los cuales el sector privado – concesionario-, asume la responsabilidad principal por el financiamiento, el diseño, la construcción y la operación del proyecto. Posteriormente, y una vez cumplidos los plazos de concesión establecidos en el contrato, el dominio y el control de la obra o proyecto son transferidos de vuelta al sector público (concedente). Como ejemplos de contratos de concesión bajo la modalidad BOT podemos nombrar: las concesiones por tramos que existen en la ruta Panamericana 5 en Chile; en el Reino Unido está el tercer Cruce Dartford del río Thames que une dos tramos de la autopista M-25 que circunvala Londres, operado (con ingresos por peajes prácticamente garantizados) por la Compañía de Vehículos por hasta 20 años, para luego transferirlo al gobierno del Reino Unido. En Australia, proyectos como el Túnel del Puerto de Sydney y el enlace de la ciudad (autopistas vinculadas) del proyecto en Melbourne también son ejemplos de esta modalidad.

2. BOO (*Build Own Operate*)

En esta modalidad, el control y la propiedad de los proyectos siguen en manos privadas. En este caso, es la misma empresa privada la que financia, construye, se apropia y opera la infraestructura de la obra pública construida. Y lo hace a perpetuidad, es decir, no deberá transferir el dominio de la obra construida al Estado concedente luego de cierto tiempo. A modo de ejemplo podemos citar el de las plantas de tratamiento de aguas que operan en el sur de Australia. Estas plantas, financiadas, diseñadas, construidas y operadas por empresas privadas, toman las aguas sin tratamiento provistas por el Gobierno, las procesan, las purifican y las convierten en

aguas limpias, las que son devueltas al sector público para el suministro a los consumidores.

3. Leasing

La característica de esta modalidad es que bajo ella, parte del riesgo se transfiere al sector privado. En Francia por ejemplo, la mayoría de las Asociaciones Público-Privadas se realizan bajo la forma de contratos de concesión (en modalidad BOT) o de leasing (que se caracterizan porque sólo se encarga a la empresa privada el diseño y la construcción u operación, pero no el financiamiento de los proyectos). Por ser de uso masificado en Francia es que varias de las ex colonias francesas en África (países africanos francoparlantes) han adoptado este sistema de leasing, mediante el cual un municipio que dispone de una instalación de agua, contrata con una empresa privada para efectos de que ésta se encargue de su operación y mantenimiento.

4. Joint Venture

Esta modalidad tiene lugar cuando el sector privado y el público conjuntamente financian, poseen y operan una obra o instalación. Como ejemplos es posible señalar los planes de renovación urbana que existen en los Estados Unidos, en los que las autoridades del gobierno local compran y limpian zonas deterioradas a fin de que empresas privadas, o en su defecto, ellos mismos inviertan en nuevas construcciones, tales como un edificios públicos u oficinas del gobierno como parte de los planes de

reconstrucción del centro. Un ejemplo más controvertido es el japonés. Ellos hablan de un "Tercer Sector", el que fue introducido durante la década de 1980 y que se caracteriza por reunir al sector público ("Primer Sector) y al privado ("Segundo Sector") para formar empresas conjuntas destinadas al desarrollo de proyectos. En 1995, había 7.580 entidades de este tipo, donde el capital aportado por el gobierno local tenía una participación que superaba el 25%, comprometidos en el desarrollo urbano, el ocio, centros de desarrollo, transporte, telecomunicaciones y otras actividades regionales. No obstante, muchos de estos proyectos han enfrentado graves dificultades financieras producto de las crisis económicas.

5. Los Contratos de Operación o Contratos de Gestión

Bajo este formato, el sector privado sólo participa parcialmente del proyecto u obra, por ejemplo, proveyendo un servicio o bien gestionando la operación del mismo. Los contratos de operación o de gestión permiten al sector privado proporcionar servicios relacionados con la infraestructura por determinados períodos de tiempo. Algunos ejemplos son la gestión de empresas estatales en agro-negocios en países como Senegal, Costa de Marfil y Camerún, agua y electricidad en Guinea-Bissau, y las operaciones mineras en América Latina (Codelco en Chile) y África. De seis Asociaciones Público-Privado en Canadá relacionadas con las instalaciones de tratamiento de aguas, dos son contratos DBFO (Diseño, Construcción, Financiamiento y Operación), uno es OM&M (Operación, Mantenimiento y Gestión) y el los otros tres son O&M (Operación y Mantenimiento). Los contratos de O&M tienen un rango que va desde los 5 a 10 años de duración.

6. Cooperativa De Los Acuerdos

Modalidad de Asociación Público-Privado que se genera entre los gobiernos y entidades privadas que tiene un carácter mucho más informal que muchas de las sociedades de capital y concesión tipo para los proyectos de vivienda social. En muchas localidades, los incentivos o garantías fiscales se dan para atraer capital privado de bajo costo para el desarrollo de proyectos de vivienda social. En los Estados Unidos, las asociaciones tecnológicas abarcan diferentes grados de cooperación público-privada. En Corea y muchos otros países los productores independientes de energía y los auto-generadores (en Australia se incluyen hogares con paneles solares) puede vender energía en la red nacional. En Costa Rica, el gobierno crea y mantiene los parques nacionales, mientras que las organizaciones privadas desarrollan programas de ecoturismo y financian algunas de las campañas de promoción turística.

Estos ejemplos son algunos de los tipos más comunes de Asociación Público-Privado. Además, en términos de siglas, también existen: BLT (*Build, Lease, Transfer*), BLTM (*Build, Lease, Transfer, Maintain*), BTO (*Build, Transfer, Operate*), BOOR (*Build, Own, Operate, Remove*), BOOT (*Build, Own, Operate, Transfer*), LROT (*Lease, Renovar, Operate, Transfer*), DBFO (*Design, Build, Finance, Operate*), DCMF (*Design, Construct, Manage, Finance*) y DBFOM (*Design, Build, Finance, Operate, Manage*).

CAPÍTULO IV. SISTEMA ESCOGIDO EN CHILE

Antes de abocarse a la modalidad de Asociación Público-Privado escogida en Chile es preciso resaltar las virtudes de contar con un Sistema de Concesión de Obras Públicas con tal que se comprenda su importancia desde la óptica del desarrollo país, y Dolores Rufián en su Manual señala tres ventajas que entendemos como gravitantes a la hora de evaluar el Sistema y que se reproducen a continuación:

- 1) En un contexto presupuestario restringido la concesión permite incorporar la inversión privada. Las necesidades de financiamiento de la infraestructura de transporte han crecido enormemente. La solución pasa por establecer un vínculo entre la tarificación de la infraestructura y su financiamiento.
- 2) Permite ligar la realización de la obra con el mantenimiento y la explotación de manera que una obra bien concebida será mejor realizada y explotada. El concesionario asume los riesgos técnicos, financieros y comerciales ligados a que la obra cumpla efectivamente su función. Como contrapartida, el concesionario tiene que asegurar la rentabilidad de los capitales que invierte y su remuneración tiene que ser suficiente y competitiva con el mercado monetario, donde pueden obtenerse rendimientos elevados en el corto plazo. Este tema está ligado con la distribución de riesgos en el contrato.
- 3) Permite sustituir las limitaciones de la gestión administrativa por una lógica empresarial.

Tomando en consideración estas ventajas, entre otras, las autoridades de la época decidieron adoptar como Sistema de Concesiones de Obras Públicas en Chile el denominado por sus siglas en inglés BOT: Built, Operate and Transfer, y que es utilizado por diversos países en el mundo que a través de la concesión de obras públicas han buscado satisfacer necesidades sociales por medio de recursos privados. Lo que caracteriza al modelo BOT es que permite la comunión entre los intereses de los particulares y el interés público, de la forma que más adelante se explicará.

Cabe también señalar en este punto, que el modelo BOT trae aparejada algunas ventajas que se suman a las apuntadas anteriormente respecto de los sistemas de concesión en general, a saber:

- 1) Atraer Inversión extranjera. Propiciando que en las licitaciones públicas que se lleven a cabo participen inversionistas extranjeros –sean personas naturales o jurídicas- a través de asociaciones con empresas nacionales o bien directamente. Para capitales extranjeros será atractiva la idea de invertir en Chile en la medida que el Estado concedente de garantías de seriedad respecto de su estabilidad política, es decir, que no importando el gobierno de turno las reglas no cambiarán arbitrariamente durante la vigencia del contrato de concesión. Y por otra parte que sean proyectos a gran escala que justifiquen la inversión de capital, asociados a utilidades para el inversor igual de significativas.

- 2) Transferencia tecnológica. El inversionista extranjero que tiene interés en participar en las licitaciones generalmente es una persona –natural o jurídica- que tiene conocimientos especializados en el área, por ello es que “El modelo BOT pueda facilitar la transferencia de tecnología eficaz entre los países, fomentando así el crecimiento de un sector privado local fuerte. Grandes corporaciones transnacionales, con tecnología de punta para la realización de grandes obras,

tales como represas, puentes, túneles, carreteras, necesitan mantenerse en movimiento y los contratos de esa envergadura son de larga gestación, sobre todo en países menos desarrollados. Por lo tanto es de su interés que se concreten obras de infraestructura de alta inversión, lo cual significa, adicionalmente, que empresas locales, ligadas en subcontratación a dichas corporaciones, adquieren de manera blanda un conocimiento tecnológico de primer nivel, el cual les permitirá mantener el activo en concesión máxima productividad”²⁹.

- 3) Incubar una mayor Infraestructura pública a largo plazo. Por medio de los Contratos BOT, se logra que el Concesionario al final del período de vigencia del contrato transfiera la propiedad de la obra construida al Estado, de manera tal que en el largo plazo se produce un incremento de la infraestructura pública.

Es sabido que las necesidades de la sociedad son múltiples, y por contrapartida los recursos que se pueden asignar a la satisfacción de ellas son escasos y están limitados por la administración pública –el gobierno-, que en su labor de priorizar en la asignación de recursos prefieren aquellos proyectos que tienen un impacto social mayor en términos cuantitativos, en desmedro de aquellas necesidades que siendo igualmente relevantes para la sociedad tienen un rédito social menos directo; no cabe duda que entre dedicar varios millones de dólares en construir una cárcel o una moderna autopista versus dedicar esas misma cantidad de recursos fiscales a la construcción de viviendas sociales, se preferirá la última alternativa. El optar por uno u otro proyecto es una cuestión de política pública, y es la autoridad de turno la que frente al dilema de necesidades ilimitadas y recursos limitados deberá tomar decisiones claves con el fin de optimizar socialmente el gasto público.

²⁹ NARBONA VÉLIZ, Hernán. Ensayo: Contratos BOT y Transparencia. p.12. [en línea] <http://www.offnews.info/downloads/contratos_bot.pdf>.

Y fue justamente este dilema el que enfrentó la autoridad en los albores de la década de los noventa cuando Chile poseía un déficit de inversión en infraestructura vial que llegaba a los 10.273 millones de dólares de esos años y que redundaba, tal como se consigna en la historia de la ley 20.410, en un impacto negativo en términos de pérdida para la economía porque para el desarrollo del sector de recursos naturales es esencial contar con una adecuada red vial que permita una fluida actividad exportadora de la producción. Ahora bien, el problema no solo se reducía a la determinación de los proyectos en que se utilizaría el presupuesto fiscal sino que se sumaban los problemas en las rentas fiscales propiamente tales, de modo que frente a la escases de recursos fiscales del Chile de los noventa y la necesidad en términos de mejoramiento y construcción de obras públicas urgía una modalidad distinta de enfrentarlas que necesariamente debía ser distinta a la que se había estado utilizando.

Aquí es cuando se echa mano al sistema de concesión de obras públicas, en particular el modelo BOT, que como antes se adelantó, permite utilizar recursos privados en la satisfacción de necesidades sociales, a saber, son inversionistas y empresas privadas quienes asumen el riesgo económico de la construcción de una obra pública que tiene como objetivo prestar utilidad a toda la sociedad –o parte de ella³⁰-, por encargo del Estado que para estos fines actúa a través del Ministerio de Obras Públicas, construyen dicha obra sin recibir remuneración alguna en forma directa por parte del mandante y una vez finalizada, previo visto bueno por parte de la autoridad, comienza la operación o explotación de la misma. Este proceso de operación o explotación de la obra pública queda entregado a la empresa mandatada

³⁰ Es posible entender que ciertas obras públicas prestan utilidad sólo a determinado sector de la población, por ejemplo, las autopistas sólo sirven a la población que posee vehículo y las cárceles modernas sólo mejoran la calidad de vida de los reclusos. Pero si analizamos esto en perspectiva tomando en cuenta toda la sociedad y las múltiples interconexiones en ella, es fácil comprender que de las cárceles modernas no sólo se benefician los reclusos sino que el conjunto de la sociedad que por una parte sanciona a los sujetos que delinquen aislándolos y por otra busca a través del efecto disuasivo del mismo castigo su reinserción a la sociedad; a su vez la autopista no sólo beneficia al automovilista sino que al usuario de la locomoción colectiva también, reduce los tiempos de traslado repercutiendo en la calidad de vida de las personas. En resumen, las obras públicas tienen como objetivo último beneficiar a toda la sociedad, ahora bien siempre existirán sectores de la misma que reciben un beneficio más directo que otros.

que la construyó por un período de tiempo previamente determinado, durante el cual cobrará una tarifa o precio por el uso de ella. Este pago que realizan los usuarios por la utilización de la obra tiene como objeto pagar la inversión realizada por la firma privada que asumió el riesgo de la obra, y además generar para ella un beneficio económico que se traduce en la utilidad final que la inversión le genera, es por ello que las concesiones tienen un período de duración largo que ha sido determinado por la autoridad concedente y estudiado por la empresa privada con tal de proyectar si es o no rentable el negocio. En simple, se realiza un cálculo aritmético para determinar, en consideración del período por el que se otorga la concesión, sumado a las proyecciones de uso de la obra por ese período y el monto del peaje, si es que se recupera la inversión sumado a un porcentaje de utilidad para la firma concesionaria.

Funcionamiento

Previo al perfeccionamiento del contrato de concesión del tipo BOT es necesario, sin entrar en mayor detalle porque no es el objetivo de la presente memoria, señalar cuáles son las etapas previas que se llevan a cabo por el MOP a fin de determinar quien será la empresa privada mandatada para construir la obra.

En primer lugar se debe tener presente que existen proyectos que son de iniciativa del propio Estado y otros que provienen de iniciativas privadas, que deben ser declarados de interés público por parte del MOP para transformarse en una concesión. Respecto de los primeros, los proyectos provenientes del Estado envuelven un trabajo en que la autoridad correspondiente a determinado mediante la preparación de estudios de evaluación económica y social si existe una necesidad social que pueda ser satisfecha mediante la construcción, reparación o conservación de una obra

pública, y acorde a la viabilidad e impacto social de la misma evaluar si es que se justifica su ejecución. Respecto de los segundos, cabe señalar que según el artículo 2º inciso segundo de la Ley de Concesiones y en específico lo preceptuado en el artículo 4º del Reglamento de Concesiones de Obras públicas, existen Proyectos de Iniciativa Privada que pueden transformarse en proyectos a ser licitados por el MOP previa declaración de interés público de los mismos, a saber:

“Artículo 4º, Proyectos de Iniciativa Privada

1.- De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2º inciso 2º y siguientes del DS MOP N° 900 de 1996, las personas naturales o jurídicas podrán postular ante el Ministerio de Obras Públicas la ejecución, reparación o conservación de obras públicas, a cambio de su explotación, mediante el sistema de concesión, siempre que la obra no esté, al momento de la presentación, siendo estudiada por el MOP para ser ejecutada mediante este mismo sistema. Para estos efectos, el MOP pondrá a disposición de los interesados, en los meses de enero y julio de cada año, un registro de los proyectos seleccionados para su explotación por el sistema de concesión. Serán eliminados de dicho registro los proyectos que no hayan sido licitados dentro del plazo de 5 años contados desde su incorporación, salvo que el MOP fundamente su mantenimiento.

2.- Esta postulación se cumplirá de acuerdo al procedimiento establecido en los artículos siguientes y comprenderá dos etapas. En la primera, en adelante “Presentación”, el postulante entregará el proyecto para que el MOP evalúe si es de interés público. En el caso de que exista, en principio, interés público en el proyecto presentado, se iniciará una segunda etapa, en adelante “Proposición”, en la que el postulante acompañará los estudios considerados por el Ministerio para evaluar la idea de iniciativa privada”.

Segundo, con la determinación de la viabilidad de un proyecto, sea que provenga del propio Estado o por iniciativa privada, habrá que elaborar las bases de licitación “definidas como el conjunto de reglas que establecen el procedimiento de licitación y adjudicación del contrato así como el contenido del mismo, es decir, la delimitación de la obra pública que se concesiona así como los servicios que ha de prestar el concesionario y los derecho y obligaciones de las partes contratantes”³¹. En ellas se recoge el proyecto en cuestión y todas las circunstancias que sean pertinentes, a fin de llevar a cabo la obra acorde a la necesidad o necesidades que se pretenden satisfacer por parte del Estado pero que respete la institucionalidad vigente. Podrá el MOP estimar necesario –es facultativo- que se realice un proceso de precalificación con tal de determinar con antelación a la licitación misma, y según parámetros objetivos de selección, quienes serán los oferentes que podrán participar de ella, al tenor, el artículo 6 bis señala que “El Ministerio de Obras Públicas podrá efectuar un llamado a precalificación de licitantes a fin de seleccionar, mediante un proceso compuesto por una o varias etapas, a los interesados que cumplan con los requisitos uniformes, objetivos y razonables que se establezcan en las respectivas bases de precalificación, los que sólo podrán referirse a aspectos jurídicos, de capacidad financiera o técnica, de experiencia, resultados en otras obras encargadas en el pasado, cumplimiento histórico de la normativa laboral y de seguridad social y responsabilidad del interesado o de sus personas relacionadas”.

Tercero, se desarrollará un proceso de licitación pública en torno a las bases de licitación elaboradas por la autoridad con tal de que los particulares interesados, sea que hayan sido preseleccionados por el MOP en un proceso de precalificación o bien que sea una licitación abierta a cualquier oferente, puedan acceder a las bases y estudiarlas y en razón de ellas realizar su propuesta. El proceso de licitación pública debe ajustarse a parámetros de transparencia, publicidad, imparcialidad y objetividad, asegurando de esta forma que todos los oferentes estén en igualdad de condiciones al

³¹ RUFÍAN LIZANA, Dolores. *Manual de Concesiones de Obras Públicas*. Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999, p.52.

momento de conocer el contenido de las bases y realizar su oferta, además de propiciar la competencia entre los particulares con tal de obtener las condiciones más ventajosas para el interés público. Es decir, los principios que dan sustento al proceso de licitación son la publicidad de la licitación por una parte y el secreto de las proposiciones por otra.

Cuarto, la adjudicación del proyecto por parte de uno de los oferentes participantes en base a la calificación de su propuesta, evaluada a la luz de los criterios previamente señalados por la autoridad en las bases de licitación, es el paso final que lleva a la determinación de cuál es la empresa licitante que comenzará con la ejecución de la obra. Este proceso de evaluación consta de dos fases, en la primera se evalúan a los oferentes desde un punto de vista técnico a fin de determinar si cumple con los requisitos exigidos para el desarrollo de la obra; en la segunda fase con la selección de cuáles son los oferentes que se adecúan a las bases, se procede a evaluar las ofertas económicas realizadas por ellos. Una particularidad del contrato de concesión es que su adjudicación “se resolverá por Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas, que deberá llevar además la firma del Ministro de Hacienda -y obviamente la del Presidente de la República-[...]Dicho Decreto deberá ser publicado en el Diario Oficial, una vez que la Contraloría General de la República haya tomado razón del mismo, teniendo dicha publicación efectos constitutivos, es decir, el contrato se perfeccionará una vez publicado en el Diario Oficial el Decreto Supremo de Adjudicación”³².

Con la determinación de cuál es la firma mandatada para ejecutar el proyecto, es propicio hablar del modelo BOT el que es bastante simple de comprender y en el que es posible distinguir tres grandes etapas:

³² RUFÍAN LIZANA, Dolores. *Manual de Concesiones de Obras Públicas*. Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999, p.79.

i. Construcción

La empresa privada o consorcio que se haya adjudicado, mediante el Decreto Supremo de Adjudicación, el proyecto licitado por el Estado administrador a través del Ministerio de Obras Públicas, y en la medida que haya constituido la Sociedad Concesionaria a la vez que suscrito y protocolizado el Decreto Supremo de adjudicación, podrá comenzar con la construcción de la Obra Pública licitada –en el evento que no existan labores expropiatorias pendientes por parte de MOP u otras que impidan la inminente ejecución de la obra-. La compañía adjudicataria asegura el financiamiento para construir el proyecto, ya sea mediante recursos propios, recurriendo al financiamiento de instituciones bancarias (nacionales o internacionales) o atrayendo inversionistas (nacionales o internacionales). La construcción de la obra deberá realizarse bajo un estricto cumplimiento de lo establecido en el Contrato de Concesión de Obra Pública -que como ya se dijo se compone de las Bases de Licitación, Oferta y Decreto Supremo de adjudicación-, para velar por ello señala el artículo 38º del Reglamento que “El MOP nominará un inspector fiscal en el plazo de 15 días desde la publicación del decreto de adjudicación en el Diario Oficial. Toda comunicación y relación entre el concesionario y el Ministerio de Obras Públicas se canalizará a través del inspector fiscal, sin perjuicio de las instancias de apelación establecidas en la Ley de Concesiones, el presente Reglamento o en las bases de licitación correspondientes”. Y a continuación en el artículo 39º se detallan las funciones y atribuciones mínimas con las que contará el Inspector Fiscal, entre ellas: Inspeccionar y aprobar los diseños, planos, estudios y especificaciones del proyecto; Fiscalizar el cumplimiento de las especificaciones y normas técnicas sobre la construcción de las obras; Fiscalizar el cumplimiento del plan de trabajo propuesto por la sociedad concesionaria; Fiscalizar el cumplimiento de las normas de calidad; Proponer la aplicación de las multas que correspondan, en virtud del contrato de concesión.

ii. Operación

La Sociedad Concesionaria una vez que la construcción de la obra pública licitada ha sido terminada, completa o parcialmente –según lo permita las bases de licitación-, lo que deberá ser visado por la autoridad fiscalizadora correspondiente, toma posesión temporal del bien, lo mantiene y opera por el período concesionado que se ha convenido según el Contrato de Concesión de Obra Pública. Durante esta etapa la Sociedad Concesionaria está autorizada para explotar la obra pública construida; esta explotación conlleva darle un uso natural que dice relación con el fin para la que fue construida –satisfacer una necesidad social- y que en detalle se expresará en el contrato. Asociado al uso de la obra por parte de la sociedad existe una tarifa que la Concesionaria cobrará a cada usuario que la desee utilizar con el objetivo de recuperar su inversión y hacerla rentable, además de conseguir recursos que el mantenimiento de la obra en el tiempo requiere. Esta etapa es de gran importancia porque es precisamente en ella que el sistema encuentra su razón económica de ser, he aquí el negocio, es en ella que la Sociedad Concesionaria mediante la explotación de la obra que ella ha edificado con recursos propios recupera los mismos y proyecta las utilidades que la inversión le trae. En este punto hablamos del cobro de una tarifa que según el artículo 3º del Reglamento es la “Contraprestación del servicio básico prestado por el concesionario, regulado en el contrato de concesión”.

iii. Transferencia

El Contrato de Concesión de Obra Pública, tal como cualquier otro contrato, produce efectos en el tiempo hasta que pierde su vigencia lo que naturalmente ocurre cuando vence el plazo por el que fue convenido. Transcurrido el período por el que se estableció la Concesión, la Sociedad Concesionaria transfiere la propiedad y la

operación de la Obra Pública a la Administración o a la autoridad correspondiente del Estado. Esta etapa es importante desde la óptica de la inversión Estatal en infraestructura pública a largo plazo, porque es aquí cuando el Estado recupera una obra que antes no tenía, o si la tenía era en peores condiciones, con la que la autoridad de la época podrá realizar lo que estime pertinente.

CAPÍTULO V. LAS CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS EN CHILE

El explosivo desarrollo del “mercado” de las Concesiones en Chile, tiene su explicación principal en la recepción que nuestro País, a través de los organismos e instituciones gubernamentales ligados al área, han entregado a quienes serán los responsables de la ejecución de las obras concesionadas: los inversionistas.

Es de toda lógica entender que para los inversionistas, el objetivo primordial será siempre obtener el óptimo resultado de sus inversiones, esto es, lograr alcanzar el máximo provecho económico (en términos de retorno) a la inversión, ojalá de manera rápida y principalmente segura.

Para alcanzar este objetivo, es que los inversionistas, antes de realizar su inversión, necesitan tener el mayor grado de certeza, seguridad y confianza en torno a cómo se desarrollará el escenario económico en los largos períodos que comprende un negocio de la magnitud de una concesión de obra pública. Hablamos de inversiones de largo plazo, de períodos que van desde los 20 y hasta los 50 años en promedio, por lo que para adoptar la decisión de inyectar recursos en un proyecto así, se requieren de condiciones óptimas en las cuales el riesgo de la inversión sea lo más bajo posible.

A nuestro juicio, este óptimo escenario sólo será viable si el país receptor de los recursos otorga al inversionista tres elementos primordiales que permitan la existencia de estas condiciones de seguridad y confianza, a saber: una correcta distribución del riesgo asociado a la construcción y explotación de las obras; un alto grado de equilibrio

económico del contrato; y finalmente, un alto grado de seguridad jurídica. Si se cumplen estos tres requisitos, es altamente probable que el negocio (concesión) resulte beneficioso para ambas partes de contrato, maximizando los beneficios para el inversionista (concesionario) y asegurando la correcta, completa y efectiva construcción y explotación de la obra para el Estado (concedente), lo que en definitiva se traducirá en la maximización de los recursos públicos y la satisfacción de la necesidad social que dio origen a la concesión.

A. LA DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN

La distribución de los riesgos en el contrato de concesión está orientada a establecer quién será el responsable de asumir los costos que impliquen los imprevistos que se susciten durante la ejecución del contrato de concesión. Como indicábamos previamente, una correcta distribución de los riesgos será un factor decisivo a la hora de atraer inversionistas para la concreción de una concesión. En Chile, la Ley 20.410 en su artículo 22 numeral 2º se ha encargado de establecer la forma en que se distribuye el riesgo señalando que: ...2. Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa. El Fisco no será responsable de las consecuencias derivadas de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores. No obstante, el Fisco concurrirá al pago de los perjuicios que irroque el caso fortuito o la fuerza mayor, si así lo establecieren las bases de la licitación.

Por su parte, en su numeral 3º, ha señalado que: ...3. Cuando el retraso en el cumplimiento de los plazos parciales o del total, fuere imputable al Fisco, el concesionario gozará de un aumento igual al período del entorpecimiento o paralización, sin perjuicio de las compensaciones que procedan.

