

El arbitraje en los contratos de concesión de obras públicas en Chile. Incorporación de los “Dispute Boards o Paneles Técnicos o de Expertos”

JUAN EDUARDO FIGUEROA VALDES*

SUMARIO: 1.- Introducción: Régimen chileno de concesiones de obras públicas - 2.- El arbitraje en los contratos de concesión de obras públicas en Chile: La Comisión Conciliadora - 3.- La incorporación de los Dispute Boards o Paneles Técnicos o de Expertos: Proyecto de ley - 4.- Otras modificaciones al sistema arbitral chileno: Proyecto de ley - 5.- Conclusiones.

1.- Introducción: Régimen chileno de concesiones de obras públicas

El sistema de concesiones de obras públicas chileno nació a principios de la década de los años 90 con el objeto de mejorar la infraestructura pública existente a esa fecha y la prestación de los servicios públicos, que realizaba directamente el Fisco, a través de la incorporación de inversiones y la gestión del sector privado. El déficit de inversión en transporte era de alrededor de un 15% del PIB nacional, esto es, la suma equivalente a 10.273 millones de dólares del año 1995.¹ Lo que se buscó fue resolver el déficit de inversión, que se arrastraba desde la década de los años 80 sin incurrir en el aumento de la inversión pública, ni de la carga administrativa del Estado, todo ello dentro de un estricto marco de restricciones del gasto fiscal derivado de las políticas macroeconómicas. El déficit de infraestructura se manifestaba, entre otras cosas, en carreteras altamente congestionadas y de bajo estándar de seguridad, inadecuadas vías que conectaban los nuevos polos de producción de bienes con los puertos para su

* Abogado, Profesor de Derecho Arbitral Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, Arbitro del International Center for Dispute Resolution (American Arbitration Association), Arbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago, Chile.

¹ Concesiones: La importancia de avanzar Temas Públicos N° 883 de 22 de Agosto de 2008, Libertad y Desarrollo.

exportación, la falta de capacidad portuaria, congestión y deterioro de la vialidad urbana y una capacidad aéreo-portuaria insuficiente.

Mediante el mecanismo de concesiones de obras públicas el Estado, que en Chile tiene la potestad de construir, operar y mantener la propiedad de los sistemas de carreteras, los terminales aéreo-portuarios, los aeropuertos, cárceles, edificios públicos, entre otras obras de infraestructura para prestación de servicios públicos, se ha generado una nueva forma de relación contractual con el sector privado, construida sobre la base de una asociación pública-privada de largo plazo, que transfiere al sector privado la inversión, construcción y explotación de servicios públicos, en las condiciones definidas en la legislación y en cada contrato de concesión².

El sistema de concesiones de obras públicas chileno ha operado bajo contratos tipo BOT (Build, Operate and Transfer), en virtud del cual el concesionario construye, opera y transfiere, al final del contrato, la obra al Estado.

Conforme a la legislación chilena la concesión de obra pública es un contrato administrativo celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y un particular concesionario, en virtud del cual éste último asume, a su cuenta y riesgo, la ejecución, reparación o conservación de una obra pública fiscal, a cambio del derecho a explotar dicha obra y a obtener la tarifa o peaje pactados, dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el Decreto Supremo de adjudicación³.

La viabilidad técnico-económica del sistema de concesiones de obras públicas chileno se construyó sobre la base de licitaciones públicas competitivas y transparentes, que permiten adjudicar la concesión a quien está dispuesto a comprometer la mayor cantidad de recursos propios, ya sea a través del mayor pago inicial, de la menor tarifa a cobrar o de la solicitud del menor nivel de subsidio. Igualmente el sistema requirió de

² Méndez, Enrique, Distribución del riesgo: Clave del éxito de programa de concesiones en Chile, artículo publicado en libro Concesiones y Suelo Urbano: Dos Claves para la Inversión, Cámara Chilena de la Construcción, año 2004, p. 27.

