



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE POSTGRADO

**NECESIDAD Y CONVENIENCIA DE UN PANEL TÉCNICO VINCULANTE EN  
EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA LEY DE  
CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS**

ALFONSO IZQUIERDO PARADA

ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS PARA OBTENER EL  
GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

PROFESOR GUÍA:  
CLAUDIO MORAGA KLENNER

SANTIAGO DE CHILE

2022

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	4
<b>CAPÍTULO I: EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA LEY DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS</b> .....	7
<b>1.1 Comisión Conciliadora</b> .....	8
<b>1.2 Panel Técnico de Concesiones</b> .....	13
<b>1.2.1 Tratamiento normativo</b> .....	17
<b>1.2.2 Competencias</b> .....	18
<b>1.2.3 Composición</b> .....	21
<b>1.2.4 Diferencias con el antiguo sistema</b> .....	22
<b>1.3 Comisión Arbitral</b> .....	24
<b>CAPÍTULO II: EL ROL DEL PANEL TÉCNICO EN EL SISTEMA DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS</b> .....	26
<b>2.1 Consideraciones jurídicas en las Recomendaciones del Panel Técnico</b> .....	26
<b>2.1.1 Un ejemplo: la teoría del hecho del príncipe</b> .....	28
<b>2.1.2 Estudio de casos</b> .....	38
<b>2.1.3 La evolución de las consideraciones jurídicas de Panel Técnico</b> .....	52
<b>2.2 Incidencia de las Recomendaciones del Panel Técnico</b> .....	56
<b>2.2.1 Acuerdos extrajudiciales (transacciones)</b> .....	58
<b>2.2.2 Sentencias</b> .....	60
<b>2.2.3 Conciliaciones</b> .....	62
<b>2.3 Evaluación, resultados y cumplimiento de expectativas del Panel Técnico de Concesiones</b> .....	63
<b>2.3.1 Evaluación y resultados</b> .....	63
<b>2.3.2 Cumplimiento de expectativas</b> .....	70
<b>CAPÍTULO III: LOS DISPUTE BOARDS COMO MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, EL PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES Y EL CASO DEL PANEL DE EXPERTOS ELÉCTRICO</b> .....	74
<b>3.1 Tipos de métodos adjudicativos/dispute boards</b> .....	79
<b>3.1.1 Dispute Review Boards (recomendadores)</b> .....	81
<b>3.1.2 Dispute Adjudication Boards (decisores)</b> .....	81

3.1.3	<b>Combined Dispute Boards (combinados)</b> .....	82
3.2	<b>El Panel Técnico de Concesiones como dispute board</b> .....	83
3.3	<b>El caso del Panel de Expertos Eléctrico</b> .....	90
<b>CAPÍTULO IV: CONVENIENCIA DE PRONUNCIAMIENTOS VINCULANTES DEL PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES, POSIBILIDAD DE REVISIÓN Y REFORMAS NECESARIAS</b> .....		97
4.1	<b>La Arbitrabilidad</b> .....	98
4.2	<b>Los aspectos de Derecho y la juridicidad</b> .....	104
4.3	<b>La revisión de los pronunciamientos y el escalonamiento de las cláusulas</b> .....	110
4.4	<b>La opción por el DAB y reformas necesarias</b> .....	113
<b>CONCLUSIONES</b> .....		118
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....		124

## INTRODUCCIÓN

El año 2010, mediante una modificación a la Ley de Concesiones de Obras Públicas<sup>1</sup>, se creó el Panel Técnico de Concesiones (en adelante también denominado el Panel, Panel Técnico o el PTC) como una entidad de carácter técnico, que no integra el Ministerio de Obras Públicas (MOP) y que ejerce las funciones públicas que le han sido encargadas por ley, cuyo objeto es emitir pronunciamientos de carácter técnico o económico durante la ejecución de los contratos de concesión en las materias sometidas a su consideración.<sup>2</sup>

Este órgano especial creado y regulado por ley para el sistema de concesiones de obras públicas, no ejerce jurisdicción y su mandato legal se limita a hacer una recomendación técnica que, en mérito de su propia autoridad, sea aceptada por las dos partes (MOP y sociedad concesionaria) voluntariamente.<sup>3</sup>

Al no ser vinculantes los pronunciamientos del Panel, si la recomendación no es acogida voluntariamente por las partes se deberá acudir a la vía arbitral o judicial, caso en el cual la recomendación podrá ser considerada como un antecedente para la dictación de la sentencia.

---

<sup>1</sup> Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue sancionado mediante el decreto supremo N° 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, en el que debemos entender incorporadas las modificaciones introducidas en su texto por las leyes número: 20.128, 20.410, 20.190, 20.530, 20.720, 20.908 y 21.044.

<sup>2</sup> Dictamen N° 72.721, de 2012, de la Contraloría General de la República.

<sup>3</sup> MORAGA K., C. 2019. Contratación Administrativa. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile. p. 590.

Sin embargo, los aspectos técnicos o económicos de una controversia podrán ser llevados a conocimiento de la Comisión Arbitral o la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago solo cuando hayan sido sometidos previamente al conocimiento y recomendación del Panel Técnico<sup>4</sup>, lo que puede importar ciertas dificultades cuando aquellos aspectos técnicos y/o económicos sometidos a su conocimiento sean consecuencia de una discrepancia jurídica que devino en un impacto económico o en una sobre exigencia técnica.

Es más, el Panel Técnico no está facultado para conocer de controversias referidas a la interpretación, cumplimiento, ejecución o aplicación del contrato de concesión<sup>5</sup> -las que podemos denominar como discrepancias jurídicas-, con lo cual existen múltiples situaciones en las que una controversia relacionada con alguna de estas materias deberá ser de todas formas analizada por el Panel al tener aparejadas consecuencias que han impactado en el régimen económico del contrato de concesión o bien en los estándares técnicos exigidos.

Lo anterior explica que las discrepancias planteadas ante el Panel Técnico de Concesiones incluyan elementos hermenéuticos o jurídicos que exceden el alcance legal de las facultades que el ordenamiento jurídico ha entregado a ese órgano. Esta situación, en los hechos, ha favorecido a que en sus recomendaciones el Panel haya incorporado pronunciamientos sobre aspectos de Derecho, asunto que normativamente está reservado solo para los órganos

---

<sup>4</sup> Inciso segundo del artículo 36° bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

<sup>5</sup> MOLINA Z., C. y RÍOS S., V. 2016. Derecho de la Construcción. Santiago, O'Print Impresores. p. 359.

jurisdiccionales. Refrenda lo anterior el hecho de que el año 2019 el propio Panel haya modificado la definición de Recomendación contenida en las Normas de Funcionamiento que rigen su operación y que son dictadas por ese propio organismo, incluyendo las consideraciones jurídicas como parte de los criterios que se emplean para emitir un pronunciamiento.

A la luz de lo señalado, lo que proponemos en este trabajo es analizar críticamente el sistema de solución de controversias de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, en particular la regulación del Panel Técnico de Concesiones y sus recomendaciones no vinculantes, determinar la necesidad de incorporar formalmente criterios jurídicos en el examen que ese organismo realiza, lo que abre también el debate acerca de la obligatoriedad de sus pronunciamientos y, en ese caso, la conveniencia de su revisión posterior en sede judicial.

Para realizar dicho análisis, resultará conveniente revisar la institucionalidad creada en otros mercados regulados que tienen instancias similares, como ocurre con el Panel de Expertos Eléctrico, que emite pronunciamientos que son de obligado cumplimiento para sus destinatarios, como también revisar la experiencia comparada donde, especialmente en el área del derecho de la construcción, cada vez son más comunes los *Dispute Boards* (en adelante también denominados DB) con diferentes características y grados de vinculación e imperio en sus resoluciones.

## **CAPÍTULO I: EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA LEY DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS**

Con la entrada en vigor de la Ley N° 20.410, el 20 de enero de 2010, se introdujeron importantes reformas a la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Una de esas modificaciones fue la realizada al sistema de solución de controversias, que hasta ese entonces se configuraba a través de comisiones conciliadoras *ad hoc* constituidas especialmente para cada contrato, que en caso de no existir acuerdo podían devenir en comisiones arbitrales que fallaban como árbitro arbitrador.

Con la reforma, las comisiones conciliadoras fueron reemplazadas por un Panel Técnico independiente, único para todos los contratos de concesión a los que aplique la nueva normativa, cuyo pronunciamiento es obligatorio respecto de todas las discrepancias de carácter técnico o económico y condición para poder demandar ante la comisión arbitral o la Corte de Apelaciones de Santiago, y que emite recomendaciones no vinculantes para las partes.

Las comisiones arbitrales, por su parte, cambiaron su composición y forma de nombramiento, pero más importante aún, si bien mantienen facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento y aprecian la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, pasaron a emitir sus sentencias con arreglo a derecho.

A continuación, abordaremos más detalladamente los orígenes, estructura orgánica y facultades de los estamentos que forman parte del sistema de solución de controversias de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

### **1.1 Comisión Conciliadora**

Con la dictación del DFL N° 591, el 28 de octubre de 1982, el Ministerio de Obras Públicas introdujo a la incipiente normativa sobre concesiones de obras públicas una norma específica sobre solución de controversias, señalando en su artículo 36 que las controversias generadas entre ese Ministerio y el concesionario, con motivo de la interpretación o aplicación del contrato, de las sanciones que se impusieran al concesionario o toda otra reclamación a que diera lugar la ejecución del mismo, podían elevarse al conocimiento de una comisión conciliadora, integrada por el Subdirector del ODEPLAN<sup>6</sup>, el Fiscal Nacional Económico y un abogado de la lista de integrantes de la Corte de Apelaciones de Santiago designado por el Ministro de Justicia.

Esta comisión tenía por objeto buscar la conciliación de las partes, para lo cual podía hacer recomendaciones y proposiciones de arreglo, sin perjuicio de que las partes podían recurrir a la Contraloría General de la República o ante los Tribunales Ordinarios de Justicia en cualquier momento.

---

<sup>6</sup> Oficina de Planificación Nacional, organismo técnico creado el año 1967 mediante Ley N° 16.635 y antecesor del actual Ministerio de Desarrollo Social y Familia.



Luego, mediante la Ley N° 19.068, publicada el 13 de julio de 1991, se modificó esa regulación, principalmente en lo relativo a la composición de la comisión conciliadora, pasando a estar conformada por profesionales universitarios designados uno por el MOP y otro por el concesionario, además de un tercero nombrado de común acuerdo o, a falta de éste, por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Una particularidad de esta modificación es que si bien se siguió señalando que las facultades de la comisión conciliadora eran sin perjuicio de las atribuciones del Poder Judicial -sin señalar un tribunal en específico- y de la Contraloría, se agregó específicamente para el caso en que el MOP solicitara la declaración de extinción de la concesión, la posibilidad del concesionario de recurrir ante la Corte de Apelaciones de Santiago para reclamar de la resolución que declaraba la extinción de la concesión, caso en el cual aplicaba el procedimiento establecido en los artículos 69 a 71 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile con algunas especificidades reguladas en la propia ley.

Posteriormente, con la Ley N° 19.460 publicada el 13 de julio de 1996, se modificó el artículo 35 del DFL N° 164 del MOP, de 1991 -que fijaba el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 591 antes citado-, señalando que los integrantes de la comisión conciliadora deberán ser designados al inicio

de la respectiva concesión<sup>7</sup> e incorporando ciertos requisitos a contemplar en sus procedimientos, como la audiencia de las partes, mecanismos para recibir las pruebas y antecedentes aportados, así como el modo en que debían formularse las solicitudes o reclamaciones y el mecanismo de notificación para poner en conocimiento de las partes las resoluciones o decisiones adoptadas.

Por su parte, el objeto perseguido con la figura de la comisión conciliadora se especifica y simplifica, señalando derechamente que solicitada su intervención la comisión “buscará la conciliación entre las partes”, lo que, según se ha dicho por la doctrina, por una parte obedece a una tendencia generalizada en la época<sup>8</sup> desde la dictación de la Ley N° 19.334 -promulgada el 5 de septiembre de 1995- que introdujo el procedimiento obligatorio de conciliación en el Código de Procedimiento Civil y, también, a que estas instancias conciliadoras fueron la respuesta que el ordenamiento jurídico entregó a los interesados para que resolvieran sus diferencias por sí mismos pero con colaboración de actores de la industria<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Para cierta doctrina esto constituye uno de los aspectos más relevantes en la normativa que regula las comisiones conciliadoras, por cuanto al estar constituidas desde el inicio del contrato y teniendo ya un procedimiento de resolución de controversias, esto resultaba en un cambio de paradigma donde antes los conflictos se intentaban resolver directamente entre las partes o simplemente postergarse. Véase: RUFÍAN L., D. 1999. Manual de Concesiones de Obras Públicas. Santiago, Fondo de Cultura Económica. p. 214.

<sup>8</sup> VARGAS F., J. 1997. La concesión de obras públicas. Santiago, Ediciones Jurídicas La Ley. p. 241.

<sup>9</sup> Esta idea encontraría su modelo original en la *Review Board for Government Contracts* del año 1968, cuyos miembros son nombrados tanto por el Gobierno como por la *Confederation of British Industry* y que resuelve los conflictos sobre alteración de la equivalencia de las prestaciones contractuales. Véase: MORAGA K., C. 2019. *Op. Cit.* p. 592.

Ahora bien, la mayor novedad de esta ley fue la incorporación inédita de la posibilidad del concesionario de solicitar que la comisión conciliadora se constituyera, si no se producía conciliación en el plazo de 30 días, en comisión arbitral, actuando de conformidad con las normas fijadas para los árbitros arbitrales, es decir, fallaban de acuerdo con lo que su prudencia y equidad les indicare<sup>10</sup>.

Asimismo, se mantuvo la posibilidad del concesionario de recurrir ante la Corte de Apelaciones de Santiago, pero ya no se limitaba esa opción solamente a los casos de solicitud de término de la concesión por parte del MOP, sino que se abrió a todas las discrepancias que surgieran entre las partes, es decir, en los mismos casos y con el mismo plazo que para recurrir a la comisión arbitral, a saber, 5 días desde que fallaba la conciliación.

Sumado a lo anterior, estas modificaciones legales que hemos revisado<sup>11</sup> incorporaron también otras facultades para las comisiones conciliadoras, principalmente a efectos de limitar las potestades exorbitantes de la Administración en cuanto sujeto mandante del contrato administrativo, en particular respecto de imposición de multas, la declaración de suspensión de la concesión o para la extinción por incumplimiento grave, pues en estos casos se agregó como exigencia previa el acuerdo de la respectiva comisión conciliadora, pasando desde una instancia exclusiva de mediación para la solución de

---

<sup>10</sup> Artículo 223, inciso 3°, del Código Orgánico de Tribunales.

<sup>11</sup> A las que debe agregarse la Ley N° 19.252 de 1993.

controversias a una con ribetes de control preventivo ante ciertas actuaciones del MOP.<sup>12</sup>

Junto con ello, se agregaron otro tipo de intervenciones de las comisiones conciliadoras, destinadas a fijar indemnizaciones cuando no existiera acuerdo entre las partes en casos de modificaciones al contrato de concesión, circunstancias sobrevinientes, entre otros supuestos establecidos en la Ley de Concesiones.

Toda esta regulación que hemos mencionado permaneció hasta el año 2010 como el sistema de solución de controversias contenido en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, basado en un mecanismo donde las comisiones conciliadoras eventualmente podían constituirse en comisiones arbitrales, lo que de manera inaudita alejaba los conflictos contractuales entre la Administración y los particulares de la hegemonía absoluta de los tribunales ordinarios de justicia, estableciendo una suerte de “contencioso-contractual”.<sup>13</sup>

Sin embargo, una vez comenzada la década del 2000, algunos casos de connotación pública dejaron al sistema de solución de controversias en entredicho<sup>14</sup>, generando interrogantes en los actores de la industria respecto de

---

<sup>12</sup> RUFÍAN L., D. 1999. *Op Cit.* p. 207.

<sup>13</sup> ARÓSTICA M, I. 2003. Prólogo. En: Resolución de Controversias en la ley chilena de Concesiones de Obras Públicas (FIGUEROA J.E.) Santiago, Editorial Metropolitana. p. 12.

<sup>14</sup> Sobre el particular véase: CÁRDENAS D., M. 2015. Panel Técnico y Comisión Arbitral en las concesiones de obras públicas, cambios introducidos por la Ley N° 20.410. Revista de Derecho editada por el Consejo de Defensa del Estado (33): 69-86.

la forma de elección de los miembros de las comisiones conciliadoras/arbitrales y la conveniencia de que éstos fallaran conforme a la equidad y prudencia.

Estas situaciones incidieron en la decisión del legislador de modificar la Ley de Concesiones, en particular el mecanismo de solución de controversias, al objeto de resguardar el interés fiscal y fortalecer la posición del Estado<sup>15</sup>, lo que se plasmó en la Ley N° 20.410, publicada en el Diario Oficial el 20 de enero de 2010.

## **1.2 Panel Técnico de Concesiones**

El análisis que hacían los actores de la industria previo a la modificación legal de 2010 era que los relativamente bajos costos de transacción para recurrir ante las comisiones conciliadoras/arbitrales, el alto número renegociaciones de los contratos de concesión y un sistema de resolución de controversias basado en concepciones desestructuradas de equidad, mostraban la necesidad de reorientar la comprensión del contrato de concesión en particular en lo relativo a la distribución de los riesgos, propósito que se vería alcanzado con la creación del Panel Técnico y la sustitución de árbitros arbitradores por árbitros de derecho.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> CÁRDENAS D., M. 2013. El arbitraje en las concesiones de obras públicas: ¿Fortalecimiento de la posición del Estado en el sistema de solución de controversias? Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho (financiada por CONICYT). Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho. p. 17.

<sup>16</sup> BARROS B, E. 2012. Innovaciones a la legislación sobre concesiones de obras públicas. En: Concesiones: el esperado relanzamiento. Santiago, Ediciones LyD. pp. 144-145.

Fue en este contexto que el Panel Técnico de Concesiones, órgano que pasó a formar parte de la institucionalidad permanente del sistema de concesiones -a diferencia de las antiguas comisiones conciliadoras que se constituían para cada concesión-, inició formalmente sus actividades el día 18 de marzo de 2011, según consta en su Memoria Anual 2011.<sup>17</sup>

Mucho se ha escrito respecto a que su existencia se configuró como un *dispute board* y que se tuvo como antecedente el Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos, ya ahondaremos sobre estas materias, pero por lo pronto nos quedaremos con que este tipo de instancias se configuran como una etapa pre-arbitral que persigue evitar litigios que judicialicen innecesariamente la materia, mediante la intervención temprana en el conflicto por parte de expertos y que la seriedad de sus justificaciones desincentivan la litigación, aunque no la impiden.<sup>18</sup>

En ese sentido, según indica el primer presidente del Panel Técnico (2011-2017) al analizar las controversias en materia de concesiones entre los años 1994 y 2011 -es decir, durante la existencia de las comisiones conciliadoras-, se

---

<sup>17</sup> La Resolución Exenta N° 3392 de 28 de diciembre de 2010 del MOP, dispuso que el Panel iniciaría sus funciones el día siguiente de la publicación en el Diario Oficial de la primera adjudicación de una licitación de concesiones de obras públicas al amparo de la modificación legal introducida por la Ley 20.410, hecho que ocurrió con la publicación del D.S. N° 317 MOP de 21 de enero de 2011, de adjudicación de la licitación de la concesión del Aeropuerto El Loa Calama, publicada en el Diario Oficial el 17 de marzo de 2011. En consecuencia, conforme la normativa del MOP, y para todos los efectos legales, el Panel Técnico inició sus actividades el 18 de marzo de 2011.

<sup>18</sup> BARROS B., E. 2012. *Op. Cit.* p. 145.

resolvieron un total de 85 controversias, 53 de las cuales fueron falladas por las comisiones arbitrales y 32 fueron resueltas en etapa de conciliación, observando la existencia de un desfase aproximado de 3 años entre la presentación de la controversia y la fecha de su resolución. Como conclusión, indica que el sistema de comisiones conciliadoras había generado más de una controversia por cada contrato adjudicado (hasta el año 2011 existían 70 contratos concesionados), que entre 2000 y 2010 se fallaron 7 controversias por año y que este lapso de 3 años para la tramitación de las discrepancias generaba intereses financieros que encarecían los costos de las controversias.<sup>19</sup>

Era ese el escenario y el diagnóstico con que se recibía esta nueva institucionalidad, con la aspiración legítima de reducir la conflictividad al incorporar un actor que, a pesar de no ejercer jurisdicción y limitado a emitir una recomendación técnica no vinculante, su actuación era vista como una “reclamación previa”<sup>20</sup>, similar a un sistema de solución de controversias escalonado para aquellas discrepancias que incluyeran aspectos técnicos y económicos.

---

<sup>19</sup> STAGNO R., E. 2012. Panel Técnico de Concesiones: controversias, convenios y licitaciones. En: Concesiones: el esperado relanzamiento. Santiago, Ediciones LyD. pp. 164-165.

<sup>20</sup> ROMERO S., A., 2018. El arbitraje en la concesión de obras públicas. En: ARANCIBIA M., JAIME y ROMERO S., A (Eds.). Cuadernos de Extensión Jurídica N° 31. La concesión de obra pública: Aspectos jurídicos y económicos. Santiago, Universidad de Los Andes. p. 156.

En esa misma línea, cuando el Panel Técnico ya se encontraba en operación pero aún no conocía de discrepancias<sup>21</sup>, en la industria se fijaban expectativas sobre su rol, como queda en evidencia en el Segundo Congreso Nacional de Concesiones del año 2012, al plantearse que a pesar de que las recomendaciones no eran vinculantes se esperaba que “no solamente se transformen en un pre requisito para ir a las instancias jurisdiccionales, sino que, además, aquí se genere jurisprudencia administrativa y estándares técnicos para resolver la discrepancia. El panel técnico será bien evaluado -y justificada su inclusión en la nueva institucionalidad-, en la medida que sus fundamentaciones sean de gran calidad técnica; ganando -si me permiten la máxima legal-, en *auctoritas*, lo que no tiene de *potestas*”.<sup>22</sup>

En igual tenor, el profesor Barros Bourie planteaba que el Panel Técnico era una respuesta a la necesidad de proveer de apoyo técnico a las resoluciones de las comisiones arbitrales, dotando así de mayor uniformidad y certeza al sistema. Lo buscado, señala, era que las resoluciones arbitrales descansaran en la razonabilidad de los conceptos jurídicos invocados, pero también encontrarán correlato técnico en los hechos propios del caso, para lo cual, ante la dificultad que envuelve este tipo de juicios donde el componente técnico es muy intenso, el Panel debía prestar una importante colaboración al trabajo de las comisiones

---

<sup>21</sup> La primera discrepancia fue presentada el año 2015.

<sup>22</sup> GARCÍA G., J.F. 2013. Evaluación de la Ley N° 20.410 y nuevas complejidades del sector. En: ACEVEDO R., X. y ALLUÉ N., M. (Eds.). Concesiones la urgencia de avanzar. Santiago, Ediciones LyD. p. 139.



arbitrales, más allá de su eficiencia como mecanismo de solución anticipada de diferencias, haciendo que los asuntos llegaran más acotados a las comisiones y con una parte de la prueba técnica ya adelantada por el Panel.<sup>23</sup>

Más adelante en este trabajo analizaremos si las expectativas y objetivos que se trazaban con la creación del Panel Técnico fueron o no satisfechos. Por el momento, nos centraremos en el mandato legal que se entrega al Panel Técnico, su composición y competencias, para luego ahondar en las diferencias existentes entre éste y las antiguas comisiones conciliadoras.

### **1.2.1 Tratamiento normativo**

En primer lugar, debemos señalar que el proyecto de ley enviado el año 2007 al Congreso, que terminó dando origen a la Ley N° 20.410, contemplaba reformas en cuanto a la composición de las comisiones conciliadoras y al procedimiento aplicable, pero no preveía una sustitución de esa instancia por un nuevo organismo, sino que fue durante la discusión parlamentaria que se introdujo una modificación sustancial en el mecanismo de solución de controversias, incorporando el Panel Técnico de Concesiones.<sup>24</sup>

Ramírez Arrayás señala que durante la tramitación de la ley se consideró la posibilidad de que el nuevo órgano ejerciera jurisdicción, pero que se estimó

---

<sup>23</sup> BARROS B., E. 2012. *Op. Cit.* p. 148-149.

<sup>24</sup> RUFÍÁN L., D. 2018. Manual de Concesiones de Obras Públicas. 2ª ed. Santiago, Andros Impresores. pp. 242-244.

que la creación de un Panel Técnico de esas características significaría instaurar un nuevo sistema arbitral de carácter permanente, lo que no se justificaba atendido el número de conflictos existentes en el mecanismo concesional.<sup>25</sup> Por ello es que en la ley se establece claramente que 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 y que, en tal caso, la recomendación podrá ser considerada por esos órganos jurisdiccionales como un antecedente para la dictación de su sentencia.