A partir del texto queda claramente establecido que el riesgo durante la etapa de construcción corresponde exclusivamente al concesionario. No obstante, en la práctica, los fallos arbitrales han demostrado que no sólo sobre el concesionario recae el riesgo, sino que en gran medida, recae en el Estado. Elemento esencial de las concesiones es el otorgamiento al concesionario, de los terrenos donde se levantará la obra a concesionar. Esta obligación recae exclusivamente en el Estado, de acuerdo a lo señalado por el artículo 19 número 24 de la Constitución Política de la República, al artículo 105 de la Ley 15.840, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas³³ y al artículo 15 inciso segundo de la Ley 20.410³⁴ por lo que el proceso expropiatorio es responsabilidad exclusiva de éste, y por ende, el riesgo asociado a esta labor recae exclusivamente en Él. Y así lo han recalado constantemente las comisiones arbitrales en reiterados fallos³⁵. De hecho, las estadísticas remarcan este hecho, señalando que el evento que más ha afectado el desarrollo de los proyectos concesionados es el atraso del Estado en completar los procesos expropiatorios³⁶³⁷.

³³ Artículo 105.- La Fiscalía del Ministerio de Obras Públicas tendrá a su cargo la tramitación de las expropiaciones necesarias para la construcción de las obras públicas, como de aquellas a que se refiere el inciso 2º, del artículo 2º, las que se regirán por el Decreto Ley N° 2.186, de 1978. Para estos efectos se declaran de utilidad pública los bienes y terrenos necesarios para la ejecución de dichas obras.

³⁴ Artículo 15º, inciso segundo: "...En el caso de requerirse la expropiación de bienes y derechos necesarios para la construcción de las obras y sus servicios complementarios, ésta se llevará a efecto en virtud de la declaración de utilidad pública establecida en el artículo 105 del decreto supremo N°294, de 1984, del Ministerio de Obras Públicas, y conforme al procedimiento establecido en el decreto con fuerza de ley N°2.186, de 1978...".

³⁵ Véase: a) Sentencia Comisión Arbitral Autopista Santiago – San Antonio; b) Sentencia Comisión Arbitral Talca – Chillán; c) Acta de Conciliación Concesión camino Santiago – Colina – Los Andes; d) Acta de Conciliación Aeropuerto Carriel Sur Concepción.

³⁶ BARBERIS MARTÍN, Andrés. Una revisión del sistema de resolución de conflictos en la ley de concesiones de obras públicas. Obra inédita. P.11.

³⁷ YÁÑEZ BENÍTEZ, Rodrigo. Concesiones de Obras Públicas: Reformulación del Modelo y el Riesgo Político. P.17. [en línea] <http://www.institutolibertad.cl/ie_163_concesiones.pdf>

Por el contrario, durante la etapa de explotación de la obra concesionada, el riesgo será compartido entre las partes contratantes. De esta manera, se han establecido algunos sistemas que permiten garantizar a los inversionistas el retorno de su inversión, por ejemplo, a través del denominado Ingreso Mínimo Garantizado; o bien, sistemas que permiten una repartición más equitativa de los beneficios en aquellas concesiones en que los dividendos del proyecto sean superiores a los esperados. Esto último, se ha realizado incorporando cláusulas de Rentabilidad Extraordinaria en las bases de licitación, las cuales obligan al Concesionario a compartir con el Estado parte de los excedentes obtenidos con el proyecto³⁸.

B. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

Hemos definido al contrato de concesión de obra pública como un contrato administrativo celebrado entre el Estado Administrador y un Concesionario, en virtud del cual este último se obliga a la ejecución, conservación o reparación de una obra pública fiscal y a la prestación de un servicio continuo e indiscriminado a los usuarios de dicho bien, a cambio del derecho de explotación temporal de la obra, que supone percibir directamente de los usuarios el producto o tarifa prefijado, conforme un régimen normativo especial de Derecho Público. Y dentro de las características de éste se ha señalado que es un contrato de derecho público, bilateral, nominado, principal, solemne y oneroso conmutativo, esto es, que el contrato tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro; y que además cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez –ahora bien, la equivalencia económica del

³⁸ BARBERIS MARTÍN, Andrés. Óp., Cit. p.12.

contrato se ve en parte soportada artificialmente mediante la inclusión de cláusulas que aseguran ingresos mínimos a las concesionarias-. Así las cosas es posible entender – considerando la conmutatividad del contrato- que cada una de las partes contratantes recibe un beneficio que se mira como equivalente al otro, lo que en términos más precisos aplica al contrato de concesión de obra pública como el equilibrio económico entre las partes.

Producto de las características propias del contrato de concesión de obra pública es de suma importancia que el equilibrio económico del contrato se mantenga lo más estable posible durante toda la relación contractual, entre otras cosas por las siguientes razones:

- que las partes son, por una parte el Estado, actuando a través del MOP y por otra una Sociedad Concesionaria: es decir actúa por una parte una sociedad concesionaria constituida al efecto que tiene un respaldo económico importante que le permite involucrar cuantiosos recursos en la construcción o mantención de una obra pública, lo que sin duda viene aparejado de un nivel de contactos y lobby importante, y por otro está el Estado de Chile quién actúa intermediado por el MOP, por lo que se posiciona como una parte del contrato con un poder de negociación abismal frente a cualquier interlocutor.

- Los altísimos montos de dinero involucrados en cada una de las obras: una de las justificaciones de implementar un sistema de concesiones de obras públicas en su génesis fue la idea de captar el interés y con ello los recursos de inversionistas extranjeros y nacionales.

- El plazo por el que se extiende la relación jurídico económica: atendido el tiempo por el que se mantiene la relación contractual entre las partes la que por lo bajo se extiende por un período que oscila entre los 20 y los 50 años.

Ahora bien, el equilibrio económico del contrato de concesión de obra pública es posible entenderlo como “la mantención en el tiempo de duración de la concesión de los elementos y características que llevaron a las partes a la celebración del contrato de concesión”, de modo que cualquier circunstancia o factor que afecte las condiciones bajo las cuales las partes contrataron provoca un desequilibrio en la ecuación, y con los antecedentes recién señalados en consideración de las partes involucradas, el volumen de recursos invertidos y el plazo de la relación jurídica, hace especialmente sensible este equilibrio y vitalmente importante mantenerlo para el éxito del servicio u obra concesionada. Esta idea vendría, según Dolores Rufián, de la doctrina del Consejo de Estado francés que a comienzos de siglo XX a propósito del asunto Cie. Francaise des Tramways, destacaba que “Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión”³⁹.

Pero la idea de un equilibrio económico a propósito del contrato de concesión de obra pública no implica la idea rígida de mantención de las obligaciones y retribuciones impuestas a las partes, sino que por el contrario, envuelve la idea de mantener el equilibrio de una balanza, en que por momentos y por circunstancias sobrevinientes se

³⁹ Dictamen de 11 de marzo de 1910, tomado de RUFÍAN LIZANA, Dolores. Manual de Concesiones de Obras Públicas. Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999, pág. 235.

inclinará más hacia un lado que para otros, en cuyo caso serán las partes en una lógica flexible las que deberán negociar o renegociar –incluso auxiliarse en la judicatura ad hoc de los contratos de concesión- con tal de restablecer este equilibrio. “La idea que subyace en esta doctrina (francesa) es la mutabilidad del contrato de concesión, a diferencia de lo que son los contratos clásicos del derecho civil, en función del servicio público que presta el concesionario”⁴⁰. En esta misma línea va lo que sostiene un tratadista español, citado por Dolores Rufián, en que se sostiene que el fin que se persigue satisfacer mediante los contratos de concesión pública, es justamente el interés público y “Si para conseguir estos fines, implícitos en el contrato y connaturales al mismo, es necesario adaptar a las nuevas necesidades los términos de lo pactado, esta adaptación es obligada. La inalterabilidad del fin impone o puede imponer la alteración parcial, o mejor aún, la adaptación del objeto. El contrato es ley entre las partes, pero junto a la *lex contractus* hay otras leyes que exigen primariamente la satisfacción del interés general. La armonización necesaria de ambas leyes obliga a buscar el equilibrio contractual en un punto diferente. Ese equilibrio, esa proporcionalidad o *aequalitas* de las prestaciones respectivas de las partes, que es consustancial a la idea misma del contrato, existe también en los contratos administrativos y se mantiene siempre a lo largo de su ejecución, cualquiera que sea la incidencia que en el desarrollo de los mismos puedan tener los poderes que se reconocen en la Administración contratante. Las alteraciones o adaptaciones que el interés público exige introducir en la obra, servicio o suministro contratados tienen en todo caso su contrapartida en un deber legal de respetar la llamada ecuación financiera del contrato. Mutabilidad del objeto y mantenimiento de la equivalencia económica de las prestaciones son, pues, los dos polos entre los que circulan las singularidades propias de la contratación administrativa”⁴¹.

⁴⁰ RUFÍAN LIZANA, Dolores. Manual de Concesiones de Obras Públicas. Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999, p.235.

⁴¹ GARCÍA DE ENTERÍA, C. y FERNÁNDEZ, T.R. citado por RUFÍAN LIZANA, Dolores. Manual de Concesiones de Obras Públicas. Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999, p.236.

Con la idea doctrinaria ya expuesta, queda analizar la arista práctica de la flexibilidad del contrato de concesión de obra pública para mantener el equilibrio económico y como esto ha sido recogido por la ley de concesiones de obra pública⁴², para ello nos basaremos principalmente en un trabajo inédito y no publicado del profesor Andrés Barberis “Una Revisión del Sistema de Resolución de Conflictos en la Ley de Concesiones de Obras Públicas”, con tal de determinar cuáles son los eventos o situaciones que pueden alterar el equilibrio económico entre el Estado y los Concesionarios, y provocar en consecuencia, la modificación en parte del contrato. Estas según la Ley de Concesión de Obras Públicas reformada, son básicamente 4 situaciones, a saber:

⁴² Real Decreto Legislativo 3/2011. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. España. Artículo 258.

1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo previsto en el título V del libro I, las condiciones de explotación de la obra.

b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231.

c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4.º de la letra c), y en la letra d) del artículo 131.1.

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en el apartado 2.b), y siempre que la retribución del concesionario proviniera en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación.

i. Modificación de las características de las obras del proyecto concesionado y/o servicios contratados por interés público.

Esta situación es recogida por la Ley 20.410 en su artículo 19 inciso 3º y 4º, en los que se señala que “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. Como consecuencia de ello, deberá compensar económicamente al concesionario cuando corresponda, por los costos adicionales en que éste incurriere por tal concepto.

Las bases de licitación establecerán el monto máximo de la inversión que el concesionario podrá estar obligado a realizar en virtud de lo dispuesto en el inciso precedente, así como el plazo máximo dentro del cual el Ministerio podrá ordenar la modificación de las obras en concesión. En todo caso, el monto máximo de estas nuevas inversiones no podrá exceder el quince por ciento del presupuesto oficial de la obra, ni podrá ser requerida en una fecha posterior al cumplimiento de las tres cuartas partes del plazo total de la concesión, salvo los casos de expreso acuerdo por escrito con la sociedad concesionaria”.

En esta hipótesis es el MOP quien unilateralmente modifica las características de las obras y servicios contratados con la Concesionaria, con el objetivo de incrementar los niveles de los servicios contratados y los estándares técnicos definidos en las bases de licitación, o bien podría ser por otras razones debidamente fundadas que tengan como fin proteger el interés público. “El interés público habrá de ser entendido en un sentido muy amplio y así podrá producirse tanto si se advierten necesidades nuevas que no aparecían cuando se diseñaron las obras (por ejemplo, el tráfico es superior al previsto), como cuando aparecen causas técnicas imprevistas, por ejemplo,

porque existiera un error inicial de apreciación, puesto que el servicio público no podría quedar comprometido por errores iniciales o por el cambio de circunstancias originariamente tenidas en cuenta para contratar”⁴³. De manera tal, que el factor imprescindible para proceder con la modificación unilateral por parte del MOP es la protección y mejor logro del interés público.

Ahora bien, estas modificaciones unilaterales que sufre el contrato alteran el equilibrio económico entre las partes por lo que requieren de una compensación económica a favor de la Sociedad Concesionaria con tal de recuperar el equilibrio en la balanza, y en ese sentido la ley prescribe que el MOP debe compensar los costos adicionales en que incurre el Concesionario producto de las modificaciones. Estas compensaciones deberán expresarse mediante los siguientes factores: subsidios entregados por el Estado, pagos voluntarios efectuados directamente al concesionario por terceros a quienes les interese el desarrollo de la obra, modificación del valor presente de los ingresos totales de la concesión, alteración del plazo de la concesión, modificación de las tarifas u otro factor del régimen económico de la concesión pactado. Pudiendo utilizarse uno o varios de esos factores a la vez. En caso de que las partes tengan discrepancias en cuanto a los montos de las compensaciones por nuevas inversiones podrán recurrir al Panel Técnico o a la Comisión Arbitral.

Las modificaciones que puede introducir el MOP están sujetas además a dos condiciones que se establecen en las propias bases de licitación, estas son: que en ellas se establecerá el monto máximo de la inversión que el Concesionario puede estar obligado a realizar; y además del plazo máximo dentro del cual el MOP podrá ordenar las modificaciones de las obras. Sin embargo, la misma ley establece criterios límites a las dos condiciones señaladas anteriormente, que van por una parte en establecer que el monto máximo de las nuevas inversiones que el Concesionario debe realizar no

⁴³ RUFÍAN LIZANA, Dolores. Manual de Concesiones de Obras Públicas. Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999, p. 238.

podrán superar bajo ningún respecto el 15% del presupuesto oficial de la obra, y que tampoco podrán ser requeridas en un fecha posterior al cumplimiento del 75% del plazo total de la concesión. Aunque es la misma ley la que también crea una válvula de salida que permite modificar estos criterios límites, bajo la condición de que exista un acuerdo expreso con la sociedad concesionaria que conste por escrito y que regule la materia de una forma diversa.

ii. Modificación del proyecto concesionado por insuficiencia de la obra en relación al nivel de servicio definido en el Contrato de Concesión.

Este evento es tratado en el artículo 20 de la Ley de Concesiones que en su incisos 1º y 2º prescriben que “El Ministerio de Obras Públicas y el concesionario podrán acordar la modificación de 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, mediante la suscripción del correspondiente convenio complementario al contrato de concesión.

Las bases de licitación establecerán el monto máximo de la inversión que el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario podrán establecer de común acuerdo, así como el plazo máximo dentro del cual se podrán realizar modificaciones de las obras en concesión. En todo caso, el monto máximo de estas nuevas inversiones, en la etapa de construcción, no podrá exceder el veinticinco por ciento del presupuesto oficial de la obra. Con todo, durante la etapa de explotación, cuando el valor de estas inversiones exceda el cinco por ciento del presupuesto oficial de la obra o correspondiere a una suma superior a cincuenta mil unidades de fomento, su ejecución se efectuará de conformidad a lo dispuesto en los incisos tercero y siguientes del artículo precedente. Esta restricción no se aplicará para nuevas inversiones que sean financiadas íntegramente por el concesionario y que no den lugar a compensaciones”.

Con el fin de incrementar los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación el MOP y el Concesionario podrán modificar las características de las obras y servicios, mediante la suscripción de un convenio complementario al contrato de concesión. Es decir, mediante un acuerdo entre ambas partes y no de forma unilateral como el caso analizado en el punto anterior, se modifica el contrato de concesión con el objetivo de mejorar el servicio contratado, y no por otro fin.

Según el profesor Barberis esta norma no es más que una autorización al Ministerio de Obras Públicas para que pueda modificar el contrato de concesión si la obra es insuficiente para entregar el nivel de servicio definido.

La ley establece ciertos límites para estas obras adicionales en pos de la seguridad jurídica, de la protección de los recursos públicos evitando el encarecimiento excesivo del proyecto original, del respeto de la propuesta original que fue adjudicada en desmedro de otros oferentes, entre otras, y que dicen relación con que en las propias bases de licitación se establecerá: (1) el monto máximo de la inversión adicional que de común acuerdo las partes pueden pactar; (2) el plazo máximo dentro del cual se podrán hacer las agregaciones o modificaciones al contrato de concesión. Además el legislador estableció como monto máximo de estas obras adicionales el 25% del presupuesto oficial de la obra, durante el período de construcción. Durante el periodo de explotación, estas obras adicionales si es que superan el 5% del presupuesto oficial de la obra o correspondieran a una suma superior a 50.000 UF, su ejecución se efectuará mediante una licitación que llevara a cabo el mismo Concesionario bajo la supervisión del MOP, en cuyo caso el valor de las inversiones que se compensarán al Concesionario será el que resulte de la licitación, a lo que se sumará un monto adicional por concepto de administración del contrato.

Respecto de la modificación del equilibrio económico del contrato cabe tener presente que mediante el convenio complementario quedará debidamente estipulado el monto y forma en que se compensará al Concesionario las nuevas obras exigidas por el MOP, y como señala Dolores Rufián estas modificaciones contractuales permitirán restablecer el equilibrio financiero con el que el concesionario contrató pero nunca mejorarlo a costa de estas nuevas obras y tampoco acceder a lucros adicionales sino que es la proyección del equilibrio económico entre las partes a estas obras adicionales.

iii. Acciones u omisiones del Estado que afectan el equilibrio económico del contrato.

Hasta antes de la reforma introducida por la Ley 20.410 a la normativa que regula las Concesiones, no existía un reconocimiento legal a esta hipótesis, la que fue incluida en la reforma en el inciso 1º del artículo 19 prescribiendo que “El concesionario podrá solicitar compensación en caso de acto sobreviniente de autoridad con potestad pública que así lo justifique, sólo cuando, copulativamente, cumpla los siguientes requisitos: el acto se produzca con posterioridad a la adjudicación de la licitación de la concesión; no haya podido ser previsto al tiempo de su adjudicación; no constituya una norma legal o administrativa dictada con efectos generales, que exceda el ámbito de la industria de la concesión de que se trate, y altere significativamente el régimen económico del contrato.”

Cabe señalar que previo a la introducción del citado inciso, existía un vacío que se llenó arguyendo en base al antiguo inciso 3º del artículo 19, que señalaba que en las bases de licitación se establecería la forma y plazo en que el concesionario podía solicitar una revisión del contrato en términos económicos cuando existieran causas sobrevinientes que así lo justificaran. Dicha norma aparecía con una amplitud en su

redacción, que por una parte permitía armar un argumento en sentido que actos u omisiones por parte del MOP afectaban el equilibrio económico, y por otra carecía de la precisión suficiente para recoger la hipótesis en cuestión. Pero todo lo anterior se solucionó con la redacción del nuevo inciso 1º del artículo 19, que prescribe exactamente que los concesionarios podrán solicitar las compensaciones correspondientes frente a casos de actos sobrevinientes de autoridad con potestad pública que lo justifiquen, señalando la concurrencia de ciertos requisitos para que se configure la causal.

Ahora bien, es necesario esclarecer a que nos referimos cuando se habla de acciones u omisiones del Estado. “En el Derecho Administrativo se habla de *factum principis* o hecho del príncipe para aludir a medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el que contrata con la Administración sin culpa de éste...El *factum principis* (expresión histórica tomada del absolutismo, aunque se aplica en otro contexto, el del poder del Rey de quebrantar los pactos) en cuanto se traduzca en una medida imperativa y de obligado acatamiento que reúna las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzcan (relación de causalidad) un daño especial al contratista, da lugar a la compensación, en aplicación del principio general de responsabilidad patrimonial que pesa sobre la Administración por las lesiones que infiere a los ciudadanos en su funcionamiento o actividad”⁴⁴. En términos simples, son acciones u omisiones por parte de autoridades que actuando dentro de sus atribuciones y en representación del MOP, afectan el equilibrio económico del contrato de concesión. Como bien señala el profesor Barberis, el Ministerio de Obras Públicas, a través de sus Inspectores Fiscales, han solicitado la incorporación de obras adicionales, modificaciones de proyecto (ej. Trazado de una carretera) o han exigido la utilización de materiales o técnicas innecesaria o sobre

⁴⁴ RUFÍAN LIZANA, Dolores. Manual de Concesiones de Obras Públicas. Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999, p.242.

calificada que han significado afectar económicamente el equilibrio del contrato; o bien cuando omite el cumplimiento de obligaciones inherentes del contrato de concesión.

La ley exige la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos para que el concesionario pueda exigir la compensación frente a un acto sobreviniente de autoridad con potestad pública, estos son:

- 1.- que el acto se produzca con posterioridad a la adjudicación de la licitación de la concesión;
- 2.- que no haya podido ser previsto al tiempo de su adjudicación;
- 3.- que no constituya una norma legal o administrativa dictada con efectos generales, que exceda el ámbito de la industria de la concesión de que se trate;
- 4.- y que altere significativamente el régimen económico del contrato.

De manera tal, que frente a una acción u omisión sobreviniente del Estado actuando a través del MOP (generalmente) como autoridad pública, en que concurren copulativamente los requisitos arriba señalados, el concesionario tiene el derecho a solicitar la compensación que corresponda con tal de restablecer el equilibrio económico del contrato de concesión que debe existir entre las partes.

iv. Modificación del Contrato de Concesión por Aplicación de la teoría de la imprevisión.

La teoría de la imprevisión según René Abeliuk podría definirse como la facultad del deudor de solicitar la resolución o revisión del contrato de ejecución postergada cuando un imprevisto ajeno a la voluntad de las partes ha transformado su obligación en exageradamente onerosa. Esta teoría tendría aplicación según la doctrina en el cumplimiento de los siguientes requisitos: (1) la ocurrencia de un acontecimiento

imprevisible que trastorna gravemente el equilibrio de las prestaciones recíprocas de las partes; (2) que el acontecimiento no sea imputable a alguna de las partes; (3) que la ocurrencia del acontecimiento produzca el efecto de hacer considerablemente más oneroso el cumplimiento de la obligación para el deudor; y (4) el contrato debe ser tracto sucesivo o de plazo diferido.

Cabe señalar que la aplicación de esta teoría en el Derecho Civil aún es resistida por gran parte de la doctrina y jurisprudencia, sin embargo, tiene “plena aplicación en el Derecho Administrativo y en particular en los contratos de concesión de obra pública”⁴⁵. En este sentido citamos al profesor Claudio Illanes Ríos, quien señala que “La Ley de Concesiones de Obras Públicas, y, concretamente, su art. 19, incorporó expresamente el hecho imprevisto como causal de revisión de un contrato de concesión, facultando al concesionario para solicitarlo si los imprevistos o hechos «sobrevinientes» así lo justifican. Asimismo, le concede al Estado la misma facultad en razones «de interés público». Uno de los principios importantes que ha incorporado el Derecho Moderno en materia de interpretación jurídica, es el de la «integración del derecho», que postula a la unidad del orden jurídico, de tal suerte que exista una interrelación de la normativa que permita extrapolar conceptos de una institución a otra frente a un vacío legal. Que por aplicación del criterio de la integración del derecho, se concluye que el concepto de hecho «sobreviniente» que contempla la Ley de Concesiones de Obras Públicas, tiene el mismo sentido, alcance y extensión que el hecho imprevisto a que se refiere la conocida Teoría de la Imprevisión.

En consecuencia, deben considerarse como tales, aquellos sucesos futuros (no coetáneos a la celebración del contrato) que sean extraordinarios e imprevisibles, ajenos a la voluntad y diligencia del concesionario, que hacen perder al contrato su base objetiva, sea porque se ha destruido absolutamente la relación de equidad que

⁴⁵ RUFÍAN LIZANA, Dolores. Manual de Concesiones de Obras Públicas. Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999, p.244.

exige su esencia y, por supuesto, su naturaleza de contrato conmutativo o porque se frustró el fin del contrato, transformándolo en una convención carente totalmente de sentido. Invocados hechos que reúnen tales características, deben adoptarse las medidas para restituir el equilibrio económico y comercial que se ha roto en las contraprestaciones de dicho contrato”⁴⁶.

En este sentido el artículo 71 del Reglamento de la Ley de Concesiones establece expresamente –redactado en los mismos términos del antiguo artículo 19 inciso 3º de la Ley de Concesiones- , en el apartado destinado a regular la Revisión del Sistema Tarifario, que “Las bases de licitación establecerán la forma y el plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, por causas sobrevinientes que así lo justifiquen, pudiendo modificar uno o varios de esos factores a la vez. En los casos en que las bases no contemplaren estas materias, las controversias que se susciten entre las partes se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 36º del DS MOP N° 900 de 1996”.

Para el profesor Barberis la incorporación de la teoría de la imprevisión en los Contratos de Concesión de Obras Públicas es una de las características más relevantes de este sistema de contratación público – privado. Esta teoría deriva del principio del enriquecimiento sin causa, y al ser concebido para el sistema concesiones de obras públicas, se constituye una garantía de justicia para el Concesionario.

⁴⁶ ILLANES RÍOS, Claudio. La Teoría de la Imprevisión en la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Revista del abogado del Colegio de Abogados de Chile. Santiago, Chile. No. 28, Julio de 2003. p. 6-8.

EI EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LA ANTIGUA LEY

Ya analizadas las cuatro situaciones que fueron reguladas por el legislador en la reformada Ley de Concesiones de Obras Públicas, cabe señalar la co-existencia de 2 normativas vigentes que regulan las Concesiones de Obras Públicas en Chile, y el límite regulatorio que divide a ambas normativas fue situado, a través de los respectivos artículos transitorios, en el momento en que se presenta la oferta: si la oferta fue presentada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 20.410, se le aplica la antigua normativa, en cambio se le aplicara la nueva normativa si es que la oferta fue presentada con posterioridad a su entrada en vigencia. Así las cosas, corresponde tratar el equilibrio económico según la antigua normativa que en algo difiere de la ley 20.410, esto debido a que mayoritariamente las concesiones vigentes se regulan en términos de mantención del equilibrio económico sobre la base de lo dispuesto en la antigua ley de concesiones. Las hipótesis tratadas por la antigua ley son similares a las antes tratadas y son las siguientes:

i. Modificación de las características de las obras del proyecto concesionado y/o servicios contratados por interés público.

El antiguo artículo 19 inc. 1º y 2º de la Ley de Concesiones de Obras Públicas dispone que “el Ministerio de Obras Públicas, desde que se perfecciona el contrato, podrá modificar, por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados y, como consecuencia, deberá compensar al concesionario con las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio, acordando con aquél indemnizaciones que podrán expresarse en el plazo de la concesión, en las tarifas, en los aportes o subsidios o en otros factores del régimen económico de la concesión pactados, pudiendo utilizar uno o varios de esos factores a la vez. Las controversias

que se susciten entre el concesionario y el Ministerio acerca de dicha indemnización, se resolverán en conformidad a lo señalado en el artículo 36.

Las Bases de Licitación establecerán el monto máximo de la inversión que el concesionario puede estar obligado a realizar en virtud de lo dispuesto en el inciso precedente, así como el plazo máximo dentro del cual el Ministerio podrá ordenar la modificación de las obras en concesión. Si las bases nada dicen a este respecto, el monto máximo de esta nuevas inversiones no podrá exceder el 15% del monto total de la inversión inicial efectuada por el Concesionario, según el valor definido después de la entrega definitiva de la obra, ni podrá ser requerida en una fecha posterior al cumplimiento de la mitad del plazo total de la concesión, salvo los casos de expreso acuerdo por escrito de la sociedad concesionaria.”