³ Lepe, Paula, El Sistema de Concesiones de Obras Públicas, artículo publicado en Gaceta Jurídica 2007, Mayo N° 323, p. 8.

reglas claras y transparente, que incluyen, entre otras cosas, un expedito mecanismo arbitral de resolución de controversias; un apropiado balance entre las facultades y responsabilidades de la autoridad licitante y de los concesionarios; y el derecho a indemnización que asiste al concesionario en caso de desequilibrio económico-financiero por circunstancias externas impredecibles al momento de la licitación. Es así como la ley chilena de concesiones de obras públicas presenta un equilibrio de derechos y responsabilidades entre licitantes, inversionistas y financistas, ya que se eliminaron las facultades exorbitantes del Estado, de modo que éste actúa en un plano de igualdad frente al concesionario, igualdad que se encuentra garantizada mediante un adecuado mecanismo arbitral de resolución de controversias. Es así como se garantiza al concesionario la estabilidad de sus derechos contractuales, respecto de eventuales modificaciones arbitrarias que el Estado pudiera adoptar en un acto de autoridad, sea durante el período de construcción o de explotación de la obra.

Habiéndose cumplido recientemente 15 años desde la adjudicación de la primera obra concesionada en Chile⁴, se han desarrollado 48 proyectos por más de 11.500 millones de dólares que incluyen 2.500 kilómetros de carreteras y autopistas concesionadas, 10 aeropuertos concesionados por los que transita el 94% del total del flujo de pasajeros en Chile, 7 edificaciones públicas, recintos carcelarios, y un embalse que permitirá regar 19.000 áreas de secano, todo lo cual revela el éxito del modelo de concesiones de obras públicas empleado en Chile⁵. Sin embargo, aún existen importantes obras de inversión para el período 2008 – 2012, en el sector eléctrico, de infraestructura portuaria, sanitario y manejo de aguas lluvias, ferrocarriles, vialidad urbana e interurbana, aeropuertos e infraestructura hospitalaria y penitenciaria, que representan la suma equivalente a 20.563 millones de dólares, que puede ejecutarse bajo el sistema de concesiones de obras públicas recién reseñado⁶.

⁴ Construcción Túnel El Melón, adjudicado por Decreto N° 112 del MOP de 8 de Abril de 1993.

⁵ Chadwick, German, Presidente de Asociación de Concesionarios de Obras de Infraestructura Pública COPSA, Diario El Mercurio, 31 de Agosto de 2008.

⁶ Concesiones. La importancia de avanzar. Temas públicos N° 833, ob. cit.

La asociatividad pública – privada que ha tenido lugar en Chile, expresada a través del modelo de concesiones de obras públicas, se enmarca dentro de una tendencia mundial de las últimas décadas, en que países de Europa tales como Francia, España, Italia han ejecutado grandes obras de construcción de autopistas, portuarias, y en el sector sanitario, en que el sector privado ha efectuado enormes inversiones recuperándolas posteriormente con la explotación de los servicios prestados a los usuarios, tal como fue la construcción del túnel sobre el Canal de la Mancha, resultante de un acuerdo internacional firmado en 1986 entre Gran Bretaña y Francia que se materializó a través de un contrato de concesión para la explotación de servicios por parte de particulares⁷.

Por su parte, tratándose de Brasil, en el año 2004 se aprobó la Ley N° 11.079 que establece una asociatividad pública – privada para atraer inversiones en sectores tales como la infraestructura, donde se consagra que el contrato de inversión puede establecer una solución arbitral de las controversias que pudieran surgir entre el Estado y el inversionista, lo cual ha sido reconocido por la Corte Suprema de Brasil, al señalar que a los contratos administrativos se les aplica no sólo el derecho público y sus principios sino también el derecho privado y sus principios, lo que refuerza la posibilidad de establecer un procedimiento arbitral para resolver las disputas que pudieran surgir de dichos contratos⁸.

2.- El arbitraje en los contratos de concesión de obras públicas en Chile: La Comisión Conciliadora

El mecanismo arbitral de resolución de controversias contemplado en el sistema de concesiones de obras públicas chileno reconocido como “*La Comisión Conciliadora*”, fue creado en beneficio de las empresas concesionarias, con el objeto de poder

⁷ Ferreira Lemes, Selma, Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos – Arbitrabilidade Objetiva. confidencialidade ou publicidade processual?, artículo publicado www.ccbc.org.br, visitado Septiembre de 2008.