Así entonces, se reserva la resolución jurisdiccional exclusivamente a la comisión arbitral o a la Corte de Apelaciones, no pudiendo el Panel Técnico exceder el margen de lo que técnicamente es una recomendación y, si lo hiciera, infringiría el derecho al juez natural al estar actuando como una comisión especial de las que proscribe el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República (CPR).<sup>26</sup>

### **1.2.2 Competencias**

En relación con la competencia del Panel Técnico, debemos señalar que el resultado de la deliberación parlamentaria fue un remozado artículo 36 de la

---

<sup>25</sup> RAMÍREZ A., J.A. 2019. Concesiones de obras públicas: crecimiento inteligente. Santiago, Legal Publishing Chile. p. 196.

<sup>26</sup> ROMERO S., A., 2018. *Op.Cit.* p. 163.

Ley de Concesiones, que creó este nuevo organismo cuya actuación no se limita exclusivamente a emitir recomendaciones cuando se le soliciten, sino que también tiene participación en algunas decisiones que debe adoptar el MOP, como ocurre al requerirse de su pronunciamiento favorable para que en etapa de construcción se puedan contratar al concesionario nuevas inversiones que superen el 25% del presupuesto oficial de la obra; cuando no exista acuerdo entre las partes respecto del monto que el MOP debe pagar por las inversiones realizadas cuando se le ponga término al contrato por incumplimiento del concesionario; o el monto de la indemnización cuando se rescinda por razones de interés público.<sup>27</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, la función principal que ejerce el Panel Técnico es la de emitir recomendaciones respecto de las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión a solicitud de cualquiera de ellas. A ello se agregó, mediante la última modificación realizada a la Ley de Concesiones a través de la Ley N° 21.044, la posibilidad para el MOP y/o las sociedades concesionarias, en forma conjunta o separada, de realizar consultas al Panel Técnico sobre las mismas materias respecto de las cuales puede solicitar una recomendación en caso de existir discrepancia.

---

<sup>27</sup> RUFÍAN L., D. 2018. *Op.Cit.* p. 246.

Como ya adelantamos, la ley es clara en limitar el marco de actuación del Panel Técnico, disponiendo que no ejercerá jurisdicción y que deberá emitir, de acuerdo con el procedimiento público establecido en el reglamento y complementado a través de sus Normas de Funcionamiento, una recomendación técnica debidamente fundada dentro del plazo de 30 días corridos desde la presentación de la discrepancia, prorrogable por una vez, y que la recomendación no tendrá carácter vinculante para las partes.

Respecto de las materias precisas que pueden someterse a la consideración del Panel Técnico, la ley dispone que son aquellas discrepancias y consultas que se produzcan en relación con:

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 de la Ley de Concesiones;

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

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

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.

### **1.2.3 Composición**

La ley señala que el Panel Técnico estará integrado por profesionales que deben tener una destacada trayectoria profesional o académica, compuesto por dos abogados, dos ingenieros y un profesional especializado en ciencias económicas o financieras, los cuales no podrán estar, ni haber estado en los doce meses previos o posteriores a su designación, relacionados con empresas concesionarias de obras públicas, constructoras o de ingeniería subcontratistas

de los concesionarios, así como tampoco ser dependiente o prestar servicios remunerados al Ministerio de Obras Públicas u otros servicios públicos vinculados directa o indirectamente a la actividad de concesiones.

Los integrantes del Panel Técnico serán nombrados por el Consejo de Alta Dirección Pública mediante concurso público de antecedentes, permanecerán seis años en sus cargos y no podrán ser designados para períodos sucesivos. El quórum mínimo para sesionar será de tres de sus integrantes, a lo menos dos de los cuales no deberán ser abogados si se tratare de discrepancias generadas durante el período de construcción, y los acuerdos se adoptarán por simple mayoría, dirimiendo el voto del presidente en caso de empate.

#### **1.2.4 Diferencias con el antiguo sistema**

Existe una diferencia sustancial entre las antiguas comisiones conciliadoras y el Panel Técnico, cual es el alcance de sus funciones en tanto mecanismo de solución temprana de controversias. En efecto, las comisiones conciliadoras tienen por objeto obtener una mediación o conciliación, para lo cual deben no solo conocer de una discrepancia, sino que además buscar mecanismos o soluciones que permitan a las partes alcanzar un acuerdo conciliatorio. El Panel Técnico, en cambio, no lleva adelante un proceso de mediación o conciliación, sino que su función es recabar, analizar y estudiar los antecedentes que proporcionan las partes y que forman parte de su discrepancia técnica o económica, para efectuarles una recomendación que no les es

vinculante. La diferencia entre ambas instancias, entonces, está en que la propuesta de conciliación busca alcanzar un acuerdo que no necesariamente deberá respetar una cuestión técnica o económica, por cuanto su objetivo es evitar o precaver un litigio o conflicto judicial.<sup>28</sup>

Otro rasgo distintivo del Panel Técnico respecto de sus antecesores es que el Panel tiene carácter permanente, al ser uno solo con alcance sobre todos los contratos concesionados del país, a diferencia de las comisiones conciliadoras que se constituían para cada contrato en particular. Asimismo, el Panel resulta más profesional o calificado, como resultado de tener un carácter comprensivo y una composición de cinco personas especialistas, seleccionados por el Consejo de Alta Dirección Pública. Esto redunda también en mayor independencia, por cuanto en el modelo anterior dos de los tres miembros de la comisión conciliadora eran nombrados por las partes.<sup>29</sup>

También se ha dicho que el Panel Técnico disminuye el uso de la instancia arbitral y desincentiva la especulación litigiosa, por cuanto contribuye en mayor medida que sus antecesoras a lograr un acuerdo entre las partes (por su carácter independiente y experto) y porque se espera una contundencia técnica en sus

---

<sup>28</sup> MOLINA Z., C. y RÍOS S., V. 2016. *Op. Cit.* p. 360.

<sup>29</sup> FIGUEROA V., J.E. 2019. *Construcción y Arbitraje*. Santiago, DER Ediciones. p. 119.

recomendaciones que inste a evaluar de manera más objetiva la conveniencia de recurrir a un arbitraje.<sup>30</sup>

Más adelante en este trabajo analizaremos si la existencia del Panel Técnico y sus recomendaciones ha disminuido el uso de la instancia arbitral y si las comisiones arbitrales han tenido en consideración las recomendaciones emitidas por el Panel.

### **1.3 Comisión Arbitral**

Por último, si bien el objeto de este trabajo es ahondar en las instancias prearbitrales, no podemos soslayar el cambio profundo que la Ley N° 20.410 introdujo en las comisiones arbitrales, en primer lugar porque comenzaron a estar integradas al menos por dos abogados<sup>31</sup> -con designación de común acuerdo en base a nóminas confeccionadas por la Corte Suprema y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia-, pero más importante aún, porque adquirieron la calidad de tribunales arbitrales mixtos, es decir, con facultades de arbitadores respecto del procedimiento, que aprecian la prueba en base a las reglas de la sana crítica y -el cambio más radical- que fallan conforme a derecho.

Respecto a que la sentencia definitiva deba ser dictada conforme a derecho, parte de la doctrina ha señalado que atendida la complejidad y tecnicismo que

---

<sup>30</sup> CÁRDENAS D., M. 2015. *Op. Cit.* p. 78.

<sup>31</sup> La ley en su versión anterior solo exigía que fueran profesionales.



supone este tipo de conflictos, lo más acertado es que las comisiones fallen conforme a equidad, pudiendo ponderar no solo la ley y el contrato sino también las prácticas, usos y costumbres en materia de construcción, así como también las reglas del buen arte de construir.<sup>32</sup>

Otros, en cambio, señalan que el juicio en equidad admite interpretaciones más flexibles, pero con el riesgo de que el contrato sea reconstruido *ex post*, con lo cual ajustar los fallos a derecho expresa el propósito de introducir mayor racionalidad formal y sustancial a las resoluciones de las comisiones, propiciando una mejor comprensión de la estructura del contrato de concesión y de los riesgos envueltos en él.<sup>33</sup>

Sin perjuicio de las ventajas y desventajas que pueda tener un fallo en derecho, consideramos que el cambio en la forma de nombramiento de los árbitros resulta también muy relevante, toda vez que el árbitro de parte -como ocurría en el sistema anterior- puede provocar distorsiones frente a la imparcialidad e independencia que se requiere, por el riesgo de convertirse en una especie de extensión de la parte que lo nombró y que intenta hacer valer su posición a la hora de resolver el conflicto.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> MOLINA Z., C. y RÍOS S., V. 2016. *Op. Cit.* p. 361.

<sup>33</sup> BARROS B., E. 2012. *Op. Cit.* p. 155.

<sup>34</sup> VÁSQUEZ P. M.F. 2011. El arbitraje en Chile, análisis crítico de su normativa y jurisprudencia. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile. p. 599.

## **CAPÍTULO II: EL ROL DEL PANEL TÉCNICO EN EL SISTEMA DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS**

En este capítulo analizaremos el rol que ha jugado el Panel Técnico en la solución de las controversias puestas en su conocimiento, estudiando en primer lugar si ha utilizado criterios jurídicos para sus pronunciamientos; luego, si se ha disminuido la judicialización de las discrepancias en aquellos casos donde ha existido una recomendación y la forma en que las comisiones arbitrales han ponderado esos pronunciamientos; para finalmente ver si las expectativas y objetivos sobre su funcionamiento han sido satisfechos.

### **2.1 Consideraciones jurídicas en las Recomendaciones del Panel Técnico**

La primera discrepancia sometida al conocimiento del Panel Técnico de Concesiones<sup>35</sup> fue presentada el 9 de septiembre del año 2015 y fue resuelta exactamente un mes después, el 9 de octubre de ese mismo año. Se trataba de un reclamo por costos adicionales con ocasión de cambios normativos que entraron en vigor con posterioridad a la adjudicación del contrato de concesión.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> A la que se le asignó el Rol D01-2015-3.

<sup>36</sup> El objeto de la discrepancia, de acuerdo con lo expuesto por el propio Panel Técnico en su Recomendación, se definió de la siguiente manera: “La determinación de la existencia y valor de costos adicionales para la Sociedad Concesionaria por cambio de estándares técnicos ocurridos con posterioridad a la adjudicación del contrato de concesión, en particular por la exigencia del Ministerio de Obras Públicas de aplicar las actualizaciones del Manual de Carreteras en materia de Seguridad Vial y Señalética al momento de realizar el proyecto de ingeniería definitiva y la eventual procedencia de compensar”.

Lo primero que llama poderosamente la atención es el hecho de que, a pesar de ser la primera vez en que una discrepancia técnica o económica se presentaba ante el Panel, el trabajo que debía realizarse para poder emitir la Recomendación tuviera una componente jurídica importante, toda vez que, como se verá, implicaba analizar e interpretar el cumplimiento de los requisitos copulativos establecidos en el inciso primero del artículo 19° de la Ley de Concesiones, lo que doctrinariamente está vinculado con la teoría del hecho del príncipe, labor hermenéutica propia de la disciplina legal.

Lo interesante de este caso es que con posterioridad se han presentado otras discrepancias relativas a cambios normativos, con lo cual esta materia será un buen punto de partida para estudiar el progreso que ha tenido el Panel Técnico en lo referido a las consideraciones jurídicas tenidas en cuenta al momento de emitir sus pronunciamientos.

A continuación, entonces, analizaremos la evolución de las consideraciones de índole jurídica que el Panel Técnico de Concesiones ha sostenido, comenzando, a título ejemplar, por aquellas recomendaciones relativas a cambio normativo o hecho del príncipe, para más adelante estudiar otras materias y hacer un estudio de casos donde las consideraciones jurídicas también han sido relevantes para su pronunciamiento, especialmente a partir de la modificación realizada a sus Normas de Funcionamiento durante el año 2019.

## **2.1.1 Un ejemplo: la teoría del hecho del príncipe**

### **2.1.1.1 Discrepancia D01-2015-3**

En esa primera discrepancia del año 2015, la Sociedad Concesionaria Rutas del Desierto S.A. solicitó al Panel Técnico la validación técnica y económica de las mayores inversiones que se le debían compensar en relación con las obras de seguridad y señalización vial ejecutadas en virtud de las versiones 2012 del Manual de Carreteras y de Señalización, que habían entrado en vigor con posterioridad a la fecha de adjudicación del contrato de concesión, a saber, el 3 de septiembre de 2011.<sup>37</sup>

Para ello, funda su petición en lo dispuesto por el artículo 19 inciso 1° de la Ley de Concesiones, que establece la posibilidad del concesionario para solicitar compensación en caso de acto sobreviniente de autoridad con potestad pública, cuando se cumplan cuatro requisitos copulativos, a saber: i) que el acto se produzca con posterioridad a la adjudicación de la licitación de la concesión; ii) no haya podido ser previsto al tiempo de su adjudicación; iii) 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 iv) altere significativamente el régimen económico del contrato.

---

<sup>37</sup> Fecha de publicación en el Diario Oficial del decreto supremo N° 225, de 6 de junio de 2011, del Ministerio de Obras Públicas, que adjudicó ese contrato de concesión.

Este acto de autoridad sobreviniente ha sido asimilado con lo que la doctrina denomina la teoría del “Hecho del Príncipe”. Es más, según consta en la documentación que forma parte del debate parlamentario que dio origen a la Ley N° 20.410, particularmente en la discusión que se dio en el Senado, queda establecida la opinión del ejecutivo en orden a que “en este tipo de negocios, la ley general debe proteger al inversionista en lo que se refiere a los Hechos del Príncipe, es decir, del Estado que tiene la posibilidad de expropiar por la vía de adoptar decisiones imprevistas al tiempo de la celebración de los contratos. Como una forma de buscar acuerdos en esta materia y reducir de manera legítima los riesgos para los concesionarios se establece este sistema”.<sup>38</sup>

Esta redistribución de riesgos se hace necesaria cuando es el poder público -el príncipe- quien agrava las condiciones de ejecución de un contrato por un acto que emana de él. De esta forma, al aplicar la teoría del hecho del príncipe se generan consecuencias específicas en la relación contractual afectada por el acto de autoridad, lo que justifica la revisión y compensación del contratista afectado por esa carga pública desigual que cedió en beneficio de la comunidad en general.<sup>39</sup>

Así parece haberlo entendido también el Panel Técnico, que para poder emitir su primera Recomendación analizó “la distribución de los riesgos

---

<sup>38</sup> Historia de la Ley N° 20.410. Segundo Informe de la Comisión de Obras Públicas, pp. 267-268.

<sup>39</sup> FLORES R., J.C. 2019. Revisión de los contratos administrativos: el adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (53): 77-78.

establecida en la Ley y las BALI y como (sic) ésta determina la responsabilidad de las partes por las modificaciones en el proyecto debido a los cambios en la normativa dictados con posterioridad a la adjudicación del contrato de concesión”.<sup>40</sup>

Como se ve, una discusión eminentemente jurídica cuya resolución permitiría discriminar si las consecuencias en los estándares técnicos de la obra y el impacto en el régimen económico del contrato debían o no ser asumidos por el Concesionario, o en palabras del propio Panel, donde debía “analizarse si el riesgo asumido por el licitante se extiende a cualquier situación, incluidas aquellas en que el cambio en el proyecto ocurre por decisión de autoridad, con posterioridad a la adjudicación del contrato y cuya magnitud altera significativamente el régimen económico del contrato”.<sup>41</sup>

A pesar de las implicancias jurídicas de la materia que debía analizarse, lo cierto es que en esta primera Recomendación el Panel Técnico no ahondó en profundidad en el cumplimiento de los requisitos copulativos establecidos en la Ley de Concesiones, según veremos a continuación.

En relación con la previsibilidad, solo distingue entre la alta frecuencia con que se modifica el Manual de Carreteras y el conocimiento específico de las características y estándares técnicos en las que dicho Manual variará,

---

<sup>40</sup> Numeral 9.1 de la Recomendación emitida en la Discrepancia D01-2015-3.

<sup>41</sup> Numeral 9.1.1 de la Recomendación emitida en la Discrepancia D01-2015-3.

estableciendo que, en ese caso, la imprevisibilidad estaba dada por la falta de conocimiento específico sobre los aspectos que se modificarían, pues de lo contrario las modificaciones a esa normativa técnica serían siempre previsibles.

Con respecto al requisito de que el cambio normativo no sea una norma legal o reglamentaria con efectos generales, simplemente se remite a la historia de la Ley N° 20.410 para citar el ejemplo de una reforma tributaria como un caso de norma con alcance general.

Finalmente, en lo referido a la alteración significativa del régimen económico del contrato, luego de hacer referencia al equilibrio económico del contrato y a cierta doctrina que establece un porcentaje del monto del contrato<sup>42</sup>, vuelve a citar la historia de la ley, en particular una exposición del ministro de Obras Públicas de la época, donde se concluye que el equilibrio económico financiero se expresa como la mantención aproximada de la rentabilidad con la que se licitó el proyecto.

Este tipo de análisis se mantuvo el año 2016 en la Recomendación de la Discrepancia D03-2016-02 y con algunos matices en las recomendaciones recaídas en los roles D06-2016-5 y D07-2016-3, en lo relativo a cambio normativo.

---

<sup>42</sup> Entendemos que hace referencia a los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales, que señalaban en sus Comentarios Oficiales a las normas sobre *hardship*, en su primera versión del año 1994, un 50% de aumento como ejemplo de excesiva onerosidad, lo que en sus versiones posteriores fue eliminado. Véase: MOSSET I., J. 1994. Interpretación Económica de los Contratos. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni. p. 295.

### **2.1.1.2 Discrepancia D08-2020-8**

Sin embargo, cinco años después del primer caso analizado por el Panel Técnico, otra discrepancia sobre cambio normativo fue presentada, esta vez, por la Sociedad Concesionaria Rutas del Limarí S.A., referida a mayores obras en pasarelas peatonales, circuitos peatonales y cajones doble función, con ocasión del cumplimiento de la Ley N° 20.422, sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad.

En lo medular este caso es bastante similar al de 2015, toda vez que la referida ley entró en vigor el 10 de febrero de 2010 y la adjudicación del contrato ocurrió el año 2013<sup>43</sup>, habiéndose introducido en el Manual de Carreteras (MC) las modificaciones dispuestas en la ley mediante un complemento de enero de 2014, siendo refundidas en el MC Edición 2014 e incorporadas las últimas agregaciones en el MC Edición 2016. El Inspector Fiscal del MOP, entonces, instruyó a la Concesionaria incorporar en los proyectos de ingeniería estas modificaciones normativas, lo que implicó cambiar la pendiente que debían tener las rampas de acceso de las pasarelas peatonales (pasando de un 10% al 8%), la exigencia de pasamanos de doble altura, la incorporación de sistemas antienganchamiento y descansos de 1,5 metros cada 9 metros de distancia, entre otros.

---

<sup>43</sup> El contrato de la “Concesión para el Mejoramiento y Conservación de la Ruta D-43, Región de Coquimbo” fue adjudicado mediante decreto supremo N° 151 de 6 de marzo de 2013 y publicado en el Diario Oficial el 31 de mayo de ese año.



Lo primero que salta a la vista en la Recomendación de la Discrepancia D08-2020-8, emitida el 6 de octubre de 2020, es la cita a un fallo de la Corte Suprema<sup>44</sup> para justificar la supremacía de la ley por sobre el contrato y hacer aplicable el Hecho del Príncipe (que, como hemos visto, en la Ley de Concesiones fija su hito temporal en la adjudicación del contrato), en contraposición a lo señalado en las Bases de Licitación que señalaban que los proyectos de ingeniería debían contener los estándares técnicos del Manual de Carretera vigentes a la época de la entrega de los proyectos, lo que evidentemente ocurre después de la adjudicación.

Luego, la Recomendación se adentra en el ya tantas veces mencionado artículo 19° inciso primero de la Ley de Concesiones, pero en esta oportunidad profundiza mayormente sus consideraciones. Así, respecto de la previsibilidad, desarrolla la idea planteada someramente en pronunciamientos anteriores en orden a que el Manual de Carreteras está en constante evolución y que ese hecho, por sí solo, es previsible en tanto está dentro del normal ejercicio de la potestad reglamentaria. Luego, cuando expone que la imprevisibilidad debe referirse a un contenido determinado y concreto que se modificará, incorpora conceptos como el que la previsibilidad no es equivalente a certeza de un evento futuro, en el sentido de que debe existir “una probabilidad razonable de que el evento en cuestión ocurra, y que en consecuencia un inversionista pueda

---

<sup>44</sup> Corte Suprema, Rol 41.972-2017, de 13 de agosto de 2018.

incorporar sus efectos al calcular la rentabilidad del proyecto en un proceso de licitación de concesiones en competencia”.<sup>45</sup>

Posteriormente, sobre esta misma materia, analiza en detalle la Ley N° 20.422, las exigencias de accesibilidad allí contenidas y la definición de Accesibilidad Universal, para luego concluir que la normativa preveía la obligación de incorporar nuevos estándares técnicos para construcciones futuras y adecuar construcciones existentes, en el plazo de 8 años, pero que no se contemplaron estándares técnicos específicos, distinguiendo claramente que fue el Manual de Carreteras Edición 2014 el instrumento que le dio concreción a esta materia en el ámbito de las obras públicas.

Concluye entonces, que la Ley N° 20.422 no contiene estándares técnicos específicos de accesibilidad, como el grado de las pendientes de las rampas, de manera que no fue posible para el Concesionario predecir su efecto al momento de evaluar y presentar su oferta, pero agrega que, sin embargo, sí debió considerar aquellos aspectos de la exigencia y condiciones de accesibilidad que por su naturaleza resultaban aplicables en forma directa, como las condiciones de autovalencia, comodidad y seguridad de las personas discapacitadas usuarias de las pasarelas.

Por otra parte, en lo relacionado con el requisito de la alteración significativa al régimen económico del contrato, comienza señalando que el

---

<sup>45</sup> Numeral 10.2.5.1 de la Recomendación emitida en la Discrepancia D08-2020-8.

principio del equilibrio económico-financiero de los contratos ha adquirido una creciente aceptación en el campo del derecho y luego alude a cierta jurisprudencia internacional -citando dos publicaciones jurídicas donde se haría referencia a esa jurisprudencia- para ejemplificar, primero, la dificultad que acarrea el que no exista una definición cuantitativa precisa sobre lo que se entiende por cambio significativo y, segundo, ilustrar con casos extranjeros en los cuales se ha intentado establecer porcentajes de inversión por sobre lo contemplado inicialmente para configurar un cambio significativo del régimen económico.

Luego de validar el cumplimiento de los cuatro requisitos legales para la procedencia del Hecho del Príncipe, la Recomendación incorpora un análisis novedoso -no incluido en los 4 casos anteriores de cambio normativo que habían sido sometidos a su pronunciamiento-, donde revisa derechamente la aplicación del artículo 19° inciso tercero de la ley de Concesiones, sustento normativo de las compensaciones por modificaciones instruidas por la Administración, para vincularlo con los sobrecostos producto de las modificaciones a las obras solicitadas por el MOP con ocasión del cambio normativo introducido por la Ley N° 20.422.<sup>46</sup>

A nuestro juicio, esta incorporación representa un paso adicional en el análisis jurídico que realiza el Panel, toda vez que implica pasar desde un estadio

---

<sup>46</sup> Numeral 10.2.5.2.1 de la Recomendación emitida en la Discrepancia D08-2020-8.

en que resulta suficiente con la mera comprobación de causales tasadas para el surgimiento del derecho a compensación, a otro donde esa compensación debe relacionarse también con la norma contenida en el inciso tercero<sup>47</sup>, al objeto de cubrir todo el espectro temporal que va desde la adjudicación del contrato (hito establecido en la LCOP para el hecho del príncipe), la entrega de los proyectos de ingeniería (según lo señalado en las Bases de Licitación) y todo aquello posterior a esa entrega (que estaría cubierto por el inciso tercero del artículo 19° de la LCOP).

Lo que concluye el Panel es que la norma contenida en el inciso tercero establece la compensación solo para “cuando corresponda”, esto es, para aquellos casos en que el MOP modifique los estándares técnicos del proyecto sin que ello tenga un sustento normativo obligatorio para el Concesionario -lo que ocurre en esta discrepancia por instrucción del Inspector Fiscal-, o dicho de otra forma, que toda modificación a las características o estándares técnicos del contrato ordenada por el MOP que no tenga su base en normas técnicas exigibles por las Bases de Licitación y que importe costos adicionales, corresponde que sea compensada.

---

<sup>47</sup> “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.”