En esta norma se consagra la idea, antes tratada en extenso, que el MOP tiene la facultad de modificar el contrato de concesión cuando existan razones de interés público que lo hagan necesario, pudiendo interferir a nivel de características de la obra o bien respecto de los servicios contratados. Y de la misma forma que la nueva normativa, consagra la máxima de restablecer el equilibrio económico del contrato mediante las indemnizaciones que ceden a favor de las sociedades concesionarias que pueden consistir en la modificación del plazo de concesión, en las tarifas asociadas al uso de la obra, en aporte o subsidios u otros factores del régimen económico de la concesión, pudiendo estructurarse una fórmula que convine una o más de estos factores a la vez. Cabe destacar que en el antiguo artículo se señala expresamente que la fórmula indemnizatoria será acordada entre el MOP y la Concesionaria, y en la nueva normativa no se hace directa alusión a este acuerdo sino que sólo se señalan los factores –básicamente los mismos- mediante los cuales se regula la compensación. En cuanto a las discrepancias que puedan surgir a la hora de definir la indemnización ambas normativas estipulan la posibilidad de recurrir en una a la antigua Comisión Conciliadora, y en otra al Panel Técnico o a la Comisión Arbitral.

Respecto del monto máximo de las nuevas inversiones y a la época en que podrán ser exigidas, la antigua normativa establece que estos ítems constarán en las Bases de Licitación. Ahora bien, si es que las Bases nada regulan, la antigua normativa señala que tendrá como límite el 15% del monto total de la inversión efectuada por el Concesionario, según el valor definido después de la entrega definitiva de la obra, ni tampoco podrán ser requeridas estas obras adicionales en una fecha posterior al cumplimiento de la mitad del plazo total de la concesión. A diferencia de lo expuesto, la nueva normativa establece como límite para las nuevas inversiones, en caso que las Bases de Licitación nada señalen, el 15% del presupuesto oficial de la obra y tendrá como límite para ser requeridas el cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes del plazo total de la Concesión.

ii. Modificación del proyecto concesionado por insuficiencia de la obra en relación al nivel de servicio definido en el Contrato de Concesión.

Respecto de esta situación el artículo 20 inc. 1º y 2º de la antigua Ley de Concesiones de Obras Públicas señala que “Si durante la vigencia de la concesión, la obra resultare insuficiente para la prestación del servicio en los niveles definidos en el contrato de concesión y se considerare conveniente su ampliación o mejoramiento por iniciativa del Estado o solicitud del concesionario, se procederá a la suscripción de un convenio complementario al referido contrato de concesión. Este convenio acogerá las particulares condiciones a que deba sujetarse la realización de las obras y su repercusión en el régimen de tarifas o en cualquier otro factor del régimen económico o en el plazo de la concesión, quedando facultado el Ministerio de Obras Públicas para incluir en dicho convenio, como compensación, solo uno o varios de esos factores a la vez.

Sin perjuicio de lo anterior, las bases de licitación podrán contemplar mecanismos de compensación, sea en el plazo de la concesión o en cualquiera de los otros factores económicos del contrato vigente para pagar las obras adicionales no previstas en el contrato, en la misma situación del inciso anterior.”

En forma general la antigua normativa prescribe en términos similares la hipótesis en que las partes del contrato de concesión, MOP y Concesionaria, de común acuerdo puedan modificarlo teniendo como razón el que la obra resultare insuficiente para la prestación de los servicios según los estándares y niveles definidos en el mismo contrato. De la misma forma se establece que el equilibrio económico que se altera, producto de las nuevas exigencias impuestas a la obra con cargo a las labor del Concesionario, deben ser compensadas mediante la suscripción de un convenio en el que se estipularán las mejoras y sus características que se deben introducir además de la compensación en términos económicos que el Concesionario debe percibir y la modalidad en que esta se realizará. Sin embargo, el mismo artículo señala que las bases de licitación podrán establecer otros mecanismos mediante los cuales se podrán compensar los gastos del Concesionario y así restablecer el equilibrio.

La nueva normativa señala expresamente que en las bases de licitación se reglará el monto máximo que podrán alcanzar estas inversiones y el plazo máximo en que se podrán realizar, sin embargo regla en el mismo articulado el tope máximo en cuanto a montos y época en que pueden realizarse. En cambio, el artículo 20 aquí analizado deja todo a la discreción de las partes del contrato, no estableció límites en cuanto al monto ni a la época en que éstas pueden ser acordadas o ejecutadas. Esta falta de regulación deja un flanco abierto a eventuales cuestionamientos del sistema, desde la óptica de que uno de los oferentes puede presentar una propuesta con falencias y deficiencias que hacen posible realizar una oferta sub-valorada con tal de asegurar la adjudicación de la concesión y con el tiempo modificar -de mutuo acuerdo- el contrato por no alcanzar los niveles de servicio previamente definidos, y de esta manera lograr

la rentabilidad realmente esperada después de haber despejado el camino de competidores en el proceso de licitación, afectando por una parte al sistema globalmente entendido además de afectar a la comunidad toda por la falta del nivel del servicio esperado, y por otra se extraen indirectamente recursos fiscales defraudando el espíritu de la ley de concesiones.

iii. Acciones u omisiones del Estado que afectan el equilibrio económico del contrato.

Como antes se adelantó la antigua normativa no regula esta hipótesis, no obstante ello se ha intentado por parte de la doctrina darle cabida en el ordenamiento jurídico nacional aludiendo a la institución del *factum principis* o “hecho del príncipe” del Derecho administrativo, y como señala Dolores Rufián referido a las medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, inciden o repercuten sobre él habiéndolo más oneroso para el que contrata con la Administración sin culpa de éste.

Para evidenciar la inclusión de esta hipótesis a través de otras vías, cabe señalar que “la figura no ha sido expresamente recogida en el DFL MOP N° 164, Ley de Concesiones, pero puede entenderse incluida en el sistema de revisión de precios establecido en el inciso 2° de su artículo 19, considerando el hecho del príncipe como una circunstancia sobrevenida al contrato. En efecto, dispone el inciso 3° del artículo mencionado que: “Las bases de licitación establecerán la forma y plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de concesión por causas sobrevinientes que así lo justifiquen”. Entonces,

bajo la figura de la revisión de tarifas, el legislador permite que se efectúe la compensación necesaria para equilibrar financieramente el contrato”⁴⁷.

iv. Modificación del Contrato de Concesión por Aplicación de la teoría de la imprevisión.

A diferencia de lo que sucede en la nueva normativa, esta hipótesis es recogida expresamente en la Ley de Concesiones de Obras Públicas –no sólo en el Reglamento-. La denominada teoría de la imprevisión se encuentra recogida en el artículo 19 inc. 3º, prescribiendo que “Las Bases de Licitación establecerán la forma y el plazo en que el Concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, por causas sobrevivientes que así lo justifiquen, pudiendo hacerlo para uno o varios de esos factores a la vez. En los casos en que las bases no contemplaren estas materias, las controversias que se susciten entre las partes se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 36 de esta Ley”.

De la misma forma que se señaló antes, la teoría de la imprevisión para ser acogida requiere de (1) la ocurrencia de un acontecimiento imprevisible que trastorna gravemente el equilibrio de las prestaciones recíprocas de las partes; (2) que el acontecimiento no sea imputable a alguna de las partes; (3) que la ocurrencia del acontecimiento produzca el efecto de hacer considerablemente más oneroso el cumplimiento de la obligación para el deudor; y (4) el contrato debe ser tracto sucesivo o de plazo diferido. De modo que si la situación de facto cumple con los requisitos aquí señalados, podrá el Concesionario solicitar la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión con tal de que se adopten las medidas

⁴⁷ RUFÍAN LIZANA, Dolores. Manual de Concesiones de Obras Públicas. Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999, p.244.

necesarias, que se hayan establecido en las bases de licitación o que por intermedio de la Comisión Conciliadora se resuelvan, para restituir el equilibrio económico y comercial que ha sido trastocado por la existencia de causas calificadas como sobrevinientes.

C. LA SEGURIDAD JURÍDICA

Podemos entender la seguridad jurídica como aquel principio del derecho mediante el cual podemos conocer con cierto grado de certeza y anticipación aquello que se encuentra permitido, prohibido u ordenado por un ordenamiento jurídico determinado. En otros términos, la seguridad jurídica permite a los individuos tener la certeza de que su situación jurídica no se verá alterada unilateralmente, sino sólo a través de procedimientos regulares y legales establecidos previamente por el sistema jurídico. De esta forma, se asegura a todos los individuos que tanto su persona, como sus bienes y derechos se encuentran protegidos por el ordenamiento.

En materia de concesiones, la seguridad jurídica juega un papel trascendental a la hora de decidir si invertir o no los grandes montos de dinero involucrados en un negocio de esta magnitud. En este ámbito eso sí, la seguridad jurídica no se manifiesta sólo en el sentido más literal de la definición señalada precedentemente, sino que también abarca otro principio fundamental del derecho, como el de igualdad de las partes, así como derechos fundamentales como lo son el de igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

Aún cuando estos principios y derechos se encuentran consagrados por la doctrina y por nuestra Constitución Política, no es del todo fácil sentir y notar el respeto a ellos, sobre todo cuando nuestra contraparte en un proceso es el Estado, sea como Fisco, sea como cualquier organismo dependiente de Él. Es por esta razón, que en materia de concesiones, la seguridad jurídica debe expresarse no sólo en el sentido más clásico de su definición, entendida como la seguridad de que el ordenamiento jurídico tutela y protege nuestros derechos, sino que se requiere ir un poco más allá. Nuestro sistema jurídico comprende un compendio bastante extenso y especializado de normas en materia de concesiones, no obstante, este aspecto por sí mismo no es suficiente, más aun cuando siendo personas naturales o jurídicas nos enfrentamos al Estado en un juicio. Es en este sentido donde la seguridad jurídica requiere de un poco más, y ese poco más se manifiesta otorgando al particular, la seguridad de que se enfrentará al Estado en un terreno neutral, donde no será juzgado por un tribunal dependiente del mismo Estado, sino que por un organismo independiente, conformado por jueces independientes, que no tengan relación con la Administración.

Y es aquí donde Chile ha marcado la diferencia. A través de la ley de Concesiones, tanto en sus inicios como con posterioridad a la reforma, se ha consagrado un sistema de resolución de conflictos que le ha permitido a los particulares enfrentarse a la Administración en un pie de igualdad, evitando las actuaciones arbitrarias de la autoridad, y ante un organismo independiente de éste, que primeramente busca alcanzar el acuerdo entre las partes mediante un proceso conciliatorio y que, en caso de no alcanzarse el acuerdo, resolverá la contienda en un proceso arbitral. Con todo, ningún sistema es perfecto, y como veremos más adelante existen algunas falencias, sobre todo en lo que dice relación con la independencia de los jueces que componen las Comisiones.

CAPÍTULO VI. PROBLEMAS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

El contrato de concesión de obra pública es un espécimen peculiar dentro del género de los contratos, según se ha podido ver en el desarrollo de este trabajo. En esa línea Dolores Rufián destaca su forma escrita como una particularidad esencial del mismo señalando que se construye de la sumatoria de las bases de licitación, la oferta del adjudicatario y el decreto supremo de adjudicación. Asimismo la importancia del bien en cuestión, que obviando las particularidades de las diversas obras públicas existentes, son bienes que han sido definidos por el Estado como públicos lo que envuelve la idea de satisfacción de necesidades sociales, por lo que cualquier demora o retardo en su puesta en marcha afecta directamente a la sociedad y no sólo a las partes del contrato. Sumado a que el plazo extenso que envuelven los contratos de concesión, que obedece a una fórmula económica jurídica de asegurar el retorno de la inversión al adjudicatario, hace que la relación jurídica entre las partes contratantes perdure en el tiempo, de modo tal que una relación de largo aliento y llena de conflictos no es conveniente para ninguna de las partes en términos no sólo económicos sino que de confianza para futuras obras en que quieran participar el o los inversionistas, y además que mella la confianza en el sistema mismo de concesiones. Por ello que un incumplimiento de contrato tal como comúnmente es posible observar en el mundo de la contratación, tendría un efecto devastador debido a la cuantía, bien en cuestión, plazos involucrados, agentes económicos involucrados, imagen país, sociedad, entre muchos otros.

Por lo antes señalado es que el legislador ha tenido especial cuidado al regular la forma en que Concedente y Concesionario se relacionarán a la luz de posibles

conflictos, controversias, discrepancias o divergencias que la interpretación del contrato o la ejecución misma de la obra puedan generar.

EL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

A diferencia de la mayoría de las legislaciones extranjeras, en Chile tanto el D.S. 900 del MOP (antes y después de la reforma introducida por la Ley 20.410) como el Reglamento DFL MOP N°164 de 1991 han contemplado y normado un sistema resolución controversias destinado a dar solución a los conflictos que se produzcan entre las partes de un contrato de concesión con motivo de su celebración y posterior ejecución. De esta manera, nuestra legislación en materia de concesiones ha contemplado desde sus inicios la existencia de un procedimiento y de órganos específicos e independientes de la Administración, orientados a dar solución a las controversias. Así por ejemplo, se contempló en un primer momento la existencia de la Comisión Conciliadora y de la Comisión Arbitral, para dar paso, luego de la reforma, al Panel Técnico. De igual forma se contemplaron procesos conciliatorios y arbitrales, todos regulados a través de las diversas leyes que analizaremos en detalle en el siguiente apartado.

A. Antiguo Sistema De Resolución Controversias

Para hacer frente a las discrepancias que surgieran en la interpretación, aplicación o ejecución del contrato de concesión, el antiguo texto del Decreto Supremo número 900 del Ministerio de Obras Públicas, establecía dos eventuales etapas. Si bien ambas se desarrollaban frente al mismo organismo, denominado “COMISIÓN”, en la primera etapa, esta Comisión tenía como objetivo mediar entre el Estado y las concesionarias (de ahí su nombre de “comisión conciliadora”), buscando que ambas partes logran un acuerdo que pusiera fin al conflicto o controversia suscitado entre ambos; por el contrario, en la segunda etapa, la comisión, que recibía el nombre de “Comisión Arbitral”, tenía como objetivo dar solución al conflicto mediante un fallo, que como ocurre normalmente con los fallos judiciales, pusiera término al conflicto mediante una sentencia que tuviera eficacia de cosa juzgada. Adicionalmente, se consagraba la posibilidad de recurrir directamente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, aunque en este caso, con ciertas limitaciones, como se verá más adelante.

Aunque estas etapas eran idealmente sucesivas, la flexibilidad del sistema instaurado por esta legislación permitía que el concesionario, evitara el trámite conciliatorio, pasando directamente a la comisión arbitral, o en su defecto, recurriendo ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Se hace la salvedad de que, para el MOP, era obligatorio acudir a la Comisión Conciliatoria antes de aplicar alguna de las multas establecidas en la ley.

Finalmente, existía también la posibilidad de que el concesionario, luego de fracasar la conciliación, no recurriera ante ninguno de los organismos señalados anteriormente,

caso en el cual, la decisión ministerial que hubiese dado origen a la intervención de la Comisión Conciliadora quedara firme.

De lo recién expuesto se desprende que un pilar fundamental del antiguo sistema de resolución de controversias, era la comisión conciliadora, que, como veremos más adelante, era un órgano colegiado, que debía encontrarse presente en todos los contratos de concesión de obras públicas y que tenía, como función principal, la de resolver los conflictos que se produjeran entre las partes contratantes, con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar la ejecución del mismo.

En concreto, la introducción de éste órgano conciliador obedeció, principalmente, a razones de igualdad. Esto, porque mediante ella se perseguía limitar la potestad de la Administración sobre el concesionario, permitiendo de esta forma, que ambas partes se encontrasen en un plano de igualdad durante todas las etapas del contrato de concesión. La creación de la Comisión, como órgano independiente del Estado implicó una renuncia, por parte de éste último, a su estatus de superioridad en un contrato con privados.

La Comisión Conciliadora

La Comisión Conciliadora es un órgano arbitral, que tiene como función principal, la de resolver las controversias que se susciten entre las partes contratantes con motivo de la celebración de un contrato de concesión.

De acuerdo al artículo 36 de la antigua Ley de Concesiones de Obras Públicas (D.S. MOP 900 de 1996) y al 84 del Reglamento de esta misma materia, éste órgano está encargado de resolver toda controversia o reclamación producida con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, buscando, como su nombre lo indica, la conciliación entre las partes. Sin embargo, en caso de que no se alcanzara la conciliación en el plazo de 30 días, el concesionario podía solicitar a la comisión, dentro del plazo de 5 días, que se constituyese en comisión arbitral o bien, recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva, para la resolución de la controversia.

Como se desprende de lo recién expuesto, era obligatorio que en cada contrato de concesión funcionara una comisión conciliadora, que resolviera los conflictos suscitados con motivo de éste. Esta obligatoriedad se estableció en el D.F.L. N° 164 y fue perfeccionada por las modificaciones introducidas por las leyes 19.252 de 1993 y 19.460 de 1996.

1. Composición

La comisión conciliadora es un órgano colegiado que se compone de 3 profesionales universitarios de diversas disciplinas, que eran designados de la siguiente forma: uno por el Ministerio de Obras Públicas, uno por el concesionario y otro por designado de común acuerdo por las partes. En caso que no se produjera

acuerdo, este tercer integrante era designado por el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago.⁴⁸

Presidía dicha comisión aquel integrante elegido de común acuerdo, o en su defecto, aquel designado por la Corte de Apelaciones de Santiago en subsidio.

Los integrantes de la comisión conciliadora debían designarse al comienzo de la concesión, sin perjuicio de lo cual, el plazo máximo para ello era de tres meses contados desde el inicio de la concesión. En caso que este hecho no se verificase en el plazo recién señalado, era el Presidente de la Corte de Apelaciones el encargado de su designación⁴⁹.

Además, cada parte debía designar un suplente, el que actuaría en los casos de ausencia o impedimento del miembro titular. A su vez, los integrantes de la comisión podían ser reemplazados cuando fuese necesario o cuando las partes lo estimaren conveniente, pudiendo incluso, reemplazar al presidente de la comisión, siempre que lo hicieran ambas partes de común acuerdo.

Como hemos reiterado en varias oportunidades, la Comisión, tanto en su carácter de Conciliadora como de Arbitral, se estableció como un organismo independiente, conformado por miembros elegidos básicamente de común acuerdo (por cuanto cada parte elegía un integrante y quién presidía era elegido de por acuerdo de partes). No obstante lo anterior, las características propias del sistema en lo que respecta al nombramiento de los integrantes, originaron, en cierta medida, la pérdida de la tan ansiada independencia, por cuanto cada parte designaba a quién considerara más ad-

⁴⁸ DS. MOP 956. Reglamento de Concesiones de Obras Públicas. Artículo 85

⁴⁹ DS. MOP 900 de 1996. Ley de Concesiones de Obras Públicas. Artículo 36

hoc con sus propios intereses, convirtiendo al presidente de la Comisión en el personaje más relevante, no tanto por sus facultades, sino por la relevancia que tenía su opinión en el conflicto. A mayor abundamiento, y teniendo en consideración el funcionamiento del sistema a lo largo de todos estos años, no ha sido raro que hayan sido integrantes dicho organismo variadas personalidades cuyo pasado los han ligado, por una parte, a instituciones privadas vinculadas al negocio de las concesiones, y por otra, a diversos organismos del Estado, principalmente del Ministerio de Obras Públicas. Sin perjuicio de lo anterior, un porcentaje importante de los fallos arbitrales han sido dictados de forma unánime⁵⁰.

2. Funcionamiento

De acuerdo al artículo 85 del reglamento, correspondía a la misma comisión establecer sus normas y procedimientos, señalando en todo caso, que al menos se debía contemplar dentro de ese procedimiento lo siguiente⁵¹:

1. La audiencia de las partes y de los terceros acreedores prendarios, cuando corresponda.
2. Los mecanismos para recibir las pruebas y antecedentes que las partes aporten.
3. El modo en que se le formularán las solicitudes o reclamaciones.
4. Los plazos de respuesta.
5. El mecanismo de notificación que empleará para poner en conocimiento de las partes las resoluciones, o decisiones que adopte.

⁵⁰ BARBERIS MARTÍN, Andrés. Op. Cit. p.23.

⁵¹ DS. MOP 956. Reglamento de Concesiones de Obras Públicas. Artículo 85

Es menester señalar, que una vez planteada una reclamación ante la comisión conciliadora, los efectos de la resolución ministerial reclamada podían suspenderse si el recurrente así lo solicitaba a la comisión, dando origen a una verdadera Orden de No Innovar⁵².

En los casos en que la Comisión no alcanzaba el acuerdo en los plazos señalados (30 días), era facultativo para el concesionario, dentro de los 5 días siguientes, solicitar a la Comisión conciliadora que se constituyera en Comisión arbitral, o bien, recurrir ante la Corte de Apelaciones, todo dentro del mismo plazo⁵³.

Para el caso en que la Comisión se constituyese en arbitral, ésta resolvía la cuestión de acuerdo a las normas procedimentales dadas para los árbitros arbitradores, establecidas en el artículos 223 inciso tercero del Código Orgánico de Tribunales, según las cuales, “El arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil”⁵⁴. Así también lo señalaba el artículo 90 N°2 del Reglamento de Concesiones, indicando que “cuando la Comisión actúe como Comisión Arbitral, se aplicarán las normas correspondientes a los árbitros arbitradores del Código de Procedimiento Civil”.

En consecuencia, la Comisión arbitral podía fallar de acuerdo a la prudencia y la equidad, pudiendo por tanto, alejarse de la ley para emitir su fallo; y, más aún, teniendo en consideración que de acuerdo al artículo 1545 de nuestro Código Civil “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes...”, la Comisión podía

⁵² DS. MOP 900 de 1996. Ley de Concesiones de Obras Públicas. Artículo 36 inciso 4.

⁵³ DS. MOP 900 de 1996. Ley de Concesiones de Obras Públicas. Artículo 36.

⁵⁴ Código Orgánico de Tribunales. Artículo 223.

alejarse incluso del tenor literal del contrato, privilegiando la intención de las partes contratantes.

Finalmente, el antiguo artículo 36 del DFL MOP N°900, señalaba que la Comisión Arbitral disponía del plazo de 30 días para fallar, señalando además, que dicho fallo no era susceptible de recurso alguno, exceptuándose sólo el Recurso de Queja, por cuanto éste, tal como lo establece el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales "...tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional. Sólo procederá cuando la falta o abuso..."; esto es, recurrir en contra de la actuación ilegal del árbitro que lo dictó. Es menester señalar que frente a la Comisión Arbitral también era procedente la Orden de No Innovar, con la diferencia que en este caso, la suspensión de los efectos de la resolución del Ministerio de Obras Públicas que motivó el reclamo se producía de forma automática⁵⁵.

Por el contrario, si se optaba por recurrir ante la Corte de Apelaciones, el recurso interpuesto se tramitaba en conformidad al procedimiento establecido en los artículos 69 a 71 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, y a las disposiciones que el mismo artículo 36 del DS MOP N° 900 de 1996 señalaba, a saber:

- a) No era exigible boleta de consignación.
- b) El traslado del recurso se daría al Director General de Obras Públicas.

⁵⁵ DS. 900 MOP de 1996. Ley de Concesiones de Obras Públicas. Artículo 36 inciso 5.

3. Funciones

De acuerdo a lo que prescribía el artículo 86 del Reglamento de Concesiones de Obras Públicas, antes de la modificación, la comisión conciliadora podía intervenir de tres formas:

1) A solicitud del Ministerio de Obras Públicas⁵⁶⁵⁷. La Intervención a solicitud del MOP, era procedente en los siguientes casos:

a. Para la aplicación, por parte del MOP, de multas por montos que fueran iguales o superiores a las 500 UTM. De acuerdo a lo establecido por la ley, es el Ministerio de Obras Públicas el encargado de la fiscalización del contrato de concesión. Es sobre él que recae la tarea de identificar y proceder, si correspondiere, a sancionar las conductas infraccionales de las Concesionarias, según lo dispone el artículo 29 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas. No obstante, el mismo artículo 29 hace una distinción en relación al procedimiento sancionatorio a seguir, dependiendo de la cuantía de la multa.

⁵⁶ YÁÑEZ BENITEZ, Rodrigo. Óp. Cit. p. 7-8.

⁵⁷ FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. Óp. Cit. p. 10-11.

- **Multas inferiores a 500 UTM.**

En estos casos la Dirección del MOP correspondiente, sancionará al concesionario con la multa que las respectivas bases de licitación establezcan para la situación precisa incumplida. Por regla general, las bases de licitación han establecido que es el Inspector Fiscal quien notificará la sanción impuesta, para lo cual podrá valerse, ante el silencio de las bases de licitación, del Libro de Obras o cualquier otro mecanismo que cumpla con la función de dar fe de la fecha de notificación. Esto importa, porque es desde esta fecha que comienza a correr el plazo para pagar la multa.

Existe en favor de la concesionaria el derecho de concurrir ante la Comisión Conciliadora en las situaciones en que esta considere injusta la multa sea porque estime que su conducta no es objeto de infracción, o bien, que la pena impuesta no se condice con lo establecido en las bases de licitación. La labor jurisdiccional a especie de segunda instancia de la Comisión, deberá centrarse en la constatación de que la acción u omisión del concesionario ha sido efectivamente constitutivo de infracción y si es que la multa impuesta se ciñe a lo establecido en las bases de licitación.

- **Multas iguales o superiores a 500 UTM.**

En esta situación será requisito sine qua non para la imposición de la sanción, que la Dirección del MOP correspondiente solicite el pronunciamiento previo favorable de la Comisión Conciliadora. Ésta, al igual que en el caso anterior, deberá comprobar la ilicitud de la acción u omisión que se le imputa al concesionario y si la magnitud de la multa corresponde de acuerdo a las bases de licitación.

Como vemos, el MOP no se encontraba autorizado para imponer una multa que excediera de 500 UTM, por tanto, su aplicación correspondía exclusivamente a la comisión conciliadora, según lo establecían los artículos 29 y 30 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas al señalar:

Artículo 29: “...En caso de incumplimiento, podrá imponer al concesionario las sanciones y multas que el reglamento y las bases de licitación establezcan, siempre que éstas sean inferiores a 500 unidades tributarias mensuales...”