⁸ André Osorio Gondinho and Juliana Lima, Arbitration and Public – private partnerships in Brazil. Newsletter Arbitration International Bar Association Legal Practice División , September 2008, vol. 13 N° 2.

atemperar las potestades del Estado frente a un contrato administrativo de características muy especiales, todo ello con el fin de dar un marco de igualdad jurídica entre las partes.

Es así como la Comisión Conciliadora juega un rol fundamental en los contratos de concesiones de obras públicas, gozando, incluso antes de constituirse en Comisión Arbitral, de facultades jurisdiccionales en materia de extraordinaria importancia, al conocer y resolver acerca de, por ejemplo, la suspensión de la concesión; si ha existido incumplimiento grave del concesionario que configure una causal de extinción del contrato; acerca de la aplicación de multas, al igual que respecto a la suspensión de los efectos de las resoluciones materia de reclamo por parte de las empresas concesionarias⁹.

La Comisión Conciliadora, la cual si no se logra un acuerdo se transforma en “*Comisión Arbitral*” de acuerdo a la actual normativa vigente en Chile se encuentra integrada por un profesional universitario designado por el Ministerio de Obras Públicas, otro profesional universitario designado por el concesionario y un tercer profesional universitario nombrado de común acuerdo por las partes, quien la preside, a falta de acuerdo, éste último es designado pro el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁰.

En cuanto al procedimiento de designación de los miembros de la Comisión Conciliadora, ellos deben ser designados al inicio de la respectiva concesión, sin perjuicio que puedan ser reemplazados cuando ello sea necesario o se estime conveniente. Las bases de licitación pueden establecer el procedimiento de designación de los miembros de la comisión. Si éstas nada disponen, la sociedad concesionaria debe entregar una escritura pública donde consta el nombre, domicilio y profesión de la persona designada por la misma y del miembro con el que habría acuerdo con el

⁹ Figueroa Valdés, Juan Eduardo, La Resolución de Controversias en la Ley Chilena de Concesiones de Obras Públicas, Editorial Metropolitana, año 2003, p. 85.

¹⁰ Artículo 36 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y artículo 84 del Reglamento contenido en Decreto N° 956 de 6 de Octubre de 1997, publicado Diario Oficial 20 de Marzo de 1999.

Ministerio de Obras Públicas si éste existe; para ambos casos debe designarse un suplente.

La Comisión Conciliadora tiene facultades jurisdiccionales, al resolver como Comisión Arbitral. Sin embargo el árbitro no actúa en nombre de las personas a quien juzga; por el contrario, obra en nombre propio, en sólo interés de la justicia. Su tarea de juzgar a los litigantes es incomparable con el oficio de representarlos, ya que exige respecto a ellos independencia y autoridad y el representante en cambio debe subordinarse a la voluntad de sus representados¹¹.

Tal como lo consigna la doctora Selma Lemes se ha discutido en la doctrina si la composición de la Comisión Conciliadora, al actual como Comisión Arbitral, cumpliría o no con los principios básicos de imparcialidad e independencia que debe observar todo árbitro, desde el momento que dos de los integrantes del Tribunal Arbitral son nominados por las partes, por lo que tienen el carácter de “árbitro de parte” o “árbitro no neutral”¹².

En cuanto a las facultades de la “Comisión Conciliadora”, le corresponde el conocimiento y resolución de importantes y trascendentales materias propias de todo contrato de concesión de obras públicas. Es así como la Comisión Conciliadora le corresponde intervenir frente a la solicitud del Ministerio de Obras Públicas en el caso de aplicación de multas inferiores al equivalente a 35 mil dólares en moneda nacional; cuando se solicite la suspensión de la concesión frente, por ejemplo, a una fuerza mayor que impida la prestación del servicio o cuando se produzca una destrucción parcial de la obra o de sus elementos, de modo que haga inviable su utilización por un período de tiempo y por cualquier otra causa que las bases de licitación establezcan; cuando se haya producido una causal de extinción del contrato por incumplimiento grave del concesionario; cuando el concesionario abandone la obra o interrumpa injustificadamente el servicio. Por su parte, igualmente a la Comisión Conciliadora le

¹¹ Rufián Lizana, Dolores, Manual de Concesiones de Obras Públicas, Editorial Fondo de Cultura Económica, año 1999, p. 210.