Así entonces, en el numeral 10.3 de la Recomendación emitida en la Discrepancia D08-2020-8, el Panel -en lo que para nosotros es una correcta labor hermenéutica- vincula ambos incisos del artículo 19° y establece lo siguiente: “La obligación de compensar las mayores obras producto de la incorporación de los nuevos estándares de accesibilidad se debe a una aplicación del análisis del artículo 19 inciso primero de la Ley de Concesiones, para el caso que obedezcan a modificaciones al Manual de Carreteras ocurridos antes de la fecha de presentación del PID respectivo, o a una compensación por modificación de estándares técnicos solicitada por el MOP, conforme previene el artículo 19 inciso tercero de la Ley”.

El Panel profundiza aún más su análisis cuando estudia la procedencia de las compensaciones, validando aquellas derivadas de la modificación en la pendiente de pasarelas, descansos y circuitos peatonales, pero negándolo respecto de los pasamanos y sistemas antienganchamiento<sup>48</sup>, por tratarse de una obligación propia de la Ley N° 20.422 incorporada al contrato desde su adjudicación -recordemos que la ley entró en vigor en 2010-, puesto que si bien la Ley no contiene criterios técnicos específicos, sí incluye conceptos generales de aplicación inmediata, como lo sería la autovalencia, la que no es posible de cumplir sin pasamanos de doble altura y sistema antienganchamiento, siendo su incorporación parte de la naturaleza de la obligación.

---

<sup>48</sup> En particular este análisis ya se había realizado en recomendaciones anteriores, v.gr. D-10-2018-5.

### 2.1.2 Estudio de casos

Como habíamos adelantado, durante 2019 el Panel Técnico de Concesiones hizo un cambio significativo en sus Normas de Funcionamiento<sup>49</sup>, modificando, entre otros aspectos, el artículo 2° que estableció en su letra g) una nueva definición de “Recomendación Técnica o Recomendación”, quedando de la siguiente forma: “Conjunto de consideraciones técnicas, económicas y jurídicas emitidas fundadamente por el Panel, en base a las cuales propone una solución a una Discrepancia, emite su opinión respecto a una Consulta o se pronuncia respecto a los casos del artículo 20 bis de la Ley de Concesiones”.

En lo relevante para este trabajo, la incorporación de consideraciones jurídicas al momento de emitir una recomendación es un cambio importante de paradigma, pasando desde un análisis centrado exclusivamente en los aspectos técnicos o económicos -de conformidad con señalado en los artículos 36° y 36° bis de la LCOP-, a un modelo donde las recomendaciones también toman en consideración aspectos legales.

Esta evolución se traspasó rápidamente a las recomendaciones, lo que es fácil de apreciar en los casos de cambio normativo o hecho del príncipe revisados *supra*. En efecto, estas discrepancias son buen ejemplo de un razonamiento que en sus orígenes resultó ser bastante precario desde la perspectiva del análisis

---

<sup>49</sup> Las nuevas Normas de Funcionamiento fueron aprobadas en Sesión N° 15/19 del 5 de marzo de 2019, publicadas el 13 de marzo de ese año y entraron en vigor un mes después, el 13 de abril de 2019.

jurídico (nos referimos a la primera Recomendación de 2015 ya analizada o a cualquiera de las tres recomendaciones de 2016 que versaron sobre esa misma materia), que fue mutando hacia uno donde la revisión de los argumentos jurídicos expuestos por el requirente y la utilización de reglas de interpretación, ponderación y aplicación práctica de la norma en lo referido a las modificaciones del contrato (como ocurre en la recomendación de 2020 ya revisada), van un paso más allá con respecto a las consideraciones jurídicas que se habían realizado con antelación por parte del Panel Técnico.<sup>50</sup>

A continuación, se analizarán todas las Recomendaciones emitidas entre la fecha del cambio introducido a las Normas de Funcionamiento del PTC y hasta finales del año 2021, relevando aquellas donde ha sido posible encontrar la utilización de consideraciones jurídicas que han influido sustancialmente en los pronunciamientos del Panel Técnico de Concesiones:

#### **2.1.2.1 *Discrepancia D02-2019-2***

Este cambio de paradigma provocado por la modificación introducida a las Normas de Funcionamiento es notorio desde el primer pronunciamiento efectuado por el Panel con posterioridad a su aplicación. Así, en la

---

<sup>50</sup> Con excepción de la Recomendación recaída en la Discrepancia D10-2018-5, de 11 de febrero de 2019, que dentro de otras materias analiza un caso de cambio normativo sin entrar en ningún detalle ni consideración jurídica, a pesar de haber sido emitida apenas unas semanas antes del cambio efectuado a las Normas de Funcionamiento. Creemos que esto pudo deberse a que lo solicitado por el concesionario no fue requerido expresamente como un caso de hecho del príncipe del artículo 19° inciso primero de la LCOP y fue analizado exclusivamente desde la perspectiva de una obra adicional.

Recomendación de fecha 9 de mayo de 2019 relativa a una solicitud de mayor plazo de concesión por atrasos imputables al Fisco, impetrado por la Sociedad Concesionaria Valles del Bío Bío S.A., el Panel Técnico introdujo un acápite inédito relativo al marco contractual, el que para este caso en específico se denominó “Marco Contractual aplicable respecto de atrasos imputables al Fisco”, donde analizó el artículo 22° N° 3 de la Ley de Concesiones<sup>51</sup> y estableció lo siguiente: “Para efectuar una adecuada interpretación de la norma, es necesario realizar un análisis sistémico y armónico del precepto, de manera de arribar a su acertada inteligencia”.

Luego revisó la historia de esa regulación, al objeto de determinar si la norma era de aplicación solo para la etapa de construcción o si los efectos de los hechos que originan la afectación pueden darse también en etapa de explotación, concluyendo esto último luego de un acabado análisis, para finalmente analizar el artículo 52° N° 3 del Reglamento de la Ley de Concesiones<sup>52</sup> (equivalente reglamentario de la norma contenida en el artículo 22 N° 3 de la Ley) y, citando doctrina nacional, señalar que la potestad reglamentaria tiene límites, en particular la jerarquía normativa, no pudiendo innovar en la regulación legal que ejecuta, concluyendo que en este caso el Reglamento es consistente con la norma legal. Como se ve, un análisis puramente jurídico.

---

<sup>51</sup> Numeral 10.2.1 de la Recomendación emitida en la Discrepancia D02-2019-2.

<sup>52</sup> Numeral 10.2.2 de la Recomendación emitida en la Discrepancia D02-2019-2.



### **2.1.2.2 Discrepancia D03-2019-2**

El 28 de mayo de 2019, a propósito de otra discrepancia ingresada por la Sociedad Concesionaria Valles del Bío Bío S.A., donde solicitó la determinación de la procedencia de incorporar los gastos de gestión, auxiliares, de gabinete, financieros y de seguros asociados a los cambios de servicios, el Panel Técnico fue un paso más allá en su Recomendación y esta vez, dentro del acápite del marco normativo aplicable<sup>53</sup>, incluyó un completo desarrollo de las normas de interpretación de los contratos, partiendo por lo más general (el régimen de derecho público del contrato de concesión según lo dispuesto en el artículo 21 de la LCOP y vinculándolo con la Ley N° 19.886), pasando por fallos de la Corte Suprema para sostener la preeminencia del interés público ante colisión de normas en contratos administrativos y profundizar en el objetivo de la labor interpretativa, para finalizar adentrándose en las reglas de interpretación contenidas en los artículos 1.560 a 1.566 del Código Civil.

Otra vez, un análisis eminentemente legal y propio de la disciplina jurídica para terminar rechazando lo solicitado por el Concesionario.

### **2.1.2.3 Discrepancia D04-2019-15**

Posteriormente, el 8 de agosto de 2019, a propósito de una Consulta<sup>54</sup> ingresada por el MOP que fue recalificada como Discrepancia por el Panel, se

---

<sup>53</sup> Numeral 10.1 de la Recomendación emitida en la Discrepancia D03-2019-2.

<sup>54</sup> La posibilidad de realizar consultas al Panel Técnico de Concesiones fue incorporada el año 2017 mediante la Ley N° 21.044.

sometió a su conocimiento una controversia relativa a si los requerimientos de un Estudio de Riesgo Sísmico ordenado por el MOP con posterioridad a la adjudicación de la obra constituyen un aumento de estándar en el contrato de la Concesión Vial Puente Industrial y la procedencia de un reconocimiento de eventuales sobrecostos. Lo interesante es que al haber sido planteada originalmente como consulta, en este caso es el propio Panel quien entró a analizar, de *motu proprio*, el cumplimiento de los cuatro requisitos copulativos del artículo 19° inciso primero de la Ley de Concesiones<sup>55</sup>, concluyendo que no se cumplía con la alteración significativa al régimen económico del contrato y que para el reconocimiento y pago de los eventuales sobrecostos el Concesionario debía acreditar, en la oportunidad correspondiente, esa alteración significativa al equilibrio económico financiero del contrato de concesión.

#### **2.1.2.4 Discrepancia D05-2019-16**

Apenas unos días después, el 16 de agosto de 2019, el Panel Técnico emitió una Recomendación muy interesante, a propósito de una discrepancia planteada por la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. donde solicitó la determinación de compensaciones con ocasión de atrasos imputables al MOP en la revisión y aprobación de los proyectos de ingeniería. En esta ocasión, la Recomendación apela a la ley del contrato y la buena fe contractual, citando los artículos 1.545 y 1.546 del Código Civil, para luego adentrarse en la naturaleza

---

<sup>55</sup> Numeral 10.2 de la Recomendación emitida en la Discrepancia D04-2019-15.

bilateral, onerosa y conmutativa del contrato de concesión, explicándolo a través de los artículos 1.440 y 1.441 de ese mismo cuerpo legal, para finalizar señalando que también debe tenerse en consideración su artículo 1.552 y el principio de que la “mora purga la mora”<sup>56</sup>, para concluir que en este caso deben considerarse también los eventuales incumplimientos del Concesionario a la hora de evaluar el restablecimiento de la conmutatividad del contrato y el equilibrio económico financiero del mismo.

Sobre este último aspecto, finaliza analizando la existencia de atrasos concurrentes (es decir, incumplimientos recíprocos entre las partes del contrato en relación con los plazos) acudiendo a los criterios establecidos en el protocolo de la *UK Society of Construction Law Delay and Disruption* de la Sociedad de Derecho de la Construcción del Reino Unido, que establece ciertos requisitos para que exista concurrencia, concluyendo que no se cumplían las condiciones para la existencia de esos atrasos concurrentes.

Esta vez, entonces, además se incorporaron conceptos doctrinarios extranjeros y propios del *common law*, lo que no había ocurrido previamente.

#### **2.1.2.5 Discrepancia D07-2019-16**

En esta ocasión, con una Recomendación emitida ya entrado el año 2020 a propósito de una solicitud de determinación de eventuales compensaciones a

---

<sup>56</sup> Numeral 10.1.2 de la Recomendación emitida en la Discrepancia D05-2019-16.

pagar a la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. por nuevas inversiones, el Panel analizó un acta de reunión y un Acuerdo Marco que habrían servido de antecedente para la ejecución de algunas de las inversiones adicionales ejecutadas y que no llegaron a formalizarse a través del respectivo acto administrativo, señalando que debía dilucidarse si de la suscripción de ese Acuerdo Marco surgía una mera expectativa o bien la confianza legítima para el concesionario de que aquello suscrito por el MOP sería respetado y constituiría un acuerdo de voluntades destinado a producir efectos.

Para ello, señaló que la confianza legítima se relaciona con la certeza jurídica y cita jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría General de la República para concluir que esa confianza con que el concesionario ha ejecutado las instrucciones recibidas por parte del MOP, merece protección del ordenamiento jurídico, citando doctrina del profesor Jorge Bermúdez y un informe en derecho de Jorge Correa Sutil<sup>57</sup>, concluyendo que los actos de la autoridad que alteran el equilibrio económico financiero del contrato, como lo son las instrucciones del MOP (sin perjuicio de que no se hayan formalizado por el acto administrativo terminal, lo que sería un asunto atribuible a gestión del propio MOP), debían ser compensados de conformidad con el inciso tercero del artículo 19 de la Ley de Concesiones. Esta vez fue la doctrina nacional la que primó en el análisis y fue preponderante para la decisión adoptada por el Panel.

---

<sup>57</sup> Numeral 10.2 de la Recomendación emitida en la Discrepancia D07-2019-16.

### **2.1.2.6 Discrepancia D11-2020-10**

El 17 de noviembre de 2020, la Sociedad Concesionaria Vespucio Oriente S.A. solicitó al Panel Técnico determinar si un cambio exigido por el MOP correspondía o no a una modificación del contrato de concesión y la fijación de las eventuales compensaciones que procedan. Lo particular de este caso es que la instrucción dada por el Inspector Fiscal del MOP fue a instancias de un informe de la Contraloría General de la República (CGR), que observó el proyecto de ingeniería que ya se encontraba aprobado, lo que derivó en la incorporación de una segunda pista en un túnel proyectado con un solo carril. Sobre el particular, la defensa fiscal señaló que la modificación tuvo su origen en un acto de autoridad ajena al MOP -el informe de CGR- y que se encontraba obligado a acatar sus decisiones.

Al respecto, el Panel hace un interesante análisis de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la administración del Estado, para indicar que ambos organismos forman parte de la administración del Estado y que: “tanto la CGR como el MOP constituyen parte de una unidad, y siendo el MOP el representante del Estado en el presente contrato de concesión de obra pública, le corresponde asumir tal representación y las responsabilidades respectivas frente a la SC. Ciertamente las actuaciones de la CGR son mandatorias para el MOP, ello no está en discusión, pero a su vez, las implicancias de dichas actuaciones en la relación contractual deben ser asumidas

por el MOP. Por lo demás, fue el propio IF, en representación del MOP quien impartió las instrucciones de incorporar las observaciones de la CGR al proyecto Ramal Mapocho, lo que es consecuente con la normativa analizada”.<sup>58</sup>

En este análisis queda en evidencia la utilización de principios del Derecho Administrativo, como el de coordinación entre órganos públicos establecido en el inciso segundo del artículo 3° de la Ley °N 18.575.

#### **2.1.2.7 Discrepancia D01-2021-11**

El 5 de abril de 2021, cuando ya se tenía más claridad sobre los impactos que estaba generando la pandemia del COVID-19, al Panel Técnico le correspondió estudiar una discrepancia planteada por la Sociedad Concesionaria Aeropuerto del Sur S.A. donde se solicitaba determinar la procedencia de compensaciones derivadas de las medidas sanitarias instruidas por la autoridad producto de la pandemia que disminuyeron la demanda de pasajeros.

Para emitir su Recomendación, el Panel acudió a instituciones fundantes de la contratación administrativa, como el *ius variandi* y la prevalencia del interés público<sup>59</sup>, para luego analizar si los actos de autoridad dictados con ocasión de la pandemia correspondían a un hecho del príncipe o bien a hechos de la naturaleza<sup>60</sup>, analizar las reglas aplicables al caso fortuito o fuerza mayor<sup>61</sup>,

---

<sup>58</sup> Numeral 10.1 de la Recomendación emitida en la Discrepancia D11-2020-10.

<sup>59</sup> Numeral 10.2 de la Recomendación emitida en la Discrepancia D01-2021-11.

<sup>60</sup> Numeral 10.3.1 de la Recomendación emitida en la Discrepancia D01-2021-11.

<sup>61</sup> Numeral 10.3.2 de la Recomendación emitida en la Discrepancia D01-2021-11.

acudir a la historia fidedigna de la Ley de Concesiones para analizar la procedencia de la Teoría de la Imprevisión y vincularlo con las reglas de interpretación de la ley y de los contratos contenidas en el Código Civil<sup>62</sup>, para finalmente discurrir sobre los principios de buena fe, conmutatividad del contrato, equilibrio económico financiero y enriquecimiento ilícito.<sup>63</sup>

Probablemente, hasta la fecha de esta Recomendación, este corresponde al análisis más detallado en cuanto a la utilización de criterios, conceptos y consideraciones jurídicas efectuado por el Panel Técnico.

#### **2.1.2.8 *Discrepancia D02-2021-16***

Un caso muy similar al anterior fue planteado por la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., al objeto de determinar si la pandemia es un hecho sobreviniente que afectó de manera sustancial y duradera el equilibrio económico del contrato por los efectos en el tráfico aéreo, ante lo cual el 13 de mayo de 2021 el Panel emitió una recomendación donde revisita varios de los argumento expuestos en el caso anterior, pero agregando nuevas consideraciones jurídicas como el trato no discriminatorio del Estado en materia económica -acudiendo a normas constitucionales- o la relación entre las ayudas estatales y la igualdad de las cargas públicas.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Numeral 10.3.3 de la Recomendación emitida en la Discrepancia D01-2021-11.

<sup>63</sup> Numeral 10.3.4 de la Recomendación emitida en la Discrepancia D01-2021-11.

<sup>64</sup> Numeral 10.1.2 de la Recomendación emitida en la Discrepancia D02-2021-16.

Otra discusión jurídica interesante se da respecto de la vigencia de una norma contenida en el Reglamento de la Ley de Concesiones relativa a la revisión del contrato por causas sobrevinientes, que estaría en contraposición con una modificación realizada a la Ley de Concesiones mediante la Ley N° 20.410, para lo cual acude a la revisión de reglas de derogación, la teoría de los actos propios, entre otros, para concluir que en el caso de marras la revisión del contrato está permitida por el marco contractual.<sup>65</sup>

#### **2.1.2.9 Discrepancia D05-2021-16**

Finalmente, el 20 de octubre de 2021, el Panel Técnico emitió la última Recomendación que analizaremos en este estudio de casos, también respecto de la procedencia de compensaciones por los sobrecostos derivados de la pandemia del COVID-19, pero esta vez vinculadas con el proceso de construcción de las obras. En este caso, la Recomendación señaló que para abordar los aspectos técnicos y económicos planteados por la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. resultaba indispensable revisar los aspectos legales, por cuanto su requerimiento se fundamentaba en la legislación pertinente y en antecedentes jurídicos. Añade la necesidad de revisar la normativa contenida en la Ley de Concesiones, su Reglamento y Bases de Licitación, así como los principios jurídicos que gobiernan la contratación pública, con el objeto

---

<sup>65</sup> Numeral 10.1.6 de la Recomendación emitida en la Discrepancia D02-2021-16.



de determinar si concurre alguno de los presupuestos que dan origen a compensaciones durante la etapa de construcción.<sup>66</sup>

Sobre la materia, el Panel estableció la responsabilidad total del concesionario durante la etapa de construcción, incluso ante el caso fortuito o fuerza mayor, haciendo referencia al artículo 22° N° 2 de la Ley de Concesiones. Sin perjuicio de lo anterior, de igual manera hace un análisis de ciertas situaciones de excepción que abren la posibilidad de aumentos de plazo y/o compensaciones, como el hecho del príncipe, el *ius variandi* que le permite a la Administración modificar el contrato, retrasos por hechos imputables al Fisco, las reglas generales de responsabilidad contractual, entre otros.

Luego, al igual que en variados casos anteriores, acude a la relación entre el equilibrio económico financiero del contrato con el artículo 1.441 del Código Civil, referido a los contratos onerosos conmutativos, la buena fe establecida en el artículo 1.546 de ese mismo cuerpo legal, el concepto de caso fortuito o fuerza mayor de su artículo 45 y constata finalmente que las epidemias se encuentran dentro de las situaciones de caso fortuito según lo establece el artículo 788 del Código Civil.<sup>67</sup>

Finalmente, el Panel determinó que el impacto de la pandemia -entendida como caso fortuito o fuerza mayor- en los sobrecostos durante la etapa de

---

<sup>66</sup> Numeral 10.1.1 de la Recomendación emitida en la Discrepancia D05-2021-16.

<sup>67</sup> Numerales 10.2.1 y 10.2.2 de la Recomendación emitida en la Discrepancia D02-2021-16.

construcción de la obra, debían ser asumidos por el Concesionario, toda vez que así lo establece la regulación aplicable.

Sin embargo, interesante resulta el voto de minoría del presidente del Panel, quien es abogado, donde discrepa de la aplicabilidad de las reglas del caso fortuito o fuerza mayor, toda vez que al no existir incumplimientos de las partes no existiría irresistibilidad, pero sí mayor onerosidad. Agrega también que las actuaciones de las partes y actos administrativos, si bien no configurarían el hecho del príncipe, serían indicativos de un interés público en que las obras no se paralizaran, lo que a la luz de principios generales del derecho aplicables a la contratación administrativa permitirían integrar la normativa aplicable y abrir un espacio de colaboración que permita evaluar, revisar y eventualmente compartir los sobrecostos.

#### **2.1.2.9.1 Solicitud de Aclaración, Rectificación o Enmienda respecto de la Recomendación recaída en la Discrepancia D05-2021-16.**

Ante la Recomendación que rechazó la solicitud del concesionario, se presentó una solicitud de aclaración, rectificación o enmienda, fundada -en lo relevante para este trabajo- en que no se emitió una recomendación propiamente tal. Respecto de esto, señala que la recomendación -según lo señalado en las Normas de Funcionamiento y lo que se desprende de la historia de la ley- debe proponer una solución concreta, lo que no habría sucedido en la especie, agregando que al limitarse el Panel a declarar que los impactos causados por la pandemia del COVID-19 deben ser asumidos por la Sociedad Concesionaria,

además de no cumplir con el objetivo de proponer una solución, ha reemplazado la recomendación por una declaración que zanja la controversia, asunto que la Ley de Concesiones reserva expresamente a la Comisión Arbitral o a la Corte de Apelaciones de Santiago, violando así el principio de juridicidad.

El Panel Técnico, por su parte, resolvió la solicitud rechazando la pretensión del Concesionario, sin perjuicio de lo cual realizó interesantes afirmaciones respecto de las consideraciones jurídicas que debe tener en consideración a la hora de emitir sus recomendaciones. En primer lugar, reitera lo señalado por la ley en orden a que sus pronunciamientos no tienen carácter vinculante y que es un órgano no jurisdiccional, por lo que no puede arrogarse facultades jurisdiccionales. Luego, en lo que resulta más interesante, establece que, si bien por ley las recomendaciones deben ser técnicas y económicas, deben ser emitidas luego de un análisis de los antecedentes presentados, el contrato y su regulación, lo que constituye el marco de referencia para el análisis técnico y económico, de manera que los aspectos jurídicos no pueden ser soslayados.

Profundiza sobre esto indicando que la revisión del contrato y la normativa aplicable al caso no importan una violación del principio de juridicidad -como le imputa el concesionario-, sino por el contrario, constituye una obligación para el Panel. Finaliza recordando que, en la propia discrepancia presentada, el concesionario incorporó consideraciones jurídicas, las cuales deben ser

atendidas por el Panel, dada su naturaleza colegiada y multidisciplinaria, lo que no obsta el pronunciamiento en derecho de la Comisión Arbitral que podrá tener la recomendación como antecedente para la dictación de su sentencia.

### **2.1.3 La evolución de las consideraciones jurídicas de Panel Técnico.**

Como hemos visto en este capítulo, la introducción de consideraciones jurídicas en la definición de Recomendación contenida en las Normas de Funcionamiento del Panel Técnico de Concesiones fue un punto de inflexión en la utilización de criterios legales, normativos o regulatorios en los análisis realizados por ese organismo, aun cuando la Ley de Concesiones no le entrega al Panel Técnico competencia respecto de esas materias. Si bien con anterioridad existían recomendaciones que tomaban en cuenta aspectos jurídicos, lo cierto es que con posterioridad a abril de 2019 tales consideraciones pasaron a formar parte primordial de los análisis efectuados y tomaron un papel preponderante en la estructura argumentativa que avala cada pronunciamiento.

Así, en la cuenta pública del año 2018 del Panel Técnico de Concesiones, realizada el 10 de julio de 2019 y que incluyó algunas actualizaciones a junio de 2019, el presidente del organismo, señor Fernando Abara Elías, dio cuenta de las modificaciones a sus Normas de Funcionamiento y, en lo relativo a la incorporación de consideraciones jurídicas, manifestó que “el sentido de esto no es otro que señalar que dentro de las consideraciones que toma en cuenta el Panel para resolver o para emitir una recomendación, evidentemente que tiene

que hacer alusión a las normas jurídicas. De hecho, hay dos panelistas que somos abogados, por una parte, también en las audiencias y en los escritos siempre comparecen los abogados haciendo referencias a leyes, reglamentos, interpretando bases administrativas, interpretando contratos. Nos parecía a nosotros que, si bien el panel es técnico, eminentemente técnico, no solo debe resolver con la mira técnica sino también económica y jurídica”.<sup>68</sup>

Se profundiza lo anterior en una tesis de magíster realizada el año 2021 por el propio presidente del Panel Técnico, que versa sobre causas de las discrepancias entre sociedades concesionarias y el MOP, donde plantea que para resolver una discrepancia estará siempre presente el aspecto legal o regulatorio, al requerirse de la aplicación de normas y principios jurídicos para la interpretación de los contratos, la bases de licitación, la ley o normas técnicas y, en consecuencia, que la ciencia del derecho no puede estar ajena. Luego ejemplifica con la aplicación de principios tales como el enriquecimiento ilícito, la buena fe, equivalencia de las prestaciones, conmutatividad de los contratos, caso fortuito o fuerza mayor (los que coincidentemente fueron mencionados en nuestro análisis de casos), señalando que todos esos conceptos requieren de interpretación jurídica una vez que los hechos se encuentra probados.