Artículo 30: “En conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, la Dirección correspondiente, previo pronunciamiento favorable de la Comisión Conciliadora a que se refiere el Artículo 36º estará facultada para:

1.- Imponer al concesionario las multas que las bases administrativas establezcan, cuando éstas fueren iguales o superiores a 500 unidades tributarias mensuales;...”

b. Para declarar temporalmente suspendida la concesión en virtud de alguna de las causales que señalaba el artículo 26 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas. En este caso, la suspensión temporal podía ocurrir, por ejemplo, en casos de guerra externa, conmoción interior o fuerza mayor que impidiesen la prestación del servicio, cuando se produjera una destrucción parcial de la obra o sus elementos que impidiera su utilización por cierto período de tiempo; o por cualquiera causa establecida en las Bases de Licitación.

c. Para la declaración de incumplimiento grave por parte del concesionario. En este caso, la declaración de incumplimiento grave era una causal de extinción del contrato de concesión. De acuerdo a lo que prescribía el artículo 28 de la Ley de Concesiones,

para que se declarase el incumplimiento grave era necesario que hubiese solicitud del MOP, la cual debía fundarse alguna de las causales establecidas en el contrato de concesión o en las bases de licitación. Finalmente, el artículo 28 señalaba que frente a la solicitud, la comisión resolvía como comisión arbitral.

d. Para los casos en que el concesionario abandonase la obra o interrumpiese injustificadamente el servicio. Al igual que en el caso anterior, no era necesaria la instancia conciliatoria, debiendo resolver la comisión en su carácter de arbitral.

e. En todos aquellos casos que estuviesen contemplados en el contrato de concesión o en que el MOP considerase conveniente la intervención de la comisión.

2) A solicitud del concesionario⁵⁸⁵⁹. De acuerdo a lo que establecía el Artículo 88 del Reglamento de Concesiones, la concesionaria también disponía de una instancia en la cual podía recurrir a la Comisión Conciliadora a fin de resolver los conflictos suscitados a causa de las indemnizaciones a que tuviese derecho, según lo establecía la Ley, el Reglamento o Las Bases de Licitación. Estas indemnizaciones provenían de los perjuicios ocasionados por:

a. La modificación de las características y servicios contratados, efectuados por el MOP, por razones de interés público, tal como lo señalaba el artículo 19 de la Ley de Concesiones.

b. Circunstancias sobrevinientes a la celebración del contrato, frente a las cuales el concesionario podía solicitar que se revisara el sistema tarifario, su fórmula de reajuste

⁵⁸ YÁÑEZ BENITEZ, Rodrigo. Óp. Cit. p. 8.

⁵⁹ FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. Óp. Cit. p. 10-11

o del plazo de concesión, siempre que estas materias no estuvieran previstas en el contrato de concesión o en las bases de licitación.

- c. La suspensión de la concesión.
- d. Los retrasos imputables al Fisco durante el período de la construcción.
- e. Interrupción del servicio por motivos de fuerza mayor o caso fortuito.
- f. Cuando se produzca alguna controversia con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o reclamaciones relativas a su ejecución.

Este sistema de resolución de conflictos, fue modificado por la ley número 20.410 del año dos mil diez, que modifica la Ley de Concesiones. En particular, mediante esta modificación se pretendió subsanar el que a juicio de algunos, era un importante defecto del sistema vigente a esa época, el cual quedará graficado a continuación.

Como lo demuestra la tabla número uno⁶⁰, adherida a continuación, hasta el año dos mil cinco en Chile se habían concesionado cuarenta y dos obras de infraestructura, entre carreteras (tanto urbanas como interurbanas), autopistas, aeropuertos, cárceles y embalses. De todas ellas, en veintidós se había producido algún reclamo en su respectiva comisión conciliadora, generando un total de sesenta y seis disputas. Frente a ellas, la Comisión Conciliadora había propuesto cincuenta y cinco conciliaciones, de las cuales sólo se acogieron diecisiete, esto es, el treinta y uno por ciento de ellas. En los demás casos, los concesionarios exigieron que la Comisión se constituyera en arbitral. En ningún caso se recurrió a la corte de apelaciones.

⁶⁰ JADRESIC, Alejandro. "Solución de Controversias Mediante Comisiones de Expertos en Chile". Serie "En Foco". p.11. [en línea] <http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/08052007140306.pdf>

Tabla 1
Disputas en concesiones de obras públicas (hasta 2005)

Tipo concesión	Otorgadas	Con reclamos fallados	Reclamos presentados	Conciliaciones propuestas	Conciliaciones acogidas	Arbitrales constituidas	Arbitrales falladas
Vial	19	15	45	38	14	24	17
Vial urbana	6	1	1	1	1	0	0
Aeropuerto	8	4	12	12	1	11	5
Cárceles	8	1	6	4	1	3	0
Embalses	1	1	2	0	0	0	0
Total	42	22	66	55	17	38	22
		52%			31%		58%

Fuente: Elaboración propia a partir de información del MOP.

Nota 1: 4 de los 66 reclamos fueron presentados por el MOP y 1 por ambas partes.

Nota 2: Sólo se consideran reclamos de las 22 concesiones que tienen al menos un reclamo resuelto.

Este dato pone de manifiesto una de las principales críticas que se le formuló al antiguo sistema de resolución de conflictos: la conveniencia o inconveniencia de mantener el proceso conciliatorio. A la baja cantidad de controversias resueltas mediante conciliación, se sumaba el hecho de que en la práctica, los procesos conciliatorios excedían largamente los plazos señalados por la ley para arribar a un acuerdo, por cuanto ellos tendieron a perder su carácter de amigable composición, pasando a tomar la forma y los caracteres de los juicios de lato conocimiento, existiendo marcados períodos de discusión y prueba, para finalizar con la proposición de las bases de conciliación. Si con todos estos procedimientos el proceso ya se había vuelto extenso, el hecho de que las bases de conciliación fueran normalmente rechazadas por las partes, implicaba volver a conocer todo el proceso nuevamente, esta vez, por la Comisión Arbitral, lo que claramente era redundante, más aún si tenemos en consideración, que quienes conocían del juicio arbitral eran los mismos jueces que habían propuesto las bases de conciliación, por lo que lo más probable era que finalmente el fallo estableciera lo mismo que las bases propuestas con anterioridad.

Siguiendo en la misma línea anterior, podemos mencionar otra importante falencia de la que adolecía el sistema de resolución de conflictos antes de la reforma, y que dice relación con la efectiva ejecución del fallo emitido por la Comisión Arbitral, es decir, con la inexistencia de facultades coercitivas de parte del tribunal arbitral para obligar al condenado a dar efectivo cumplimiento a la resolución. Como mencionábamos anteriormente, las bases de conciliación propuestas por la Comisión fueron recurrentemente desechadas por las partes, acudiendo definitivamente al juicio arbitral. En esta instancia, fue una constante que frente a fallos favorables a los concesionarios, existiera un alto grado de incertidumbre en cuanto a la forma en que el Concedente daría cumplimiento a la sentencia. De esta manera, en la mayoría de los casos, el cumplimiento de los fallos se realizó mediante negociaciones de convenios complementarios en los que se pactaban formas de pago radicalmente distintas de aquellas determinadas por la sentencia y que favorecían primordialmente al Concedente⁶¹.

A continuación, en la tabla número dos⁶², se detallan aquellos reclamos en los cuales las concesionarias demandaron compensaciones económicas al MOP. El monto total demandado, al año dos mil cinco, alcanza la suma de 31 Millones de Unidades de Fomento. De ellos, se habían fallado causas por un monto cercano a los 10 millones, habiéndose concedido –entre conciliaciones y fallos arbitrales- alrededor de 4.7, es decir, el 47% de lo solicitado. Dichos montos fueron cubiertos, en algunos casos, mediante el pago efectivo de la indemnización, mientras que en otros, se compensó a través de cambios en las condiciones de la concesión, como plazos de duración o de tarifas.

⁶¹ BARBERIS MARTÍN, Andrés. Óp. Cit. p.40.

⁶² JADRESIC, Alejandro. Óp. Cit. p.12.

Tabla 2
Compensaciones monetarias a concesionarios de obras públicas

Tipo concesión	Reclamos monetarios	Monto reclamado UF	Monto resuelto UF	Monto otorgado UF
Vial	31	24.763.179	7.822.711	4.675.439
Vial urbana	1	351	351	-
Aeropuerto	11	2.850.051	2.289.891	63.575
Cárceles	3	4.081.100	-	-
Embalses	2	1.930	-	-
Total	48 73%	31.696.611	10.112.953	4.739.014 47%

Fuente: Elaboración propia en base a información del MOP.

Nota: Se consideran reclamos con cuantificación expresa de compensación.

A partir de lo anterior, y a la luz de los resultados obtenidos por el Ministerio de Obras Públicas en los juicios arbitrales seguidos contra los Concesionarios (graficadas en las tablas de resultados recién expuestas), es que se ha criticado abiertamente al sistema y se propusieron los cambios que hoy en día quedaron plasmados en la Ley 20.410. En opinión de algunos personeros de Gobierno y de varios parlamentarios, el sistema de resolución de conflictos concebido bajo el amparo del D.S. 900 de 1991, era eminentemente garantista para con los Concesionarios. De hecho, se ha señalado, entre otras cosas, que el sistema “genera incentivos a esos privados para acudir a ellas (las comisiones arbitradoras) con posterioridad a la adjudicación del contrato, al serles supuestamente más fácil ganar el litigio, con el actual mecanismo”⁶³. Por su parte, el Economista y Profesor Investigador del Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile, señor Ronald Fischer⁶⁴ señaló que “El sistema actual de solución de las controversias favorece en demasía a los concesionarios y los cambios propuestos en la modificación legal resolverán algunas de estas situaciones que han generado grandes costos para el Fisco y para los usuarios por el atraso de las obras.”

⁶³ YÁÑEZ BENITEZ, Rodrigo. Óp. Cit. P. 5-6.

⁶⁴ Historia de la Ley N° 20.410. Modifica la Ley de Concesiones de Obras Públicas y otras normas que indica.

Lo cierto es que los resultados, en términos numéricos, esconden datos relevantes a la hora de evaluar el sistema y los resultados obtenidos. De esta manera, si bien es cierto que el sistema de resolución de conflictos implicó un costo económico importante para el Estado, no es menos cierto que la causa de los resultados es, en gran parte, responsabilidad de Él mismo. Por lo tanto, responsabilizar al sistema de resolución de conflictos de los magros resultados obtenidos, implica también desconocer la justicia de la pretensión exigida por los concesionarios, sobre todo teniendo en cuenta lo señalado precedentemente, en relación a la responsabilidad que le compete al Estado en el ineficiente desarrollo de sus funciones y sus absolutas deficiencias de gestión. De esta forma, basta con analizar las causales por las cuales el Fisco ha sido condenado para darse cuenta de que en realidad, no es que el sistema sea excesivamente garantista con los Concesionarios, sino que el Estado ha contribuido en gran medida a que se hayan dado estos resultados. Así, las causales más comunes por las que se ha condenado al Estado a pagar indemnizaciones a los privados son, en primer lugar, el retraso en los procesos expropiatorios. Como señalamos anteriormente, esta función corresponde exclusivamente al Estado, y por tanto, cualquier retraso en este proceso implica también atrasos en el desarrollo de las funciones de las concesionarias, lo que se traduce en mayores costos de construcción, además del evidente costo social que produce un atraso en la entrega de obras públicas. Una segunda causal recurrente de los fallos contrarios a los intereses del Fisco ha sido el aumento de obras, realizados con posterioridad a la adjudicación del contrato de concesión. Es evidente, que si el mismo estado, a través de cualquiera de sus organismos (trátese del mismo Ministerio, del Serviu o de las mismas Municipalidades) exige al Concesionario aumentar las obras, este aumento trae consigo un aumento también en los costos que representa la ejecución de la obra para él, por lo que corresponde que el Estado se haga cargo de restituir al Concesionario los mayores gastos en que haya debido incurrir.

A mayor abundamiento, el retraso en los procesos expropiatorios y las consecuencias económicas que trajo consigo para el Erario Nacional eran defectos conocidos y reconocidos por el Ministerio de Obras Públicas. De hecho, durante el año

2005 el Ministerio suscribió un Protocolo de Entendimiento y Colaboración Mutua con el Consejo de Defensa del Estado (organismo a través del cual se materializan las expropiaciones) a fin de “detectar y subsanar aquellas falencias que se presentaron en la tramitación de los procesos expropiatorios anteriores, a fin de perfeccionar los procedimientos y acciones comunes en pro de una más eficiente defensa del interés fiscal”⁶⁵.

Pese a que nuestro País alcanzó rápidamente un alto nivel de desarrollo en materia de concesiones (hagamos hincapié en que llevamos apenas 20 años de desarrollo de la materia) y que los resultados en términos generales han sido más que satisfactorios, no es menos cierto que el sistema en sí mismo, se ha ido desarrollando sobre la marcha, por lo que los errores y resultados negativos que se hayan podido registrar debían haber sido previamente asumidos y aceptados. Desde este punto de vista, corresponde al Estado asumir la responsabilidad que conlleva, por ejemplo, los atrasos producidos en materia de expropiaciones, los cuales probablemente nunca fueron pensados con anterioridad al comienzo de este plan de Concesiones de Obras Públicas.

No obstante lo anterior, la opinión que predominó fue aquella que señalaba que el sistema era demasiado garantista con los Concesionarios, por lo que el D.S. 900 del MOP fue modificado por la Ley 20.410 del año 2010, la que pasaremos a revisar a continuación.

⁶⁵ YÁÑEZ BENITEZ, Rodrigo. Óp. Cit. p. 18.

B. La Ley 20.410 y La Introducción Del Panel Técnico o “Dispute Board”

Durante el Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet Jeria se inició la tramitación de un proyecto de ley de reforma a la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Dicha reforma, estaba orientada a alcanzar y garantizar el cumplimiento de determinados niveles de servicio y estándares técnicos en dichas obras; aumentar la transparencia de los contratos de concesión, velando simultáneamente por las condiciones de libre competencia y equidad en la adjudicación de los mismos; perfeccionar el mecanismo de resolución de controversias entre el Estado y las sociedades concesionarias y dotar al Estado de herramientas más eficientes para resguardar el interés fiscal⁶⁶.

La necesidad de reformular nuestra legislación en materia de obras públicas es consecuencia del incremento sustancial de las necesidades en dicha área, las cuales a su vez, inciden de forma trascendente en la calidad de vida de quienes habitamos este país. De acuerdo a lo indicado en el Mensaje Presidencial que dio inicio al proyecto, “La continuación de los esfuerzos del Estado por satisfacer las demandas de infraestructura que requiere el país -condición indispensable para nuestro desarrollo económico y social-, hace necesario comprometer niveles de servicio que, a la vez, sean eficiente y efectivamente fiscalizados.

Progresivamente, tanto los usuarios de las obras públicas como la ciudadanía en general, exigen una adecuada calidad del servicio que reciben, razón por la cual es indispensable contar con una institucionalidad que facilite o canalice dicha demanda y les asegure su exigibilidad, y por consiguiente, la calidad del servicio de la obra pública.

⁶⁶ Historia de la Ley N° 20.410. Modifica la Ley de Concesiones de Obras Públicas y otras normas que indica. P.26.

El objetivo de política pública que se pretende alcanzar se orienta a garantizar el cumplimiento de determinados niveles de servicio y estándares técnicos; aumentar la transparencia de los contratos velando, simultáneamente por las condiciones de libre competencia y equidad en la adjudicación de los mismos; perfeccionar el mecanismo de resolución de controversias y dotar al Estado de herramientas más eficientes para resguardar el interés fiscal.

Para la obtención de aquellos fines, el Ministerio de Obras Públicas ha considerado necesario proponer mejoras a la Ley de Concesiones...”⁶⁷

De los objetivos que se buscaba alcanzar con la reforma, en este trabajo sólo trataremos aquél que dice relación con el perfeccionamiento del sistema de resolución de controversias entre el Estado y los Concesionarios. De esta manera, la reforma introducida mediante la Ley 20.410, trajo importantes cambios, como la introducción del denominado Panel Técnico o las facultades de árbitros mixtos que se les concedió a la Comisión Arbitral.

El Panel Técnico o “Dispute Board”

La ley número 20.410 del año 2010, introdujo importantes cambios a nivel institucional, principalmente a través de la creación del denominado “Panel Técnico” o “*Dispute Board*”, como se conoce internacionalmente. Se trata de un órgano consultor

⁶⁷ *Ibidem*. p. 4.

permanente⁶⁸, cuya función principal está circunscrita a la resolución de las controversias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato. Además, de acuerdo a lo prescrito expresamente por la ley, este nuevo órgano, de carácter meramente consultivo, no ejerce jurisdicción, puesto que sus informes, sutilmente llamados “recomendaciones técnicas”, no revisten carácter de vinculantes para las partes.⁶⁹

1. Composición

El Panel Técnico estará integrado sólo por profesionales expertos en materia técnica o económica de las concesiones de obras públicas que además, hayan destacado profesional o académicamente en dichas materias.

De acuerdo a lo señalado por el artículo 36 inciso 7º de la ley, el Panel estará compuesto por dos abogados, dos ingenieros y un profesional especializado en ciencias económicas o financieras.⁷⁰ De estos, uno de los dos abogados deberá ejercer el cargo de secretario. Además, uno de los restantes cuatro miembros del Panel, ejercerá por el plazo de tres años, el cargo de presidente⁷¹, teniendo como

⁶⁸ RAMÍREZ ARRAYÁS, José Antonio. Concesiones de Obras Públicas. Análisis de la Institucionalidad Chilena. P. 107.

⁶⁹ Ley N° 20.410. Modifica La Ley de Concesiones de Obras Públicas. Año 2010. Artículo 36 incisos 1 y 2. “Las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión, podrán someterse a la consideración de un Panel Técnico a solicitud de cualquiera de ellas.

El Panel Técnico, que no ejercerá jurisdicción, deberá emitir, de acuerdo con el procedimiento público establecido en el reglamento, una recomendación técnica, debidamente fundada, dentro del plazo de 30 días corridos, prorrogable por una vez, contado desde la presentación de la discrepancia. La recomendación será notificada a las partes y no tendrá carácter vinculante para ellas.”

⁷⁰ Ley N° 20.410. Modifica La Ley de Concesiones de Obras Públicas. Año 2010. Artículo 36 inciso 7.

⁷¹ RAMÍREZ ARRAYÁS, José Antonio. Óp. Cit. p. 109.

principal labor, la de dirimir las contiendas en caso de empate de votos. El presidente será elegido por los demás integrantes del Panel Técnico, inmediatamente después de constituido éste.

Entre las inhabilidades e incompatibilidades para ser miembro integrante del Panel se señalan las siguientes: a) Estar o haber estado, dentro de los doce meses anteriores a su designación, relacionados con alguna empresa concesionaria de obras públicas o con alguna empresa constructora o de ingeniería subcontratista de los concesionarios; b) Estar o haber estado, dentro de los doce meses anteriores a su designación, relacionados con el Ministerio de Obras Públicas, ser dependiente del mismo u otro servicio público o prestar servicios remunerados a dicho Ministerio o a otros servicios públicos vinculados directa o indirectamente a la actividad concesionaria⁷². Además, dichas inhabilidades e incompatibilidades se mantendrán por el período de un año, contado desde que se ha terminado de ejercer el cargo en el Panel Técnico. Esto con el objeto de mantener la independencia y objetividad frente a las partes del conflicto.⁷³

El nombramiento de los integrantes del Panel Técnico lo realiza el Consejo de Alta Dirección Pública⁷⁴, mediante concurso público de antecedentes, el cual deberá realizarse en el plazo máximo de 60 días corridos. Finalmente, el nombramiento se realiza mediante resolución del Ministerio de Obras Públicas.

⁷² Ley N° 20.410. Modifica La Ley de Concesiones de Obras Públicas. Año 2010. Artículo 36 inciso 7.

⁷³ RAMÍREZ ARRAYÁS, José Antonio. Óp. Cit. p. 108.

⁷⁴ El Consejo de Alta Dirección Pública es un organismo creado por la Ley 19.882, el cual de acuerdo a lo señalado en la página web del Servicio Civil “está inserto en la estructura de la Dirección Nacional del Servicio Civil 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 de los proceso de selección del SADP y además, garantizar su confidencialidad.

El CADP está conformado por el Director Nacional del Servicio Civil, que lo preside y por cuatro consejeros/as designados por el Presidente de la República, para un período de seis años, ratificados por el Senado y elegidos alternadamente por duplas cada tres años.” [en línea]: <http://www.serviciocivil.gob.cl/node/7>.

Los miembros del Panel permanecerán en sus cargos por el plazo de 6 años, debiendo renovarse parcialmente cada tres, comenzando por los abogados. A su vez, no tendrán posibilidad de ser designados para períodos sucesivos.

Se ha establecido que para sesionar se requiere de un mínimo de tres integrantes presentes, exigiéndose que al menos dos de ellos no sean abogados cuando se trate de controversias producidas durante el período de construcción. El panel adoptará sus acuerdos por simple mayoría de sus miembros integrantes, debiendo, en caso de empate, dirimir el presidente⁷⁵.

Respecto a los gastos que origine el Panel Técnico, la ley es clara al señalar que éstos serán compartidos entre el Ministerio de Obras Públicas y los Concesionarios. De esta forma, se señala que será el Ministerio quién financiará todos los gastos de administración y funcionamiento del Panel, mientras que respecto de los honorarios de sus miembros, sólo le corresponderá abonar el 50% de éstos, correspondiendo a las Concesionarias el pago del 50% restante, según la prorrata establecida en el Reglamento. Respecto a los honorarios de los integrantes del Panel, cabe mencionar que éstos se encuentran establecidos por la propia ley 20.410, determinando el honorario fijo de sus miembros y el máximo variable, que depende del número de sesiones mensuales a las que asistan.

⁷⁵ Ley N° 20.410. Modifica La Ley de Concesiones de Obras Públicas. Año 2010. Artículo 36 inciso 11.

2. Funciones

Como señalábamos anteriormente, al Panel Técnico le corresponde principalmente la misión de resolver, mediante una recomendación técnica de carácter no vinculante, las controversias técnicas o económicas que se susciten entre las partes, durante la ejecución del contrato de concesión.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 36 inciso 4º de la Ley 20.410, pueden someterse a la consideración del Panel todas las controversias generadas durante la ejecución del contrato de concesión y que digan relación con⁷⁶:

- 1.- La evaluación técnica y económica de las inversiones realizadas por el concesionario, de su estado de avance, de sus costos y plazos, conforme a los 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 de que el valor de las inversiones haya 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

⁷⁶ Ley N° 20.410. Modifica La Ley de Concesiones de Obras Públicas. Año 2010. Artículo 36 inciso 4.

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.

Frente a la controversia, al Panel Técnico le corresponde la obligación de emitir, en un plazo de treinta días corridos, una “recomendación técnica” debidamente fundamentada. Este plazo de treinta días se cuenta desde la presentación de la discrepancia al Panel y podrá prorrogarse por una sola vez. La recomendación técnica pronunciada por el Panel no será vinculante para las partes, por lo que no les será obligatorio obedecer a lo señalado en ella. Esto, en razón de que el Panel Técnico es un órgano que no está dotado de jurisdicción.

La presentación de una discrepancia técnica o económica ante el Panel y su posterior consideración por parte de éste, no obsta a la facultad del concesionario para posteriormente, ejercer la acción correspondiente frente a la Comisión Arbitral o ante la Corte de Apelaciones, aunque la controversia verse sobre el mismo asunto. Esta es una consecuencia de la falta de jurisdicción del Panel y la consecuente carencia del efecto de cosa juzgada de la recomendación técnica. No obstante esto, dicha recomendación podrá ser considerada por la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones como un antecedente relevante a la hora de dictar su sentencia.

Sin perjuicio de que la facultad para solicitar el pronunciamiento de la Comisión o de la Corte le corresponde a ambas partes del contrato, es un requisito sine qua non que

previamente se haya presentado la correspondiente controversia o discrepancia ante el Panel Técnico.⁷⁷

Finalmente, cabe destacar la facultad del Panel Técnico para solicitar, tanto a concesionarios como al Ministerio de Obras Públicas, todos los antecedentes económicos o técnicos que considere necesarios para la emisión de su dictamen. Además, la ley ha señalado que la presentación de una discrepancia ante el Panel, referida a la dictación de una resolución del Ministerio de Obras Públicas, no suspenderá sus efectos.⁷⁸

3. Funcionamiento

El Panel Técnico deberá sesionar y adoptar sus decisiones con un quórum mínimo de 3 integrantes, de los cuales al menos 2 de ellos no deberán ser abogados. Esto en razón del carácter técnico de otras disciplinas que se requieren para emitir un pronunciamiento.

Por otra parte, para la emisión de la recomendación técnica, se requiere un quórum de mayoría simple de los miembros presentes.

⁷⁷ RAMÍREZ ARRAYÁS, José Antonio. Óp. Cit. p. 109.

⁷⁸ Ley N° 20.410. Modifica La Ley de Concesiones de Obras Públicas. Año 2010. Artículo 36 inciso 5.

La Comisión Arbitral

Si bien la Comisión Arbitral fue instituida como tal con la dictación del Decreto Supremo Número 900 del año 1991 (bajo el amparo de esta ley se conocía principalmente como Comisión Conciliadora), la reforma introducida por la Ley 20.410 modificó de forma sustancial elementos fundamentales de ella, tales como su composición o su funcionamiento, por lo que bien vale la pena analizar los principales cambios sufridos por este órgano.

La función principal de la Comisión es la de resolver, mediante un juicio de autoridad, las controversias que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución. Como vemos, en este punto no existe diferencia con respecto a la antigua Comisión. No obstante, existe una diferencia sustancial entre ambas: Hasta antes de la reforma, la Comisión, en la primera etapa del procedimiento, no era Arbitral sino que Conciliadora (de ahí su nombre), adquiriendo posteriormente el carácter de Arbitral si la conciliación no se alcanzaba en el plazo de 30 días.

1. Composición

En relación con la composición de la Comisión Arbitral, la Ley 20.410 mantiene el número de integrantes en 3, sin embargo, establece una diferencia notable en torno a

la idoneidad de ellos en relación con el cargo. Antes de la reforma, la Ley sólo indicaba que la Comisión se compondría por un profesional designado por el Ministerio de Obras Públicas, uno designado por la empresa concesionaria y un tercero designado por ambas partes de común acuerdo, quién además, que presidiría el organismo. Si dentro de 30 días no se alcanzaba el acuerdo, la designación corría por cuenta del presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago⁷⁹. A partir de la reforma, la Comisión deberá integrarse por tres profesionales elegidos de común acuerdo por las partes, todos los cuales deberán haber destacado profesional o académicamente y tener a lo menos diez años de ejercicio de la profesión. A falta de acuerdo, el nombramiento será realizado por sorteo celebrado ante el secretario del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de entre los candidatos que integren las nóminas de expertos confeccionadas para tal efecto.

De los tres integrantes, se exige que al menos dos sean abogados, teniendo uno de ellos la obligación de presidir la Comisión.

Respecto al nombramiento, todos los miembros serán elegidos de común acuerdo entre las partes a partir de dos nóminas de expertos, una de ellas compuesta sólo por abogados y confeccionada por la Corte Suprema y la otra compuesta sólo por profesionales de otras áreas, designados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia⁸⁰. Se establece además, que los integrantes de dichas nóminas serán elegidos por concurso público de antecedentes.

La ley 20.410 establece asimismo, las inhabilidades e incompatibilidades a las que estarán afectos los integrantes de las nóminas y por tanto de la Comisión Arbitral, siendo éstas muy similares a las que afectan a los integrantes del Panel Técnico. De

⁷⁹ Decreto Supremo Número 900 del Ministerio de Obras Públicas. Fija Texto Refundido, Coordinado Y Sistematizado del DFL MOP N° 164 de 1991. Artículo 36 inciso 1°.