¹² Lemes, Selma, Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. Quartier Latín, año 2007, p. 230 y ss.

corresponde actuar a petición de la sociedad concesionaria frente a las dificultades que se produzcan en los casos que la ley, el reglamento o las bases de licitación establezcan el derecho que corresponda al concesionario a ser indemnizado por perjuicios derivados especialmente de la modificación de las características y servicios contratados, por razones de interés público, en los casos que se produzcan circunstancias sobrevinientes a la celebración del contrato y el concesionario solicite la revisión del sistema tarifario; en el caso de suspensión de la concesión o de retrasos imputables al Fisco durante el período de la construcción o de la interrupción del servicio. Por último, la Comisión Conciliadora también debe intervenir, igualmente, a solicitud de la concesionaria, cuando se produzca alguna controversia con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que de lugar su ejecución¹³.

Solicitada la intervención de la Comisión Conciliadora, ella debe buscar la conciliación entre las partes. Si ésta no se produce, el concesionario puede solicitar a la comisión, en el plazo de cinco días, que se constituya en Comisión Arbitral, o recurrir en el mismo plazo ante la Corte de Apelaciones de Santiago. En el evento que la Comisión Conciliadora se constituya como arbitral, ella debe actuar de acuerdo a las normas fijadas para los árbitros arbitradores y tendrá el plazo de 30 días para resolver¹⁴.

La facultad que tiene la Comisión Arbitral de resolver “*como árbitro arbitrador*” significa que puede no sólo decidir apartándose de lo que establece la Ley, incluso el tenor literal de los contratos, sino que debe resolver de acuerdo a las normas de su prudencia, conciencia o criterio, para lo cual debe recurrir, entre otras cosas, a las normas de interpretación de los contratos, a los principios generales del derecho, a la legislación comparada y a la equidad¹⁵.

Tal como explicaremos más adelante, dentro de las modificaciones que actualmente se encuentran en discusión en el Congreso en esta materia se ha

¹³ Figueroa Valdés, Juan Eduardo, Resolución de Controversias en la Ley Chilena de Concesiones de Obras Públicas, ob. cit. p. 26 y ss.

¹⁴ Artículo 36 inciso 5° de la Ley Chilena de Concesiones de Obras Públicas.

¹⁵ Figueroa Valdés, Juan Eduardo, Resolución de Controversias en la Ley Chilena de Concesiones de Obras Públicas, ob. cit. p. 86.

planteado modificar las facultades de la Comisión Arbitral para resolver como “*árbitro arbitrador*”, estableciéndose en su reemplazo un sistema de arbitraje mixto, lo que significa que la Comisión Arbitral podría actuar como árbitro arbitrador únicamente en materia de procedimiento, pero en cuanto a la resolución del fondo del asunto debiera actuar como un árbitro de derecho. Igualmente, se considera la incorporación de una etapa pre-arbitral de Dispute Boards o paneles técnicos o expertos para resolver los conflictos que pudieran surgir durante la ejecución del contrato de concesión.

3.- La incorporación de los “Dispute Boards” o paneles técnicos o de expertos: proyecto de Ley

Los “*Dispute Boards*”, también conocidos en español como “*paneles técnicos o de expertos*” se constituyen en virtud de un acuerdo formal escrito, suscrito por las partes de un contrato, con el objeto de enfrentar y resolver disputas que se produzcan entre ellas, especialmente todas aquellas que vayan emergiendo desde el inicio y durante el período de ejecución del mismo.¹⁶ Constituyen una etapa pre-arbitral, que no presenta los inconvenientes propios de los arbitrajes al igual que de los litigios, en que usualmente es muy tarde para resolver las disputas que requieren atención inmediata, lo que significa también un mayor costo y tiempo empleado.¹⁷

Los “*Dispute Boards*” resultan especialmente útiles tratándose de contratos de construcción a mediano o largo plazo, ya que permiten resolver los conflictos en forma oportuna durante el desarrollo de las obras, sin necesidad de extinguir el vínculo contractual ni de paralizar los proyectos más allá del breve tiempo que el panel de expertos necesita para emitir un pronunciamiento.