Y añade un aspecto de suma relevancia, cual es que “si el PTC considera que lo reclamado no pasa el análisis legal en el sentido que lo solicitado no tiene

---

<sup>68</sup> Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=JGIThgJGmi4>

una base en el ordenamiento jurídico o en las BALI, o es contraria a las normas, no siguen los análisis técnicos o económicos, puesto que significa que el reclamo no tiene una base para ser acogido”.<sup>69</sup> Resulta interesante esta aseveración, toda vez que no existe norma legal o reglamentaria que permita concluir la existencia de una condición *sine qua non* o de un requisito *a priori* relativo a la procedencia jurídica de una discrepancia para que pueda ser tramitada ante el Panel. Es más, del tenor literal de la ley, pareciera pertinente que el pronunciamiento sobre aspectos técnicos o económicos fuera realizado por el Panel Técnico sin consideraciones ajenas a esas dos materias, salvo el debido examen de admisibilidad por aspectos formales, pues de lo contrario resulta discordante con el mecanismo escalonado planteado por la Ley de Concesiones que dispone que las discrepancias técnicas o económicas deben contar -obligatoria y previamente- con una Recomendación del Panel Técnico para poder acceder a la Comisión Arbitral o la I. Corte de Apelaciones de Santiago.

Continuando con el análisis, según el estudio efectuado por el señor Abara, de un universo de 54 discrepancias recibidas entre 2015 y 2020<sup>70</sup>, se

---

<sup>69</sup> ABARA E., F. 2021. Causas de las discrepancias entre las sociedades concesionarias y el Ministerio de Obras Públicas entre los años 2015 y 2020 y propuesta de mejora. Tesis para optar al grado de Magíster en Políticas Públicas mención en economía. Santiago, Universidad del Desarrollo, Facultad de Gobierno. pp. 73-74.

<sup>70</sup> Entre 2015 y 2020 se presentaron 55 discrepancias, pero en un caso no hubo pronunciamiento respecto del fondo.

identificaron 32 criterios distintos adoptados en sus recomendaciones, de los cuales 13 son de índole económica, 10 jurídicos y 9 técnicos<sup>71</sup>.

Dentro de los criterios jurídicos utilizados en esas 54 recomendaciones se encuentran: i) la definición de la fecha de adjudicación del contrato de concesión como hito para la asunción de los costos por cambios en el Manual de Carreteras (13 repeticiones) u otros cambios normativos (8 repeticiones); ii) el carácter indicativo de los antecedentes referenciales y la complementación que debe hacer el concesionario a su cargo y costo durante el desarrollo de la ingeniería, salvo cuando los antecedentes contengan deficiencias (13 repeticiones); iii) el carácter vinculante para el concesionario de lo instruido por la Inspección Fiscal en tanto ventanilla única en la relación con el MOP (11 repeticiones), lo cual produce la confianza legítima en que se dictarán los respectivos actos administrativos (3 repeticiones); iv) la necesaria existencia de incumplimientos por parte del concesionario para la procedencia de un aumento de plazo y derecho a compensación por atrasos imputables al Fisco (8 repeticiones); v) que las renunciaciones efectuadas por el concesionario deben ser expresas y específicas, sin considerar declaraciones genéricas (6 repeticiones); vi) que el caso fortuito o fuerza mayor en etapa de construcción es de cargo y costo del concesionario, pero en etapa de explotación sus efectos pueden ser compartidos por las partes; y vii) que durante la etapa de construcción el resguardo y protección de los

---

<sup>71</sup> ABARA E., F. 2021. *Op. Cit.*, p. 80.

hallazgos arqueológicos es responsabilidad del concesionario, pero luego la autoridad debe hacerse cargo de su rescate.<sup>72</sup>

Todo lo anterior confirma que, aun cuando los aspectos jurídicos no fueron puestos por la Ley de Concesiones en la esfera de competencias del Panel Técnico, la utilización en sus pronunciamientos de consideraciones, criterios e instituciones propias del Derecho, así como la evolución y mayor importancia que tales consideraciones han adquirido con el paso del tiempo, son producto de la aplicación práctica que las propias partes interesadas han realizado del sistema y una consecuencia obligada por parte del Panel al objeto de dar respuesta, atendida su especial naturaleza, a las discrepancias planteadas.

A continuación, realizaremos un análisis propio, en base a la información pública existente sobre la materia, de la manera en que las recomendaciones del Panel han incidido en la celebración de acuerdos entre las partes y en la judicialización de las materias.

## **2.2 Incidencia de las Recomendaciones del Panel Técnico**

Entre 2015 y 2021 se presentaron 62 discrepancias ante el Panel Técnico de Concesiones, de las cuales en 42 (67,74%) se reconoció al concesionario un monto o reconocimiento conceptual, sea total o parcial. Si esto lo llevamos a números, de un total de UF 24.011.932,2 solicitadas por los concesionarios en

---

<sup>72</sup> ABARA E., F. 2021. *Op. Cit.*, p. 75.



discrepancias cuantificables, el monto que ha sido reconocido y recomendado compensar por el Panel asciende a UF 3.144.547,5, lo que equivale a un 13% del total.<sup>73</sup>

Muy interesante resulta el seguimiento que ha hecho el Panel respecto de sus recomendaciones y la incidencia que han tenido, ya sea propiciado un acuerdo entre las partes previo a la instancia jurisdiccional o bien sirviendo como insumo para la Comisión Arbitral. Para este análisis, debe considerarse un universo de 61 recomendaciones, ya que en 2016 una discrepancia se tuvo por no ingresada.

De esas 61 recomendaciones, en 37 casos se acudió luego a la Comisión Arbitral (61%), 14 terminaron por un acuerdo sin recurrir al arbitraje (23%) y el resto está pendiente sin movimiento.

De las 37 que acudieron a la Comisión Arbitral, a marzo de 2022 había 22 arbitrajes todavía en discusión (59%), 7 habían terminado por conciliación entre las partes (19%), 5 por sentencia definitiva (14%) y 3 terminaron mediante una transacción (8%).

Considerando aquellas discrepancias que se encuentran completamente terminadas, que suman 29 casos (entre términos extrajudiciales y sentencias arbitrales), según la información sistematizada por el propio Panel Técnico, la

---

<sup>73</sup> PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES. 2022. Cuenta Pública año 2021. p. 15. Disponible en: [www.panelconcesiones.cl](http://www.panelconcesiones.cl)

incidencia de las recomendaciones en los acuerdos adoptados y sentencias definitivas es de un 89,7% de casos que coinciden total o parcialmente con la respectiva Recomendación.<sup>74</sup>

Ahora bien, debemos constatar la dificultad de cuantificar la incidencia en aquellos casos en que lo recomendado no es cuantificable, como ocurre con las discrepancias conceptuales o meramente declarativas, en particular cuando la Recomendación conceptual fue acogida de forma parcial por el acuerdo o fallo arbitral. A pesar de ello, igualmente es posible extraer algunas conclusiones de la información publicada, en particular respecto de la incidencia de las recomendaciones en los acuerdos adoptados por las partes y la consecuente mayor o menor judicialización de esas discrepancias, así como la forma en que las comisiones arbitrales han ponderado esos pronunciamientos, sea recogiendo en el fallo lo recomendado o bien revirtiendo el criterio.

### **2.2.1 Acuerdos extrajudiciales (transacciones)**

De las 14 discrepancias que terminaron por acuerdo extrajudicial, hay 9 que terminaron por transacción. De esas 9 transacciones hay 4 donde el Panel había desestimado en su recomendación la pretensión reclamada, pero igualmente terminaron transándose.

---

<sup>74</sup> PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES. 2022. Memoria Anual 2021. pp. 29-37. Disponible en: [www.panelconcesiones.cl](http://www.panelconcesiones.cl)

En 2 de esas discrepancias que habían sido rechazadas, al corresponder a un concesionario que había presentado otra discrepancia que fue acogida por el Panel, entonces se agruparon en un solo acuerdo al objeto de transar extrajudicialmente con el MOP el pago de la compensación recomendada y la renuncia a las pretensiones desestimadas, según se puede apreciar a continuación:<sup>75</sup>

Rol	Fecha	Nombre	Contrato	Fecha acuerdo	Recomendación	Acuerdo
D06-2016-5	25-11-2016	Discrepancia por compensación de obras adicionales por cambios normativos	Ruta 5 Norte Tramo La Serena - Vallenar	31-01-2018	Panel desestimó compensación.	MOP se compromete a pagar UF 47.702,34 y SC renuncia a reclamar mayores costos. (Formalizado por Res. DGC N° 53 de 2018)
D09-2016-5	23-12-2016	Compensación por obras adicionales ejecutadas			Panel valoró las obras adicionales en UF 45.667,94, cifra que debe ser actualizada.	
D12-2016-5	10-02-2017	Compensación por obras adicionales ejecutadas			Panel desestimó compensación.	

En los otros 2 casos de discrepancias que habían sido desestimadas, pero que terminaron igualmente con una transacción, el concesionario había accionado ante la Comisión Arbitral por otra discrepancia que ya contaba con pronunciamiento favorable del Panel Técnico, transando la totalidad de ellas e incluyendo en el acuerdo las renunciaciones respecto de aquellas que habían sido rechazadas:<sup>76</sup>

D07-2016-3	16-12-2016	Compensación de costos adicionales por cambio normativo (Plan Regulador de Iquique)	Alternativas de Acceso a Iquique	31-01-2018	Panel desestimó compensación.	MOP se compromete a pagar UF 235.182,88 más UF 6.011,24 por asegurar obras. SC renuncia a reclamar mayores costos (Formalizado por Res. DGC N° 55 de 2018). <b>Esta transacción considera Discrepancia D01-2015-3</b> , cuya Recomendación indicó compensar por UF 229.325,83 + UF 590,56.
D08-2016-3	16-12-2016	Determinación de la existencia de obras adicionales			Panel desestimó compensación.	

<sup>75</sup> Tabla N° 7, Memoria Anual 2021, Panel Técnico de Concesiones.

<sup>76</sup> Ibid.

Por su parte, hay un acuerdo extrajudicial donde la incidencia de la Recomendación fue del 100%, a saber:<sup>77</sup>:

D03-2016-2	12-05-2016	Compensación de obras adicionales por cambios normativos ocurridos con posterioridad a la adjudicación	Autopista Concepción Cabrero	31-01-2018	Panel recomienda compensar por UF 295.762 más UF 6.410,64 por costo conservación al año. Esta cifra se debe actualizar con las cantidades que resulten de los proyectos As-Built.	MOP se compromete a pagar UF 385.964,68 más UF 6.410,64 al año por conservación, este último en relación a Discrepancia D03-2016-2. SC renuncia a reclamar mayores costos (Formalizado por Res. DGC N° 54 de 2018).
D10-2016-2	30-12-2016	Compensación de obras adicionales			Panel recomendó compensar por UF 90.203, cifra que debe ser actualizada.	

En este caso, la Resolución N° 54 de 2018, de la Dirección General de Concesiones, que formalizó el contrato de transacción, en su resuelto 1 señaló expresamente: “Acógense las recomendaciones del Panel Técnico de Concesiones emitidas en discrepancias roles D03-2016-2 y D10-2016-2”.

### 2.2.2 Sentencias

Dispar es la situación de las recomendaciones cuyas discrepancias luego fueron objeto de una demanda ante la Comisión Arbitral y que terminaron mediante una sentencia definitiva.

En este caso encontramos un fallo que otorga menos que aquello reconocido en la Recomendación del Panel (se acoge parcialmente la Recomendación) y otro en el que la sentencia no acoge lo recomendado por el Panel, pero coincide con el voto minoritario de un panelista (que para efectos de la incidencia equivale a no acoger lo recomendado, por cuanto los votos de

<sup>77</sup> Ibid.

minoría no se consideran como recomendación), según se muestra a continuación:<sup>78</sup>

Rol	Fecha	Nombre	Contrato	Ingreso Comisión Arbitral	Estado	Recomendación	Sentencia
D02-2016-12	07-04-2016	Fijación de Monto en conformidad con Artículo 28 Ley de Concesiones	Rutas del Loa	18-04-2016	Sentencia (18-05-2018)	Recomendación indicaba que el MOP debe compensar a la SC la suma de UF 127.865.	Sentencia estima procedente el pago del MOP a la SC de UF 94.968.
D01-2017-16	06-03-2017	Determinación del alcance del concepto "Ingresos Comerciales"	Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez	28-07-2017	Sentencia (04-07-2018)	Recomendación indicaba que los ingresos comerciales corresponden al total de los ingresos provenientes del cobro de tarifas a usuarios, con prescindencia de quien presta el servicio. <b>Voto minoritario:</b> no debe considerar aquellos ingresos de terceros no relacionados.	Sentencia acoge voto minoría del Panel. Debe excluirse del concepto de ingresos comerciales, aquellos obtenidos por un tercero prestador del servicio, debiendo considerarse sólo los ingresos devengados por la SC o sus personas relacionadas.

Por otra parte, si bien tenemos un caso en que el fallo acoge lo recomendado por el Panel en una discrepancia de orden conceptual (lo que daría un 100% de incidencia), también existe otro en que la Recomendación había rechazado la procedencia de compensaciones por costos adicionales y, en cambio, el fallo de la Comisión Arbitral acogió parcialmente lo solicitado por el Concesionario, determinando un monto a indemnizar, contradiciendo así lo recomendado por el Panel, según se muestra en el siguiente cuadro:<sup>79</sup>

D05-2017-16	07-07-2017	Tarifas máximas e IVA	Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez	29-11-2017	Sentencia (15-07-2019)	Recomendación indicaba que los valores señalados como tarifas máximas no incluyen IVA.	Sentencia acoge criterio Panel. Los valores indicados como tarifas máximas no incluyen IVA para los servicios gravados con ese impuesto, por lo que la SC tiene derecho a recargarlo.
D02-2018-17	15-06-2018	Estándar aplicable a la carga de nieve que deben soportar las estructuras del Nuevo Complejo Fronterizo Los Libertadores	Complejo Fronterizo Los Libertadores	18-12-2018	Sentencia (08-10-2020)	El estándar técnico de las obras para determinar la carga de nieve, no ha sido modificado. Por tanto, no procede la compensación de costos adicionales.	Se acoge parcialmente lo reclamado por la SC, determinando un monto a indemnizar por UF 84.727 más UF 6.723 por concepto de intereses. Ello, más los impuestos que correspondieran.

<sup>78</sup> Tabla N° 8, Memoria Anual 2021, Panel Técnico de Concesiones.

<sup>79</sup> Ibid.

### 2.2.3 Conciliaciones

Por último, resulta interesante analizar el caso de aquellas recomendaciones que fueron sometidas a la Comisión Arbitral y terminaron por conciliación. Acá, por una parte, tenemos casos en que la Recomendación acogía un aspecto conceptual pero su valorización se dejaba a las partes, monto que luego fue acordado en la instancia arbitral mediante una conciliación, por ejemplo:<sup>80</sup>

D02-2020-9	06-05-2020	Estándar de seguridad y vigilancia del contrato de concesión	Hospital de Antofagasta	Recomendación indicaba: i) instrucción del IF de incorporar dos guardias fijos en los puntos "Recinto de Recaudación del Edificio CDT" y "Recinto de Recaudación de la Unidad de Urgencia" constituyen un requerimiento adicional a las obligaciones establecidas por BALI. ii) Incorporar dos guardias fijos en los puntos "Acceso del Hospital en el Sector SAMU" y "Sector Estacionamiento de la Zona de ingreso a Anatomía Patológica" se enmarcan en las obligaciones que debía cumplir la SC.	Partes concuerdan y valorizan los guardias no contemplados en el contrato. Además, regulan otros aspectos contractuales.
------------	------------	--	-------------------------	---	--

Y, también, un caso en que la Recomendación fue acogida totalmente por la conciliación arribada en el arbitraje, con lo cual no se entiende la necesidad de haber activado la instancia jurisdiccional por algo que pudo ser transado o simplemente acogido por el MOP:<sup>81</sup>

D06-2017-5	19-12-2017	Compensación de costos adicionales por rescate arqueológico.	Ruta 5 Norte La Serena - Vallenar	Recomendación indicaba compensar a la SC en UF 142.458,32. También debía el MOP compensar el IVA de las facturas pagadas, equivalente a UF 1.704,28.	Conciliación indica pagar UF 142.458,32 por obras hasta septiembre 2017, y UF 1.321,33 de octubre a diciembre 2017. También UF 23.766,20 por intereses y UF 1.704,28 por IVA.
------------	------------	--	-----------------------------------	--	---

<sup>80</sup> Tabla N° 10, Memoria Anual 2021, Panel Técnico de Concesiones.

<sup>81</sup> Ibid.

Por último, un caso donde derechamente la Recomendación había rechazado la pretensión del concesionario, pero luego, a instancias de la Comisión Arbitral, las partes conciliaron y, en completa contradicción con el Panel, se acordó el pago una indemnización:<sup>82</sup>

D08-2018-3	26-11-2018	Validación y reconocimiento de costos por cambios de servicios	Alternativas de Acceso a Iquique	Recomendación validaba la actuación del IF al excluir los costos de gestión y supervisión. En consecuencia, señala que no corresponde la compensación solicitada por dicho concepto ni por diferencia de sumas pagadas por la SC y las aprobadas por el IF por Cambios de Servicios Húmedos.	El Ministerio de Obras Públicas, sin reconocer responsabilidad alguna, ni renunciar a sus posiciones, y con el solo objeto de poner término a esta causa, se obliga a pagar a la Sociedad Concesionaria Rutas del Desierto S.A., la cantidad única y total de 50.000 UF.
------------	------------	--	----------------------------------	--	--

## 2.3 Evaluación, resultados y cumplimiento de expectativas del Panel Técnico de Concesiones

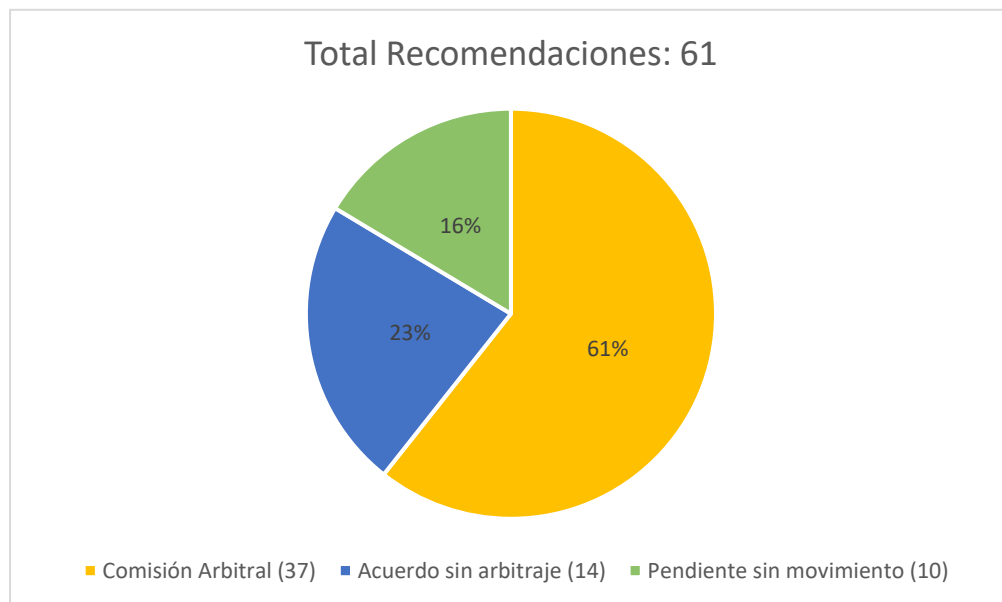
### 2.3.1 Evaluación y resultados

En conclusión, y como se aprecia de mejor forma en el siguiente gráfico, considerando que el 61% de las Recomendaciones emitidas hasta marzo de 2022 por el Panel Técnico han continuado en sede arbitral y que solo el 23% terminó con un acuerdo sin necesidad de recurrir a la instancia jurisdiccional (el 16% restante no ha tenido movimiento), pareciera que la arbitrabilidad escalonada dispuesta por la Ley de Concesiones para discrepancias sobre aspectos técnicos y económicos no ha redundado, necesariamente, en una

<sup>82</sup> Ibid.

disminución de la judicialización para resolver las controversias de manera definitiva, a saber:

Gráfico 1: Seguimiento de las Recomendaciones



Fuente: elaboración propia con datos de la Memoria Anual 2021.

Aún más, es posible presumir que el 16% que no ha tenido movimiento desde la emisión de la Recomendación, al no existir un acuerdo hasta la fecha y considerando el plazo de caducidad dispuesto en el artículo 36° bis de la Ley de Concesiones, debiera terminar zanjándose en la instancia judicial.

Sin embargo, solo es posible analizar la incidencia real de las recomendaciones del Panel Técnico en la posterior judicialización de las discrepancias, comparando ese 23% de acuerdos adoptados sin mediar un arbitraje con las cifras del sistema de solución de controversias anterior compuesto por comisiones conciliadoras. Si bien no existe mucha información



disponible, en base a un estudio realizado el año 2005<sup>83</sup> encontramos que, de un total de 66 disputas presentadas, se habían propuesto conciliaciones en 55 de ellas y 17 habían sido acogidas, es decir, un 31% de incidencia, según podemos apreciar en la siguiente tabla extraída de ese estudio:

**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
<b>Total</b>	<b>42</b>	<b>22</b>	<b>66</b>	<b>55</b>	<b>17</b>	<b>38</b>	<b>22</b>
		<b>52%</b>			<b>31%</b>		<b>58%</b>

Si nos vamos a cifras del año 2015<sup>84</sup>, vemos que de un total de 109 disputas presentadas hasta esa fecha ante las comisiones conciliadoras (excluyendo aquellas relativas a multas), son 34 las que finalizaron por conciliación, sin llegar a arbitraje, lo que representa un 31% de acuerdos extrajudiciales, misma cifra que en el estudio que tenía fecha de corte del año 2005, lo que permite deducir una tendencia.

Siendo así, es dable concluir que el grado de incidencia de las recomendaciones del Panel Técnico en los acuerdos adoptados por las partes

<sup>83</sup> JADRESIC M., A. 2007. Solución de controversias mediante comisiones de expertos en Chile. Serie en Foco, Expansiva (101): 10-11.

<sup>84</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS. 2016. Concesiones de Obras Públicas en Chile, 20 años. División de Estudios y Análisis Financiero, CCOP-MOP. p. 70

sin necesidad de acudir al arbitraje, es menor al que tenían las comisiones conciliadoras, pasando desde un 31% de acuerdos adoptados en base a la conciliación propuesta a un 23% que acoge la recomendación emitida por el Panel Técnico. Es más, actores de la industria señalaban el año 2020 que durante los 2 años anteriores se produjo una disminución en la cantidad de acuerdos suscritos tras la dictación de la recomendación respectiva, lo que no se condecía con los objetivos que tuvo el legislador al momento del establecimiento de la normativa aplicable y la creación de Panel.<sup>85</sup> Ya volveremos sobre esto último.

En conclusión, el sistema de solución de controversias introducido por la Ley N° 20.410, que reemplazó las comisiones conciliadoras por el Panel Técnico de Concesiones como mecanismo prejudicial, no ha disminuido la tasa de judicialización de las disputas entre el MOP y los concesionarios, toda vez que la cantidad de acuerdos adoptados como consecuencia del pronunciamiento del organismo preventivo disminuyó en un 8%.