⁸⁰ Ley N° 20.410. Modifica La Ley de Concesiones de Obras Públicas. Año 2010. Artículo 36 bis, inciso 2°.

esta forma, no podrán integrar la Comisión aquellas personas que tengan relación con empresas concesionarias de obras públicas o con empresas constructoras o de ingeniería subcontratistas de los concesionarios, o que hayan tenido relación con éstas en los últimos doce meses previos a su designación. De la misma manera, no podrán integrar la Comisión, aquellos que tengan o hayan tenido relación dentro de los últimos doce meses, con el Ministerio de Obras Públicas, siendo dependientes del mismo u otros servicios públicos o prestando servicios remunerados a dicho Ministerio o a otros servicios públicos relacionados directa o indirectamente a la actividad de las concesiones⁸¹.

Las nóminas de expertos serán renovadas cada 5 años, no pudiendo ser parte de ellas ningún profesional por más de 15 años, consecutivos o no.

Al igual que antes de la reforma, cada contrato de concesión deberá tener asignada una Comisión Arbitral, la cual regirá durante toda la vigencia del respectivo contrato con el fin de “favorecer la previsibilidad de sus decisiones”⁸². Respecto al momento de la designación de los miembros de la Comisión, esta, al igual que antes, se producirá al inicio de la respectiva concesión, debiendo quedar constituida dentro de treinta días.

Consecuencia de lo anterior es que los integrantes de la Comisión también permanecerán en sus cargos mientras el contrato de concesión se encuentre vigente y siempre que no concurra alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad, no pudiendo ser reemplazados sino por mutuo acuerdo y siempre que hayan transcurrido más de tres años desde su nombramiento y que no se encuentren actualmente conociendo de una reclamación⁸³. El derecho a solicitar el reemplazo de alguno de los miembros de la

⁸¹ Ley N° 20.410. Modifica La Ley de Concesiones de Obras Públicas. Año 2010. Artículo 36 bis, inciso 3°.

⁸² RAMÍREZ ARRAYÁS, José Antonio. Óp. Cit. p. 112.

⁸³ Ley N° 20.410. Modifica La Ley de Concesiones de Obras Públicas. Año 2010. Artículo 36 bis, inciso 6°.

Comisión sólo podrá ejercerse una vez. Por el contrario, antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.410, los miembros de la Comisión Conciliadora podían ser reemplazados libremente cuando las partes lo consideraran necesario y cuantas veces lo requiriesen.

Finalmente, la ley ha estipulado que los gastos por concepto de honorarios de los integrantes de la Comisión serán divididos por partes iguales entre el Ministerio de Obras Públicas y la empresa concesionaria, respetando siempre la forma y los límites señalados por el reglamento.

2. Función

Como bien lo señala el artículo 36 bis de la Ley 20.410, a la Comisión Arbitral le corresponderá conocer y resolver todas las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión. Si bien en este punto no existe diferencia con lo prescrito por la Ley antes de la reforma, sí existe diferencia en la exigencia que se hace actualmente en relación a las reclamaciones que versen sobre los aspectos técnicos o económicos del contrato de concesión, pues respecto de ellos, la Ley exige que previo a su presentación ante la Comisión o ante la Corte de Apelaciones en su defecto, el asunto haya sido sometido al conocimiento y consideración del Panel Técnico. Como vimos anteriormente, la recomendación técnica pronunciada por el Panel no tiene fuerza vinculante para las partes del contrato, no obstante, como bien lo señala la ley en su artículo 36 inciso 3º,

dicha recomendación podrá ser considerada por la Comisión Arbitral o por la Corte de Apelaciones como un antecedente para la dictación de su fallo⁸⁴.

Por su parte, el Ministerio de Obras Públicas tiene una limitación más en la presentación de su reclamación ante la Comisión. De acuerdo a la ley, sólo podrá presentar su reclamo ante ella una vez que se haya autorizado la puesta en servicio definitiva de la obra, exceptuándose únicamente el caso prescrito en el artículo 28 del mismo cuerpo normativo, el cual establece la facultad del Ministerio de Obras Públicas para solicitar la declaración de incumplimiento grave del contrato de concesión, la cual podrá hacerse en cualquier momento posterior a la celebración del mismo.

3. Funcionamiento

Respecto al funcionamiento de la Comisión Arbitral, al igual que antes de la reforma, se ha determinado que una vez constituida ésta, deberá establecerse la forma en que deberán plantearse las reclamaciones así como la forma en que deberán notificarse las resoluciones a las partes. Dado que los árbitros revisten el carácter de mixtos (diferencia notable respecto a la antigua Ley), esto es, tienen facultades de árbitros arbitrales en cuanto al procedimiento y de árbitros de derecho en cuanto al fallo, deberán determinar libremente las normas de procedimiento que estimen convenientes, sin perjuicio de lo cual, se exige que al menos el procedimiento

⁸⁴ El artículo 36 inciso 3º de la ley 20.410 señala: "...La recomendación del Panel no obstará a la facultad del concesionario para accionar posteriormente ante la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones de Santiago, aunque la controversia recaiga sobre los mismos hechos. En tal caso, la recomendación podrá ser considerada por la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones como un antecedente para la dictación de su sentencia...".

contemple aquellas que regulen la audiencia de las partes y aquellas relativas a los mecanismos para recibir la prueba y los antecedentes que aporten las partes al juicio⁸⁵.

En cuanto a los plazos establecidos para que las partes interpongan sus reclamaciones, la ley es clara (a diferencia de la anterior) en señalar que el plazo establecido para la interposición del reclamo ante la Comisión será de dos años, contados desde la puesta en servicio definitiva de la obra, si el hecho o ejecución del acto que las motiva ocurriese durante la etapa de construcción, y de dos años contados desde la ocurrencia del hecho o desde que hubieren tenido noticia del mismo si así se acreditare fehacientemente, si éste ocurriese en etapa de explotación. No obstante lo anterior, para reclamar contra las resoluciones del Ministerio de Obras Públicas el plazo se reduce a un año, es más, si se trata de reclamaciones contra multas aplicadas por el Ministerio referido, el plazo será de sólo 120 días. Estos plazos se interrumpirán por la interposición de los recursos de reposición o jerárquico, hasta su resolución. Además, vencidos éstos, prescribe la acción correspondiente⁸⁶.

Respecto a la facultad del reclamante para solicitar la suspensión de los efectos del acto reclamado, la ley ha indicado que el concesionario podrá pedir la suspensión ante la Comisión Arbitral, sólo una vez que ésta se haya constituido en conformidad al Artículo 36 Bis, o ante la Corte de Apelaciones de Santiago, según sea el caso. Con esta medida se buscó poner un límite al tiempo en que podían encontrarse paralizadas las obras por orden de los jueces, evitando de esta forma que se repitieran hechos como los ocurridos durante la construcción de las cárceles concesionadas de Antofagasta y Concepción, cuyos procesos de construcción se encontraron detenidos por más de 13 meses⁸⁷. La razón detrás de este cambio radica fundamentalmente en el alto costo que implica para el bien común la detención de la prestación de los

⁸⁵ Ley N° 20.410. Modifica La Ley de Concesiones de Obras Públicas. Año 2010. Artículo 36 bis, inciso 8°.

⁸⁶ Ley N° 20.410. Modifica La Ley de Concesiones de Obras Públicas. Año 2010. Artículo 36 bis, incisos 9° y 10°.

⁸⁷ RAMÍREZ ARRAYÁS, José Antonio. Óp. Cit. p. 115.

servicios públicos concesionados⁸⁸, además de que puede ser utilizado como un mecanismo de presión por parte de los Concesionarios para obtener lo solicitado.

Pues bien, para que se decrete la suspensión de los efectos del acto reclamado, el legislador, a través de la reforma de la Ley de Concesiones, interpuso como condición básica la existencia de motivos graves y calificados que la hagan imprescindible, exigiendo que se acompañen comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. El límite señalado a la Comisión para disponer la paralización de la construcción o de la prestación del servicio es de 60 días, salvo que existiere acuerdo entre las partes en el sentido de ampliar este plazo⁸⁹.

Sin perjuicio que bajo el amparo de la ley 20.410 se “eliminó” la denominada “Comisión Conciliadora”, la etapa de conciliación sigue siendo contemplada luego de la reforma, aunque no como una etapa obligatoria como ocurría antes (recordar que el llamado a conciliación se realizaba de oficio por la Comisión Conciliadora), sino que estableciéndose dicho procedimiento como una mera facultad de la Comisión. De esta forma, de acuerdo a la Ley, desde la interposición de una reclamación y hasta antes de la citación para oír sentencia, la Comisión Arbitral podrá llamar a las partes, de oficio o a solicitud de parte, a conciliación, proponiendo bases de arreglo dentro del plazo de 30 días corridos, contados desde el día siguiente a aquél en que se notifique la resolución que llama a conciliación.

En cuanto al desarrollo del procedimiento, señalábamos anteriormente, que luego de la reforma, la Comisión Arbitral adquirió el carácter de mixta, entendiendo por tal, a aquella que tiene facultades de árbitro arbitrador en cuanto al procedimiento y de árbitro de derecho en cuanto al fallo. De esta forma, señalamos que corresponde a la

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Ley N° 20.410. Modifica La Ley de Concesiones de Obras Públicas. Año 2010. Artículo 36 ter.

Comisión determinar las normas de procedimiento que estime convenientes, haciendo la salvedad de que existen normas mínimas que deben establecerse, referidas a aquellas que regulan la audiencia de partes y la recepción de la prueba y antecedentes aportados por las partes. En esto no existe mayor diferencia con lo prescrito por la Ley de Concesiones previo a la reforma. La diferencia fundamental radica en dos puntos esenciales.

En primer lugar, en lo referente a la valoración de los medios de prueba. Hasta antes de la reforma, la Ley, sin hacer mención expresa sobre este apartado, se limitaba a señalar que la Comisión Arbitral tendría las facultades de los árbitros arbitradores, entendiéndose que en cuanto al procedimiento deberían estarse a lo que señalasen las partes o en su defecto a lo que ella (la Comisión) estimase conveniente, y debiendo fallar de acuerdo a lo que prudencia y la equidad le dictasen a los árbitros que compongan la Comisión. Por ende, el mismo razonamiento aplicaba para la valoración de los medios de prueba: debía apreciarlos o valorarlos de acuerdo a lo que la equidad y la prudencia le dictaren⁹⁰⁹¹. Hoy eso cambió; la Ley 20.410 estableció expresamente

⁹⁰ Nuestro Código de Procedimiento Civil, en su artículo 636 señala “El arbitrador no está obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso.

Si las partes nada han dicho a este respecto, se observarán las reglas establecidas en los artículos que siguen.”

Por su parte, el artículo 637 inciso 1º establece que “El arbitrador oír a los interesados; recibirá y agregará al proceso los instrumentos que le presenten; practicará las diligencias que estime necesarias para el conocimiento de los hechos, y dará su fallo en el sentido que la prudencia y la equidad le dicten.”

Finalmente, el artículo 640 del mismo cuerpo legal señala que “La sentencia del arbitrador contendrá:

- 1º. La designación de las partes litigantes;
- 2º. La enunciación breve de las peticiones deducidas por el demandante;
- 3º. La misma enunciación de la defensa alegada por el demandado;
- 4º. Las razones de prudencia o de equidad que sirven de fundamento a la sentencia; y
- 5º. La decisión del asunto controvertido.

La sentencia expresará, además, la fecha y el lugar en que se expide; llevará al pie la firma del arbitrador, y será autorizada por un ministro de fe o por dos testigos en su defecto.

⁹¹ Nuestro Código Orgánico de Tribunales, en su artículo 223 establece que “El árbitro puede ser nombrado, o con la calidad de árbitro de derecho, o con la de árbitro arbitrador o amigable componedor.

El árbitro de derecho fallará con arreglo a la ley y se someterá, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas establecidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida.

El arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto

que la apreciación de la prueba por parte de la Comisión deberá ser de acuerdo las reglas de la sana crítica, poniéndose de esa forma, a tono con la tendencia que comienza a imperar en nuestro sistema jurídico. Consecuencia de lo anterior es que la enunciación de los medios de prueba no será taxativa, sino que meramente enunciativa, por lo que podrán admitirse diversos medios probatorios, aún cuando no se encuentren enunciados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, siempre que no sea obtenida por medios ilícitos y siempre que a juicio de la Comisión Arbitral, ellos sean necesarios para el esclarecimiento de los hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos que se hayan fijado.

Respecto a qué debemos entender por sana crítica, nos remitiremos a lo señalado por nuestros tribunales de justicia en diversos pronunciamientos. De esta forma, se ha señalado que la sana crítica es aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la razón y el criterio racional, puesto en juicio. Otros han señalado que en el sistema de la sana crítica, el tribunal debe asesorarse por sus conocimientos técnicos, su experiencia personal, la lógica, el sentido común, el buen juicio y la recta intención⁹².

La segunda diferencia fundamental radica en dictación de la sentencia. Como recién señalamos, hasta antes de la reforma, la Comisión Arbitral debía fallar de acuerdo a las facultades que se les otorgan a los árbitros arbitradores, es decir, debía fallar de acuerdo a lo que la prudencia y la equidad dictasen. La ley 20.410 vino a cambiar esta realidad introduciendo la obligatoriedad de fallar conforme a derecho (de ahí el por qué decíamos que la Comisión era de carácter Mixto). De esta manera, la sentencia que pronuncie la Comisión deberá ser con arreglo a derecho y deberá contener las

constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, en los casos en que la ley lo permita, podrán concederse al árbitro de derecho facultades de arbitrador, en cuanto al procedimiento, y limitarse al pronunciamiento de la sentencia definitiva la aplicación estricta de la ley.

⁹² RAMÍREZ ARRAYÁS, José Antonio. Óp. Cit. p. 113.

consideraciones de hecho, de derecho, técnicas y económicas en que se fundamente. El plazo establecido para la dictación del fallo es de 60 hábiles, contados desde que se cite a las partes a oír sentencia⁹³.

Siguiendo la misma línea anterior a la reforma, la Ley 20.410 establece que contra la sentencia definitiva pronunciada por la Comisión, no procede recurso alguno, asegurando así, una rápida solución al conflicto. Solamente será procedente el recurso de queja, el cual, como sabemos es irrenunciable. Respecto a este tema, manifestamos nuestra aprehensión en el sentido de privilegiar la rapidez, celeridad y eficiencia del procedimiento en desmedro del principio de la doble instancia y del debido proceso.

A nuestro juicio, la imposibilidad de interponer recursos procesales en contra de la sentencia definitiva, implica necesariamente dos cosas: primero, se establece un gravamen adicional para los concesionarios, y segundo, se pasa a llevar los principios procesales antes mencionados, sobre todo si hacemos presente que nuestro Código Orgánico de Tribunales en su artículo 239 inciso 2º, establece que "...Sin embargo, el recurso de casación en el fondo no procederá en caso alguno contra las sentencias de los arbitradores, y el de apelación sólo procederá contra dichas sentencias cuando las partes, en el instrumento en que constituyen el compromiso, expresaren que se reservan dicho recurso para ante otros árbitros del mismo carácter y designaren las personas que han de desempeñar este cargo". Es decir, aún frente a sentencias pronunciadas por árbitros arbitradores puede ser procedente el recurso apelación, puesto que la facultad de recurrir mediante un recurso de apelación depende exclusivamente de la voluntad de las partes, en el sentido de reservarse el recurso en el instrumento en que constituyen el compromiso. A mayor abundamiento, teniendo

⁹³ Ley Nº 20.410. Modifica La Ley de Concesiones de Obras Públicas. Año 2010. Artículo 36 bis, inciso 16º.

presente que luego de la reforma introducida por la Ley 20.410, la sentencia definitiva pronunciada por la Comisión deberá ser emitida con arreglo a derecho estricto y fundamentada como tal, y que los medios de prueba deben ser apreciados en conformidad a la sana crítica, es de toda lógica entender que contra dicha sentencia debiesen ser procedentes todos los recursos, comenzando por el de apelación y casación en la forma, para ser conocidos por la Corte de Apelaciones; y de casación en el fondo y en la forma, en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Alzada, para ser conocidos por La Corte Suprema. Esto, puesto que dichos recursos tienen por objetivo subsanar los vicios atinentes a erróneas interpretaciones o aplicaciones de la ley.

En palabras del profesor Cristián Maturana Miquel, “En general, puede hablarse de la existencia en el proceso de un **derecho a recurrir**, cuya naturaleza es estrictamente procesal y que es uno de los varios que surgen de la relación jurídica procesal. Se trata de un derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso a cualquier título y condición, para que se corrijan los errores del juez, que le causan gravamen o perjuicio”.⁹⁴

A su vez, se ha entendido que el derecho a recurrir puede ser limitado por los legisladores, pero siempre a condición de que con ello no se violen las normas del debido proceso. Teniendo en consideración que el fundamento objetivo concebido por el legislador para la existencia de los recursos es poder reparar el error humano en que pueden incurrir los jueces en la solución de los conflictos⁹⁵, ¿podemos aseverar que limitando de esta forma los recursos no estamos violando las normas que aseguran un debido proceso?

⁹⁴ MATURANA MIQUEL, Cristián. Los Recursos. Apunte Cátedra Derecho Procesal. Escuela de Derecho Universidad de Chile. Santiago. Año 2008. p.4.

⁹⁵ MATURANA MIQUEL, Cristián. Óp. Cit. p.17.

Distinto es el caso establecido por la ley, a través del artículo 239 del Código Orgánico de Tribunales donde se señala la posibilidad de renunciar a los recursos al momento de celebrar el compromiso o de pactar la cláusula compromisoria⁹⁶ (en este caso al celebrar el contrato de concesión), puesto que en esta situación, es el mismo dueño del derecho quien decide libremente renunciar a él, y aún así, existen limitaciones a esta renuncia. Existe abundante jurisprudencia que ha establecido que no pueden renunciarse, bajo ninguna circunstancia, los recursos de queja y de casación en la forma por las causales de incompetencia del tribunal y de ultrapetita⁹⁷, las que se consideran de orden público e irrenunciables. Es del caso recordar que, a diferencia de las normas de orden privado, las primeras envuelven un interés predominantemente colectivo, por lo que no pueden ser alteradas ni dejar de recibir aplicación por la mera voluntad de las partes.

Si bien el permitir la interposición de recursos en contra de la sentencia pronunciada por la Comisión Arbitral producirá en efecto, una importante pérdida de rapidez y celeridad de los procesos, debido a que el conocimiento y fallo de estos recursos puede tardar años, es posible también generar mecanismos que permitan acortar dichos plazos. El Banco Mundial, junto con reafirmar su recomendación de establecer mecanismos de solución de controversias distintos de los tribunales ordinarios, señala que se debe asegurar la existencia de disposiciones que favorezcan el arbitraje neutral e independiente, con la posibilidad de poderse ejecutar provisoriamente el fallo, incluso cuando hubiese sido interpuesto el recurso de apelación en su contra⁹⁸. De lo recién señalado se desprenden dos cosas importantes. En primer lugar, es el mismo Banco Mundial quién señala la posibilidad de recurrir en contra de la sentencia arbitral y en segundo, propone una base de conciliación entre la obtención de la ansiada celeridad, rapidez y eficiencia en los procesos con el respeto

⁹⁶ Art. 239. Contra una sentencia arbitral se pueden interponer los recursos de apelación y casación para ante el tribunal que habría conocido de ellos si se hubieran interpuesto en juicio ordinario; a menos que las partes, siendo mayores de edad y libres administradoras de sus bienes, hayan renunciado dichos recursos, o sometidos también a arbitraje en el instrumento del compromiso o en un acto posterior.

⁹⁷ MATURANA MIQUEL, Cristián. Óp. Cit. p.30.

⁹⁸ YÁÑEZ BENITEZ, Rodrigo. Óp. Cit. p. 21.

de los principios procesales, los cuales se traducen además, en derechos subjetivos de las personas. Otra forma de sortear la dificultad que se presenta en términos de plazos, con la interposición de los recursos, es perfeccionar los procedimientos y la prioridad que puede tener la vista de la causa en materia de concesiones de obras públicas. Tomando como ejemplo lo que ocurre en materia de libre competencia, en que el recurso de reclamación interpuesto en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es conocido en forma exclusiva por una sala de la Corte Suprema gozando de preferencia en su conocimiento y no pudiendo suspenderse la vista de la causa, a fin de no aletargar procesos que requieren de mayor rapidez en su resolución. En materia de concesiones se puede lograr algo similar. Sabido es que el número de causas que se presentan por conflictos generados con motivo de un contrato de concesión es bajo –basta revisar los datos expuestos anteriormente–, por lo que es perfectamente posible establecer un mecanismo que permita que los recursos de apelación o casación interpuestos en contra de las sentencias pronunciadas por las Comisiones Arbitrales gocen de prioridad en su conocimiento. Muchos podrán argumentar que eso sin duda generaría un retraso en la entrega de las obras concesionadas, no obstante, a la hora de sopesar los costos que representa esta última consecuencia frente a las consecuencias que representa el privar a los concesionarios, e incluso al MOP, de su derecho de recurrir, nos parece mucho mayor el daño que se generaría en todo sentido bajo esta última hipótesis.

Otros podrán indicar que la gracia del establecimiento de un organismo arbitral independiente del Estado, es justamente asegurar que el peso específico que tiene el Estado no interfiera a la hora de decidir entre los intereses de éste y los de un particular, y que permitir la interposición de recursos sólo traería como consecuencia la anulación de dicho objetivo, por cuanto, dichos recursos serán conocidos por un tribunal que forma parte del Poder Judicial del Estado. Sin embargo, no podemos sólo basarnos en esa idea para limitar completamente la facultad de un particular de recurrir en contra de una sentencia cuando esta le produzca agravio o cuando haya sido pronunciada con manifiesta infracción de ley, por cuanto es una realidad que en

diversas áreas y materias (aún aquellas en que están comprometidas altas cifras de dinero) no existe limitación a la interposición de recursos y a su conocimiento y fallo por los Tribunales Superiores. Encontrándonos en un Estado de derecho, en el cual por expresa disposición Constitucional se encuentra consagrada la independencia de los Poderes del Estado, no podemos ser tan extremistas de no permitir la participación de los Tribunales Superiores de Justicia a fin de evitar posibles fallos inclinados a favorecer los intereses del Fisco.

Finalmente, la ley 20.410, mantiene la posibilidad de que el reclamante opte por no recurrir ante la Comisión Arbitral e interponga su reclamación directamente ante la Corte de Apelaciones, caso en el cual, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 36 bis inciso 1º de la Ley 20.410 “se aplicará el procedimiento establecido en los artículos 69 a 71 de la ley Nº18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, y se estará a las siguientes disposiciones:

1. No será exigible boleta de consignación.
2. El traslado del recurso se dará al Director General de Obras Públicas”⁹⁹.

La ley 18.840¹⁰⁰ señala en primer término que el recurso interpuesto será conocido en sala por la Corte, pudiendo declararlo inadmisibile si el escrito no cumple con ciertas

⁹⁹ Ley Nº 20.410. Modifica La Ley de Concesiones de Obras Públicas. Año 2010. Artículo 36 bis, inciso 13º.

¹⁰⁰ El procedimiento establecido en los artículos 69 a 71 de la Ley 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, señala lo siguiente:

Artículo 69.- De los acuerdos, reglamentos, resoluciones, órdenes o instrucciones que el Banco dicte en el ejercicio de las facultades establecidas en los artículos 34, 35, 36, 58 y 61 y, en el párrafo octavo del Título III, que se estimen ilegales, podrá reclamarse por el interesado ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que conocerá en sala, en la forma y condiciones que se señalan en el presente Título.

El plazo para interponer la reclamación será de quince días hábiles contado desde la fecha de notificación del acuerdo, reglamento, resolución, orden o instrucción que se reclama.

Al interponerse el recurso, deberá acompañarse boleta de consignación, a la orden del tribunal, por el equivalente al uno por ciento del monto total de la operación o del perjuicio que se reclama. Para el cálculo de este porcentaje, se empleará el valor que resulte mayor.

condiciones mínimas establecidas. De acuerdo a lo prescrito por el artículo 70 de la mencionada ley, el reclamante, en su escrito, deberá señalar que ley supone infringida, de qué forma se produjo esta infracción, las razones por las cuales el acto administrativo le perjudica y la evaluación del perjuicio.

En caso contrario, esto es, si lo declara admisible, La Corte dará traslado a la contraparte por el plazo de 10 días hábiles. Evacuado el traslado o acusada la rebeldía, la Corte podrá ordenar la apertura de un término de prueba, que tendrá una duración máxima de 15 días hábiles. Para la dictación de la sentencia, la Corte puede ordenar la vista de la causa o bien fallar en cuenta, en ambos casos en el plazo de 30 días¹⁰¹.

La principal característica de esta vía es la facultad de las partes para interponer el recurso de apelación en contra de esta sentencia, en el plazo de 5 días, correspondiendo su conocimiento a la Corte Suprema.

En todo caso, el monto máximo de la consignación no podrá ser superior a seiscientas unidades tributarias mensuales.

Artículo 70.- El reclamante señalará en su escrito, con precisión, la ley que supone infringida, la forma en que se ha producido la infracción, las razones por las cuales el acuerdo, reglamento, resolución, orden o instrucción le perjudican y el monto en que estima el perjuicio.

El tribunal podrá declarar inadmisibile el recurso si el escrito no cumple con las condiciones señaladas en el inciso precedente o no se hubiere efectuado la consignación en la forma indicada en el artículo anterior.

Artículo 71.- Si la Corte de Apelaciones admitiere a tramitación el reclamo, dará traslado de él por diez días hábiles al Banco.

Evacuado el traslado por el Banco o acusada la rebeldía, la Corte dispondrá, si lo estima procedente, la apertura de un término de prueba, el cual no podrá exceder de quince días hábiles, y dictará sentencia, en cuenta o previa vista de la causa, en el término de 30 días, la cual será apelable en el plazo de cinco días hábiles para ante la Corte Suprema, recurso que se verá sin esperar la comparecencia de las partes, en cuenta o trayendo los autos en relación.

Como se acotó precedentemente, este procedimiento recibe dos modificaciones cuando se aplica a las reclamaciones surgidas en un contrato de concesión. En primer lugar, *no se exigirá boleta de consignación*; y en segundo lugar, *el traslado del recurso se dará al Director General de Obras Públicas*.

¹⁰¹ RAMÍREZ ARRAYÁS, José Antonio. Op. Cit. p. 114.

Aunque en este caso existe la posibilidad de recurrir de apelación ante la Corte Suprema, creemos que la distinción carece de fundamento lógico e infringe las normas del debido proceso, toda vez que luego de la reforma introducida por la Ley 20.410, la Comisión Arbitral debe fallar conforme a derecho, al igual que la Corte de Apelaciones.