¹⁶ Sobre esta materia puede consultarse Chaparro Navarrete, Patricio “Acerca de los “Dispute Boards” de la Cámara de Comercio Internacional”, artículo publicado en Gaceta Jurídica N° 317, Noviembre de 2006 y Jiménez Figueres, Dyalá y Caivano, Roque “Funcionamiento de los “Dispute Boards” de la CCI y su encuadre en el derecho argentino”, artículo publicado en Revista Internacional de Arbitraje N° 6, Enero – Junio 2007, Editorial Legis.

¹⁷ Arkin, Harry, Pre-Arbitration Dispute Resolution: What is it, where is it, and Why?, International Business Lawyer, September 1993, p.377.

Mediante los “*Dispute Boards*” se persigue, por una parte, solucionar tempranamente las divergencias que se produzcan durante la ejecución de un contrato, evitando que, por su acumulación, se conviertan en complejos y costosos conflictos que pongan en riesgo la terminación de la obra. Igualmente permiten concentrar, a través de un único procedimiento, la multiplicidad de controversias que usualmente se pueden producir entre el dueño de la obra, el contratista principal y los subcontratistas que ejecutan partes específicas de la misma.

El “*Dispute Boards*” tiene la ventaja que el procedimiento puede ser usado tantas veces cuantas desavenencias surjan en el transcurso de la ejecución del proyecto objeto del contrato.

El sistema de “*Dispute Boards*”, ha sido un mecanismo empleado con mucho éxito, tanto en Europa como en Estados Unidos durante los últimos 20 años. Es así como en Norteamérica se ha ocupado este mecanismo en la ejecución de más de 1.200 proyectos por un costo total de 90 billones de dólares que ha permitido la construcción de grandes aeropuertos, carreteras y puertos. Una experiencia similar existe en Europa en la construcción de grandes obras viales, tales como el Eurotúnel, que une el Reino Unido y Francia, proyectos de construcción de carreteras y obras de infraestructura en Italia, Dinamarca, entre otros. Igualmente, a partir de la década de 1990, el Banco Mundial introdujo el funcionamiento de los “*Dispute Boards*” como requisito para el financiamiento de proyectos que superaran los 50 millones de dólares. Por su parte, en nuestro país, el mecanismo de los “*Dispute Boards*” ha sido incorporado recientemente también en algunos contratos de la gran minería del cobre.¹⁸

Se han desarrollado tres tipos diferentes de “*Dispute Boards*”, cada uno de ellos con facultades distintas, esto es Dispute Review Boards (DRBs), Dispute Adjudication Boards (DABs) y Combined Dispute Boards (CDBs). Al efecto, los DRBs se caracterizan porque sus miembros sólo emiten recomendaciones. Sin embargo, si las partes no las rechazan dentro de cierto plazo, dichas recomendaciones sobrevienen en obligatorias.

¹⁸ Figueroa Valdés, Juan Eduardo, La resolución de controversias en las concesiones de obras públicas, artículo publicado en Semana Jurídica N° 365, 26 de Diciembre de 2007. p. 2.

Luego, los DABs emiten decisiones, que tienen el carácter de provisionalmente obligatorias, las que pueden ser revisadas en una instancia arbitral a requerimiento de una de las partes. Los DABs han mostrado ser un poderoso instrumento contractual para ejecutar pagos que pudieran corresponder. Por su parte, los CDBs constituyen un híbrido que, como regla general, emiten recomendaciones. Sin embargo, si una de las partes requiere una decisión por el panel y la otra parte no lo objeta, el CDB evacuará una decisión que tendrá el carácter de obligatoria para las partes.¹⁹ La figura del Dispute Adjudication Boards ha sido recomendada por la Federación Internacional de Ingenieros Consejeros, conocida por su sigla en francés FIDIC.²⁰

El sistema de “*Dispute Boards*” ha sido especialmente desarrollado por la Cámara de Comercio Internacional (International Chamber of Commerce) en adelante también CCI, la cual ha dictado un Reglamento para su funcionamiento, compuesto de 34 artículos²¹ y que regula en detalle el procedimiento, el cual está fundado en una relación de cooperación que debe existir entre las partes y los miembros del panel de expertos, para cuyo efecto las partes están obligadas a mantener debida y oportunamente informado al panel de expertos de la ejecución del contrato y de proporcionarles, si así lo solicitan, todo el apoyo. Por su parte, los miembros del panel tienen la obligación de estar informados y actualizados de la relación contractual, por medio de reuniones o visitas y del estudio de los documentos.