Sin embargo, debe tenerse presente que la tasa de efectividad o incidencia de los pronunciamientos de las comisiones conciliadoras y el Panel Técnico no necesariamente pueden compararse directamente, pues como señala el profesor Moraga Klenner, tienen objetivos diversos, o más bien, una función legal distinta, siendo su principal diferencia el hecho de que el Panel “cumple su rol

---

<sup>85</sup> ALCALDE R. C. y VALDÉS G., F. 2020. Dispute Boards en Chile: experiencia ante el panel técnico de concesiones de obras públicas. Informativo CAM (24): 3-4.

simplemente dictando la recomendación, sin importar si ella es o no aceptada por las partes; al tiempo que en el caso de las antiguas comisiones conciliadoras, su objetivo final era que las partes alcanzaren un acuerdo que les evitara entrar en un juicio arbitral, independientemente si el acuerdo estaba constituido en un cien por ciento por la proposición de la comisión o si, por el contrario, las partes establecían unas bases distintas que resolvían amigablemente la divergencia. De allí que mientras en el Panel Técnico, cada recomendación es demostración del cumplimiento de la función legal otorgada, en las comisiones conciliadoras solo existía tal percepción en el caso de alcanzarse el acuerdo de las partes”.<sup>86</sup>

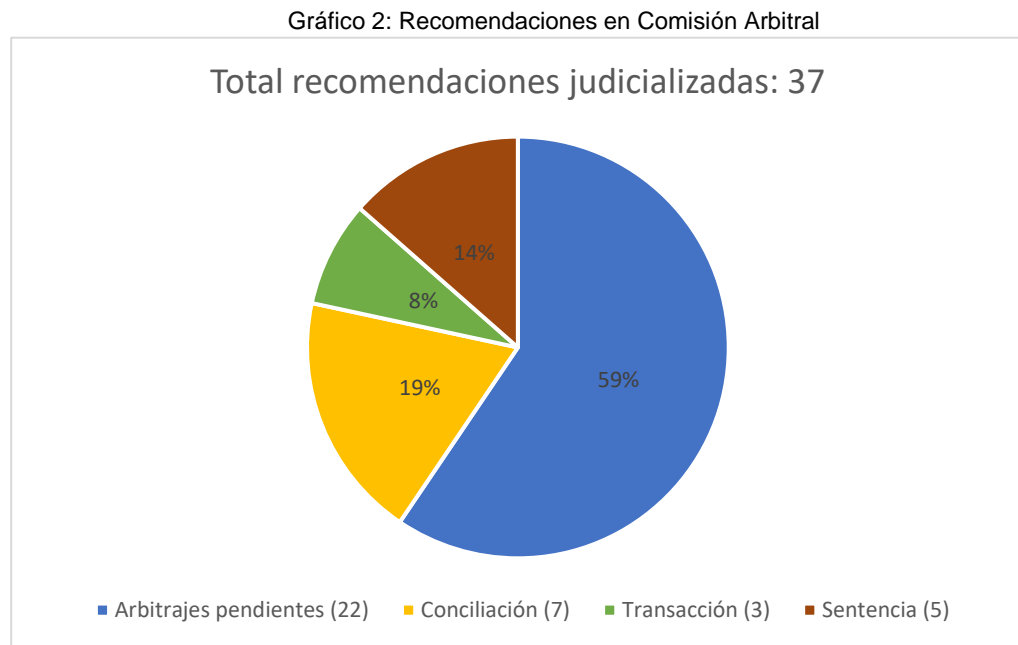
En otro ámbito de consideraciones, cabe resaltar que en el 23% de discrepancias presentadas ante el Panel Técnico que terminaron por algún tipo de acuerdo extrajudicial, la incidencia de la Recomendación fue muy considerable, llegando en 8 de 14 discrepancias (sin incluir aquellas conceptuales) a acordarse, a lo menos, lo mismo que fuera recomendado por el Panel e incluso en algunas con un 100% de coincidencia entre lo recomendado y lo acordado.

Centremos ahora la atención en aquellas discrepancias que siguieron tramitándose ante la Comisión Arbitral, de las cuales hay un 59% que tienen arbitrajes pendientes, con lo cual no serán tenidas en consideración para efectos

---

<sup>86</sup> MORAGA K., C. 2022. Los contratos administrativos y el arbitraje en Chile: entre la evolución y la involución. En: MÉNDEZ R., R. (Ed.) Contratos del Estado, Arbitraje y Derecho Administrativo. Bogotá, Tirant lo Blanch. p. 105-106.

de este análisis. El resto de las discrepancias ya judicializadas, como se ha mencionado, han terminado mediante conciliación, transacción o sentencia definitiva, según pasamos a detallar en el siguiente gráfico:



Fuente: elaboración propia con datos de la Memoria Anual 2021.

De aquel 41% de discrepancias que han pasado por la Comisión Arbitral y que se encuentran terminadas, el criterio recomendado por el Panel Técnico se vio refrendado, total o parcialmente, de forma preponderante en las conciliaciones (6 de 7 discrepancias, es decir, un 86%) y en menor medida en las sentencias (3 de 5 discrepancias, es decir, un 60%). El caso de las transacciones judiciales es distinto porque, como vimos anteriormente, se transaron grupos de discrepancias que incluían algunas que no pasaron por la comisión arbitral, con lo cual no resultan relevantes para este análisis.

Esta preponderancia de lo recomendado por el Panel en las conciliaciones por sobre las sentencias arbitrales tiene lógica desde la perspectiva del tipo de pronunciamiento de cada organismo. El Panel, sin ejercer jurisdicción y pronunciándose exclusivamente sobre aspectos técnicos o económicos -sin perjuicio de las consideraciones jurídicas ya largamente analizadas- emite una recomendación que no tiene fuerza probatoria en el arbitraje, el cual, además, es llevado por una terna de árbitros que fallan en derecho. Es de esperar, entonces, que los laudos puedan discrepar en cuanto a conceptos y montos con respecto a las recomendaciones, máxime cuando el arbitraje tiene la posibilidad de recurrir a peritajes especializados sobre las diversas materias planteadas.

Por otra parte, también resulta lógico que los acuerdos adoptados entre las partes, incluso cuando se dan en sede judicial como ocurre con las conciliaciones analizadas, tomen en consideración de una manera más incidente la Recomendación del Panel Técnico, pues al haberse ya confrontado las posiciones y expuestos los argumentos y antecedentes asociados, se facilita la negociación o la adopción de mínimos comunes que den forma al acuerdo.

Ahora, tal como se vio en algunos casos, no se encuentra justificación alguna para iniciar el procedimiento arbitral y luego conciliar en los mismos términos propuestos por la Recomendación del Panel, por cuanto no solo se incrementan los costos de transacción sino también porque de esa manera se vulnera el sentido y espíritu que tuvo la implementación de este mecanismo de

solución temprana de controversias. Como se ha visto, hay claros ejemplos de acuerdos extrajudiciales que han acatado parcial o totalmente las recomendaciones, sea mediante transacciones o resoluciones donde el MOP acepta y se allana a la Recomendación, con lo cual esa parece ser la vía idónea para terminar las discrepancias cuando existen puntos de acuerdo entre las partes, al objeto de no desnaturalizar el sistema.

### **2.3.2 Cumplimiento de expectativas**

Por último, cabe preguntarse si se han cumplido las expectativas u objetivos que se tuvieron al momento de crear esta institucionalidad. Sobre el particular, debe recordarse que en la historia del establecimiento de la Ley N° 20.410, en la discusión en el Senado, se señaló que: “Se consideró la necesidad de crear en un área de complejidad técnica un Panel Técnico, como una forma de acercar a las partes a una mediación o conciliación, teniendo presente la experiencia positiva de los países en que se ha desarrollado”.<sup>87</sup>

También se ha señalado como uno de los objetivos del Panel Técnico el evitar la adopción de acuerdos que favorezcan la captura empresarial y la colusión, como podía ocurrir con una conciliación propuesta por un órgano escogido por las partes (tal como estaban conformadas las comisiones

---

<sup>87</sup> Historia de la Ley N° 20.410. Segundo Informe Comisión de Obras Públicas, p. 318.

conciliadoras), para lo cual Bitrán y Villena proponían<sup>88</sup>: “un Panel de Expertos similar al de la ley eléctrica, que tenga como responsabilidad pronunciarse sobre temas técnicos y cumplir un rol conciliador”. Y continuaban: “En efecto, cada parte debería ser capaz de pasar a la fase de arbitraje, previo informe técnico del panel de expertos sobre la materia de controversia. En otras palabras, en esta etapa no hay obligación de realizar una transacción de la disputa”.<sup>89</sup>

A nuestro juicio, la principal misión encomendada al Panel Técnico (y consecuente expectativa creada en torno a su funcionamiento) fue la de promover y facilitar un acuerdo entre las partes -lo que no equivale a decir que tenga un carácter conciliador-, ayudando así a disminuir la litigiosidad<sup>90</sup>. Sin embargo, algunos autores también le han atribuido misiones grandilocuentes, como “restablecer el equilibrio económico del contrato”<sup>91</sup>, confundiendo el efecto de sus pronunciamientos con el objeto de su existencia, cual es ser un mecanismo de solución alternativa -y temprana- de controversias.

Si nos centramos en esa misión-expectativa principal, podemos señalar que en líneas generales la existencia del Panel resulta una instancia efectiva en la solución de controversias mediante acuerdos entre las partes. Si bien las cifras

---

<sup>88</sup> BITRAN C., E. y VILLENA Ch., M. 2010. El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile: hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional. *Revista Estudios Públicos* (117): 205.

<sup>89</sup> BITRAN C., E. y VILLENA Ch., M. 2010. *Op. Cit.* p.206

<sup>90</sup> Así lo señala también el propio Panel Técnico en su Resolución de 23 de noviembre de 2021 que rechaza el Recurso de Aclaración, Rectificación y Enmienda presentado en la Discrepancia D05-2021-16.

<sup>91</sup> HIDALGO G., J.M. 2020. Resultados de la resolución temprana de controversias en el sistema de concesiones de obras públicas en Chile. *Revista de Políticas Públicas* 13(2): 87.

de conciliaciones prejudiciales son menores que las reportadas por el sistema de comisiones conciliadoras que le antecedió, creemos que esos números no deben leerse como un fracaso del sistema, sino más bien que, al tener naturalezas diferentes, la promoción y facilitación del acuerdo se ha dado en etapas distintas de la vida de la controversia. Quizás el Panel no ha sido tan eficaz en evitar el arbitraje, pero sí en que la controversia termine por acuerdo, aunque sea una vez judicializada.

De todas formas, podemos encontrar otros objetivos -que podríamos denominar internos- del Panel, como la celeridad de sus pronunciamientos y la transparencia de sus procedimientos, los cuales a nuestro juicio han sido satisfactoriamente cumplidos. Así, por ejemplo, hasta el año 2018 tenemos que un 75% de las discrepancias terminó dentro del plazo legal establecido para la emisión de las recomendaciones<sup>92</sup>, y que en aquellos casos donde el plazo excedió de los 60 días la mayoría de las veces fue por suspensión solicitada por las partes, salvo 2 ocasiones donde el pronunciamiento tardó más de 100 días por término de funciones de algunos de los miembros del Panel. Si comparamos estos plazos con los observados en las comisiones conciliadoras, encontramos que en éstas solo en el 23% de los casos la solución de la controversia tardó menos de 1 año.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> 30 días prorrogables por igual periodo.

<sup>93</sup> HIDALGO G., J.M. 2020. *Op. Cit.* p. 92-93.



Finalmente, si bien no hemos encontrado cifras oficiales sobre índices de transparencia en relación con el funcionamiento del Panel Técnico de Concesiones, es posible advertir el enorme esfuerzo de publicidad que el organismo ha puesto tanto en las discrepancias sometidas a su conocimiento como también en su funcionamiento interno y administrativo. En esto sí que la diferencia con el sistema anterior es radical y constituye una mejora relevante, significativa y sustancial en la manera de permitir el acceso a información que, por provenir de contratos públicos, jamás debieron estar alejados del escrutinio público.

En el siguiente capítulo nos adentraremos en los distintos tipos de *dispute boards* -en tanto mecanismos de solución alternativa de controversias- que reconoce la doctrina especializada; intentaremos caracterizar al Panel Técnico de Concesiones y compararlo con otras instancias similares, en particular con el Panel de Expertos Eléctrico; para terminar acercándonos al objetivo de este trabajo cual es dilucidar la necesidad y conveniencia de que los pronunciamientos del PTC sean vinculantes para las partes.

### **CAPÍTULO III: LOS DISPUTE BOARDS COMO MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, EL PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES Y EL CASO DEL PANEL DE EXPERTOS ELÉCTRICO**

El Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de Santiago define los *dispute boards* como “un sistema alternativo de resolución temprana de controversias, en virtud del cual un panel de expertos independiente, constituido normalmente al inicio de la ejecución del contrato, ayuda a las partes a resolver sus desacuerdos a través de la asistencia informal y la emisión de Recomendaciones o Decisiones, según el modelo que se adopte”.<sup>94</sup>

La Cámara de Comercio Internacional, a su vez, señala que un *dispute board* “es un órgano permanente que típicamente se establece con la firma o el inicio de la ejecución de un contrato a mediano o largo plazo, para ayudar a las partes a evitar o resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que pudiera surgir durante la aplicación del contrato”.<sup>95</sup>

Por su parte, la *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF), los ha definido como “un panel profesional de carácter imparcial, establecido desde el inicio del proyecto para hacer seguimiento al progreso del proceso de construcción, que fomenta en las partes la prevención de las disputas y las asiste

---

<sup>94</sup> CAM. 2014. Reglamento Dispute Boards. Cámara de Comercio de Santiago, Chile.

<sup>95</sup> ICC. 2018. Reglamento Relativo a los Dispute Boards. Cámara de Comercio Internacional, Francia.

en la resolución de dichas disputas cuando éstas han surgido durante la ejecución del respectivo proyecto”.<sup>96</sup>

Este tipo de métodos alternativos de solución de controversias, también denominados métodos adjudicativos -por cuanto las partes deciden adjudicar a un tercero la potestad de conocer, analizar y resolver un conflicto-<sup>97</sup>, emergen luego de que los esfuerzos preliminares de las partes no han logrado terminar con las diferencias y, aun cuando se formule un reclamo formal, llevan implícito un reconocimiento de que siempre las partes estarán en la mejor condición para controlar el conflicto y resolverlo de manera eficiente.<sup>98</sup>

Los DB, entonces, surgieron como una respuesta a la urgencia requerida para resolver disputas en los contratos de construcción, donde la mediación resultó no ser una solución apropiada, por ser percibida como menos propensa a generar una solución aceptada por todas las partes, sumado a la percepción

---

<sup>96</sup> RADOVIC C., M. 2017. ¿Es el Panel Técnico de Concesiones un real ejemplo de “*dispute boards*” en Chile? En: FIGUEROA V., J.E. (Coord.) Derecho de Construcción: Análisis Dogmático y Práctico. Santiago, DER Ediciones. p. 77.

<sup>97</sup> Por ello es que la doctrina especializada ha definido los *disputes boards* como un “Medio de solución de controversias que tiene origen en un acuerdo contractual contenido en un acuerdo de construcción o acuerdo independiente, en el que una o más personas denominadas panelistas o adjudicadores (El Panel), tienen la obligación de conocer física y documentalmente el proyecto de construcción durante el tiempo de su ejecución, y en base a las solicitudes expresas de las partes contratantes y a las reglas escogidas por El Panel emitir (i) una consulta informal que procure resolver la controversia; (ii) una recomendación y/o (iii) una decisión que permitan resolver la controversia durante la ejecución del proyecto con el objetivo de que el proyecto continúe con dicha discrepancia resuelta”. Véase: HERNÁNDEZ G., R. 2014. Dispute Boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias. En: Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos. Lima, Estudio Mario Castillo Freyre, p. 27.

<sup>98</sup> PAREDES C., G. 2009. Métodos adjudicativos prearbitrales en la solución de reclamos en construcción: un acercamiento a los Dispute Boards. Revista Peruana de Arbitraje (8): 107.

creciente en los negocios internacionales de que al menos dos de los beneficios del arbitraje frente a la litigación (la duración y el costo) se habían erosionado hasta el punto de resultar necesarias nuevas soluciones.<sup>99</sup> Así, el arbitraje y la mediación comenzaron a resultar insuficientes y las partes del contrato de construcción a necesitar más que solo un juez imparcial que ofreciera una alternativa rentable frente al litigio, sino también soluciones para controlar las complejidades que surgían durante la ejecución de los contratos y minimizar los riesgos de que las desviaciones y malentendidos se convirtieran en retrasos y disputas.<sup>100</sup>

Todo esto se fue canalizando en la forma de paneles técnicos o de expertos, que surgieron tímidamente en las décadas de 1960 y 1970, antes de ser introducidos en una forma más evolucionada a nivel internacional en la década de 1990, primero a través del Banco Mundial y la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC por sus siglas en francés), para luego ser incorporados también por instituciones arbitrales como la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) y la Cámara de Comercio Internacional (ICC por sus siglas en inglés), los cuales han sido utilizados intensamente para el

---

<sup>99</sup> ARKIN, H. L. 1993. Pre-Arbitration Dispute Resolution: What is it, Where is it, and Why? *International Business Lawyer* 21(8): 373.

<sup>100</sup> FIGUEROA V., J.E. y SCHUBERT, W. R. 2017. The Role of Dispute Boards in the Construction Industry. *International Arbitration Law Review* 20(2): 55.

desarrollo de obras de infraestructura en Estados Unidos y Europa durante los últimos 30 años y, más recientemente, en América Latina.<sup>101</sup>

En efecto, el primer uso de un mecanismo de este tipo del que se tiene registro fue en la década de 1960, en la presa de Boundary, en el estado de Washington, Estados Unidos, donde se le pidió a la *Joint Consulting Board* (o Junta Consultiva Mixta) que tomara decisiones sobre los conflictos que surgieran entre las partes durante la ejecución del proyecto. Luego, en 1972, un estudio realizado por la *U.S. National Committee on Tunnelling Technology* para la mejora de las prácticas contractuales, derivó en una publicación realizada el año 1974, titulada *Better Contracting for Underground Construction*, que expuso sobre las consecuencias indeseables de las disputas y litigios en la eficiencia de los procesos y en el aumento de los costos de construcción.

Como resultado de ese estudio, en 1975, se constituyó el primer *dispute board* utilizado oficialmente para el proyecto de construcción del segundo túnel de Eisenhower, en el estado de Colorado, Estados Unidos, transformándose, gracias a los beneficios que reportó, en un ejemplo que fue seguido con entusiasmo.<sup>102</sup> De hecho, durante la ejecución de esa obra el panel conoció sobre cuatro disputas, todas ellas fueron resueltas antes de que terminara la ejecución del proyecto y en ninguno de dichos casos fue necesario acudir al arbitraje o

---

<sup>101</sup> FIGUEROA V., J.E. 2019. *Op.Cit.* p. 112.

<sup>102</sup> CHAPMAN, P. H. J. 2009. Dispute boards on major infrastructure project. *Management, Procurement and Law* 162(1): 8.

litigación, toda vez que las partes fueron capaces de mantener una relación de cordialidad durante todo el proyecto y tanto mandante como contratista vieron satisfechas sus expectativas al final de la ejecución del mismo.<sup>103</sup>

Luego, en 1980, el mismo mecanismo fue utilizado en un proyecto internacional realizado en Honduras, la presa y central hidroeléctrica de El Cajón, con un mandante público (la Empresa Nacional de Energía Eléctrica de Honduras), un constructor italiano y una ingeniería suiza. Esta obra fue financiada en parte por el Banco Mundial, razón por la cual instó a un DB al estilo estadounidense al objeto de asegurar el cumplimiento de los plazos y presupuesto de la obra. El proyecto fue un éxito y con ello se inició la utilización de estos paneles en los grandes proyectos internacionales.<sup>104</sup>

En el caso chileno, las primeras experiencias de este tipo se remontan al año 2007, cuando la empresa estatal de minería CODELCO incorporó en las bases de licitación el uso de *dispute boards* como requisito para celebrar contratos de construcción de obras civiles de galerías subterráneas para la explotación de mineral en algunos yacimientos mineros.<sup>105</sup> El resultado de esta primera experiencia no es pacífico, pues algunos autores la consideran exitosa<sup>106</sup> y otros derechamente un fracaso debido a la activación del panel solo para la

---

<sup>103</sup> RADOVIC C., M. 2011. Prevención y resolución experta de conflictos en la industria de la construcción: el caso de los dispute resolution boards. Revista de Derecho Administrativo (5): 105.

<sup>104</sup> CHAPMAN, P. H. J. 2009. *Op Cit.* p. 8.

<sup>105</sup> FIGUEROA V., J.E. 2019. *Op.Cit.* p. 124.

<sup>106</sup> *Ibid.*

resolución de controversias -y no con fines preventivos-, la inadecuada selección de los expertos y la falta de capacitación de los usuarios del mecanismo.<sup>107</sup>

Finalmente, y para tener un contexto global, según los registros y cifras publicadas por la base de datos de la DRBF, se han utilizado paneles de esta naturaleza en 2813 proyectos, en 57 países, habiéndose conocido un total de 3249 disputas. De ese total de disputas, 2627 se resolvieron a través del mecanismo de *dispute board* y solo 478 terminaron conociéndose en otra sede.<sup>108</sup> Es decir, un 81% del total de disputas conocidas por paneles técnicos se han resuelto mediante la utilización de esa herramienta y un 15% de ellas acabó ventilándose en arbitraje, litigación u otra instancia análoga.

### 3.1 Tipos de métodos adjudicativos/*dispute boards*

Una primera forma de clasificar los métodos adjudicativos, según señala cierta doctrina<sup>109</sup>, es en función de la ejecutabilidad de las decisiones del tercero adjudicador, pudiendo existir métodos adjudicativos con decisiones obligatorias no ejecutables (entre estos se encontrarían los *dispute boards*) o con decisiones obligatorias y ejecutables (como lo serían los arbitrajes -dependiendo de la jurisdicción- o bien la justicia ordinaria).

---

<sup>107</sup> WAGEMANN F., A. 2015. Las razones del (aparente) fracaso de los Dispute Boards. Revista Construcción Minera (15): 20-21.

<sup>108</sup> DRBF. 2017. Dispute Resolution Board Foundation Database. Disponible en: <https://www.disputeboard.org>

<sup>109</sup> PAREDES C., G. 2009. *Op. Cit.* pp. 107-108.

Sin embargo, a pesar de no existir dudas respecto de que los pronunciamientos de los paneles técnicos no tienen fuerza ejecutiva, lo cierto es que, como veremos, hay algunas tipologías donde tampoco sus pronunciamientos son siempre obligatorios y, por lo tanto, la clasificación en torno a la ejecutabilidad no reviste mayor utilidad práctica. En cambio, a nuestro juicio, el aspecto verdaderamente relevante y distintivo, que configura de mejor manera una clasificación que resulte provechosa, está dada por el tipo de pronunciamiento que emiten y la fuerza vinculante de sus conclusiones.<sup>110</sup>

En virtud de lo anterior es que a continuación revisaremos las diferentes tipologías de *dispute boards* clasificados según la naturaleza de sus decisiones, de conformidad con el Reglamento relativo a los Dispute Boards de la Cámara Internacional de Comercio -criterio que es compartido en el Reglamento Dispute Boards del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago-, que los cataloga en i) *Dispute Review Boards* (DRB); ii) *Dispute Adjudication Boards* (DAB); y iii) *Combined Dispute Boards* (CDB):

---

<sup>110</sup> Existen otras maneras de clasificar los *dispute boards*, atendido el momento de su instalación y desarrollo de sus funciones, distinguiendo entre aquellos permanentes y los *ad hoc*. Los permanentes se constituyen al inicio de la ejecución del proyecto y cumplen una función preventiva de disputas -mediante la asistencia o solución de consultas de manera informal- o bien resuelven las controversias cuando las partes así lo solicitan. Los *ad hoc*, por su parte, son instalados al momento en que las partes requieren de la solución de una controversia específica y una vez resuelta la disputa dejan de funcionar. También es posible clasificar los *dispute boards* según el número de miembros, ya sean unipersonales, tripartitos o múltiples. Véase: HERNÁNDEZ G., R. 2022. Dispute Boards: teoría y práctica. Prevención y solución efectiva de controversias en la construcción. Madrid, Wolters Kluwer Legal & Regulatory. pp. 50-55.



### **3.1.1 Dispute Review Boards (recomendadores)**

Los DRB emiten recomendaciones que no son obligatorias para las partes en relación con las desavenencias sometidas a su conocimiento, pudiendo ellas acatar voluntariamente la recomendación, pero no están obligadas a hacerlo.

Si ninguna de las partes ha notificado por escrito a la otra y al DRB su desacuerdo respecto de una recomendación, en un plazo de 30 días contados desde su recepción, la recomendación será final y obligatoria, debiendo las partes cumplirla sin demora.

Por el contrario, si una de las partes presenta dentro de esos 30 días su desacuerdo por escrito con la recomendación, la controversia se resolverá definitivamente en sede arbitral o judicial.