Interpretamos esta norma como un error legislativo en la tramitación de la ley 20.410, ya que dicha norma encontraba su justificación (aún cuando no apoyamos dicho argumento) en que antes de la reforma, la Comisión Arbitral fallaba conforme a la equidad, por revestir el arbitraje caracteres de los árbitros arbitradores. No obstante, la ley antes mencionada modificó los caracteres del arbitraje para llevarlo a uno mixto, en donde el tribunal arbitral debe fallar conforme a derecho, por lo que es procesalmente correcto que sean procedentes los recursos legales que de acuerdo a la ley correspondan. Así al menos ha justificado parte de la doctrina¹⁰² la procedencia de los recursos en contra de la sentencia emanada de la Corte de Apelaciones.

En nuestra opinión, cuando el Legislador, a través de la Ley de Concesiones, estableció la alternativa de recurrir directamente ante la Corte de Apelaciones posibilitando expresamente la opción de interponer el recurso de apelación, lo hizo pensando justamente en la carencia de recursos procedentes contra la sentencia dictada por la Comisión Arbitral, entregando a las partes la alternativa de someterse a uno u otro procedimiento. No obstante, dado que hoy la Comisión Arbitral falla conforme a derecho, la procedencia de los recursos contra la sentencia dictada por ella ni siquiera debiese ser materia de discusión.

¹⁰² YÁÑEZ BENÍTEZ, Rodrigo. Concesiones de Obras Públicas: Reformulación del Modelo y el Riesgo Político. [en línea] Informe Especial. Noviembre de 2006. VOL. XVII N° 163. p.12 <http://www.institutolibertad.cl/ie_163_concesiones.pdf>

CAPÍTULO VII. FALTA DE RECURSOS DE IMPUGNACIÓN ANTE LA COMISIÓN ARBITRAL Y LA DESNATURALIZACIÓN DEL RECURSO DE QUEJA

El artículo 36 bis de la ley de Concesiones de Obras Públicas señala expresamente en su inciso 14º que “La sentencia definitiva no será susceptible de recurso alguno” – en un tenor distinto pero con el mismo espíritu es recogido por el artículo 36 de la antigua normativa-, pero se refiere a la sentencia pronunciada por la Comisión Arbitral, porque si las partes recurrieron, para resolver sus controversias, ante la Corte de Apelaciones de Santiago existe la posibilidad de apelar de la sentencia definitiva de 1ª instancia que este tribunal dicta, para que sea conocido por la Corte Suprema; para ello tiene el plazo de 5 días hábiles, recurso que se verá sin esperar la comparecencia de las partes, en cuenta o trayendo los autos en relación –según lo dispone los artículos 69 a 71 de la Ley Nº 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, que es la normativa aplicable al efecto-. Así las cosas, las partes del contrato de concesión de obras públicas carecen de toda herramienta jurídica para impugnar las sentencias definitivas dictadas por las Comisiones Arbitrales, afectándose gravemente con esto las normas constitucionales que amparan el principio del debido proceso, el que se posiciona como un esencial del ordenamiento jurídico nacional y además se soslaya el principio de igualdad debido a que si se opta por la vía de la Corte de Apelaciones se tiene la posibilidad de recurrir, en cambio si es que se escoge la vía arbitral se carece de todo recurso.

La mantención de la improcedencia de recursos contra las sentencias definitivas de las nuevas comisiones arbitrales parece no tener ninguna razón jurídica contundente debido a que estas deben fallar conforme a derecho –a diferencia de los que ocurría con las antiguas comisiones que tenían la naturaleza de arbitros arbitradores, por tanto

fallaban conforme a la equidad- al igual como lo debe hacer la Corte de Apelaciones de Santiago, de modo tal que no parece lógico distinguir entre dos situaciones que a todas luces son análogas, esto constituye una discriminación arbitraria que hace la ley y que al parecer, pasó desapercibida al momento de discutir la reforma legal introducida. Si ambos tribunales deben fallar conforme a derecho, por tanto aplicar correctamente la normativa legal vigente, y la ley contempla ante la posibilidad de sufrir perjuicio por una errónea aplicación del derecho en la sentencia definitiva por parte de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, la existencia del recurso de apelación para que su superior jerárquico conozca y enmiende conforme a derecho la resolución judicial en cuestión; por que no habría de existir la misma posibilidad de solicitar se enmiende los errores en que incurran los miembros de una Comisión Arbitral a propósito de la dictación de una sentencia definitiva. Parece no haber una respuesta sensata.

Producto de esta distinción arbitraria e inoficiosa, es que las partes han intentado buscar caminos alternativos para llegar al mismo resultado, esto es, que por medio de recursos que no tienen por objetivo impugnar una resolución judicial se ha buscado precisamente ese resultado. Así es como se ha estado utilizando el recurso de queja, recurso que tiene una naturaleza disciplinaria, para buscar que las sentencias definitivas dictadas por las Comisiones Arbitrales sean enmendadas por la Corte de Apelaciones de Santiago, lo que conlleva la desnaturalización del recurso de queja y de paso se engaña al sistema de solución de conflictos.

A continuación se señalan casos en que las partes del contrato de concesión han recurrido de queja en contra de los miembros de las Comisiones Arbitrales, buscando en el fondo que se enmiende la sentencia definitiva, los resultados han sido disímiles:

1. Ministerio de Obras Públicas con Comisión Arbitral del Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 1, Nº Ing. 3536-2007, Iltma. Corte de Santiago. Fallada el 29/octubre/2007.

En esta causa el MOP a través de su Abogado Procurador Fiscal de Santiago recurre de queja contra los miembros de la Comisión Arbitral de la concesión por las graves faltas y abusos en habrían incurrido estos al dictar la sentencia definitiva. Finalmente la Corte de Apelaciones se pronuncia en sentido de **rechazar el recurso de queja** interpuesto por no ser este un medio válido para impugnar una sentencia definitiva. Al efecto es posible citar el considerando 9º del fallo en que se refleja lo tratado en este capítulo y que se señala "Que analizadas las demás faltas o abusos que la recurrente imputa a los jueces recurridos, se puede advertir que todas ellas se fundan en simples diferencias de opinión, apreciaciones divergentes y subjetivas, sobre los hechos que fueron debatidos en la causa arbitral "Constructora BAS S.A. con Ministerio de Obras Públicas", lo que se pretende seguir controvirtiendo en estos autos bajo la forma de un recurso de queja, sin que se divise imputación alguna a los sentenciadores que constituyan verdaderas faltas o abusos graves de carácter ministerial que hubieren podido cometer en la sentencia definitiva dictada en esos autos; es decir, de los antecedentes invocados en el presente recurso y en las imputaciones que contiene contra los recurridos, no es posible apreciar nada inhumano, ni doloso, ni manifiestamente inicuo ni absurdo, ni contradictorio ni ininteligible. En otras palabras, en el presente recurso a los recurridos no se les imputa arbitrariedad alguna, real y efectiva, ni tampoco negligencia grave o actos contrarios al debido proceso o a la sana lógica o a los principios fundamentales de equidad, que hayan podido influir en la apreciación de los hechos por los sentenciadores, consecuentemente, en su sentencia definitiva haciendo de ésta un acto abusivo, sino que se pretende plantear, denominándolas como faltas o abusos, pero sin fundamento alguno para darles tal calificación, meras diferencias de apreciación de los antecedentes debatidos en la causa aludida, cuya solución por los arbitradores, al no ser totalmente favorable a la recurrente, no fue del agrado de ésta, la que carece del recurso de apelación conforme a la normas que regulan

este proceso en particular, optó por esta vía que no es procedente” (lo destacado es nuestro).

2. Fisco de Chile con Comisión Arbitral del Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal Concesión Internacional Ruta 5 Tramo Río Bueno-Puerto Montt, Nº Ing. 4188-2008, ltma. Corte de Apelaciones de Santiago. Fallada el 22/mayo/2009.

En la presente causa es el MOP el que interpone el recurso de queja en contra de los miembros de la Comisión Arbitral de la concesión por las graves faltas y abusos en habrían incurrido estos al dictar la sentencia definitiva que acogió parcialmente la demanda del concesionario, declarando que éste tiene derecho a que el MOP le indemnice los menores ingresos producidos en las plazas de peaje de la ruta Troncal, entre Puerto Varas y Puerto Montt, como consecuencia del mayor mejoramiento realizado a la Ruta V-505, Camino El Alerce, indemnización que se fija en 194.680 unidades de fomento. La Corte de Apelaciones **acoge el recurso de queja** señalando en su considerando 29º “Que, corolario de todo lo expuesto, es que el recurso de queja debe ser acogido, porque efectivamente los jueces recurridos incurrieron en falta o abuso grave, al acoger una infundada demanda, ordenando un pago desmesurado, dando por establecidos un incumplimiento contractual y la existencia de daños que en verdad no constituyen jurídicamente perjuicio, y ello sobre la base de elementos de juicio totalmente insuficientes”. Y como sentencia de reemplazo se desestima la demanda arbitral interpuesta por el concesionario en contra del MOP y también se le condena al pago de las costas del juicio arbitral y de las causadas producto del recurso de queja.

3. Concesionaria Los Ríos S.A. con Ministerio de Obras Públicas, N° Ing. 950-2009, ltma. Corte de Apelaciones de Santiago. Fallada el 30/diciembre/2009.

En esta causa también es el MOP interpone recurso de queja contra 2 de los miembros de la Comisión Arbitral de la concesión por las graves faltas y abusos en habrían incurrido estos al dictar la sentencia definitiva, que declaraba que el Concesionario tiene derecho a que el MOP le indemnice los menores ingresos producidos en la plaza de peaje lateral Río Bueno-La Unión, como consecuencia del mejoramiento realizado a la Ruta T-87, indemnización que se fija en 22.000 unidades de fomento, más los intereses establecidos en las Bases de Licitación. La Corte de Apelaciones **acoge el recurso de queja** curiosamente señalando, al igual que en el caso previamente comentado, en su considerando 23º “Que, corolario de todo lo expuesto, es que el recurso de queja debe ser acogido, porque efectivamente los jueces recurridos incurrieron en falta o abuso grave, al acoger una infundada demanda, ordenando un pago desmesurado, dando por establecidos un incumplimiento contractual y la existencia de daños que en verdad no constituyen jurídicamente perjuicio, y ello sobre la base de elementos de juicio totalmente insuficientes.” Y como sentencia de reemplazo se resuelve rechazar la demanda originalmente impetrada por la Sociedad Concesionaria de Los Lagos S.A., contra el Ministerio de Obras Públicas y además se condena al concesionario al pago de las costas ocasionadas con motivo del juicio, incluidas las causadas mediante la interposición del recurso de queja.

4. Ministerio de Obras Públicas y otros con miembros de la Comisión Arbitral del Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal denominado Estaciones de Traslado para Transantiago. Nº Ing. 1174-2010, ltima. Corte de Apelaciones de Santiago. Fallada el 15/diciembre/2010

Aquí nuevamente es el MOP el que presenta el recurso de queja en contra de los miembros de la Comisión Arbitral de la concesión por las graves faltas y abusos en habrían incurrido estos al dictar la sentencia definitiva ha acogido parcialmente la demanda entablada por la Sociedad Concesionaria Concesiones Urbanas S.A. , quien solicita mediante ella que la Comisión Arbitral declare que las obras de iluminación de calzadas y veredas del proyecto licitado y ejecutado por ella constituyen “cambios de servicios , según las Bases de Licitación de la Concesión, y, en razón de las actuaciones del Inspector Fiscal de la obra, pide se le reconozca el derecho a imputar su valor al costo total asociado a las demás modificaciones de servicios ejecutadas en el marco de la construcción de la obra concesionada; que la sentencia condena al MOP, a reconocer el derecho de la Sociedad Concesionaria a imputar al monto de las UF 180.000 contemplado en el artículo 1.10.17 de las Bases de Licitación de la Concesión, hasta el 50% del valor que la Concesionaria acredite haber pagado por concepto de iluminación de calzadas y veredas. La Corte de Apelaciones **acoge el recurso de queja** señalando en su considerando 8º “Que, en consecuencia, y a juicio de esta Corte, se ha incurrido en la sentencia dictada por la Comisión Arbitral en una clara infracción a lo dispuesto en el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo al cual toda resolución judicial ha de dictarse conforme al mérito del proceso. Igualmente, se ha faltado a los requisitos esenciales de toda sentencia jurisdiccional, en cuanto a que ésta debe necesariamente tener su apoyo en el Derecho...”. Por lo que se deja sin efecto la sentencia y se dicta en su reemplazo una sentencia que rechaza la demanda deducida por el Concesionario y establece que las costas deberán ser pagadas por mitades entre las partes.

A partir de los fallos brevemente comentados, que representan la totalidad de los fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago, disponibles en las 2 principales plataformas jurisprudenciales existentes, legal publishing y microjuris, es posible observar que: el 100% de los recursos de quejas fueron interpuestos por el MOP; en 3 de ellos, equivalentes al 75%, los recursos de quejas del MOP fueron acogidos por la Corte de Apelaciones de Santiago, dejando sin efecto la sentencia pronunciada por la respectiva Comisión Arbitral; en el 50% de los casos el concesionario después de haber obtenido una sentencia favorable terminó siendo condenado al pago total de las costas del proceso arbitral y de lo que implica el recurso de queja; tan sólo en el 25% de los casos se rechazó el recurso de queja por haberse estimado que pretendía darselé el carácter de recurso de impugnación, y no el que le corresponde como recurso disciplinario.

Es de esperar que este fenómeno no se siga repitiendo en el nuevo sistema, aunque que creemos que mientras no se introduzca una reforma al sistema que permita la procedencia de un recurso de impugnación de las sentencias definitivas pronunciadas por las Comisiones Arbitrales, la mala utilización del recurso de queja seguirá ocurriendo. Tomando en consideración la nueva naturaleza jurídica de las Comisiones Arbitrales –fallan conforme a derecho- no parecen existir argumentos plausibles que en la actualidad permitan sostener lo disímil del sistema, si es que se opta por la vía arbitral o por la Corte de Apelaciones de Santiago, y que además se mantenga la improcedencia de los recursos de impugnación.

CAPÍTULO VIII. ENTRADA EN VIGENCIA Y APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO

En lo que dice relación con la entrada en vigencia de la ley y los contratos de concesión que serán regidos por ella, se señala en el artículo primero transitorio de la ley 20.410, que las modificaciones introducidas por la reforma no serán aplicables respecto de los contratos de concesión resultantes de procesos de licitación cuyas ofertas se hubieran presentado con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma. No obstante ello, los concesionarios tienen el plazo de tres meses, contados desde la entrada en vigencia de la ley, para someter voluntariamente sus contratos a ella. Para estos efectos, la ley exige que el concesionario y el Ministerio de Obras Públicas suscriban un acuerdo complementario en el cual establezcan los niveles de servicio y estándares técnicos correspondientes¹⁰³. En cuanto a aquellos concesionarios que decidan no ejercer dicha opción, seguirán rigiéndose por la ley vigente al tiempo del perfeccionamiento de sus respectivos contratos, excepto en aquello que dice relación con:

- a)** Las normas contenidas en el inciso noveno del artículo 36 bis del decreto N° 900 del MOP, esto es, la aplicación del plazo de 2 años para formular la reclamación ante la Comisión. Este plazo se computará desde la puesta en servicio definitiva de la obra, si el hecho recurrido ocurre durante la etapa de construcción, o bien, desde la ocurrencia del hecho o desde que se hubiese tenido noticia de él si así se acredita fehacientemente, si ocurriese en la etapa de explotación. En este caso, la

¹⁰³ Ley N° 20.410. Modifica La Ley de Concesiones de Obras Públicas. Año 2010. Artículo Primero Transitorio.

excepción aplica sólo para aquellos hechos acaecidos por posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 20.410.

- b)** Las normas contenidas en el inciso noveno del artículo 36 ter del decreto N° 900 del MOP, el cual establece que el Concesionario sólo podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto recurrido desde que la Comisión se encuentre constituida en conformidad con lo prescrito en el artículo 36 bis, o ante la Corte de Apelaciones de Santiago en su caso; y exigiéndose además, que existan motivos graves y calificados, debiendo acompañarse comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. Finalmente, este artículo establece que la Comisión no podrá disponer una paralización de la construcción por un plazo superior a los 60 días, a menos que exista acuerdo de partes. Esta excepción sólo recibe aplicación para aquellas reclamaciones presentadas ante la Comisión Arbitral con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley.

No obstante la existencia de la norma transitoria, entre los profesionales inmersos en el negocio de las concesiones (sea de parte privada o bien del Ministerio de Obras Públicas), existen dudas en torno a la entrada en vigencia de la ley 20.410. La principal de ellas dice relación con aquellos contratos de concesión resultantes de procesos de licitación cuyas ofertas se hayan presentado con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma, pero en que la controversia o conflicto nazca con posterioridad.

La duda se genera principalmente por lo señalado en el artículo 24 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes, el que reza lo siguiente: “Las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir”. En términos simples, el principio que señala que las leyes procesales rigen in actum. De acuerdo con esto, las normas procesales entran en vigencia desde el momento de su publicación, regulando de forma inmediata

todos los procedimientos que se encuentren en curso, salvo excepciones, como las actuaciones que ya se encuentren en desarrollo o los plazos que ya se estén computando. A mayor abundamiento, la misma ley de efecto retroactivo de las leyes, en lo que dice relación con su aplicación a los contratos señala en su artículo 22 que: En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúanse de esta disposición: 1º Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos; y 2º Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en ellos; pues ésta será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido." Si consideramos que gran parte de las controversias a que da lugar la celebración de un contrato de concesión dicen relación con la vulneración de derechos de una u otra parte contratante, es perfectamente posible encuadrar esta hipótesis bajo la premisa establecida por el numeral primero del artículo recién expuesto, ya que los artículos 36, 36 bis y 36 ter de la ley 20.410 establecen, entre otras cosas, el modo de reclamar en juicio los derechos vulnerados por una de las partes del contrato, estableciendo los órganos competentes para conocer de la reclamación y en parte, el procedimiento que debe seguirse para resolver la contienda (entendiendo lógicamente que el procedimiento procesal será el que determinen las partes dado que se trata de un arbitraje de carácter mixto).

Dado lo recientemente expuesto, ¿Qué ocurre con los contratos que de acuerdo al artículo primero transitorio se rigen por la ley antigua, pero en los cuales el conflicto se genera con posterioridad a la entrada en vigencia de la reforma? Esta duda llevó a cierta parte de los profesionales de la materia a considerar que dadas las normas citadas precedentemente en relación al efecto retroactivo de las leyes, en estos casos la ley 20.410 recibía plena aplicación para resolver estas controversias, contraviniendo derechamente lo prescrito por la propia ley 20.410 en su artículo primero transitorio.

Para dar solución a esta disyuntiva nos remitiremos directamente al Derecho Civil, específicamente a la Teoría de la ley.

Principio fundamental en materia de aplicación de la ley en el tiempo es el de la Irretroactividad de la misma. Este principio se encuentra consagrado en el artículo noveno inciso primero de nuestro Código Civil, el cual prescribe lo siguiente: “La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo”. Éste, es un mandato obligatorio para el Juez, quién no podrá aplicar una ley con efecto retroactivo si ella misma no lo señala expresamente. Dado lo anterior, se concluye que la regla general será siempre la irretroactividad de la ley, mientras que la retroactividad será excepcional, y siempre limitada a aquellos casos en que la misma ley señale expresamente que debe aplicarse con dicho efecto¹⁰⁴.

El legislador, por su parte, ha procurado esclarecer este tipo de situaciones mediante las llamadas disposiciones transitorias, las cuales tienen por objeto prevenir los conflictos producidos por la interposición temporal de dos normas que regulan la misma situación. De esta manera, ellas (las disposiciones transitorias) prescriben expresamente que situaciones o hechos quedarán amparados bajo la ley nueva que entra en vigencia y que situaciones seguirán rigiéndose por la ley anterior. En estos casos en que la nueva norma contiene efectivamente disposiciones transitorias que regulan los conflictos temporales de las normas que se superponen, no es necesaria la intervención del juez para resolver dicho conflicto pues es la misma norma la que resuelve el dilema.

A nuestro juicio, de lo anterior se desprende con claridad la respuesta a la interrogante planteada precedentemente. La ley de efecto retroactivo de las leyes sólo recibe aplicación en aquellos casos en que la nueva ley no regula de forma expresa que situaciones serán regidas por ella o por la ley anterior, pues es una norma supletoria que viene a salvar los vacíos legales producidos justamente por la falta de

¹⁰⁴ GONZÁLEZ CASTILLO, Joel. Teoría De La Ley. Apunte Cátedra de Derecho Civil p. 73-87. Biblioteca Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile.

regulación expresa¹⁰⁵. Según esto, y dado que la Ley 20.410 sí contiene artículos transitorios (señalados anteriormente) no cabe duda alguna que en aquellos contratos de concesión resultantes de procesos de licitación cuyas ofertas se hubieran presentado con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma, las controversias surgidas con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley serán regidas íntegramente por la ley anterior por cuanto así lo prescribe expresamente la disposición transitoria, exceptuándose sólo aquellos casos en que las partes voluntariamente hayan decidido, dentro del plazo legal, someterse a la ley nueva.

Lo anterior es corroborado por personeros de la Unidad de Defensa Jurídica del Ministerio de Obras Públicas, quienes señalan que dada la claridad del texto legal “no les serían aplicables de ninguna forma las disposiciones de la nueva ley, por lo que, no podría el M.O.P. intentar someter las controversias que pudieren presentarse al nuevo sistema de resolución de controversias.”

¹⁰⁵ *Ibidem*.

CAPÍTULO IX. OTROS SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Una vez analizado el sistema de resolución de conflictos que estableció nuestro legislador, nos corresponde analizar la legislación de otros países en relación a esta materia a fin de recoger lo positivo de ellos, analizar su viabilidad y proponer mejoras a nuestro propio sistema. Debemos dejar constancia de la escasa regulación que existe de esta materia en otros países, los cuales en su mayoría, no tratan el tema o simplemente lo regulan de manera muy somera. Lo anterior confirma el importante nivel de desarrollo alcanzado por Chile en materia de Concesiones, tanto en cantidad de obras y servicios concesionados, así como también en el nivel de desarrollo institucional y regulatorio de ellas.

A. Colombia

El sistema de Concesiones de Obras Públicas Colombiano se encuentra regulado por la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

El marco regulatorio establecido por esta ley no se caracteriza precisamente por su especialidad, no obstante ser bastante completo en comparación con otros sistemas Latinoamericanos. Esto debido a que no aborda con especificidad ciertos temas

relativos a los procedimientos destinados a la resolución de los conflictos. Ahora bien, esto puede deberse a que se trata de un estatuto de contratación administrativa que incluye todo tipo de contratos celebrados por el Estado y sus organismos, desde el contrato de obra hasta el de concesión. De hecho, el artículo 32 de dicha ley, denominado “De los Contratos Estatales”, define individualmente todos y cada uno de los contratos estatales, y en su numeral 4º define de forma muy precisa lo que se entiende por Contrato de Concesión, sea de servicio público o de obra pública. Además, en el Parágrafo segundo del mismo artículo se señalan los requisitos necesarios para que los particulares puedan celebrar contratos de concesión con el Estado Colombiano, estableciendo que la oferta deberá contener a lo menos, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. A su vez, señala que presentada la oferta, la entidad estatal la estudiará en un plazo máximo de 3 meses, luego de los cuales decidirá si aprueba o rechaza el proyecto¹⁰⁶.

A su vez, la mencionada norma se encarga de regular los contratos de concesión de telecomunicaciones y radiodifusión, la forma y el contenido que deberán revestir los contratos de concesión, su perfeccionamiento, la nulidad absoluta y relativa, los efectos y el saneamiento de la nulidad, el régimen de responsabilidad contractual, la fiscalización de los contratos y el sistema de resolución de controversias¹⁰⁷. Es en este último punto donde nos detendremos a realizar un análisis en profundidad.

¹⁰⁶ Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Colombia. Artículo 32.

¹⁰⁷ Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Artículo 68. De La Utilización De Mecanismos De Solución Directa De Las Controversias Contractuales. Las entidades a que se refiere el artículo 2o del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción. Parágrafo. Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada.

Artículo 69. De La Imprudencia De Prohibir La Utilización De Los Mecanismos De Solución Directa. Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales. Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal.

Artículo 70. De La Clausula Compromisoria. En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo arbitro. La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.

Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo. En los contratos con personas extranjeras y en los que incluyan financiamiento a largo plazo, sistemas de Pago mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional.

Artículo 71. Del Compromiso. Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. En el documento de compromiso que se suscriba se señalarán la materia objeto del arbitramento, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos del mismo.

Artículo 72. Del Recurso De Anulación Contra El Laudo Arbitral. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Son causales de anulación del laudo las siguientes:

1o. Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas, o se hayan dejado

de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

2o. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

3o. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento.

4o. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.

5o. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

El trámite y efectos del recurso se regirá por las disposiciones vigentes sobre la materia.

Artículo 73. De La Colaboración De Las Asociaciones De Profesionales Y De Las Cámaras De Comercio. Podrá pactarse acudir a los centros de conciliación y arbitramento institucional de las asociaciones profesionales, gremiales y de las cámaras de comercio para que diriman las controversias surgidas del contrato.

Artículo 74. Del Arbitramento O Pericia Técnicos. Las partes podrán pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos designados directamente por ellas o que se sometan al parecer de un organismo consultivo del Gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será definitiva.

Artículo 75. Del Juez Competente. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.

Parágrafo 1o. Una vez practicadas las pruebas dentro del proceso, el juez citará a demandantes y demandados para que concurren personalmente o por medio de apoderado a audiencia de conciliación.

Dicha audiencia se sujetará a las reglas previstas en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil y se procurará que se adelante por intermedio de personas diferentes de aquellas que intervinieron en la producción de los actos o en las situaciones que provocaron las discrepancias.

Parágrafo 2o. En caso de condena en procesos originados en controversias contractuales, el juez, si encuentra la existencia de temeridad en la posición no conciliatoria de alguna de las partes, condenará a

A lo primero que debemos hacer mención es al hecho de que la Ley 80 de 1993 es un Estatuto que regula todos los contratos del Estado y sus órganos, por lo que debemos entender que el contrato de concesión no tiene un apartado especial en la materia, sino que al se regula por el mismo procedimiento que los demás contratos.

Esta es una diferencia importante con nuestra legislación, en la cual veíamos que existe una ley especial que regula el Contrato de Concesión, estableciendo desde sus formalidades hasta el sistema de resolución de controversias aplicable. Pues bien, el Sistema de Resolución de Controversias Contractuales colombiano, comienza con el 68 de la Ley 80 de 1993, el cual establece que los conflictos surgidos a causa de un contrato administrativo celebrado entre la autoridad y un particular serán resueltos con la mayor celeridad posible utilizando los mecanismos de resolución de controversias establecidos por esta ley, principalmente, la conciliación, la amigable composición y la transacción. Se establece además, la improcedencia de las cláusulas contractuales que prohíban la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para la resolución de los conflictos que surjan en los contratos.

Del artículo 68 podemos concluir que, al igual que en Chile, la solución primordial siempre será la Conciliación. Esta, según el artículo 73 del mismo cuerpo legal podrá llevarse a cabo en centros de conciliación y arbitraje (arbitramento) institucional de las asociaciones profesionales, gremiales y de las cámaras de comercio para que diriman la controversia.

la misma o a los servidores públicos que intervinieron en las correspondientes conversaciones, a cancelar multas a favor del Tesoro Nacional de cinco (5) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales. Parágrafo 3o. En los procesos derivados de controversias de naturaleza contractual se condenará en costas a cualquiera de las partes, siempre que se encuentre que se presentó la conducta del parágrafo anterior.