De acuerdo al sistema de la CCI, los miembros del panel pueden ser uno o tres. Si las partes no determinan el número, éste será integrado por tres expertos, los cuales son ingenieros y abogados. En la práctica los “*Dispute Boards*” los integran usualmente dos ingenieros y un abogado, quien preside. Los “*Dispute Boards*” deben ser constituidos al momento en que las partes firman el contrato, y entrar en funcionamiento tan pronto las partes inician la ejecución del contrato. Mientras más las partes esperen

¹⁹ Harbst, Ragnar and Mahnken, Volker, ICC Dispute Board Rules: the Civil Law Perspective, *Arbitration and International Journal*, v. 72 N° 4, Noviembre de 2006. p. 312.

²⁰ FIDIC: Fédération Internationales des Ingénieurs-Conseils, la cual incorporó a los DAB en tres de sus libros de condiciones para contratos de proyectos de construcción, en 1996 al Libro Rojo, en 1997 al Libro Amarillo y en 1999 al Nuevo Libro Rojo, al Nuevo Libro Amarillo y al Libro Plateado.

²¹ El Reglamento de DRB de la CCI, está disponible en www.iccwbo.org

para constituir un DRB ellas se privan de su característica esencial, cual es que los miembros del “*Dispute Boards*” tengan tiempo para conocer a fondo no solamente el contrato, sus bases y especificaciones técnicas, sino también su implementación, como igualmente las personas que lo ejecutan.²² Por otro lado, la circunstancia que la designación del “*Dispute Boards*” se efectúe antes que exista un conflicto lleva a que usualmente la relación entre las partes se encontrará en un buen pie, por lo que lograr el acuerdo en la nominación será fácil de obtener.²³

Los miembros del panel deben ser independientes de las partes y toda la información obtenida por ellos en el ámbito de sus actividades tiene el carácter de confidencial.

Los “*Dispute Boards*” pueden entre otras cosas, interrogar a las partes, convocar a reuniones, visitas y audiencias, requerir a las partes para que aporten cualquier documento que juzguen necesario, debiendo sus decisiones ser tomadas por mayoría de votos, y, a falta de ellas, por el Presidente.

En cuanto a los honorarios y gastos que irroga su funcionamiento, de acuerdo al Reglamento de la CCI, deben soportarse por partes iguales por los contratantes. En la práctica, lo usual es estipular un honorario mensual y honorarios diarios, además del reembolso de ciertos gastos. El honorario mensual persigue remunerar el hecho que los miembros del panel estén a disposición de las partes para cumplir sus funciones y se entiende que cubre el tiempo empleado para estudiar el contrato. El costo de usar los “*Dispute Boards*” durante la vida de un contrato fluctúa entre un 0,04% a un 0,51% del costo total del contrato.²⁴

En resumen, los “*Dispute Boards*” constituyen un mecanismo muy útil de solución de controversias que se adapta a las necesidades de las partes en los contratos de construcción, los cuales por su naturaleza y características requieren de una solución rápida de los conflictos para que sea eficaz. Con todo, debe tenerse presente que las

²² Koch, Christopher, “Novo Regulamento da CCI Relativo aos *Dispute Boards*”, Doutrina Internacional Revista de Arbitragem e Mediação, año 2 N° 6, Julho – Setembro de 2005, Editora Revista Dos Tribunais. p. 156.

²³ Harbst, Ragnar and Mahnken, Volker, ob. ct. p. 314.

²⁴ Arkin, Harry, ob. cit. p. 375.

decisiones de los “*Dispute Boards*” no constituyen laudos arbitrales ni tienen mérito ejecutivo, por lo cual es conveniente que las partes pacten en la cláusula respectiva que el incumplimiento de lo resuelto por un “*Dispute Boards*” sea causal de resolución inmediata del contrato, y de lugar al pago de una indemnización de perjuicios, para cuyo efecto deberá procederse la constitución del tribunal arbitral respectivo.