En otras palabras, tal como señala el profesor Hernández, lo que convierte a una recomendación en vinculante, es el transcurso del tiempo sin la objeción de alguna de las partes, pasando en ese caso la recomendación a ser final y obligatoria.<sup>111</sup>

### **3.1.2 Dispute Adjudication Boards (decisores)**

Los DAB emiten decisiones en relación con la disputa planteada, las que son obligatorias para las partes desde el momento de su recepción, debiendo

---

<sup>111</sup> HERNÁNDEZ G., R. 2022. *Op. Cit.* p. 100.

ser cumplidas sin demora aun cuando exista una manifestación de desacuerdo por alguna de las partes.

Si ninguna de las partes presenta una notificación escrita a la otra y al DAB manifestando su desacuerdo con la decisión, en el plazo de 30 días contados a partir de su recepción, la decisión seguirá siendo obligatoria y se convertirá en final.

Por el contrario, si una de las partes presenta tal notificación escrita manifestando su desacuerdo con la decisión, esta se resolverá definitivamente en sede arbitral o judicial y hasta que la desavenencia no sea resuelta definitivamente en sede jurisdiccional, la decisión dictada por el DAB deberá ser cumplida por las partes.

Dicho de otra forma, la decisión es provisionalmente obligatoria y las partes deben cumplir con la decisión hasta que no exista un laudo o resolución judicial en sentido contrario.

### **3.1.3 Combined Dispute Boards (combinados)**

Los CDB pueden definirse como un híbrido entre DRB y DAB, toda vez que emiten recomendaciones respecto de las desavenencias sometidas a su conocimiento, pero si una de las partes solicita una decisión acerca de un asunto y la otra no se opone, el CDB dictará una decisión.

Ahora bien, si una parte solicita una decisión y la otra se opone, el CDB decidirá discrecionalmente sobre la emisión de una recomendación o una decisión tomando en consideración los criterios establecidos en el Reglamento de la ICC. Estos criterios están relacionados con la urgencia de la situación, la prevención de una interrupción del contrato o la necesidad de una decisión para conservar elementos de prueba.

En otras palabras, esta modalidad mixta de panel, cuyo origen se remonta a una innovación incorporada en las reglas para DB de la ICC el año 2004, generalmente emite recomendaciones, salvo a solicitud de las partes (de mutuo acuerdo o previa decisión del panel cuando es solo una parte la que lo solicita), caso en el cual el pronunciamiento del panel será una decisión vinculante.

### **3.2 El Panel Técnico de Concesiones como dispute board**

Como se ha mencionado previamente en este trabajo, de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.410 se desprende que aquello tenido a la vista por el legislador al momento de modificar el modelo de solución de controversias del sistema de concesiones, fue reemplazar las comisiones conciliadoras por un panel técnico (primeramente llamado en la discusión parlamentaria como panel de expertos a la usanza del panel eléctrico) que recogiera la experiencia internacional en esta materia. Si bien durante la tramitación de la ley no se utilizó la expresión *dispute board*, se puede inferir que la experiencia comparada a la que se hace referencia está vinculada con ellos, a

pesar de que las funciones que finalmente le fueron entregadas al Panel no se correspondan exactamente con la caracterización típica de este tipo de mecanismos.

Podríamos decir que en esa primera década del 2000 existió una tendencia a establecer paneles de expertos por la vía legal o también llamados DB Institucionales<sup>112</sup>. En efecto, un lustro antes de la modificación a la LCOP, en 2004, la Ley General de Servicios Eléctricos había incorporado el Panel de Expertos del Sector Eléctrico (sobre el que nos referiremos más adelante) y el año 2009 se publicó la Ley N° 20.378 que creó el Panel de Expertos del Transporte Público<sup>113</sup> (con un alcance muy distinto, al centrarse en la fijación de tarifas y no en la solución de controversias). Además, con anterioridad, se habían creado la Comisión de Peritos en el sector de las Telecomunicaciones y la Comisión de Expertos en el sector de las Sanitarias, ambas referidas, también, al ámbito tarifario.

Sin embargo, esta tendencia no implica que tales experiencias hayan respondido a un interés real por instaurar un DB en cada uno de esos mercados regulados, pues las funciones que se le entregaron a esos paneles y comisiones

---

<sup>112</sup> Se ha señalado que los DB Institucionales “generalmente forman parte del proceso contractual de resolución de controversias entre la entidad pública y una entidad privada que está a cargo del desarrollo del megaproyecto, como por ejemplo, una concesionaria”. Véase: BRODSKY, J. P. 2014. Mesas paralelas de resolución de controversias en megaproyectos de ingeniería y construcción: una perspectiva práctica. En: HERNÁNDEZ G., R. (Coord.). Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos. Lima, Estudio Mario Castillo Freyre, p. 27.

<sup>113</sup> Sobre la materia véase: MUÑOZ V., P. y MUÑOZ V., D. 2021. El panel de expertos del transporte público. *Revista de Derecho Público* (95): 49-76.

-en particular en el caso del Panel Técnico de Concesiones- no se condicen necesariamente con aquellas que la doctrina especializada les ha reconocido<sup>114</sup>, a saber: i) visitas regulares al sitio de ejecución del proyecto para conocer sobre su avance; ii) reportes de avance sobre la evolución del proyecto mediante la entrega de información periódica por parte de los contratantes; iii) procurar que las partes arreglen entre ellas sus controversias mediante la asistencia informal; y iv) solución de controversias planteadas por las partes (ya sea como DBR, DAB o CDB).

Así entonces, vemos que de las cuatro funciones características de los DB, ninguna de ellas se cumple a cabalidad en el caso del Panel Técnico de Concesiones. En primer lugar, en relación con las visitas a obra, el organismo no cuenta con presupuesto para realizar viajes a pesar de que en contadas oportunidades ha hecho visitas a proyectos ubicados en la Región Metropolitana. Respecto de los reportes periódicos, si bien el inciso 6° del artículo 36 de la LCOP le permite al Panel solicitar al concesionario o al MOP los antecedentes que estime necesarios durante la etapa de construcción, tales solicitudes de información se han limitado al contexto de una discrepancia ya presentada, no siendo obligatorio para los proyectos sometidos a su competencia informar periódicamente sobre el avance de estos. En relación con la asistencia informal, no está dentro de sus funciones ya que solo pueden emitir recomendaciones o

---

<sup>114</sup> QUINTANILLA M., C. 2006. Introducción al Dispute Board. Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio (50): 5-6.

bien resolver consultas, pero siempre en contexto formal y a solicitud de parte. Y finalmente, en cuanto a la función de solución de controversias, siendo su principal competencia, lo cierto es que tampoco se condice cabalmente con las tipologías de pronunciamientos que hemos analizado pueden emitir este tipo de órganos.

Esto también ha sido descrito por la doctrina nacional especializada en la materia, en particular al referirse a las dificultades del Panel Técnico, en tanto organismo público, para poder ejercer las funciones de visitas a obras y, en general, de asistencia informal a las partes, toda vez que sería necesaria la consagración legal de estas facultades para su ejercicio.<sup>115</sup> Así entonces, se señala que las facultades del Panel están condicionadas a la presentación de una controversia y, mientras ello no ocurra, no tiene facultades para brindar asistencia informal ni herramientas para realmente influir y ser un disuasivo para el surgimiento de divergencias entre las partes, objeto primordial de un verdadero *dispute board*.<sup>116</sup>

Esta asistencia informal, aspecto fundamental en estos mecanismos de solución de controversias, parece ser una de las principales carencias del Panel Técnico<sup>117</sup>, pues si bien la tarea final de los DB es emitir recomendaciones o

---

<sup>115</sup> RADOVIC C., M. 2017. *Op. Cit.* p. 83.

<sup>116</sup> RADOVIC C., M. 2017. *Op. Cit.* pp. 86-87.

<sup>117</sup> "Típicamente, el mandato del DB exige que los miembros visiten el sitio de construcción regularmente, que observen en forma proactiva temas que potencialmente podrían resultar en disputas ente las partes, o que pudieran significar que los acuerdos contractuales de obra y plazos se vean comprometido, y que

decisiones, la doctrina también señala que es de su esencia asistir informalmente a las partes en la resolución de toda disputa que pudiera emerger durante la ejecución del contrato, lo que puede ocurrir en cualquier reunión de seguimiento o visita a la obra, tomando la forma de una conversación entre el panel y cualquiera de las partes con el objeto de lograr un acuerdo, mediante la expresión informal de puntos de vista dados por los miembros del panel, notas escritas emanadas de él o, en general, cualquier otro tipo de asistencia que pueda ayudar a las partes a resolver una diferencia.<sup>118</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, en nuestra opinión, la mayor diferencia existente entre la caracterización generalmente aceptada de *dispute boards* y el Panel Técnico de Concesiones, radica en el tipo de pronunciamientos que emiten. Como se ha señalado, el Panel emite una recomendación no vinculante para las partes y en cambio los primeros -con independencia de que nos encontremos ante un DRB o un DAB- emiten una recomendación o decisión que puede siempre llegar a ser vinculante, sea por el transcurso del tiempo o bien por la no impugnación de la parte vencida.

Esta, sin lugar a duda, es una particularidad de nuestro Panel Técnico que no ha tenido parangón tampoco en la región. Por ejemplo, en el caso del Perú, la

---

creen una instancia privilegiada de conversación entre las partes, con el objetivo de resolver diferencias de opinión de antemano – es decir antes de la formación de una genuina disputa”. Véase: FIGUEROA V., J.E y SCHUBERT, W. R. 2016. Dispute Boards en los proyectos de construcción de infraestructura en Chile. Revista de Arbitraje PUCP (6): 63.

<sup>118</sup> FIGUEROA V., J.E. 2010. Los dispute boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción. Gaceta Jurídica (364): 14.

Nueva Ley de Contrataciones del Estado<sup>119</sup> introdujo la conciliación y el arbitraje, pero también, cumplidas ciertas condiciones, las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, señalando su artículo 45.1 que sus decisiones son vinculantes y luego, en el artículo 45.2, que sus decisiones solo pueden ser sometidas a arbitraje dentro del plazo de 30 días hábiles desde recibida la obra. Según la doctrina peruana, la Junta corresponde a un *Dispute Adjudication Board* toda vez que el panel emite decisiones vinculantes pero las partes están facultadas a recurrir al arbitraje si no están de acuerdo con la decisión dentro del plazo de 30 días de la culminación de la obra.<sup>120</sup>

Por su parte, en Argentina, a través de la Ley N° 27.328<sup>121</sup> sobre Contratos de Participación Público – Privada (PPP) y su decreto reglamentario N° 118/17<sup>122</sup>, se introdujo la posibilidad de constituir en este tipo de contratos un Panel Técnico para dirimir cuestiones de índole técnica, interpretativa o patrimonial, el que de conformidad con el artículo 13 letra j) del Reglamento, se expedirá sobre las controversias que le sean sometidas mediante recomendaciones, las que solo serán obligatorias para las partes en caso de que ninguna de ellas haya planteado su disconformidad dentro del plazo que se prevea al efecto en el pliego

---

<sup>119</sup> Ley N° 30.225, publicada el 11 de julio de 2014.

<sup>120</sup> SOLIS T., E. 2014. La nueva Ley de Contrataciones del Estado y la Junta de Resolución de Disputas (los Dipute Boards). Revista Lumen(10): 116.

<sup>121</sup> Sancionada el 29 de noviembre de 2016.

<sup>122</sup> Sobre la materia véase: CIMINELLI D. 2017. Régimen de los contratos de participación público-privada. Un nuevo desafío para el derecho argentino. Revista Anales de Legislación Argentina (06): 06-11.



en el contrato de PPP. Si alguna de las partes manifiesta su disconformidad con la recomendación del Panel Técnico dentro de ese plazo, queda habilitada para someter la controversia al tribunal judicial competente o al tribunal arbitral si así fue previsto, es decir, actúa como un *Dispute Review Board*. Por último, la letra ñ) del referido artículo 13 del Reglamento, agrega que no podrá solicitarse al tribunal judicial o arbitral la revisión de las recomendaciones del Panel Técnico que hayan adquirido carácter definitivo, por no haber manifestado las partes su discrepancia dentro de plazo fijado en el pliego o en el contrato.

Como se ve, en ambos casos comparados los pronunciamientos de la junta o el panel revisten el carácter de decisiones vinculantes, pero con distintos enfoques. En el caso peruano se plantean como una decisión que mantiene esa calidad mientras una parte no la impugne dentro de un plazo establecido legalmente (DAB) y, en el caso argentino, como una recomendación que se vuelve definitiva cuando no haya existido tal impugnación en el plazo que el contrato establezca (DRB).

Es decir, en estos dos ejemplos el pronunciamiento del panel goza o puede gozar de fuerza vinculante, asimilándose a un *dispute board*, situación que no sucede en el caso del Panel Técnico de Concesiones. Sin embargo, en la experiencia nacional existe un caso donde el panel toma decisiones que tienen fuerza obligatoria para las partes y que además son inapelables, el que analizaremos a continuación.

### 3.3 El caso del Panel de Expertos Eléctrico

El año 2004, la Ley N° 19.940 introdujo en la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE) la figura del Panel de Expertos, ante el cual deben someterse para su dictamen las discrepancias que se produzcan en relación con las materias que se señalen expresamente en la ley<sup>123</sup> (como los conflictos entre la autoridad regulatoria y las empresas, a propósito, por ejemplo, del valor nuevo de reemplazo o la determinación de los costos de explotación); aquellas entre el Coordinador Eléctrico Nacional y las empresas sujetas a su coordinación (respecto de procedimientos internos, instrucciones y cualquier otro acto de coordinación de la operación del sistema y del mercado eléctrico que emane del Coordinador); y las que empresas eléctrica tengan entre sí con motivo de la aplicación técnica o económica de la normativa del sector eléctrico y que, de común acuerdo, sometan a su dictamen.<sup>124</sup>

Su composición es distinta a la del Panel Técnico de Concesiones, dado que está integrado por 7 profesionales que son nombrados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (y no por el Consejo de Alta Dirección Pública

---

<sup>123</sup> Para un detallado análisis de aquellas materias que la ley pone dentro de la esfera de competencias del Panel de Expertos véase: EVANS E., E. y YÁÑEZ R., E. 2017. Derecho y regulación económica de la energía eléctrica. Tomo I. Santiago, Legal Publishing Chile. pp. 418-439.

<sup>124</sup> El artículo 4 del Reglamento del Panel de Expertos establecido en la LGSE, aprobado mediante decreto N° 44, de 2018, del Ministerio de Energía, lo define como: “El Panel de Expertos es un órgano creado por ley, con competencia acotada, integrado por profesionales expertos, cuya función es pronunciarse, mediante dictámenes de efecto vinculante, sobre aquellas discrepancias que se produzcan en relación con las materias que se señalan expresamente en la Ley General de Servicios Eléctricos, y en otras leyes en materia energética”.

como el PTC), con reglas de incompatibilidad a nuestro juicio mejor diseñadas que en el caso de las concesiones -toda vez que permite la presencia de profesionales con experiencia reciente en las materias que serán sometidas a su pronunciamiento- y, en general, con reglas similares respecto de duración de los cargos, renovación y procedimiento.

La LGSE, en su artículo 211°, añade la característica más distintiva de este organismo, al señalar que el dictamen del Panel de Expertos se pronunciará exclusivamente sobre los aspectos en que exista discrepancia, debiendo optar por una u otra alternativa en discusión, sin que pueda adoptar valores intermedios. Será vinculante para todos los que participen, en calidad partes, en el procedimiento y no procederá ninguna clase de recursos, jurisdiccionales o administrativos.

Es en esta norma donde se concentran las mayores diferencias entre este Panel de Expertos y un *dispute board* tradicional, pero también y por sobre todo, con el Panel Técnico de Concesiones<sup>125</sup>. Quizás lo más evidente es el carácter vinculante e inapelable, pero más llamativa aún es la obligación de este panel de adoptar una de las dos posiciones en juego, sin puntos intermedios. Ahondaremos brevemente en este aspecto, toda vez que puede revestir de

---

<sup>125</sup> Un interesante cuadro comparativo entre los distintos paneles existentes en Chile, que incluye el Panel de Expertos Eléctrico y el Panel Técnico de Concesiones, se encuentra en: ÁVILA B., J. 2013. El Panel de Expertos del Sector Eléctrico: lecciones para el diseño e implementación de políticas públicas en otras áreas reguladas. Tesis para optar al grado de Magíster en Gestión y Políticas Públicas. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, p. 11.

utilidad para el análisis que haremos en el siguiente capítulo, sobre la conveniencia de pronunciamientos obligatorios y el tipo de disquisiciones que debe realizar el panel.

La doctrina señala que este tipo de decisiones binarias busca evitar las nocivas consecuencias de los sistemas de promedio, las que resultan económicamente ineficientes por cuanto las partes de un proceso, cuando existen soluciones salomónicas, tienden a presentar peticiones excesivamente alejadas para que se promedien, llevándolas, por una parte, a pedir incluso más del valor subjetivo que le asignan a su pretensión y, por la otra, a querer otorgar menos que el justo valor de mercado o el daño patrimonial efectivamente causado.<sup>126</sup>

Para la óptica de la teoría de juegos, según exponen Bustos y Fuentes<sup>127</sup>, el arbitraje (el Panel de Expertos no constituye arbitraje, salvo cuando resuelve contiendas entre particulares, pero al ejercer jurisdicción resulta válida esta analogía para efectos ilustrativos) tiene una estructura de un juego de suma-cero, donde la riqueza del conjunto es cero y, por tanto, toda la ganancia de un jugador es pérdida del otro. Existen, entonces, dos maneras básicas de arbitraje: la de tipo convencional, donde el árbitro decide la solución que le parezca más correcta

---

<sup>126</sup> GARCÍA G., J.F. 2010. Criterios para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica en Chile. *Revista Actualidad Jurídica* (21): 301-302.

<sup>127</sup> BUSTOS S., J. y FUENTES H., F. 2014. Eficiencia en mecanismos de arbitraje: El caso del Panel de Expertos eléctrico en Chile. En: Resolución de discrepancias en el sector eléctrico chileno: reflexiones a 10 años de la creación del Panel de Expertos. Santiago, Panel de Expertos, p. 280.

sin que ella deba necesariamente tener ningún apego a las propuestas de las partes; o bien, las de tipo “oferta final” donde el árbitro está obligado a elegir alguna de las propuestas de las partes en el entendido de que elegirá la que le parezca más cercana a su visión propia.

El arbitraje convencional, entonces, es criticado porque no toma en cuenta las preferencias de las partes y las induce a tomar posiciones extremas, bajo la creencia de que el árbitro tomará una decisión de compromiso entre los requerimientos de las partes. Bajo arbitraje de “oferta final”, en cambio, cada parte preferirá hacer una concesión en sus demandas, antes que enfrentar la posibilidad de que se imponga la solución requerida por su oposición.<sup>128</sup>

Esta es la lógica, fundamento y objetivo que está detrás de la regla establecida en la LGSE, una regla especialísima que no encuentra eco en las tipologías de *dispute boards* que hemos analizado *supra*, como tampoco en otros DB Institucionales, lo que se complementa -si bien no tiene relación directa- con la obligatoriedad e inapelabilidad de sus pronunciamientos, lo que indefectiblemente nos lleva a preguntarnos por la naturaleza jurídica del Panel de Expertos Eléctrico.

Según la doctrina más especializada, se trata de “un órgano del Estado dotado de la función pública jurisdiccional necesaria para juzgar, en un debido proceso, conflictos, controversias o discrepancias de relevancia jurídica relativas

---

<sup>128</sup> BUSTOS S., J. y FUENTES H., F. 2014. *Op. Cit.* p. 282.

al ordenamiento eléctrico y de gas<sup>129</sup>, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada”. Y añaden, que en Chile nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, con lo cual el Panel de Expertos es necesariamente un tribunal especial estructurado por fuera del Poder Judicial.<sup>130</sup>

En esa misma línea, Vergara Blanco señala que dada las funciones que la ley le ha encomendado al Panel de Expertos, su naturaleza corresponde a la de un tribunal a pesar de que la norma que lo crea no lo denomina como tal, calificándolo como un Tribunal de Derecho que ejerce jurisdicción mediante dictámenes con efecto de cosa juzgada. Correspondería, entonces, a un tribunal especial de aquellos que la CPR permite que sean establecidos por la ley y que no forma parte del Poder Judicial.<sup>131</sup>

Otros autores señalan que, dado su carácter de órgano creado legalmente para la resolución de conflictos, se traduce en una entidad que ejerce función jurisdiccional sin ser un tribunal, lo cual no es novedoso porque no todos los órganos que ejercen jurisdicción son tribunales, como en ocasiones ocurre con

---

<sup>129</sup> La Ley N° 20.936 amplió el ámbito de competencia del panel a otras leyes en materia energética, lo que luego se refrendó con la Ley N° 20.999 que modificó la ley de servicios de gas e incorporó la mención de empresas de este rubro en el artículo 209 de la LGSE.

<sup>130</sup> EVANS E., E. y YÁÑEZ R., E. 2017. *Op. Cit.* pp. 467-468.

<sup>131</sup> VERGARA B., A. 2014. Caracterización y líneas jurisprudenciales del Panel de Expertos del sector eléctrico. En: Resolución de discrepancias en el sector eléctrico chileno: reflexiones a 10 años de la creación del Panel de Expertos. Santiago, Panel de Expertos, pp. 74-75.

la Contraloría General de la República o con la Dirección General de Aeronáutica Civil.<sup>132</sup>

Existen también aquellos que le reconocen facultades jurisdiccionales pero que lo califican como un órgano colegiado que forma parte de la Administración del Estado con un carácter auxiliar y técnico con facultades de colaborador en la regulación<sup>133</sup> y, finalmente, otros que sencillamente lo catalogan como un órgano de carácter técnico (no jurisdiccional) que actúa como un órgano de implementación de políticas públicas más que adjudicador de derechos e intereses privados.<sup>134</sup>

Como sea, más allá de las discusiones doctrinarias sobre su naturaleza jurídica, lo relevante para efectos de este trabajo es el carácter vinculante y obligatorio de los pronunciamientos del Panel de Expertos Eléctrico, sumado a la inexistencia de revisión de sus dictámenes y el consecuente efecto de cosa juzgada de sus dictámenes, lo que marca una gran diferencia con otros paneles y *dispute boards* en general. La pregunta que cabe hacerse, entonces, es si resulta conveniente para el Panel Técnico de Concesiones migrar hacia pronunciamientos que adopten algunas de esas características, a la luz de la

---

<sup>132</sup> CARRASCO D., N., JIMÉNEZ V., C. y PALMA P., N. 2020. El panel de expertos de la ley general de servicios eléctricos: consideraciones para una decisión consecuencialista. *Revista Ius et Praxis*, 26(1): 106.

<sup>133</sup> ZÚÑIGA U., F. 2005. Panel de Expertos: naturaleza jurídica y ámbito de sus atribuciones. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (14): 60 y 63.

<sup>134</sup> FERRADA B., J.C. 2014. El Panel de Expertos como órgano resolutor de controversias en el mercado eléctrico: ¿ejercicio de funciones jurisdiccionales? *En*: Resolución de discrepancias en el sector eléctrico chileno: reflexiones a 10 años de la creación del Panel de Expertos. Santiago, Panel de Expertos. p. 48.

experiencia acumulada y las necesidades que se han ido detectando en su funcionamiento.

En el siguiente capítulo profundizaremos sobre estos aspectos, para intentar responder la pregunta que nos hiciéramos al introducir este trabajo, cual es la necesidad de que los pronunciamientos del PTC sean obligatorios para las partes, las consideraciones jurídicas que debe contemplar en sus análisis y, por añadidura, la conveniencia de su revisión posterior por parte de un ente jurisdiccional.



#### **CAPÍTULO IV: CONVENIENCIA DE PRONUNCIAMIENTOS VINCULANTES DEL PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES, POSIBILIDAD DE REVISIÓN Y REFORMAS NECESARIAS**

Estudiar la conveniencia de pronunciamientos vinculantes por parte del Panel Técnico implica, por una parte, analizar la arbitrabilidad en el sistema de concesiones de obras públicas y, por la otra, reconocer que la componente jurídica (en tanto se “dice el derecho”, es decir, se ejerce la jurisdicción) adquiere especial importancia por la intensidad de los dictámenes. En caso contrario: ¿cuál sería el rol de los abogados miembros del panel?; ¿es posible obligar a las partes a cumplir un pronunciamiento que no se condice con el contrato y menos con el marco jurídico respectivo?; ¿se puede pretender interpretar un contrato, en cuanto acto jurídico, sin analizar aspectos jurídicos?

Además, si bien el efecto vinculante es una manifestación del ejercicio de la jurisdicción -por cuanto se conoce y resuelve una discrepancia de relevancia jurídica-, ello no implica necesariamente que tal decisión tenga el efecto de cosa juzgada, razón por la cual se hace necesario analizar también la posibilidad de revisión del pronunciamiento por un ente judicial, con la consecuente discusión sobre el escalonamiento de las instancias de decisión y la sede en que debe ventilarse.