En relación con el procedimiento ante árbitros, se indica que las partes tienen el derecho (por cuanto no pueden negarse) a estipular una cláusula compromisoria o a celebrar un compromiso. Como bien señala el artículo 70 del cuerpo legal en comento, las partes podrán incluir una cláusula compromisoria a fin de resolver, mediante un juicio arbitral, las controversias que se produzcan a consecuencia de la celebración del contrato administrativo y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

La cantidad de árbitros designados es variable. La ley prescribe que deberán ser 3, pero podrá ser 1 cuando se trate de contiendas de menor cuantía o cuando las partes decidan que sólo uno resuelva la contienda. Estos árbitros revestirán las facultades de los árbitros de derecho, esto es, se someterá a la ley tanto en el procedimiento como en el fallo.

Para el caso en que las partes no hayan estipulado la cláusula compromisoria, cualquiera de ellas podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso a fin de resolver los conflictos que surjan del contrato. El documento en el que suscriba el compromiso deberá contener la designación de los árbitros, la materia objeto del arbitraje, el lugar de funcionamiento y la forma de proveer los costos del mismo.

El artículo 75 de la Ley señala además, que en los casos de controversias de carácter exclusivamente técnico, estos podrán someterse al criterio de peritos expertos en la materia, los cuales serán designados por las partes, o bien que se sometan al criterio de un organismo consultivo del gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. El pronunciamiento de este organismo será definitivo.

En relación con los recursos que proceden en contra de la sentencia arbitral, se ha señalado que procederá el recurso de anulación, el cual, viene a ser un equivalente en Chile, al recurso de casación en la forma y en el fondo. Esto puesto que las causales que hacen procedente el recurso dicen relación principalmente con errores de aplicación de la ley, ultrapetita o errores de procedimiento.

Finalmente, y en aquellos casos en que las partes no hayan alcanzado la conciliación, o derechamente no hayan asistido a ella, o bien, cuando no hayan sometido la controversia a arbitraje, la última vía de solución será ante los Tribunales Administrativos de la jurisdicción correspondiente. De acuerdo al procedimiento, el llamado a conciliación se producirá sólo una vez que se hayan rendido las pruebas en el juicio. De no alcanzarse el acuerdo en la audiencia convocada para tal efecto, se seguirá el curso normal del juicio que culminará con la sentencia. Destaca en el procedimiento conciliatorio la facultad del juez para imponer multas a beneficio fiscal en los casos en que se detecte temeridad en la posición no conciliatoria de alguna de las partes.

De acuerdo a nuestra posición, y teniendo en cuenta el marco regulatorio actualmente existente en Chile (ley 20.410), a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993 de Colombia, se le pueden formular algunas críticas:

1. En primer lugar, la normativa carece de especificidad en relación a las materias que pueden ser objeto de reclamo. Si nos remitimos a la norma Chilena, tanto los artículos 36 como 36 bis de la ley 20.410, establecen específicamente que el Panel Técnico y la Comisión Arbitral serán competentes para conocer de las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan con motivo del contrato de concesión, o aquellas que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato o a que dé lugar su ejecución. Desde este punto de vista, la Ley Colombiana sólo hace

alusión a que las controversias de carácter técnico serán conocidas por un organismo experto de carácter consultivo.

2. Si bien de acuerdo a la Ley Colombiana no se puede negar el derecho a estipular cláusula compromisoria ni a celebrar un compromiso, es posible que las partes no ejerzan dicho derecho o que una de ellas no acceda al compromiso, negándose de esa manera la opción de acceder a un juicio arbitral. Consecuencia de esto es que los procedimientos pueden ser de muy lato conocimiento y dilatar en demasía la construcción, puesta en marcha o prestación del servicio concesionado, con todas las consecuencias económicas y sociales que eso conlleva. Como veíamos anteriormente, en Chile todos los contratos de concesión tienen un panel técnico y una comisión arbitral constituida desde la celebración del mismo, a fin de resolver todas las controversias que se produzcan entre las partes de dicho contrato. El objetivo de lo anterior es mantener de forma constante un tribunal que conozca exclusivamente de los conflictos que se produzcan entre las partes, quienes por lo demás serán co-contratantes durante bastante tiempo dado la duración de las concesiones. De esta forma, los fallos que emita dicho tribunal arbitral podrán ser más constantes, predecibles y a la vez, menos contradictorios.

3. La tercera crítica que se puede realizar al procedimiento establecido en Colombia deriva precisamente del punto anterior. En nuestra legislación, el artículo 36 ter, estipula las condiciones y requisitos necesarios para solicitar y declarar la suspensión del acto administrativo reclamado, así como el plazo máximo por el cual se encontrarán suspendidos sus efectos. Bajo el amparo de la Ley 80 Colombiana, esta situación no se regula, y teniendo en consideración que las reclamaciones podrán ser conocidas por tribunales administrativos, los procedimientos pueden fácilmente prolongarse por mucho tiempo, quedando la duda respecto a si es posible para el reclamante solicitar la suspensión del acto administrativo reclamado o no y por cuánto tiempo. El tema no es menor teniendo en cuenta los costos económicos que puede significar para el

concesionario o para el concedente una paralización prolongada de la concesión, así como el costo social y político que puede llegar a tener para el Gobierno.

B. Perú

En el caso de nuestro vecino País, las Concesiones de Obras Públicas y su Sistema de Solución de Controversias, se encuentran regulados a través de La Ley de Contrataciones del Estado y del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ambas normas promulgadas el año 2009.

Como se desprende del nombre de las normas, y a diferencia de nuestro sistema legislativo, en Perú el contrato de Concesión de Obra Pública se encuentra regulado dentro del marco de los contratos del Estado, y por tanto, su sistema de resolución de conflictos es común para todos los contratos celebrados por la administración de dicho País.

Lo primero que debemos destacar de la legislación peruana es que se establece de forma obligatoria para todos los contratos celebrados entre los particulares y el Estado, la existencia de cláusulas referidas a la solución de controversias. En el caso de aquellas que determinen que en caso de controversia se recurrirá a un órgano arbitral, ésta cláusula se llama “convenio arbitral”. Esta obligación se encuentra consagrada en el artículo 40 de dicho cuerpo legal, donde además se prescribe que todas las controversias surgidas durante la etapa de ejecución del contrato deberán ser resueltas mediante un procedimiento conciliatorio o arbitral. Además, el mencionado artículo

establece que en caso de no incluirse la cláusula de solución de conflictos, se entenderá incorporada, de pleno derecho, la cláusula modelo¹⁰⁸ que establece el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En particular, es el Título V de la referida ley, el que se encarga de regular en específico todo lo relacionado con “La Solución de Controversias e Impugnaciones”, señalando en el artículo 52, que “las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes”¹⁰⁹. Por su parte, el Reglamento, señala en su artículo 99 numeral 7, que “las controversias que surjan durante la ejecución contractual involucran únicamente a la Entidad contratante y al proveedor adjudicatario, y se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje”¹¹⁰.

El plazo establecido para la interposición de la reclamación es bastante amplio, señalándose que la solicitud de conciliación o arbitraje deberá formularse en cualquier momento anterior al término del respectivo contrato. Se exceptiona de lo anterior a los reclamos formulados por el concedente, relativos a vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el concesionario¹¹¹, caso en el cual el plazo se extiende a 1 año en el caso de los bienes y servicios y a 7 para el caso de las

¹⁰⁸ El texto de la cláusula modelo es el siguiente: “todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OCSE y de acuerdo con su Reglamento.”

¹⁰⁹ Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 52. Perú. [en línea] <<http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/Ley%20de%20Contrataciones%20y%20Reglamento.pdf>>

¹¹⁰ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 99. Perú. Contenido en la Ley de Contrataciones del Estado. [en línea] <<http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/Ley%20de%20Contrataciones%20y%20Reglamento.pdf>>

¹¹¹ Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 52 inciso 1º. Perú. [en línea] <<http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/Ley%20de%20Contrataciones%20y%20Reglamento.pdf>>

construcciones, ambos plazos contados desde la conformidad otorgada por el concedente¹¹².

En caso que las partes decidan solicitar un procedimiento conciliatorio, deberán hacerlo ante un Centro de Conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia de Perú, dentro de los plazos señalados en el párrafo anterior. Como señala el artículo 214 del Reglamento, con posterioridad al procedimiento, “las actas de conciliación deberán ser remitidas al OSCE¹¹³ para su registro y publicación, dentro del plazo de 10 días hábiles de suscritas”.

Debemos acotar a título personal, que extraña la escasa regulación del procedimiento conciliatorio, el cual no establece plazos máximos de duración del mismo, ni la fuerza vinculante de la resolución que se adopte. A partir de lo prescrito por la norma, entendemos que el proceso de conciliación, al igual que en Chile, es facultativo para las partes, pudiendo libremente dirigirse directamente ante el órgano arbitral.

En relación con el procedimiento de arbitraje, debemos comenzar señalando que existen dos tipos de arbitraje. El primero de ellos, denominado “arbitraje Ad-Hoc”, es aquel en que las partes mediante una cláusula de arbitraje, determinan libremente a él o los miembros integrantes de dicho órgano. Por el contrario, en el llamado “arbitraje institucional”, es aquel en que las partes se someten a la intervención de un cuerpo arbitral perteneciente a una determinada institución o corte de arbitraje. Es menester señalar que, si al momento de suscribir el convenio de arbitraje las partes nada dicen

¹¹² *Ibíd.* Artículo 50.

¹¹³ Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

en torno al tipo de arbitraje, las controversias deberán resolverse mediante un arbitraje Ad-Hoc¹¹⁴.

A diferencia del sistema consagrado en nuestra legislación, en Perú, el arbitraje será de derecho, por tanto, el árbitro deberá ceñirse a la ley tanto en el procedimiento como en su fallo, debiendo observar, en primer orden, las normas de derecho público y luego las de derecho privado¹¹⁵.

En cuanto a la composición del órgano arbitral, la ley señala que éste podrá integrarse por un árbitro único o bien por un tribunal arbitral compuesto por un máximo de 3 árbitros¹¹⁶. Si se opta por la primera opción, la ley exige que éste sea abogado, mientras que de elegirse la segunda opción, se exige que el presidente del tribunal arbitral tenga esa profesión¹¹⁷. En ambos casos, los abogados deben contar con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones del Estado. En el caso del tribunal arbitral, los demás miembros integrantes podrán ser expertos o profesionales de otras áreas. A fin de mantener la independencia e imparcialidad en el fallo, el o los árbitros se encuentran afectos a determinadas inhabilidades e incompatibilidades (mencionadas en el artículo 221 del Reglamento), las cuales deberán informar oportunamente. El artículo 224 del Reglamento indica que el árbitro se encuentra obligado a informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los 5 años anteriores a su nombramiento que pudiera afectar su

¹¹⁴ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 216 inciso 2º. Perú. Contenido en la Ley de Contrataciones del Estado. [en línea] <<http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/Ley%20de%20Contrataciones%20y%20Reglamento.pdf>>

¹¹⁵ Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 52 inciso 2º. Perú. [en línea] <<http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/Ley%20de%20Contrataciones%20y%20Reglamento.pdf>>

¹¹⁶ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 220. Perú. Contenido en la Ley de Contrataciones del Estado. [En línea] <<http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/Ley%20de%20Contrataciones%20y%20Reglamento.pdf>>

¹¹⁷ Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 52 inciso 3º y Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 220 inciso 2º. Perú.

imparcialidad e independencia. Finalmente, el artículo 225 del mismo cuerpo normativo señala las causales de recusación a que están sometidos los árbitros.

La manera de dar inicio al arbitraje dependerá del tipo de arbitraje que se haya elegido en el convenio arbitral, pues de tratarse de uno Institucional, la parte interesada deberá dirigirse directamente ante la institución que ejercerá la función, mientras que en el caso del arbitraje Ad-Hoc, la parte interesada deberá remitir a la otra la solicitud de arbitraje. Anteriormente señalábamos que el plazo para interponer la reclamación, ante el órgano conciliatorio o arbitral, era hasta antes del vencimiento del contrato respectivo, no obstante, en el caso del procedimiento arbitral debemos hacer una salvedad. En aquellos casos en que el procedimiento se haya iniciado a través de una solicitud de conciliación, la cual resulte fallida o frustrada, el plazo para iniciar el procedimiento arbitral será de 15 días hábiles, contados desde la emisión del Acta de no Acuerdo Total o Parcial, o en términos simples, desde la emisión del acta que da por frustrado, en todo o parte, el procedimiento conciliatorio¹¹⁸.

En los casos de arbitraje Ad-Hoc, la solicitud enviada por la parte interesada deberá indicar el convenio arbitral, incluyendo la designación de un árbitro en los casos en que corresponda. Además, deberá señalar la o las materias que serán objeto del arbitraje y su cuantía. Por otro lado, la parte interpelada deberá remitir su respuesta dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde el día siguiente a la recepción de la solicitud de arbitraje. Esta respuesta también deberá contener la designación de un árbitro en los casos que corresponda y además la posición que asuma la referida parte frente a la controversia. Se señala además, que en su respuesta la parte solicitada podrá ampliar o replicar la materia controvertida¹¹⁹.

¹¹⁸ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 215. Perú. Contenido en la Ley de Contrataciones del Estado. [en línea] <<http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/Ley%20de%20Contrataciones%20y%20Reglamento.pdf>>

¹¹⁹ Ibídem. Artículos 218 y 219.

En los casos en que exista un arbitraje Ad-Hoc en curso y surja una nueva controversia entre las mismas partes y relativa al mismo contrato, la ley contempla la posibilidad de acumular las pretensiones a dicho arbitraje dentro del plazo de caducidad establecido en la ley, siempre que no se haya procedido a declarar la conclusión de la etapa probatoria. Sin perjuicio de tratarse de una solicitud de parte que queda sometida a la decisión de él o los árbitros, las partes pueden, mediante el convenio arbitral, establecer que sólo procederá la acumulación de pretensiones cuando ambas partes estén de acuerdo¹²⁰.

Al igual que en Chile, el laudo arbitral o fallo no será susceptible de recurso alguno, salvo el recurso de anulación, que no ataca el fondo del asunto, sino que su validez formal. El artículo 52 inciso 6º de la Ley señala que “es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación”. Por su parte, el artículo 231 del Reglamento señala que “tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia”. Mantenemos y reafirmamos la opinión sostenida frente a la improcedencia de recursos en contra de la sentencia arbitral en Chile, es más, en el caso peruano nos parece aún más grave este hecho, por cuanto se trata de un arbitraje de derecho, en el cual, tanto el procedimiento como el fallo deben someterse a derecho. Aún en Chile, en los casos de arbitraje de derecho siempre son procedentes los recursos de apelación y casación, salvo que las partes hubieren renunciado a ellos.

No obstante las vías de solución señaladas precedentemente, el Reglamento establece además la posibilidad (y obligación) de interponer el Recurso de Apelación en contra de los actos administrativos dictados durante el desarrollo del proceso de selección, desde la convocatoria y hasta antes de la celebración del respectivo contrato. Este recurso de apelación se interpone ante la Entidad que convocó el proceso de selección impugnado y su conocimiento y fallo dependerá de la cuantía de

¹²⁰ Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 52 inciso 5º y Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 229. Perú.

la pretensión. De esta forma, si el valor referencial (cuantía) no supera de las 600 Unidades Impositivas Tributarias, el recurso será conocido y resuelto por el Titular de dicha Entidad; por el contrario, si supera dicha cantidad, será conocido y resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado¹²¹.

Es interesante notar que este último punto no se encuentra regulado en Chile. La Ley de Concesiones de Obras Públicas no hace mención a las controversias que puedan ocurrir desde el llamado de licitación y hasta la celebración del contrato, dejando descubierta una zona que sin lugar a dudas es generadora de conflictos.

C. España

En España, el Contrato de Concesión de Obra Pública se encuentra regulado a través del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. El mencionado contrato se encuentra definido en el artículo 7 de dicho cuerpo legal, el que señala que “La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio”. Además, el

¹²¹ Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 53. Perú. [en línea] <<http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/Ley%20de%20Contrataciones%20y%20Reglamento.pdf>>

mismo artículo establece expresamente que el riesgo en el contrato de concesión corresponde al concesionario.

No obstante tratarse de un cuerpo normativo importante en materia de Concesiones, es de extrañar que en todo el articulado destinado a esta materia se regule de manera tan sucinta aquella relacionada con la resolución de las controversias que se produzcan con motivo de la celebración de los Contratos de Concesión. De esta manera, en el capítulo destinado a regular esta materia no se trata de manera alguna la forma en que se procederá en caso de que se produzca alguna controversia entre las partes producto de desavenencias contractuales. En el país Ibérico, la regulación del “sistema de resolución de conflictos” se realiza de forma genérica, abarcando a todos los contratos en los que tome parte el Estado, sea mediante contratos administrativos, como lo es el contrato de concesión, sea mediante contratos privados.

Es así como el artículo 21 de la norma comentada establece que “El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Igualmente corresponderá a este orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada...”¹²². De la norma recién expuesta se puede extraer prácticamente todo el sistema de resolución de controversias establecido por la legislatura española, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en Chile y en los otros países Latinoamericanos analizados precedentemente, en España no existe la posibilidad de llevar el asunto al conocimiento de un Tribunal Arbitral, por

¹²² Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

cuanto el artículo 50 de la Ley de Contratos del Sector Público¹²³ establece este procedimiento sólo para aquellos entes u organismos del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas. Si tenemos en consideración que el Contrato de Concesión es un contrato administrativo¹²⁴ y que el carácter distintivo de dichos contratos es que son celebrados justamente por un órgano perteneciente a las Administraciones Públicas¹²⁵, entonces llegamos a la lógica conclusión que la vía arbitral se no se encuentra disponible para resolver este tipo de contiendas.

¹²³ Artículo 50. Arbitraje. Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren.

¹²⁴ *Ibíd.* Artículo 19, Numeral 1º, Letra A.

¹²⁵ *Ibíd.* Artículo 19, Numeral 1º.

CONCLUSIONES

1. Mirando hacia el pasado y proyectando también hacia el futuro lo que ha ocurrido en materia de Concesiones de Obras Públicas, es relevante dar cuenta de los diferentes fundamentos con que se recurrió y se recurre actualmente a este mecanismo. En un comienzo, como se señaló al comienzo de este trabajo, las Concesiones de Obras Públicas se hicieron presente más que por elección, por necesidad. Teniendo en cuenta la época histórica, además de la realidad social, económica y de infraestructura que se vivía en Chile a fines de la década del 80' y comienzos de la del 90', el mecanismo de las Concesiones de Obras Públicas surgió como la mejor respuesta o la mejor reacción posible frente a un importante déficit en materia de infraestructura. El país tenía un alto nivel de retraso en esta materia, con precarias vías de transporte, con altos índices de hacinamiento en cárceles, con largas listas de espera en hospitales, etcétera. Frente a la necesidad no existían los medios económicos suficientes para dar cobertura a todas estas necesidades, por cuanto eran unas entre muchas otras heredadas de varios años de turbulencias en materia política y social. De ahí surge la idea y la necesidad de concesionar parte importante de las Obras Públicas, teniendo como objetivo principal el de obtener el financiamiento económico suficiente para que nuestro País fuese capaz de ponerse al día en esta área de la forma más rápida y eficiente posible.

Hoy, la mirada es diferente. El déficit en materia de infraestructura aún persiste, pero no en los alarmantes niveles de hace más de 20 años atrás. El régimen de concesiones imperante ha dado satisfacción a parte importante de la infraestructura faltante, demostrando ser un mecanismo fiable, ordenado y que ha arrojado, dentro de todo, resultados positivos. Hoy como País, no existe esa imperiosa necesidad de

recurrir a las Concesiones de Obras Públicas, sino que se recurre a ella por elección, porque sabido es que el sistema funciona y que es una manera real y concreta de avanzar en temas de infraestructura sin que el Estado tenga que invertir recursos en ello, permitiendo además, destinar esos recursos a otras necesidades en las cuales la mano del Estado debe estar más presente y ser más cercana a las necesidades de la gente.

Es evidente que el sistema necesita seguir perfeccionándose, necesita seguir acomodándose constantemente a las necesidades que vayan surgiendo y a la realidad imperante, pero en términos generales, el sistema de concesiones que se instaló hace 20 años atrás hoy arroja resultados positivos.

2. El progresivo aumento del número de obras concesionadas en Chile tiene su explicación en múltiples circunstancias que han favorecido su importante proliferación. En términos globales podemos considerar dos: en primer lugar, el beneficio social que ha significado para el País el desarrollo de la infraestructura y la reducción de costos que ello ha significado para el Estado; y en segundo, los resultados económicos que las Empresas Concesionarias han obtenido producto de la explotación de las obras concesionadas. Este último aspecto, a nuestro juicio, es el más relevante. Es evidente que por mucho que se quiera implementar un sistema de concesiones de obras públicas en un país, no siempre el mecanismo será viable, puesto que para que el sistema funcione, es evidente que debe existir una parte concedente (Estado) y una parte concesionaria, la cual, para ofrecer sus servicios debe, inevitablemente, ver en ello un beneficio económico sustancioso. Desde este punto de vista, el factor más relevante a la hora de emprender un proyecto gubernamental de concesiones de obras públicas será siempre el garantizarle al inversionista (Concesionario) un beneficio económico acorde con la magnitud de las obras a concesionar.

Desde la óptica del inversionista, este incentivo del beneficio económico será mucho más plausible si el destino de su inversión es una Nación económicamente estable en la cual exista un alto grado de certeza y seguridad en torno al escenario económico futuro. En nuestra opinión, estas condiciones de certeza y seguridad sólo serán posibles si en el país receptor de los recursos se dan tres elementos claves: una correcta distribución del riesgo asociado a la construcción y explotación de las obras; un alto grado de equilibrio económico del contrato; y finalmente, un alto grado de seguridad jurídica.

En concordancia con la seguridad jurídica, no podemos dejar de mencionar que nos mostramos contrarios a la improcedencia de recursos en contra de la sentencia dictada por la Comisión Arbitral, por la violación a los derechos constitucionales y al debido proceso que ello significa. Nos parece que privilegiar la celeridad y rapidez en la resolución de las controversias a fin de no retrasar la construcción y puesta en marcha de una obra pública concesionada no puede ni debe significar la violación de principios procesales que a su vez se traducen en derechos constitucionales consagrados por nuestra legislación y por Tratados Internacionales. Esto mismo se ha traducido en la utilización del Recurso de Queja (único recurso procedente) como subsidiario de todos los demás recursos destinados a impugnar una sentencia, sea por defectos de forma o de fondo, lo que implica modificar su naturaleza jurídica, toda vez que se trata de un recurso disciplinario que tiene como fin el obtener una sanción en contra de un juez que ha cometido una falta o abuso con motivo de la dictación de una sentencia.

La mantención, durante el período por el que se extienda la concesión, de los elementos y características que llevaron a las partes a la celebración del contrato de concesión, es lo que el equilibrio económico del contrato busca reflejar, es por ello que cualquier circunstancia o factor que altere las condiciones bajo las cuales las partes contrataron provocará un desequilibrio en la ecuación económica y financiera que el concesionario estructuró antes de invertir. Y es en consideración a las partes

involucradas, el volumen de recursos invertidos y el plazo de la relación jurídica, que se hace especialmente sensible este equilibrio y vitalmente importante mantenerlo para el éxito del sistema. En este sentido, tanto la antigua normativa como la actual recogen diversas hipótesis -4 situaciones latamente tratadas- en que se busca resguardar el citado equilibrio mediante sistemas de compensaciones o indemnizaciones entre las partes.

Nuestro País ha sido capaz, en términos generales, de entregar a los inversionistas los tres elementos anteriormente mencionados. Y lo ha hecho a través de una legislación completa y suficiente, y de organismos especializados en materia de Concesiones. Si bien el sistema en sí mismo se ha desarrollado y perfeccionado sobre la marcha, el resultado ha sido más que aceptable, sobre todo si tenemos en consideración que el sistema de concesiones se introdujo en Chile desde cero y sin tener un conocimiento real ni cabal de todo lo que implica regular un mercado como éste. Hoy por hoy los resultados nos avalan y somos líderes a nivel Latinoamericano en el desarrollo de esta materia.

3. En comparación con otros países latinoamericanos (particularmente aquellos analizados en este trabajo), Chile se encuentra en una posición avanzada en lo que respecta al desarrollo en materia de Concesiones. La fortaleza y estabilidad institucional, legal y económica han logrado atraer a importantes grupos de inversionistas que han puesto sus recursos a disposición del desarrollo de grandes proyectos de infraestructura pública que se han traducido en un importante diferenciador respecto a nuestros vecinos latinoamericanos. Si bien, aún vamos un paso detrás de países como México o España, frente a ellos la diferencia no se traduce más que en el volumen de las obras y en la cantidad de ellas llevadas a cabo a lo largo del tiempo, por lo que bien podemos pensar que vamos por el camino correcto.

Un punto que nos parece destacable del sistema de resolución de conflictos instaurado en nuestro País, es la especificidad del mismo, puesto que existe un cuerpo normativo completo destinado a regular única y exclusivamente al Contrato de Concesión de Obras Públicas, a diferencia de lo que ocurre en todos los países estudiados anteriormente, donde el mencionado contrato es regulado por normas de carácter general, habitualmente estatutos de contratación pública o administrativa, por lo que son normas muy genéricas que no establecen instituciones diferenciadoras, ni plazos o procedimientos específicos que puedan dar celeridad a la resolución de los conflictos.

En relación con la celeridad, rapidez y eficacia de los procesos, llama poderosamente la atención el caso español, puesto que además de la escueta regulación que la legislación le otorga a este contrato, no obstante ser una Nación desarrollada en este ámbito, no existe la posibilidad de resolver las contiendas por medio de un juicio arbitral, el cual implica plazos más cortos y por tanto, una sentencia más rápida. A mayor abundamiento, la legislación española no contempla un proceso conciliatorio que otorgue la posibilidad de evitar un juicio de lato conocimiento por medio de una amigable composición. En España es la judicatura administrativa contenciosa la encargada de conocer de los conflictos generados con motivo de la celebración de un contrato de concesión.

Es relevante tener en consideración un par de elementos que en nuestra opinión son destacables de los sistemas estudiados y que pueden ser introducidos en el futuro en nuestra legislación a fin de dar mayor seguridad jurídica y mayor celeridad al proceso sin tener que violentar derechos constitucionales, como ocurre con lo que señalábamos anteriormente con la improcedencia de recursos en contra de la sentencia dictada por la Comisión Arbitral. El primer elemento proviene desde la legislación Colombiana, donde se establece la facultad del juez para imponer multas a beneficio fiscal cuando detecte temeridad en la posición no conciliatoria de alguna de las partes.