Después de 15 años de vigencia del actual sistema arbitral de resolución de controversias de los contratos de concesiones de obras públicas en Chile, y con el objeto de perfeccionar dicho mecanismo, recogiendo la experiencia internacional en el funcionamiento de los “*Dispute Boards*”, se encuentra próximo a aprobarse en el Congreso chileno un proyecto de ley que consagra la figura del “*Panel Técnico*”, que en la realidad es un “*Dispute Boards*” cuya función es absolver las consultas y resolver las discrepancias entre las partes de carácter técnico o económico que se produzcan durante la ejecución del contrato de concesión, bajo la modalidad de DRB, esto es, que las recomendaciones que emita frente a los conflictos que se le plantee no tendrán el carácter de obligatorias para las partes, y como consecuencia de ello, ellas podrán posteriormente someterla a la decisión arbitral o de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Al efecto, el proyecto de ley establece que podrán someterse a la consideración del “*Panel Técnico*” o DRB, entre otras cosas, las discrepancias que se produzcan en relación con: 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; la determinación de la existencia de costos adicionales y sus causas económicas, técnicas o de gestión, o de otros hechos o circunstancias que técnicamente afectan o puedan afectar al normal desarrollo de las obras durante su etapa de construcción; la determinación de los efectos económicos que tendría en la concesión la realización de obras adicionales; 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, en general, 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 al mismo.

Igualmente, el “*Panel Técnico*” o DRB goza de la facultad de observar, de oficio, el adecuado cumplimiento de los aspectos técnicos y económicos del contrato de concesión durante la etapa de construcción, para cuyo efecto puede solicitar de las partes la entrega de todos aquellos antecedentes que estime necesario.

El “*Panel Técnico*” o DRB estará integrado por dos abogados y dos ingenieros de destacada trayectoria profesional o académica en materias técnicas, económicas o jurídicas, del sector de concesiones de infraestructura, y por un profesional especializado en ciencias económicas o financieras. Los integrantes del “*Panel Técnico*” serán nombrados por el Consejo de Alta Dirección Pública establecido en la ley, mediante concurso público de antecedentes fundado en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, con un quórum de cuatro quintos. Los integrantes del “*Panel Técnico*” o DRB permanecerán seis años en sus cargos y no podrán ser designados para períodos sucesivos. Su renovación se efectuará parcialmente cada tres años.

Una vez constituido el “*Panel Técnico*” o DRB elegirá entre sus integrantes el miembro que lo presidirá por los siguientes tres años. El presidente será de dedicación exclusiva, pudiendo ejercer actividades académicas en universidades reconocidas por el Estado. El quórum mínimo para sesionar será de tres de sus integrantes, a lo menos dos de los cuales no deberán ser abogados si se trata de discrepancias generadas durante el período de construcción, y los acuerdos se adoptarán por simple mayoría, decidiendo el voto del presidente en caso de empate.²⁵

²⁵ Artículo 36 del proyecto de Ley, cuyo texto puede verse en www.bcn.cl

4.- Otras modificaciones al sistema arbitral chileno: Proyecto de Ley

Tal como hemos indicado el proyecto de ley que modifica el sistema de resolución de controversias en los contratos de concesiones de obras públicas en Chile contempla modificar la actual Comisión Conciliadora explicada anteriormente, convirtiéndose en una “*Comisión Arbitral*”, la que estará integrada por tres profesionales universitarios, de los cuales al menos dos serán abogados y uno de éstos la presidirá. Los integrantes serán nombrados de común acuerdo por las partes a partir de dos nóminas de expertos, la primera de ellas compuesta por abogados y confeccionada por la Corte Suprema y la segunda, integrada por profesionales designados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, mediante concurso público de antecedentes, fundado en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias.

La nómina de abogados tendrá 20 integrantes y la de los otros profesionales deberá estar compuesta por 10 profesionales universitarios de áreas ligadas a la economía, la ingeniería o la construcción; sólo podrán figurar y permanecer en ellas quienes tengan una destacada actividad profesional o académica en sus respectivas áreas de desempeño y que acrediten a lo menos 10 años de ejercicio profesional. Ambas nóminas se renovarían parcialmente cada 5 años, no pudiendo figurar en ellas un profesional por más de 15 años. Los integrantes de la Comisión Arbitral deberán ser designados al inicio de la respectiva concesión y la comisión a su vez deberá quedar constituida dentro de los 30 días siguientes a dicha designación. Sus integrantes permanecerán en el cargo durante toda la vigencia del respectivo contrato de concesión.