A continuación, profundizaremos sobre estos aspectos:

## 4.1 La Arbitrabilidad

Para efectos de este trabajo, entenderemos por arbitrabilidad la facultad de que disponen las partes de un contrato administrativo -como lo es el contrato de concesión de obra pública- para entregar a un tercero distinto de la justicia ordinaria la decisión con efecto vinculante de una controversia.

Según indica Vásquez<sup>135</sup>, las tendencias doctrinales permiten vislumbrar dos corrientes, por una parte, aquellas que señalan que el arbitramiento es posible solamente respecto de cuestiones o derechos susceptibles de disposición por las partes, o dicho de otro modo, que solo asuntos en los cuales resulta lícito o permitido transigir pueden ser sometidos a arbitraje (donde *a priori* estarían excluidos los bienes patrimoniales del Estado por ser indisponibles); y otra que sostiene que un litigio es arbitrable solo cuando el procedimiento arbitral es susceptible de proporcionar a las partes una tutela de sus derechos equivalente a la que pueda proporcionar el procedimiento judicial declarativo ordinario.

Como señala Cárdenas, el sometimiento de una materia a arbitraje se ha relacionado frecuentemente con la noción de los “intereses generales” que la Administración está obligada a proteger, lo que ha ido evolucionando en la medida que se ha ampliado el espectro de materias arbitrables incluso a aquellas sensibles (en tanto susceptibles de afectar intereses generales o de un

---

<sup>135</sup> VÁSQUEZ P., M.F. 2006. La arbitrabilidad objetiva: aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno. Revista ius et Praxis 12(1): 190.

tercero)<sup>136</sup>, en el entendido de que el riesgo de que un árbitro pronuncie una sentencia contraria al orden público no debiera conjugarse negando la arbitrabilidad, sino que intensificando el control judicial del laudo.<sup>137</sup>

En los contratos de concesión de obras públicas, esa materia sensible vendría dada por los grandes montos de inversión involucrados, lo que implica que además del interés general existe un interés pecuniario relevante, tornándose más relevante la naturaleza de la controversia que la calidad del sujeto.<sup>138</sup> Esto se ve refrendado por el hecho de que en muchos países se está utilizando el arbitraje para dar solución a grandes asuntos, especialmente en aquellos casos donde los administrados que se relacionan con la Administración tienen la suficiente capacidad económica como para lograr que ésta renuncie a su propio fuero, como es el caso de las inversiones internacionales.<sup>139</sup>

En tal sentido, una particularidad de los mecanismos alternativos de solución de controversias (como la mediación, los *dispute boards* y el arbitraje) cuando actúan en conflictos generados entre la Administración y un contratante privado, con ocasión de un contrato sujeto al Derecho Público -tal como ocurre en el contrato de concesión de obra pública-, es que tanto en la fase autocompositiva como en la heterocompositiva -jurisdiccional- se ventilan controversias que no son solamente contractuales sino muchas veces sobre la

---

<sup>136</sup> CÁRDENAS D., M. 2013. *Op. Cit.* p. 62.

<sup>137</sup> VÁSQUEZ P., M.F. 2006. *Op. Cit.* p. 191.

<sup>138</sup> CÁRDENAS D., M. 2013. *Op. Cit.* p. 63.

<sup>139</sup> VÁSQUEZ P., M.F. 2011. *Op. Cit.*, p. 594.

validez del ejercicio de atribuciones públicas del ente contratante.<sup>140</sup> Este control de la legalidad de los actos de la Administración por vía del sometimiento de una discrepancia al Panel Técnico o bien ante la comisión arbitral, altera el normal entendimiento que se tiene de que la actuación administrativa no puede ser objeto de negocios jurídicos, en virtud del principio de innegociabilidad del ejercicio de las potestades públicas.<sup>141</sup>

Según señala cierta doctrina, el hecho de que el referido artículo 38 de la CPR no contemple los tribunales contencioso-administrativos como órganos competentes para conocer reclamos contra la Administración, no resuelve el debate sobre si la competencia del contencioso administrativo corresponde de forma exclusiva al Poder Judicial, por cuanto existen planteamientos doctrinales muy dispares. En efecto, un sector de la doctrina es de la opinión que la CPR establece un sistema que conlleva la unidad de jurisdicción en el Poder Judicial y, el otro, sostiene que la Constitución permite que el legislador atribuya jurisdicción a tribunales que no integran el Poder Judicial, incluso admitiendo la existencia de tribunales que no están sujetos a la revisión jurisdiccional ni a la tutela directiva, correctiva y económica de la Corte Suprema.<sup>142</sup>

---

<sup>140</sup> Un ejemplo de esto es el *ius variandi*, materia respecto de la cual, por ejemplo, el Panel Técnico ha conocido y recomendado en numerosas ocasiones a propósito de discrepancias relacionadas con modificaciones de contrato, nuevas inversiones u obras adicionales.

<sup>141</sup> MORAGA K., C. 2010. La actividad formal de la Administración del Estado. En: PANTOJA B., R. (Coord.). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo VII. Santiago, Legal Publishing, p. 550.

<sup>142</sup> CAMACHO C., G. 2019. Justicia administrativa y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. *Revista Digital de Derecho Administrativo* (22): 224-225.

Por nuestra parte, compartimos la opinión de aquellos que señalan que del tenor del artículo 38 inciso segundo de la CPR se desprende que los tribunales llamados a conocer de materias contencioso-administrativas son los establecidos por ley, sin restringir su entendimiento a los tribunales ordinarios, siendo posible prorrogar la competencia sobre estas materias a otros organismos (como lo serían las comisiones arbitrales o un *dispute board*) para que se pronuncien sobre el ejercicio de poderes públicos de la Administración contratante.<sup>143</sup>

En virtud de lo anterior es que consideramos que en el derecho chileno la función jurisdiccional no es privativa del Poder Judicial, por cuanto el artículo 76 de la CPR establece claramente que “La facultad de conocer causas civiles y criminales, de resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”, es decir, se permite que el legislador cree órganos jurisdiccionales que detenten la calidad de tribunales, lo que debe entenderse armonizado con lo dispuesto en el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales, que distingue entre tribunales ordinarios y especiales que forman parte del Poder Judicial, para luego señalar que “Los demás tribunales especiales se regirán por las leyes que los establecen y reglamentan...”, dejando abierta la puerta para que la ley cree tribunales distintos de aquellos enumerados en esa

---

<sup>143</sup> MORAGA K., C. 2010. *Op Cit.* p. 550

disposición y que, en consecuencia, no formarán parte de ese poder del Estado.<sup>144</sup>

Por ello es que sostenemos que la ley perfectamente puede entregar a un órgano que no forme parte del Poder Judicial, como sería un panel de expertos o DB, la facultad de resolver las discrepancias con efecto obligatorio, es decir, ejercer jurisdicción respecto de las materias sometidas a su conocimiento, lo cual, dependiendo de la tipología de DB que se adopte, podrá materializarse una vez transcurrido un tiempo sin que una parte impugne el pronunciamiento (DRB) o bien ser vinculante desde su pronunciamiento pero susceptible de impugnarse por una parte dentro de un determinado lapso (DAB).

La calificación de esta clase de organismos como tribunales, si bien, a nuestro juicio, no reviste mayor importancia práctica por cuanto es su actuación material la que permite clasificarlos como un ente jurisdiccional, es perfectamente compatible con la categorización de tribunales especiales y en particular especializados, entendiendo por los primeros aquellos “que conocerán de determinadas materias, o de determinados fueros, que se sustraen del orden jurisdiccional común” y, por los segundos, los que “aparte de la asignación exclusiva de ciertas materias como de su competencia: a) deben conocer de materias de particular complejidad; b) eventualmente aplican un derecho o unas

---

<sup>144</sup> ULLOA V., C. 2009. Titulares de la función jurisdiccional en el derecho chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. pp. 8-9.

fuentes del derecho con ciertas particularidades; y particularmente c) están integrados por personas con un conocimiento o experiencia de la materia a resolver”.<sup>145</sup>

Esto último se ve reflejado, precisamente, en los tribunales especiales creados en Chile a partir de la década de los 90, particularmente de carácter contencioso-administrativo, “por cuanto se exige de sus integrantes un cierto grado de conocimiento, preparación y práctica profesional en el área o materia que va a resolver el tribunal que se pretende integrar”, como sucede, por ejemplo, con el Panel de Expertos eléctrico “que aunque discutido en su carácter de tribunal, sirve como muestra de la especialización”.<sup>146</sup>

No vemos razones para que, lo antes dicho, no resulte de aplicación en el caso del Panel Técnico de Concesiones. Donde existe la misma razón, existe la misma disposición -dice el aforismo- y es por ello que resulta perfectamente posible entregar a este órgano facultades similares a las de un DAB -ya ahondaremos por qué esta opción antes que un DRB- y permitir que su pronunciamiento se vuelva vinculante, al menos temporalmente, sustrayendo en esos casos el ejercicio de la jurisdicción a la respectiva comisión arbitral o a la I. Corte de Apelaciones de Santiago.

---

<sup>145</sup> ALDUNATE L., E. 2013. Tribunales especiales y especializados. En: ANSALDI B., O y CHANDÍA O., S. (Eds.) Estudios de Derecho de la Judicatura: actas del 1er y 2do Congreso Estudiantil de Derecho de la Judicatura (2011-2012). Santiago, RIL Editores, pp. 169-170.

<sup>146</sup> FREZ C., K. 2014. Los tribunales especiales en la organización judicial chilena. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho. p. 14.

## **4.2 Los aspectos de Derecho y la juridicidad**

Como fuera tratado *supra*, el PTC ha incluido en sus análisis, desde el inicio de sus funciones y particularmente desde el año 2019, consideraciones jurídicas a la hora de emitir sus pronunciamientos, aun cuando la Ley de Concesiones no le entrega tal facultad. Sin embargo, viendo la composición de los miembros del Panel, las materias sometidas a su conocimiento y, por sobre todo, considerando que los aspectos técnicos y económicos -en un contrato como el de concesión de obra pública- son inescindibles de las consideraciones jurídicas, no podemos sino adherir a tal aplicación práctica, por cuanto sus pronunciamientos tienen efectos en un contrato complejo que, si bien se rige por el Derecho Público, a su vez es permeado por conceptos propios del derecho civil -en tanto es un acuerdo de voluntades que crea derechos y obligaciones que es una ley para los contratantes- y que, al mismo tiempo, se ve infundido por principios del Derecho Administrativo y sometido a las facultades exorbitantes de la Administración.

A todas luces, un enjambre de lo que podríamos denominar como diversas “culturas” jurídicas, ante lo cual, quien se disponga a resolver esas discrepancias nacidas en el seno de esa relación contractual, tendrá que necesariamente interpretar, aplicar y declarar el Derecho, es decir, realizar un examen de juridicidad, al objeto de entregar un dictamen con la capacidad de vincular a las partes.



Esto no es novedoso en nuestro Derecho Administrativo, por cuanto la propia actividad administrativa al decidir un asunto que sea objeto de un procedimiento administrativo lo que hace es declarar derechos, reconocer posiciones jurídicas o enjuiciar eventos<sup>147</sup> y, por lo tanto, si en el ejercicio de una facultad que no es jurisdiccional la Administración realiza una labor eminentemente jurídica, con mayor razón un órgano que por ley está llamado a dirimir una controversia de relevancia jurídica deberá considerar y ponderar el derecho que le asiste a las partes.

Sin embargo, esos aspectos de Derecho no solo deben reflejarse en el examen de juridicidad que se realice a la hora de estudiar las discrepancias que se someten a su conocimiento, sino también en los estándares que ese órgano debe cumplir para salvaguardar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Para ello, como señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), pueden seguirse algunos criterios que permiten identificar aquellos organismos que ejercen jurisdicción aun cuando en el ejercicio de otras funciones, en particular de carácter administrativo, no pueda reconocérsele tal calificación.<sup>148</sup>

Estos criterios señalados por el TJUE son: i) origen legal, en tanto no es necesario que los miembros de un tribunal especial tengan un estatus judicial sino que se reconoce la facultad del legislador para crear este tipo de órganos;

---

<sup>147</sup> MORAGA K, C. 2011. ¿Existen en Chile procedimientos administrativos que presentan, también una naturaleza jurisdiccional? *Revista Derecho PUCP* (67): 243.

<sup>148</sup> Sobre el particular véase: CAMACHO C., G. 2019. *Op. Cit.* pp. 239-240.

ii) permanencia, es decir, que no se haya constituido *ad hoc* para conocer de un caso concreto; iii) jurisdicción obligatoria, entendiéndose por tal que las partes están obligadas a dirigirse al órgano remitente para la resolución de una controversia o bien que sus resoluciones sean vinculantes; iv) procedimiento contradictorio, cuando los intervinientes pueden presentar escritos de alegaciones y pruebas en apoyo de sus pretensiones y solicitar la celebración de vista pública; v) aplicación de normas jurídicas, en tanto desde su creación debe delimitarse la normativa que deben aplicar o controlar; vi) carácter independiente, por cuanto debe juzgar con independencia y tener la cualidad de tercero respecto de las partes que someten el asunto a su decisión, además de actuar con imparcialidad; y vii) ejercer una función jurisdiccional, aspecto crucial y que amerita un análisis más detallado.

El TJUE ha establecido pautas para discernir si la decisión es o no de carácter jurisdiccional<sup>149</sup>, señalando más bien por descarte que en los siguientes casos el órgano es de carácter administrativo y no jurisdiccional: a) cuando el procedimiento puede ser iniciado de oficio por el órgano correspondiente y este dispone de amplias facultades de investigación para recabar pruebas, no existiendo variación sustancial en la tramitación según se inicie de oficio o a petición de parte; b) si el órgano puede traer de oficio a otras personas además de aquellas designadas por las partes; y c) si en el caso de que la decisión del

---

<sup>149</sup> Sentencia del TJUE del 31 de enero de 2013, *Belov* (Asunto C394/11), citado en CAMACHO C., G. 2019. *Op. Cit.* p. 243.

órgano sea reclamada luego se torna en parte demandada ante el tribunal contencioso administrativo que haya de resolver dicho recurso.

En todos estos casos se entenderá que la decisión es de carácter administrativo y no jurisdiccional, pero la doctrina agrega además el criterio de la cosa juzgada, en orden a que la decisión reconocida como jurisdiccional resuelve con carácter definitivo el conflicto, lo que conecta con la sentencia como culminación del proceso.<sup>150</sup>

Interesante resulta apreciar que, de todos estos criterios y pautas, el Panel Técnico de Concesiones solo carece de la función jurisdiccional -en tanto no resuelve con carácter definitivo-, dando cabal cumplimiento a todos los demás requisitos que podrían configurarlo perfectamente como un tribunal especial, tal como el Panel de Expertos eléctrico, por ejemplo.

Apoya esta tesis el hecho de que una de las críticas que se ha efectuado a las comisiones arbitrales es que la LCOP entrega la determinación de las reglas del procedimiento a la voluntad de la comisión arbitral<sup>151</sup>, lo que podría dar pie a eventuales arbitrariedades por parte de los sentenciadores al desatender el mandato constitucional de respetar la racionalidad y justicia del proceso

---

<sup>150</sup> Ibid.

<sup>151</sup> El inciso 8° del artículo 36° bis de la LCOP señala: “La Comisión, en cuanto se designen sus integrantes y se constituya, deberá determinar el modo en que se le formularán las reclamaciones y el mecanismo de notificación que empleará para poner en conocimiento de las partes las resoluciones o decisiones que emita, y dictará las demás normas de procedimiento que estime pertinentes. Entre estas últimas se encontrarán las que regulen la audiencia de las partes y aquellas correspondientes a los mecanismos para recibir las pruebas y antecedentes que las partes aporten”.

establecida en el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la CPR<sup>152</sup>. Esta situación -que ni siquiera se da en el caso de los árbitros arbitradores, quienes deben ceñir sus reglas de procedimiento a las convenidas por las partes o en subsidio a las reglas del Código de Procedimiento Civil<sup>153</sup>- tampoco se da en el Panel Técnico, por cuanto el artículo 108° del RLCOP establece claramente el Procedimiento ante el Panel Técnico, lo que se ve complementado con las Normas de Funcionamiento del organismo que son públicas y aplicables a todos los contratos bajo su competencia, sin diferencias entre cada contrato de concesión como ocurre con las comisiones arbitrales.

Con todo lo expuesto, podemos establecer que la actual configuración del PTC, a falta de emitir pronunciamientos vinculantes para las partes, cumple con los estándares que permitirían calificarlo como un órgano que puede ejercer jurisdicción (tribunal especial, si se quiere), por cuanto entrega garantías de debido proceso, imparcialidad y protección al derecho de la tutela jurisdiccional efectiva. Además, su carácter único permite solucionar un vicio que tiene el actual sistema de comisiones arbitrales, que la profesora Camacho sintetiza como “la necesidad de que la solución jurisdiccional a las controversias sea otorgada por un tribunal especializado en la materia y no dejar en manos de diversas comisiones arbitrales, las cuales funcionan para el caso concreto, pero no velan

---

<sup>152</sup> PREUSS L., A. 2012. El procedimiento de resolución de controversias en el decreto MOP N° 900 en relación al debido proceso. *Revista Chile de Derecho y Ciencia Política* 3(1): 212.

<sup>153</sup> Artículo 223°, inciso 3°, del Código Orgánico de Tribunales.

por la coherencia de todo el sistema de solución de controversias en materia de concesiones, fijando criterios y estándares de interpretación de la ley los respectivos contratos”.<sup>154</sup>

Para lograr este cometido, resulta imprescindible otorgar al Panel Técnico de la capacidad legal para pronunciarse sobre aspectos jurídicos y de resolver controversias con efecto obligatorio para las partes, único camino para transitar hacia esa coherencia en el sistema de solución de controversias de las concesiones de obras públicas en Chile.

Finalmente, respecto del tipo de pronunciamiento que debe emitir, creemos que uno de tipo “oferta final” -como el Panel de Expertos Eléctrico- no reviste ventaja alguna para el caso del PTC, ya que la experiencia acumulada indica que las reclamaciones sometidas a su conocimiento no han sido de carácter binario sino que, por el contrario, muchas han sido de carácter conceptual o meramente declarativo, con lo cual parece más apropiado un pronunciamiento del tipo convencional.

---

<sup>154</sup> CAMACHO C., G. 2014. La regulación de la colaboración público-privada para la provisión de servicios y de infraestructuras: examen del modelo reformulado por la Ley N° 20.410. Revista Derecho Público Iberoamericano (4): 162.

### **4.3 La revisión de los pronunciamientos y el escalonamiento de las cláusulas**

Otro aspecto que se ha criticado del sistema de comisiones arbitrales establecido en la LCOP es que sus laudos no sean susceptibles de recurso alguno, lo que vulneraría el principio de debido proceso<sup>155</sup>. La Corte Suprema, de hecho, a propósito del proyecto de ley que culminó con la dictación de la Ley N° 20.410, en el Boletín N° 5172-09 de 18 de mayo de 2009, señaló: “esta situación contrasta abiertamente con el principio de doble instancia que debe existir en todo debido proceso” y agrega que “Es ineludible, a juicio de esta Corte, establecer un procedimiento que contemple a lo menos la existencia del recurso de casación para efectos de impugnar la sentencia que se dicte desatendiendo el derecho”.

La finalidad de la doble instancia judicial y la posibilidad de revisión del acto administrativo, entonces, es lograr que los sentenciadores se abstengan de adoptar decisiones sobre la base de un conocimiento apenas superficial de una problemática.<sup>156</sup> Esa evitación de decisiones adoptadas superficialmente es, coincidentemente, aquello que se busca evitar con la actuación de un panel de expertos, por lo que en esta materia los intereses están alineados.

---

<sup>155</sup> PREUSS L., A. 2012. *Op Cit.* pp. 209-211.

<sup>156</sup> THESING, J. 1999. Estado de derecho y democracia. 2ª ed. Buenos Aires, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, p. 126.

Sin embargo, aun cuando la garantía del derecho al recurso tiene un gran apoyo doctrinal y jurisprudencial, es controversial la determinación de los alcances de la misma, por cuanto se discute si esta garantía debe consagrar un recurso o doble instancia para todos los casos -como lo sería un recurso amplio de apelación-, o bien si solo implica una posibilidad de las partes para recurrir ante un tribunal superior para que conozca restrictivamente respecto de faltas a las garantías constitucionales mínimas en general y las garantías formales del debido proceso en particular. Como señala Cañas, la tendencia doctrinaria y legislativa se ha ido inclinando por la opción de que la exigencia constitucional y de los tratados internacionales suscritos por Chile solo versa sobre la posibilidad de acudir ante un tribunal superior mediante un recurso restringido solo a la revisión del cumplimiento de garantías procesales y, en caso alguno, para revisar acerca del fondo del asunto por haber sido deliberado por un tribunal colegiado o bien por estar revestido de una alta complejidad que requiere de gran especialización técnica.<sup>157</sup>

A nuestro entender, sin embargo, en un sistema donde exista un panel técnico entendido como *dispute board*, este órgano deberá actuar como un verdadero presupuesto o condición de arbitrabilidad, lo que no cuestiona la jurisdicción arbitral sino solo la competencia en el tiempo de los árbitros para

---

<sup>157</sup> CAÑAS O., E. 2016. La naturaleza jurisdiccional del Panel de Expertos del sector eléctrico e impugnabilidad de sus decisiones. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (22): 119-120.

conocer y resolver determinada disputa<sup>158</sup>. En otras palabras, la reclamación previa ante el panel se constituye en un auténtico presupuesto procesal, entendiéndose por tal “un elemento que afecta a la regular constitución de la relación jurídica en que el proceso consiste”.<sup>159</sup>

De esta manera, la consecuencia práctica de un DB que resuelve con efecto vinculante, al menos provisionalmente, es que solo las controversias técnica y económicamente relevantes se terminan definiendo en un arbitraje, dejando los reclamos del día a día a los paneles de expertos, lo que permite mejorar el nivel del posterior arbitraje por cuanto las partes tienen incentivos para designar siempre a los mejores árbitros, para casos complejos donde resulta ineludible un laudo y, a la vez, fortalece la actuación del *dispute board* pues cautela la ejecutabilidad de su decisión y fortalece su presencia preventiva al exigirse como condición o presupuesto de arbitrabilidad.<sup>160</sup>

Ahora bien, el éxito de un sistema como el que se propone implica, además de la evidente reforma legislativa al sistema de controversias establecido en la LCOP y su Reglamento, diseñar correctamente la relación entre el panel técnico y la instancia arbitral o judicial, para que su utilización sea escalonada o en cascada (*step by step*) y no alternativa, es decir, una cláusula donde las partes

---

<sup>158</sup> PAREDES C., G. 2013. Dispute boards y arbitraje en construcción: ¿compiten o se complementan? Revista Arbitraje PUCP (3): 83.

<sup>159</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. 2020. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. 16ª ed. España, Thomson Reuters, p. 752.

<sup>160</sup> PAREDES C., G. 2013. *Op. Cit.* p. 85.



solo puedan escalar la resolución al siguiente nivel una vez que se ha agotado sin éxito el sistema fijado en el escalón anterior.

Este tipo de mecanismo, denominado por la doctrina como “cláusula escalonada multifunción” reserva el arbitraje (o eventualmente la jurisdicción ordinaria) para cuando el arreglo no se ha conseguido en los escalones inferiores y, por consiguiente, posee un carácter residual.<sup>161</sup>

#### **4.4 La opción por el DAB y reformas necesarias**

En definitiva, parece acertado proponer para el sistema de solución de controversias de concesiones de obras públicas en Chile, un Panel Técnico de Concesiones cuyos pronunciamientos dejen de ser meras recomendaciones y puedan ser o llegar a ser vinculantes para las partes, tal como ocurre en las tipologías de *dispute boards* analizadas precedentemente.

Ante la disyuntiva de optar por un DRB o un DAB, somos de la idea de que dada la alta complejidad en las controversias de esta industria, sumado a las ineficiencias producidas por recomendaciones que pudiendo ser acogidas por las partes terminan de todas formas ventilándose en las comisiones arbitrales, parece aconsejable que los pronunciamientos del PTC tengan un efecto obligatorio desde su dictación, pudiendo la parte que no esté conforme solicitar

---

<sup>161</sup> FERNÁNDEZ P., A. 2017. Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales. Cuadernos de Derecho Transnacional 9(1): 106-110.

su revisión ante una sede judicial, manteniendo el carácter vinculante mientras el ente revisor no se pronuncie modificando lo decidido por el Panel, es decir, que actúe como un *Dispute Adjudication Board*.