A nuestro juicio es una importante sanción para aquellos casos en que la conciliación se utiliza sólo como un medio para dilatar los procesos y como un incentivo para aceptar la recomendación técnica emitida por el Panel. El segundo elemento proviene de la legislación Peruana, la que se preocupa de regular los conflictos que se generan desde el llamado a licitación y hasta la celebración del contrato de concesión, materia que actualmente en Chile no se encuentra regulada, y que sin lugar a dudas significaría una incremento importante en la transparencia de los procesos de licitación.

4. Uno de los objetivos de esta memoria era hacer un estudio comparativo entre el nuevo sistema de resolución de conflictos, introducido mediante de la ley 20.410 en enero de 2010, y el antiguo sistema de resolución de conflictos, con tal de obtener luces acerca de si efectivamente había una mejora sustancial en términos de tiempo y menores costos asociados a la litigación en el nuevo sistema –que fueron algunas de las razones que se esgrimieron para su modificación-, pero la realidad con la que nos encontramos nos hizo replantearnos este objetivo. La situación era totalmente diferente a la que pensabamos, tras un año y medio de promulgada la ley el Panel Técnico recién se estaba instalando en sus oficinas y sesionando ocasionalmente a fin de determinar los procedimientos mediante el cual las partes podrían requerir su intervención en controversias de su competencia. Por otro lado tanto a nivel del MOP como del mundo privado existía un desconocimiento absoluto en cuanto al funcionamiento del nuevo sistema, lo que ha generado un manto de desconfianza sobre el nuevo sistema. Por ello es que nos reunimos con abogados expertos representativos de los 3 actores del sistema, y a partir de ello nos fue posible extraer algunas ideas acerca de los cambios introducidos.

En esa línea, cabe señalar que aún cuando el Panel Técnico fue creado por la reforma en enero del año 2010, en septiembre de ese año se nombraron a sus integrantes por medio del Consejo de Alta Dirección Pública, comenzando a sesionar recién en marzo del año siguiente e instalándose en sus oficinas definitivas en

septiembre de 2011, es decir, más de 1 año y medio después de la entrada en vigencia de la ley. A mayor abundamiento, hasta septiembre de 2011 no había sido requerida la intervención del Panel y su trabajo se había circunscrito a esbozar y elaborar los procedimientos mediante los cuales las partes van a poder solicitar su intervención.

El Panel funciona como un servicio independiente e imparcial, por ello es que en términos económicos sus gastos de administración y funcionamiento más el 50 % de los honorarios de sus miembros son incluidos en la partida presupuestaria del Ministerio de Obras Públicas que va incerta en la ley de presupuesto; al restante 50% de los honorarios de los miembros concurren los concesionarios regidos por la nueva ley. Esta independencia es absolutamente necesaria para el éxito del nuevo sistema, sobretodo si tomamos en consideración las razones por las que se creó, además de los derechos y garantías que debe proteger en su actuar; deben ser un tercero (técnico) imparcial respecto de las partes con las que se involucra, MOP y Concesionarias. Es una institución sui generis que no tiene un superior jerárquico definido, en este sentido se parece en algo a la Fiscalía Nacional Económica que a pesar de estar bajo dependencia institucional del Ministerio de Economía es un organismo independiente en su actuar y en términos económicos.

De vital importancia, y que de paso encendió las alertas de los actores involucrados, es el hecho que ninguna de todas las sociedades concesionarias que operaban a la fecha de la reforma hizo uso de la posibilidad que les otorgaba los artículos transitorios de la ley a fin de acogerse al nuevo sistema. Algo de desconfianza en el sistema deja entrever esta situación.

El hecho que los concesionarios no se hayan querido acoger a la posibilidad de litigar bajo el nuevo sistema diseñado, no sólo encuentra explicación en la probable desconfianza existente por parte del mundo privado sino que también dice relación con

la forma en que se articularon las modalidades de financiamiento con las que contaban, a saber, ellos estructuraron un modelo de negocio y financiamiento teniendo en consideración como uno de los factores -de la compleja ecuación que significa el financiamiento- la ley que en esa época estaba vigente, de manera tal que cualquier cambio que se introduzca en esta ecuación afecta las proyecciones futuras sobre las que se decidió invertir en el negocio.

Generalmente, cuando el MOP se enfrenta con los concesionarios por alguna discrepancia procede buscando salidas alternativas que no signifiquen dilatar aún más las controversias, intentando encontrar puntos de acuerdo que permitan encontrar soluciones a nivel administrativo previo a judicializarlas. Ahora bien, si no es posible evitar que la controversia llegue a nivel jurisdiccional igualmente se busca alcanzar soluciones alternativas, en sede de Comisión Conciliadora. Al efecto, cabe señalar que el 47% de las causas que son sometidas a la Comisión Conciliadora terminan por conciliación y un 53% se resuelve por sentencia definitiva (información disponible en el MOP).

A partir del análisis de los fallos de Comisiones Arbitrales que se hace desde el MOP, entieneden que existía la necesidad de crear el panel técnico en razón de lo que se discute en gran medida es sumamente “técnico”, por lo que no tiene sentido desarrollar una controversia de carácter jurisdiccional a partir de conflictos a nivel técnico. De modo tal que se justifica a todas luces la creación de un ente técnico, idenpendiente y único, que fijará criterios y con ello aportará seguridad jurídica para los concesionarios y el mismo MOP a la hora de enfrentar diferencias de carácter técnico en el futuro.

Desde la perspectiva de los concesionarios, se puede decir que el Sistema de Resolución de Conflictos tiene su razón de ser en la idea del desequilibrio existente

entre las partes del contrato de concesión, Estado fuerte frente a los Concesionarios, que a la luz del poder judicial como posibles tribunales competentes para resolverlos, enfrentarían conflictos de independencia debido a que estarían en juego intereses del Estado –del que forman parte como poder- a través de los recursos que el MOP involucra. Así las cosas, el sistema creado buscaba restablecer el equilibrio entre las partes mediante la creación de Comisiones Arbitrales -previamente conciliadoras- como tribunales realmente independientes e imparciales no sujetos a presión.

Una de las formas más comunes en que el MOP generaba desaveniencias era a través de exigencias adicionales solicitadas por los inspectores fiscales, quienes producto de su formación laboral -provenían del subsector de vialidad con todas sus “mañas”-, eran capaces de generar un desequilibrio en términos económicos, desequilibrio que los concesionarios sólo podrían intentar eliminar recurriendo al sistema de resolución de conflictos.

El cambio de las reglas del juego producido por la nueva ley, hizo surgir desconfianza en el sector privado respecto del sistema. Se pactó con ciertas variables que se proyectaron como fijas en el largo plazo pero que a mitad de camino se modificaron con lo que se amenaza el equilibrio económico que debe existir en los contratos de concesión de obras públicas. Ahora bien, la nueva ley introduce modificaciones positivas al contrato de concesión de obra pública en aspectos que estaban mal regulados además de establecer un marco regulatorio más claro ex ante.

Así las cosas, no es extraño que las Concesiones que ya se encontraban en marcha al tiempo de entrar en vigencia la reforma no se hayan sometido a la nueva ley, debido a que, al interior de las Concesionarias existe una sensación bastante generalizada de que en el fondo la reforma fue una invención personalista del Ex Ministro Eduardo Bitrán, movido por una animadversión y desconfianza hacia las

concesionarias y hacia la propia coordinación de concesiones del MOP. Además se entiende que la nueva ley ha dificultado y entorpecido las inversiones, generando un engorroso sistema de resolución de controversias; en la medida en que el nuevo sistema no esté operando y tenga una cantidad razonable de sentencias – recomendaciones en el caso del Panel-, no se sabrá si que el nuevo sistema es mejor que la antiguas Comisiones Conciliadoras y Arbitrales exclusiva de cada contrato.

5. En el desarrollo de esta memoria hemos leído y escuchado en diversas ocasiones que uno de los fundamentos que estuvo tras la reforma era la idea que el antiguo sistema beneficiaba en mayor medida a los concesionarios en desmedro de los intereses del MOP, apoyado en que mayormente las comisiones arbitrales fallaban a favor de los concesionarios. Al respecto, no debe perderse de vista el hecho que no necesariamente porque se fallara mayormente a favor de los intereses de los concesionarios el sistema era más beneficioso para ellos sino que también es necesario evaluar cada controversia en detalle, porque es probable que haya sido una mala regulación a nivel de bases de licitación o de contrato de concesión la que haya derivado en que los inspectores fiscales hayan requerido de los concesionarios nuevas obras o exigencias constructivas desproporcionadas –no especificadas en el contrato de concesión- respecto de las que posteriormente se cuestionaba su pago por diversas razones. De manera tal, que el juzgar la fiabilidad y transparencia de un sistema basándonos meramente en lo que nos señala una estadística sin preocuparnos de entender el trasfondo que ello tiene puede ser conducente al error. Con esto no pretendemos dar a entender que la reforma era innecesaria, porque por el contrario, era muy necesaria, pero el fundamento de esa reforma no puede ser simplemente el enfrentamiento numérico entre los juicios ganados por el MOP y los ganados por los Concesionarios.

Dentro de las muchas mejoras que el nuevo sistema introdujo, es posible destacar algunas a la luz del tratamiento que en esta memoria se le dio a la reforma legal y que

son un avance en términos de la igualdad –difícil de alcanzar- que debe necesariamente existir entre el MOP y los Concesionarios, estas son: (1) perfeccionamiento en el nombramiento de los integrantes de las comisiones arbitrales; el hecho que se nombren los 3 integrantes de común acuerdo de 2 listas, previamente confeccionadas por la Corte Suprema y la otra por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia mediante concurso público de antecedentes, evita el juego suma cero existente en el antiguo sistema en que cada parte del contrato de concesión nombraba un integrante y ambas, de común acuerdo, a un tercero. Esto, en la práctica, permitía la existencia de 2 integrantes que defendían la posición de quién lo había designado – perdiendo su calidad de tercero imparcial- y dejaba entonces al tercer integrante con la misión de realizar toda la labor jurisdiccional encomendada a la comisión. (2) guardando todas las proporciones, existe una similitud en la labor que desempeña la comisión conciliadora y la que desarrollará el panel técnico, pero con una importante mejora: la comisión conciliadora realiza una labor previo a que la controversia definitivamente pase a la etapa propiamente confrontacional, instando a que las partes puedan arribar a un acuerdo sin que sus proposiciones sean vinculantes. Ahora bien, si es que no es posible alcanzar un acuerdo, la comisión conciliadora se transforma en comisión arbitral y resuelve la controversia jurisdiccionalmente, es decir, resolverán el asunto los mismos integrantes que ya manifestaron su parecer en la etapa conciliatoria, lo que en la práctica hace sumamente predecible el resultado. En cambio, en el nuevo sistema, el Panel Técnico emite una recomendación técnica, la que tampoco es vinculante para las partes –es claro que ambas entidades son completamente distintas en casi todo el resto-, pero si las partes no están de acuerdo en acoger esta recomendación, y deciden recurrir a la comisión arbitral, se encontrarán con un organismo compuesto por otros integrantes completamente distintos a los del Panel Técnico, de modo que estos recién conocerán de la controversia cuándo les sea planteada judicialmente, sin que exista vinculación previa alguna, es decir, sin haber prejuzgado. Esta total independencia entre los miembros del Panel Técnico de la Comisión Arbitral se vislumbra como una mejora sustancial.

La creación del Panel Técnico por la nueva normativa, a nuestro entender, es una excelente medida que va en la línea de perfeccionar el sistema de resolución de conflictos en los contratos de concesión de obra pública, aportará a la seguridad jurídica del sistema a través de los precedentes que irá sentando con el tiempo, fijando criterios y posiciones sobre materias controvertidas lo que permitirá que las partes con antelación puedan precaver ciertos conflictos en consideración de las recomendaciones que emita. Es un ente altamente especializado, único y transversal a todas las concesiones cuyos miembros son elegidos por el Consejo de Alta Dirección Pública mediante concurso público de antecedentes, fundado en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, lo que acredita la idoneidad de sus integrantes. Sin embargo, existe una sensación de desconfianza en el mundo privado acerca de los miembros que fueron finalmente nombrados por haber trabajado alguno de ellos en el MOP o por ser muy afines a la idea de excesiva regulación, lo que les quitaría la imparcialidad requerida para el cargo, y esto mismo habría sido uno de los argumentos del porqué ninguna concesión se quiso someter al nuevo sistema. Una crítica totalmente objetiva que se le puede hacer al Panel Técnico es el tiempo excesivo que se tomó para entrar en funcionamiento –más de un año-, la crítica más bien apunta a las autoridades de turno que no agilizaron el proceso de nombramiento e instalación.

Una crítica transversal a ambos sistemas –que pudo haberse enmendado mediante la reforma pero no se hizo- es que las partes no cuentan con recursos procesales mediante los cuales impugnar las sentencias definitivas dictadas por las Comisiones Arbitrales, pero si es posible impugnar las sentencias definitivas dictadas por la Corte de Apelaciones de Santiago en su calidad de tribunal de 1ª instancia –si es que las partes decidieron recurrir a ella y no a la Comisión- según las reglas establecidas en el artículo 36 bis de la actual ley que se remite a los artículos 69 a 71 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, que permite apelar en el plazo de 5 días hábiles para ante la Corte Suprema. Entendemos que con ello no sólo se violan las normas constitucionales que amparan el principio del debido proceso –argumento antes ya esbozado-, sino que también el principio de igualdad imperante en el

ordenamiento jurídico debido a que nos encontramos ante dos tribunales de justicia colegiados que deben conocer de una misma materia y en la que ambos deben fallar conforme a derecho pero frente a uno se poseen recursos de impugnación y ante el otro no, es decir, nos encontramos ante una discriminación arbitraria que no tiene ningún sentido jurídico ni práctico, menos si se considera la modificación de la naturaleza jurídica de las Comisiones Arbitrales, el paso de árbitros arbitradores a árbitros mixtos. Uno de los fundamentos de la existencia de recursos procesales de impugnación de las resoluciones judiciales es la falibilidad de los jueces en su obrar como tales y con la improcedencia de recursos se sitúa a los miembros de las Comisiones en un sitial de infalibilidad y en otro de falibilidad a los miembros de la Corte de Apelaciones de Santiago, que perjudica al sistema en general. Se da como argumento a favor de la improcedencia de recursos la idea de celeridad de los procesos de solución de conflictos en materia de concesión de obras públicas y que una segunda instancia sólo haría más lato el proceso, pero planteamos que esos son argumentos artificiosos que podrían desvirtuarse a través dos posibles soluciones: en primer lugar, permitir que los recursos interpuestos gocen de preferencia en la vista de la causa ante el tribunal ad quem competente, como por ejemplo ocurre en variadas materias ante las Cortes de Apelaciones, o bien, como sucede en el procedimiento establecido a propósito de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile que le es aplicable a las apelaciones cuando conoce la Corte de Apelaciones de Santiago. Como contraargumento se podría utilizar la idea de falta de especialidad de los Ministros del tribunal ad quem competente para conocer de estos recursos –una crítica similar se ha realizado en relación a la judicatura en sede de Libre Competencia respecto de los Ministros de la Corte Suprema que conocen del recurso de reclamación- pero se debe tener en consideración que nos encontramos ante los magistrados que han demostrado excelencia en sus labores por largos años y que han sido promovidos a los más altos cargos de la judicatura, y que además, lo que en estricto rigor importa a un juez es la correcta aplicación de la ley en la forma y en el fondo, a mayor abundamiento, si fuera un argumento real no se daría la opción de que la Corte de Apelaciones de Santiago pudiese llegar a conocer de estas materias como tribunal de 1ª instancia. De manera que ni la celeridad necesaria en sede de

concesiones de obras públicas ni la falta de especialidad de los ministros obsta a que se deba contar con un sistema de recursos de impugnación de las sentencias definitivas pronunciadas por las Comisiones Arbitrales, ni menos que exista una discriminación arbitraria entre una y otra vía por la que las partes pueden optar. En segundo lugar y en subsidio de lo anterior, proponemos un cambio más drástico y profundo –que sin duda significa remecer el *statuo quo*- y que entendemos va en la línea de la evolución de los sistemas de solución de controversias ad hoc, y que dice relación con la creación de un Tribunal Especial único para el conocimiento de las controversias que se susciten entre las partes, es decir, hablamos de que en el futuro se debiese crear un Tribunal Especial que posea la competencia exclusiva y excluyente para conocer de todos los tipos de conflictos que se susciten a propósito del contrato de concesión entre el MOP y los Concesionarios, lo que implicaría la desaparición de las diversas Comisiones, tanto del antiguo como del nuevo sistema, dejando a salvo sólo al Panel Técnico. Esto, va en la línea de lo que señalamos como uno de los puntos positivos de la ley 20.410 y la inclusión del Panel Técnico, y que apunta a que un único Tribunal con conocimiento específico en la materia aportará significativamente a la seguridad jurídica y con el tiempo establecerá criterios respecto de determinadas materias que crearán un panorama dentro de las concesiones más claro para todos los actores involucrados. Tal como en materia de Libre Competencia se evolucionó desde las Comisiones Antimonopolios (Comisión Preventiva y Comisión Resolutiva) hasta un Tribunal Especial con competencia exclusiva y excluyente para conocer asuntos relacionados con esta materia, como lo es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, debieran, en un futuro cercano, evolucionar las Comisiones existentes en materia de Concesiones de Obras Públicas hacia un Tribunal Especial de este mismo tipo.

Uno de los hitos que ha servido a los cuestionamientos realizados al nuevo sistema es que ninguna de las sociedades concesionarias que estaban en condiciones de acogerse a lo preceptuado por los artículos transitorios, en el sentido de someterse a la nueva regulación, lo hicieron. Es una bofetada en la cara, un rechazo total a un sistema

al que se lo anunció como un sistema más ágil y menos costoso por parte de uno de los actores del sistema. No es raro que esto se haya dado de esta forma, una de las principales razones –sumada a la desconfianza existente en el Panel Técnico y en la reforma propiamente tal- es que los inversionistas cuando proyectan la posibilidad de invertir cuantiosos recursos en el sistema de concesiones de obras públicas elaboran modelos de negocios y ecuaciones financieras a largo plazo sobre la base de factores fijos y otros variables, y precisamente, el marco jurídico sobre el que se sustenta la concesión, es uno que se estima como invariable en el tiempo. Por consiguiente, un cambio normativo, por atractivo que parezca en el papel, es un cambio de las reglas del juego que para los concesionarios aparece como un riesgo para el éxito de la inversión. Sin embargo, estos memoristas entienden que el nuevo sistema de solución de conflictos –que aparece como una de las grandes reformas introducidas- está encaminado en el sentido correcto y por ello es que proponemos que se genere la posibilidad de que los concesionarios se puedan acoger al nuevo sistema en los próximos años bajo una modalidad a definir, basados en que la posibilidad que el articulado transitorio otorgaba era tan sólo de 3 meses, período en que evidentemente nada se podría saber respecto a como iba a funcionar el nuevo sistema; es más, van casi 2 años desde la promulgación de la ley y aún no es posible dar una respuesta en este sentido, pero estamos convencidos de que el sistema ofrece mejoras que se reflejarán en los resultados que en los próximos años aflorarán, lo que producirá un legítimo interés en los concesionarios de someterse a su regulación y será conveniente para el sistema en general volver a otorgar la posibilidad de cambiar de regulación.

Finalmente y en consideración de lo expuesto latamente en la presente memoria, estos memoristas sostienen que no es posible dar una respuesta definitiva a una de los objetivos inicialmente planteados, esto es, saber si es que el nuevo sistema de solución de conflictos introducido por la ley 20.410 es un sistema que además de ser más rápido y menos costoso para las partes del contrato de concesión, debido a que aún no ha mostrado resultados que permitan hacer una comparación seria en términos cuantitativos y cualitativos entre ambos sistemas. A pesar de ello, reiteramos nuestra

postura de entender el nuevo sistema como un paso adelante en cuanto a calidad pero que requiere de mejoras de fondo y forma para seguir en la senda del progreso en términos de Concesiones de Obras Públicas.

BIBLIOGRAFÍA

BADELL Madrid, Rafael. La Concesión Administrativa. Primera Parte. [En Línea] <http://www.msinfo.info/default/acienpol/bases/biblo/texto/boletin/2000/BolACPS_2000_67_137_219-404.pdf> [consulta: Julio 2011].

BARBERIS Martín, Andrés. Una Revisión Del Sistema De Resolución De Conflictos En La Ley De Concesiones De Obras Públicas. Obra Inédita. 45p.

CALAFELL, Jorge Enrique. Teoría General de la Concesión. [En Línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr19.pdf>> [Consulta: Julio 2011].

CARPINTERO López, Samuel. Las Concesiones de Carreteras en los Países en Vías de Desarrollo. El Caso de Argentina y de México. En Revista de Obras Públicas / Extraordinario. Octubre de 2002. N° 3.425. (113-118). [En línea] <http://www.foroinfra.com/nuevos_pdf/113-118%20-%2013.pdf>. [consulta: Junio 2011].

Decreto Ley 211. Fija Normas Para la Defensa de la Libre Competencia. Santiago, Chile. 22 de diciembre de 1973. 14p.

Decreto Supremo Ministerio de Obras Públicas Número 956. Reglamento DFL MOP N° 164 de 1991 modificado por las leyes N° 19.252 de 1993 y N° 19.460 de 1996. Santiago, Chile. 20 de marzo de 1999. 49p.

Decreto Supremo Número 900 del Ministerio de Obras Públicas. Fija Texto Refundido, Coordinado Y Sistematizado del DFL MOP N° 164 DE 1991. Santiago, Chile. 18 de diciembre de 1996. 12p.

DROMI, José R. Renegociación y Reconversión de Contratos Públicos. Argentina, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996. 200p.

FIGUEROA Valdés, Juan E. El Arbitraje en los Contratos de Concesión de Obras Públicas en Chile. Incorporación de los "Dispute Boards o Paneles de Técnicos o de Expertos". Gaceta jurídica. Santiago, Chile. no.288 (2004).

GONZÁLEZ Castillo, Joel. Teoría De La Ley. Apunte Cátedra de Derecho Civil. Biblioteca Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. 149p.

GRIMSEY, D. & LEWIS, Mervyn K. Public Private Partnerships, The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance. [En Línea] Northampton, MA. Estados Unidos. Cheltenham <<http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/757.pdf>>.

Historia de la Ley N° 20.410. Modifica la Ley de Concesiones de Obras Públicas y otras normas que indica. Diario Oficial, 20 de enero de 2010.

ILLANES Ríos, Claudio. La Teoría de la Imprevisión en la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Revista del abogado del Colegio de Abogados de Chile. Santiago, Chile. No. 28. P.6-8. Julio de 2003.

JADRESIC, Alejandro. Solución de Controversias Mediante Comisiones de Expertos en Chile. [En línea]. Serie En Foco. N°101. Corporación Expansiva. <http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/08052007140306.pdf> [Consulta: Septiembre 2011]

JURISPRUDENCIA. Ministerio de Obras Públicas con Comisión Arbitral del Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 1, N° Ing. 3536-2007, Itma. Corte de Santiago. Extraído de Microjuris.

JURISPRUDENCIA. Fisco de Chile con Comisión Arbitral del Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal Concesión Internacional Ruta 5 Tramo Río Bueno-Puerto Montt, N° Ing. 4188-2008, Itma. Corte de Apelaciones de Santiago. Extraído de Legal Publishing.

JURISPRUDENCIA. Ministerio de Obras Públicas y otros con miembros de la Comisión Arbitral del Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal denominado Estaciones de Tránsito para Transantiago. N° Ing. 1174-2010, Itma. Corte de Apelaciones de Santiago. Extraído de Legal Publishing.

JURISPRUDENCIA. Concesionaria Los Ríos S.A. con Ministerio de Obras Públicas, N° Ing. 950-2009, Itma. Corte de Apelaciones de Santiago. Extraído de Microjuris.

LEPE Ciaconte, Paula. El sistema de concesiones de obras públicas. Gaceta Jurídica, N° 323: 7-13. Mayo. 2007.

Ley 30/2007. De 30 de octubre, De Contratos del Sector Público. España. 101p.

Ley 1.552. Código de Procedimiento Civil. Santiago, Chile. 30 de agosto de 1902.

Ley 7.421. Aprueba el Código Orgánico de Tribunales. Santiago, Chile. 9 de julio de 1943.

Ley 18.840. Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile. Santiago, Chile. 10 de octubre de 1989. 34p.

Ley 20.410. Modifica la ley de concesiones de obras públicas y otras normas que indica. Santiago, Chile. 20 de enero de 2010. 15p.

Ley de Contrataciones del Estado. Lima, Perú. Abril 2009. 50p. [en línea] <<http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/Ley%20de%20Contrataciones%20y%20Reglamento.pdf>>.

Ley número 80 de 1993, Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública. Colombia. 28 de Octubre de 1993. 37p. [en línea] <http://www.contraloriagen.gov.co/c/document_library/get_file?&folderId=29244829&name=DLFE-30410.pdf>

Ley Orgánica Sobre Promoción de la Inversión Privada Bajo el Régimen de Concesiones. Venezuela. 17 de septiembre de 1999. [en línea] <http://www.clid.net/portal/contenido/Normas_Ven_Vig/Ley_Concesiones_3.htm>

MATURANA Miquel, Cristián. LOS RECURSOS. Apunte Cátedra Derecho Procesal. Escuela de Derecho Universidad de Chile. Santiago. 2008. 447p..

MORALES J. y VILLAGRA M. El contrato de concesión de obra pública. Memoria (Licenciatura). Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, año 2001, 320p.

NARBONA Véliz, Hernán. Ensayo: Contratos BOT y Transparencia. [En Línea] <http://www.offnews.info/downloads/contratos_bot.pdf> [Consulta: Septiembre 2011]

RAMÍREZ Arrayás, José Antonio. Concesiones de obras públicas. Análisis de la institucionalidad chilena. Santiago, Chile. AbeledoPerrot. 2010. 184p.

Real Decreto Legislativo 3/2011. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. España. 16 de noviembre de 2011. 186p.

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Lima, Perú. Abril 2009. [en línea] <<http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/Ley%20de%20Contrataciones%20y%20Reglamento.pdf>>

RUFIÁN Lizana, Dolores. Manual de Concesiones de Obras Públicas. Santiago, Chile. Fondo de Cultura Económica. 1999. 336p.

RUFIÁN Lizana, Dolores. Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú. Serie 16, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES). Proyecto ILPES/CAF "Marco Regulatorio, privatización y modernización del Estado". Santiago de Chile, enero de 2002. [en línea] <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/9751/sgp16.pdf>>

Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile. [en línea] <<http://www.serviciocivil.gob.cl/node/7>>

SILVA Cimma, Enrique, Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Actos, Contratos y Bienes. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1995. 336p.

VIÑUELA hojas, Mauricio. El Contrato de Concesión de Obra Pública, Una ratificación legislativa de las categorías conceptuales del Contrato Administrativo. Revista de Derecho Administrativo (Nº1): 39-70. 2007.

YÁÑEZ Benítez, Rodrigo. Concesiones de Obras Públicas: Reformulación del Modelo y el Riesgo Político. [en línea] Informe Especial. Noviembre de 2006. VOL. XVII Nº 163. <http://www.institutolibertad.cl/ie_163_concesiones.pdf>.