Las partes deberán formular sus reclamaciones a la Comisión Arbitral dentro del plazo de dos años contados desde la puesta en servicio definitivo de la obra, si el hecho o ejecución del acto que las motiva ocurriese durante la etapa de su construcción, y de dos años contados desde la ocurrencia del hecho o desde que hubiere tenido noticias el mismo si así se acreditare fehacientemente, si éste ocurriese en la etapa de

explotación, plazo que se reduce a 120 días tratándose de resoluciones del Ministerio de Obras Públicas que impongan multas al concesionario.

Sometido un asunto al conocimiento de la Comisión Arbitral, ella podrá llamar a una conciliación de oficio o a solicitud de alguna de las partes, y proponer, oralmente o por escrito, bases de arreglo.

Otro de los importantes cambios planteados en el proyecto de ley consiste en que la Comisión Arbitral tendrá las facultades para actuar como árbitro mixto, con fallo en derecho, libre de admisibilidad de la prueba y apreciación de ella en base a la sana crítica, y con la obligación de fundar su sentencia. Ello significaría una modificación al sistema que ha regido ya por 15 años consistente en que la Comisión Arbitral resuelve como “*árbitro arbitrador*”, según hemos explicado anteriormente, de modo que la calidad de árbitro arbitrador, de acuerdo a este proyecto de ley quedaría restringida sólo a los asuntos de procedimiento, debiendo dictar la sentencia definitiva con arreglo a derecho. La resolución de la Comisión Arbitral no será susceptible de recurso ordinario alguno.²⁶

Igualmente el proyecto de ley contempla introducir otras modificaciones, que escapan de la órbita del presente trabajo, tales como la creación de un Consejo Consultivo, con el objeto de orientar las políticas en materia de concesiones y coordinar los proyectos de concesiones que involucran a más de un Ministerio o Entidad Pública; otorgar al Ministerio de Obras Públicas facultades para modificar las características de las obras y servicios contratados, con el objeto de aumentar los niveles de servicios y estándares técnicos fijados en las bases de licitación; establecer que en caso de incumplimiento grave del concesionario el Ministerio de Obras Públicas podrá licitar nuevamente la concesión por el plazo que le reste o decidir si continúa ejecutándola como obra pública; poner término anticipado a la concesión cuando un cambio de circunstancia hiciere innecesaria la obra o se requiriere su rediseño o complementación, en un porcentaje superior al 25% del presupuesto oficial de la obra, entre otras cosas.²⁷

²⁶ Artículo 36 bis del proyecto de ley, que puede consultarse en www.bcn.cl

²⁷ Concesiones la importancia de avanzar, Temas Públicos, ob. cit. p. 4 y 5.

5.- Conclusiones

En nuestra opinión, transcurridos 15 años de funcionamiento del actual sistema de concesiones de obras públicas en Chile, que consagra el arbitraje como forma de resolución de las controversias entre las empresas concesionarias y el Estado, la estabilidad y equilibrio en la asociatividad pública-privada ha permitido desarrollar importantes obras de infraestructura pública en Chile, existiendo un mecanismo arbitral que ha resultado ser muy expedito y oportuno.

El proyecto de ley que hemos comentado al incorporar el sistema de “*Dispute Boards*” o “*Paneles Técnicos o de Expertos*”, como solución pre-arbitral para resolver las controversias que se pudieran plantear, apunta en la dirección correcta en el sentido de perfeccionar el actual sistema existente y viene en recoger la experiencia internacional que acredita la conveniencia de incorporar dicho mecanismo en los contratos de larga y compleja ejecución, tales como son los de concesión de obras públicas, que implican no sólo la construcción de importantes obras de infraestructura pública, sino también la explotación de las mismas por largos períodos.

Con todo, estimamos dudosa la conveniencia de modificar las facultades de la Comisión Arbitral, en cuanto a eliminar su actuación como arbitro arbitrador, estableciéndose en su reemplazo la obligación de actuar como árbitro mixto, esto es sólo como arbitrador en cuanto al procedimiento, y en lo tocante al fondo o decisión del asunto controvertido como arbitraje de derecho.