Esa revisión que se haga a la resolución del DAB, creemos que no debe estar limitada solo a vicios del procedimiento, por cuanto, como hemos señalado, la existencia de un *dispute board* no debe cuestionar la jurisdicción arbitral sino solo la temporalidad de su eventual participación. Si bien la decisión de los expertos debiera ser garantía suficiente de seriedad y profundidad en el análisis realizado, no puede desconocerse que por la gran complejidad de este tipo contratos y los enormes montos de inversión involucrada, muchas veces será necesario un procedimiento de lato conocimiento para poder discernir con carácter definitivo un conflicto, haciendo aconsejable que la revisión sea amplia y manteniendo la opción de quien impugna de acudir a la comisión arbitral o a la I. Corte de Apelaciones de Santiago, toda vez que consideramos que el acceso gratuito a la justicia, incluso en este tipo de contratos, siempre debe ser una opción para las partes en tanto ejercicio de la función jurisdiccional.

En todo caso, lo expuesto necesariamente implicaría reformar ciertos aspectos de la regulación actual del PTC para adaptar su actuación a estas nuevas prerrogativas. Por de pronto, como medida *de lege ferenda*, resulta evidente que la Ley de Concesiones debiera modificarse para permitir que las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación

o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, puedan siempre ser conocidos por el Panel Técnico y no solo los aspectos técnicos o económicos de la controversia, como versa actualmente el artículo 36° bis de la LCOP. Esto lleva implícito la incorporación de aspectos jurídicos en el análisis realizado por el Panel, sobre lo cual ya hemos ahondado *supra*.

De igual forma, la experiencia acumulada durante todos estos años de trabajo del PTC, sumado a la especificidad de estos contratos y la gran cantidad de información que es puesta en su conocimiento al momento de tramitarse las discrepancias, hacen pertinente la incorporación de mejoras para adecuar su funcionamiento, máxime si se pretendiera dar un efecto vinculante a sus pronunciamientos. Mejoras que podemos clasificar en normativas, de soporte y procedimentales.<sup>162</sup>

Dentro de las mejoras normativas -aquellas que requieren de una modificación legal para poder ser incorporadas- encontramos la ampliación del plazo para emitir las recomendaciones. Actualmente la LCOP señala que el PTC debe pronunciarse en 30 días corridos, prorrogables por una sola vez por igual periodo. Este acotado plazo, si bien es una virtud del sistema, perfectamente podría ampliarse (90 o 120 días también parecen tiempos razonables), lo que permitiría descomprimir el sistema cuando hay muchas discrepancias ventilándose en paralelo o bien cuando, por la gran cantidad de información y

---

<sup>162</sup> Sobre esta materia el autor reitera ideas publicadas en The Legal Industry Reviews, In House Special Edition – Chile 2022, pp. 59-60. Disponible en: <https://thelegalindustry.com/es/inhouse-2/>

complejidad del asunto, un estudio más acabado y pormenorizado de los antecedentes favorezca la obtención de pronunciamientos más precisos y específicos.

Otros cambios normativos que pueden estudiarse son el nombramiento de panelistas eventuales, para que se constituya una segunda sala ante coyunturas o periodos de gran demanda, así como también revisar el sistema de renovación de los panelistas cuando terminan su periodo legal (duran 6 años en sus cargos y la rotación se hace cada 3 años alternándose los abogados y los técnicos), para que no se produzca un cambio total de abogados o ingenieros y no perder así la historia y experiencia acumulada.

Por otra parte, como mejoras de soporte se estima necesario aumentar el presupuesto que maneja el PTC, lo que permitiría la contratación de más analistas para dotarlo de un equipo técnico robusto y permanente. En esa misma línea, sería óptimo que el PTC tuviera la capacidad económica para realizar un acompañamiento permanente a los proyectos, a la usanza de lo que ocurre con los *dispute boards* de contratos de construcción a nivel global, lo que permitiría conocer anticipadamente materias que puedan dar origen a una discrepancia y actuar preventivamente. Por último, actualmente el PTC no cuenta con presupuesto para requerir opiniones expertas en aquellos casos que lo ameriten, como mecánica de suelos, estudios sísmicos u otros similares, donde la especificidad del asunto hace necesario un análisis técnico especializado.

Finalmente, se pueden plantear algunas mejoras que permitan flexibilizar, adecuar y compatibilizar de mejor forma el procedimiento utilizado con los objetivos propios de estos mecanismos de solución temprana de controversias, como aumentar la cantidad de instancias de interacción entre el PTC y las partes -actualmente solo existe la audiencia pública- a través de mesas de trabajo bilaterales para aclarar dudas durante la revisión de la discrepancia o incluso la posibilidad de solicitar una nueva audiencia cuando las necesidades del caso indiquen su conveniencia.

En ese orden de ideas y siempre al objeto de flexibilizar el procedimiento, sería del todo beneficioso permitir el reingreso de discrepancias cuando ya se ha emitido un pronunciamiento sobre la misma materia, al menos para aquellos casos donde se presenten antecedentes complementarios que permitan precisar el pronunciamiento previamente emitido. Esa complementación deberá solicitarse antes de que transcurra el plazo para que las partes puedan solicitar la revisión de la decisión ante la instancia judicial correspondiente.

## CONCLUSIONES

1. La competencia actual del Panel Técnico de Concesiones, que solo conoce de los aspectos técnicos o económicos de una discrepancia, puede importar ciertas dificultades cuando aquellos aspectos técnicos y/o económicos sometidos a su conocimiento sean consecuencia de una discrepancia jurídica que devino en un impacto económico o en una sobre exigencia técnica, existiendo múltiples situaciones en las que deberá de todas formas realizar un análisis jurídico.
2. Esta situación, en los hechos, ha favorecido a que en sus recomendaciones el PTC haya incorporado pronunciamientos sobre aspectos de Derecho, asunto que normativamente está reservado solo para los órganos jurisdiccionales. Esto se vio reforzado el año 2019, cuando la introducción de consideraciones jurídicas en la definición de Recomendación contenida en las Normas de Funcionamiento del Panel Técnico produjo un punto de inflexión en la utilización de criterios legales, jurídicos, normativos o regulatorios en los análisis realizados por ese organismo. Esta reforma se traspasó rápidamente a las recomendaciones, donde esos criterios e instituciones jurídicas pasaron a formar parte primordial de los análisis efectuados y tomaron un papel preponderante en la estructura argumentativa que avala cada pronunciamiento.

3. Entre 2015 y 2021 se tuvieron por ingresadas 61 discrepancias ante el Panel Técnico de Concesiones, de las cuales en 37 casos se terminó acudiendo a la Comisión Arbitral (61%), 14 terminaron por un acuerdo sin recurrir a arbitraje (23%) y el resto está pendiente sin movimiento. De las 37 que fueron presentadas ante la Comisión Arbitral, a marzo de 2022 había 22 arbitrajes todavía en discusión (59%), 7 que terminaron por conciliación entre las partes (19%), 5 por sentencia definitiva (14%) y 3 mediante una transacción en sede judicial (8%).
  
4. Considerando que el 61% de las Recomendaciones emitidas hasta marzo de 2022 han continuado en sede arbitral y que solo el 23% terminó con un acuerdo sin necesidad de recurrir a la instancia jurisdiccional, podemos decir que la arbitrabilidad escalonada dispuesta por la Ley de Concesiones para discrepancias sobre aspectos técnicos y económicos no ha redundado en una disminución de la judicialización. En efecto, el grado de incidencia de las recomendaciones del Panel Técnico en los acuerdos adoptados por las partes sin necesidad de acudir al arbitraje, es un 8% menor al que tenían las comisiones conciliadoras, pasando desde un 31% de acuerdos adoptados en base a la conciliación propuesta por la comisión al 23% que acoge la recomendación emitida por el PTC.

5. Si bien las cifras de acuerdos prejudiciales son menores que las reportadas por el sistema de comisiones conciliadoras que le antecedió, ello no debe leerse como un fracaso del Panel Técnico, sino más bien que, al tener naturalezas diferentes, la promoción y facilitación del acuerdo se ha dado en etapas distintas de la vida de la controversia. El Panel no ha sido tan eficaz en evitar el arbitraje, pero sí ha sido una herramienta efectiva para la solución de controversias mediante acuerdos entre las partes, aunque sea una vez judicializada.
6. La mayor diferencia existente entre la caracterización generalmente aceptada de *dispute boards* y el Panel Técnico de Concesiones, radica en el tipo de pronunciamientos que emiten. El Panel emite una recomendación no vinculante para las partes y los DB emiten una recomendación o decisión que puede siempre llegar a ser vinculante, sea por el transcurso del tiempo o bien por la no impugnación de la parte vencida.
7. La ley perfectamente puede entregar a un órgano que no forme parte del Poder Judicial, como es el Panel Técnico de Concesiones, la facultad de resolver las discrepancias con efecto obligatorio, es decir, ejercer jurisdicción respecto de las materias sometidas a su conocimiento, lo cual, dependiendo de la tipología de DB que se adopte, podrá materializarse una vez transcurrido un tiempo sin que una parte impugne el



pronunciamiento (DRB) o bien ser vinculante desde su pronunciamiento pero susceptible de impugnarse por una parte dentro de un determinado lapso (DAB).

8. Teniendo a la vista la composición de los miembros del Panel, las materias sometidas a su conocimiento y, por sobre todo, considerando que los aspectos técnicos y económicos -en un contrato como el de concesión de obra pública- son inescindibles de las consideraciones jurídicas, quien se disponga a resolver esas discrepancias nacidas en el seno de esa relación contractual tendrá que necesariamente interpretar, aplicar y declarar el Derecho, es decir, realizar un examen de juridicidad.
9. La actual configuración del PTC, a falta de emitir pronunciamientos vinculantes para las partes, cumple con los estándares que permitirían calificarlo como un órgano que puede ejercer jurisdicción (tribunal especial, si se quiere), por cuanto entrega garantías de debido proceso, imparcialidad y protección al derecho de la tutela jurisdiccional efectiva.
10. Creemos conveniente y necesario otorgar al Panel Técnico de Concesiones la capacidad legal para pronunciarse sobre aspectos jurídicos y de resolver controversias con efecto obligatorio para las partes. Parece aconsejable que los pronunciamientos del PTC tengan un efecto obligatorio desde su dictación, pudiendo la parte que no esté conforme

solicitar su revisión ante una sede judicial, manteniendo el carácter vinculante mientras el ente revisor no se pronuncie modificando lo decidido por el Panel, es decir, que actúe como un *Dispute Adjudication Board* (DAB).

11. Para el éxito de un sistema como el que se propone, se requiere diseñar correctamente la relación entre el Panel Técnico y la instancia arbitral o judicial revisora, para que su utilización sea escalonada y no alternativa. Esa revisión que se haga a la resolución del DAB no debe estar limitada solo a vicios del procedimiento, ya que por la gran complejidad de este tipo contratos y los enormes montos de inversión involucrada, muchas veces será necesario un procedimiento de lato conocimiento para poder discernir con carácter definitivo un conflicto, haciendo aconsejable que la revisión sea amplia y manteniendo la opción de quien impugna de acudir a la comisión arbitral o a la I. Corte de Apelaciones de Santiago.

12. La Ley de Concesiones debiera modificarse para permitir que las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, puedan siempre ser conocidos por el Panel Técnico y no solamente los aspectos técnicos o económicos de la controversia. Esto implica la incorporación expresa de aspectos jurídicos en el análisis que debe realizar el Panel.

13. Por último, la experiencia acumulada durante todos los años de funcionamiento del PTC, sumado a la especificidad de estos contratos y la gran cantidad de información que es puesta en su conocimiento al momento de tramitarse las discrepancias, hacen pertinente la incorporación de mejoras para adecuar su funcionamiento, que se pueden clasificar en normativas, de soporte y procedimentales.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABARA ELÍAS, FERNANDO. 2021. Causas de las discrepancias entre las sociedades concesionarias y el Ministerio de Obras Públicas entre los años 2015 y 2020 y propuesta de mejora. Tesis para optar al grado de Magíster en Políticas Públicas mención en economía. Santiago, Universidad del Desarrollo, Facultad de Gobierno. 97p.
- ALCALDE ROSS, CAROLINA. y VALDÉS GABRIELLI, FELIPE. 2020. Dispute Boards en Chile: experiencia ante el panel técnico de concesiones de obras públicas. Informativo CAM (24): 1-7.
- ALDUNATE LIZANA, E. 2013. Tribunales especiales y especializados. En: ANSALDI B., OCTAVIO y CHANDÍA O., SEBASTIÁN (Eds.) Estudios de Derecho de la Judicatura: actas del 1er y 2do Congreso Estudiantil de Derecho de la Judicatura (2011-2012). Santiago, RIL Editores. pp. 169-172.
- ARKIN, HARRY L. 1993. Pre-Arbitration Dispute Resolution: What is it, Where is it, and Why? International Business Lawyer 21(8): 373-377.
- ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN. 2003. Prólogo. En: FIGUEROA V., JUAN EDUARDO. Resolución de Controversias en la ley chilena de Concesiones de Obras Públicas. Santiago, Editorial Metropolitana. pp. 7-14.
- ÁVILA BARRERA, JOSÉ. 2013. El Panel de Expertos del Sector Eléctrico: lecciones para el diseño e implementación de políticas públicas en otras áreas reguladas. Tesis para optar al grado de Magíster en Gestión y Políticas Públicas. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas. 111p.
- BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2012. Innovaciones a la legislación sobre concesiones de obras públicas. En: Concesiones: el esperado relanzamiento. Santiago, Ediciones LyD. pp. 143-161.
- BITRAN COLODRO, EDUARDO y VILLENA CHAMORRO, MARCELO. 2010. El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile: hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional. Revista Estudios Públicos (117): 175-217.

- BRODSKY, JERRY P. 2014. Mesas paralelas de resolución de controversias en megaproyectos de ingeniería y construcción: una perspectiva práctica. En: HERNÁNDEZ G., ROBERTO (Coord.). Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos. Lima, Estudio Mario Castillo Freyre. pp. 71-86.
- BUSTOS SALVAGNO, JAVIER y FUENTES HERNÁNDEZ, FERNANDO. 2014. Eficiencia en mecanismos de arbitraje: El caso del Panel de Expertos eléctrico en Chile. En: Resolución de discrepancias en el sector eléctrico chileno: reflexiones a 10 años de la creación del Panel de Expertos. Santiago, Panel de Expertos. pp. 277-303.
- CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (ICC). 2018. Reglamento relativo a los Dispute Boards. Francia, Centro Internacional de ADR. 54p.
- CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN (CAM). 2014. Reglamento Dispute Boards. Santiago, Cámara de Comercio de Santiago. 26p.
- CAMACHO CÉPEDA, GLADYS. 2014. La regulación de la colaboración público-privada para la provisión de servicios y de infraestructuras: examen del modelo reformulado por la Ley N° 20.410. Revista Derecho Público Iberoamericano (4): 141-164.
- CAMACHO CÉPEDA, GLADYS. 2019. Justicia administrativa y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Revista Digital de Derecho Administrativo (22): 221-252.
- CAÑAS ORTEGA, ESTEBAN. 2016. La naturaleza jurisdiccional del Panel de Expertos del sector eléctrico e impugnabilidad de sus decisiones. Revista de Derecho Administrativo Económico (22): 101-127.
- CÁRDENAS DERAMOND, MARJORIE. 2013. El arbitraje en las concesiones de obras públicas: ¿Fortalecimiento de la posición del Estado en el sistema de solución de controversias? Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho (financiada por CONICYT). Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho. 171p.
- CÁRDENAS DERAMOND, MARJORIE. 2015. Panel Técnico y Comisión Arbitral en las concesiones de obras públicas, cambios introducidos por la Ley N° 20.410. Revista de Derecho editada por el Consejo de Defensa del Estado (33): 69-86.

- CARRASCO DELGADO, NICOLÁS; JIMÉNEZ VALENZUELA, CLAUDIO y PALMA PEREDO, NICOLÁS. 2020. El panel de expertos de la ley general de servicios eléctricos: consideraciones para una decisión consecuencialista. *Revista Ius et Praxis*, 26(1): 101-123.
- CHAPMAN, PETER H. J. 2009. Dispute boards on major infrastructure project. *Management, Procurement and Law* 162(1): 7-16.
- CIMINELLI DARÍO. 2017. Régimen de los contratos de participación público-privada. Un nuevo desafío para el derecho argentino. *Revista Anales de Legislación Argentina* (06): 3-11.
- EVANS ESPIÑEIRA, EUGENIO y YÁÑEZ REBOLLEDO, EDUARDO. 2017. Derecho y regulación económica de la energía eléctrica. Tomo I. Santiago, Legal Publishing Chile. 522p.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, ANA. 2017. Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 9(1): 99-124.
- FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS. 2014. El Panel de Expertos como órgano resolutor de controversias en el mercado eléctrico: ¿ejercicio de funciones jurisdiccionales? En: Resolución de discrepancias en el sector eléctrico chileno: reflexiones a 10 años de la creación del Panel de Expertos. Santiago, Panel de Expertos. pp. 31-50.
- FIGUEROA VALDÉS, JUAN EDUARDO. 2010. Los dispute boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción. *Gaceta Jurídica* (364): 9-17.
- FIGUEROA VALDÉS, JUAN EDUARDO. 2019. Construcción y Arbitraje. Santiago, DER Ediciones. 366p.
- FIGUEROA VALDÉS, JUAN EDUARDO y SCHUBERT, WILLIAM R. 2016. Dispute Boards en los proyectos de construcción de infraestructura en Chile. *Revista de Arbitraje PUCP* (6): 56-66.
- FIGUEROA VALDÉS, JUAN EDUARDO y SCHUBERT, WILLIAM R. 2017. The Role of Dispute Boards in the Construction Industry. *International Arbitration Law Review* 20(2): 55-68.

- FLORES RIVAS, JUAN CARLOS. 2019. Revisión de los contratos administrativos: el adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (53): 67-98.
- FREZ CANELO, KARLA. 2014. Los tribunales especiales en la organización judicial chilena. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho. 64p.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. 2020. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Decimosexta Edición.* España, Thomson Reuters. 757p.
- GARCÍA GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO. 2010. Criterios para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica en Chile. *Revista Actualidad Jurídica* (21): 255-315.
- GARCÍA GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO. 2013. Evaluación de la Ley N° 20.410 y nuevas complejidades del sector. En: ACEVEDO R., XIMENA. y ALLUÉ N., MARCELA. (Eds.). *Concesiones la urgencia de avanzar.* Santiago, Ediciones LyD. pp. 135-145.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, ROBERTO. 2014. Dispute Boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias. En: *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos.* Lima, Estudio Mario Castillo Freyre. pp. 23-32.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, ROBERTO. 2022. *Dispute Boards: teoría y práctica. Prevención y solución efectiva de controversias en la construcción.* Madrid, Wolters Kluwer Legal & Regulatory. 200p.
- HIDALGO GOROSTEGUI, JOSÉ MIGUEL. 2020. Resultados de la resolución temprana de controversias en el sistema de concesiones de obras públicas en Chile. *Revista Políticas Públicas* 13(2): 85-97.
- IZQUIERDO PARADA, ALFONSO. 2022. Paneles técnicos: ¿cómo mejorarlos? *The Legal Industry Reviews, In House Special Edition - Chile:* 58-59.

- JADRESIC MARINOVIC, ALEJANDRO. 2007. Solución de controversias mediante comisiones de expertos en Chile. Serie en Foco, Expansiva (101): 1-18.
- MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS. 2016. Concesiones de Obras Públicas en Chile, 20 años. Santiago, División de Estudios y Análisis Financiero, CCOP-MOP. 191p.
- MOLINA ZALDIVAR, CARLOS y RÍOS SALAS, VÍCTOR. 2016. Derecho de la Construcción. Santiago, O'Print Impresores. 472p.
- MORAGA KLENNER, CLAUDIO. 2010. La actividad formal de la Administración del Estado. En: PANTOJA B., ROLANDO. (Coord.). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo VII. Santiago, Legal Publishing. 574p.
- MORAGA KLENNER, CLAUDIO. 2011. ¿Existen en Chile procedimientos administrativos que presentan, también una naturaleza jurisdiccional? Revista Derecho PUCP (67): 231-251.
- MORAGA KLENNER, CLAUDIO. 2019. Contratación Administrativa. Segunda Edición. Santiago, Legal Publishing Chile. 613p.
- MORAGA KLENNER, CLAUDIO. 2022. Los contratos administrativos y el arbitraje en Chile: entre la evolución y la involución. En: MÉNDEZ R., RUBÉN. (Ed.) Contratos del Estado, Arbitraje y Derecho Administrativo. Bogotá, Tirant lo Blanch. 680p.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE. 1994. Interpretación Económica de los Contratos. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni. 384p.
- MUÑOZ VICUÑA, PABLO y MUÑOZ VICUÑA, DIEGO. 2021. El panel de expertos del transporte público. Revista de Derecho Público (95): 49-76.
- PAREDES CARBAJAL, GUSTAVO. 2009. Métodos adjudicativos prearbitrales en la solución de reclamos en construcción: un acercamiento a los Dispute Boards. Revista Peruana de Arbitraje (8): 103-121.
- PAREDES CARBAJAL, GUSTAVO. 2013. Dispute boards y arbitraje en construcción: ¿compiten o se complementan? Revista Arbitraje PUCP (3): 79-85.



- PREUSS LAZO, ALEJANDRO. 2012. El procedimiento de resolución de controversias en el decreto MOP N° 900 en relación al debido proceso. *Revista Chile de Derecho y Ciencia Política* 3(1): 207-226.
- QUINTANILLA MADERO, CECILIA. 2006. Introducción al Dispute Board. *Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio* (50): 3-8.
- RADOVIC CÓRDOVA, MARCELA. 2011. Prevención y resolución experta de conflictos en la industria de la construcción: el caso de los dispute resolution boards. *Revista de Derecho Administrativo* (5): 97-128.
- RADOVIC CÓRDOVA, MARCELA. 2017. ¿Es el Panel Técnico de Concesiones un real ejemplo de “dispute boards” en Chile? En: FIGUEROA V., JUAN EDUARDO (Coord.) *Derecho de Construcción: Análisis Dogmático y Práctico*. Santiago, DER Ediciones. pp. 73-92.
- RAMÍREZ ARRAYÁS, JOSÉ ANTONIO. 2019. *Concesiones de obras públicas: crecimiento inteligente*. Santiago, Legal Publishing Chile. 285p.
- ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO. 2018. El arbitraje en la concesión de obras públicas. En: ARANCIBIA M., JAIME y ROMERO S., ALEJANDRO (Eds.). *Cuadernos de Extensión Jurídica N° 31. La concesión de obra pública: Aspectos jurídicos y económicos*. Santiago, Universidad de Los Andes. pp. 145-164.
- RUFÍAN LIZANA, DOLORES. 1999. *Manual de Concesiones de Obras Públicas*. Santiago, Fondo de Cultura Económica. 359p.
- RUFÍAN LIZANA, DOLORES. 2018. *Manual de Concesiones de Obras Públicas. Segunda Edición*. Santiago, Andros Impresores. 314p.
- SOLIS TAFUR, EDUARDO. 2014. La nueva Ley de Contrataciones del Estado y la Junta de Resolución de Disputas (los Dispute Boards). *Revista Lumen* (10): 113-117.
- STAGNO ROJAS, ERWIN. 2012. Panel Técnico de Concesiones: controversias, convenios y licitaciones. En: *Concesiones: el esperado relanzamiento*. Santiago, Ediciones LyD. pp. 163-174.

- THESING, JOSEF. 1999. Estado de derecho y democracia. Segunda Edición. Buenos Aires, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano. 425p.
- ULLOA VALDEBENITO, CATHERINE. 2009. Titulares de la función jurisdiccional en el derecho chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 52p.
- VARGAS FRITZ, JOSÉ FERNANDO. 1997. La concesión de obras públicas. Santiago, Ediciones Jurídicas La Ley. 327p.
- VÁSQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA. 2006. La arbitrabilidad objetiva: aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno. Revista ius et Praxis 12(1): 181-213.
- VÁSQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA. 2011. Arbitraje en Chile: análisis crítico de su normativa y jurisprudencia. Segunda Edición. Santiago, Abeledo Perrot. 667p.
- VERGARA BLANCO, ALEJANDRO. 2014. Caracterización y líneas jurisprudenciales del Panel de Expertos del sector eléctrico. En: Resolución de discrepancias en el sector eléctrico chileno: reflexiones a 10 años de la creación del Panel de Expertos. Santiago, Panel de Expertos. pp. 69-111.
- WAGEMANN FARFÁN, ALEX. 2015. Las razones del (aparente) fracaso de los Dispute Boards. Revista Construcción Minera (15): 20-21.
- ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. 2005. Panel de Expertos: naturaleza jurídica y ámbito de sus atribuciones. Revista de Derecho Administrativo Económico (14): 53-64.