
DOCTRINA

PANEL TÉCNICO Y COMISIÓN ARBITRAL EN LAS CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS¹ CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA LEY N°20.410

Marjorie Cárdenas Deramond²

***RESUMEN:** La Ley N°20.410, publicada en el Diario Oficial el 20 de enero del año 2010, introdujo importantes modificaciones a la ley de concesiones de obras públicas, entre ellas, cambió el mecanismo de solución de controversias, estableciendo una nueva institucionalidad basada en dos órganos: el Panel Técnico y la nueva Comisión Arbitral. Transcurridos más de cinco años de la entrada en vigencia de esta ley, el presente artículo analiza las ventajas de la incorporación de estos nuevos organismos y su contribución al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias de las concesiones de obras públicas de Chile.*

¹ El presente artículo contiene algunas ideas desarrolladas por la autora, becaria de CONICYT, en la tesis titulada “El arbitraje en las concesiones de obras públicas ¿Fortalecimiento de la posición del Estado en el sistema de solución de controversias?” elaborada para optar al grado de Magíster en Derecho (LLM) con mención en Derecho de la Empresa en la Universidad Católica de Chile.

² **MARJORIE CARDENAS DERAMOND.** Abogada del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado, Magíster en Derecho (LLM) con mención en Derecho de la Empresa de la Universidad Católica de Chile y profesora de Regulación Jurídica del Mercado en la Universidad Mayor.

ABSTRACT: *Law 20,410 introduced important amendments to the Public Works Concessions Law, among them, it changed the mechanism of dispute settlement, establishing new institutions, namely: the Technical Panel and the new Arbitration Commission. After five years of the enforcement of this law, the author discusses the advantages of the incorporation of these new organisms and its impact on the improvement of the system of settlement of disputes of the Chilean public works concessions system.*

PALABRAS CLAVE: *Arbitraje – Comisión Arbitral – Concesión de obras públicas – Panel Técnico – Solución de controversias*

El sistema de concesiones requiere del trabajo mancomunado entre el Estado y los particulares. Esta unión posibilita la ejecución de proyectos que, por incapacidad financiera, serían imposibles de asumir íntegramente por el Estado.

En dicho contexto, el contrato de concesión de obra pública se erige como un mecanismo de interacción público-privado en la esfera patrimonial que, como todo contrato, puede ser objeto de diversas interpretaciones y dar lugar a disputas entre el Estado y el particular. La Ley de Concesiones de Obras Públicas se encarga de establecer un mecanismo de solución de controversias, que contempla como parte de éste, el arbitraje.

En materia de concesiones, hasta la dictación de la Ley N°20.410, publicada el 20 de enero del año 2010, todo el mecanismo de solución de controversias descansaba en una comisión ad hoc, ya que por cada contrato de concesión se designaba una comisión específica.

Sus integrantes eran: un árbitro elegido por el Ministerio de Obras Públicas, un árbitro elegido por la concesionaria y un árbitro elegido de común acuerdo, quien la presidía.

Esta comisión realizaba labores de conciliación y se transformaba en Comisión Arbitral en caso de no existir acuerdo. El arbitraje debía entonces ir acompañado de una instancia previa de conciliación y sus árbitros tenían la calidad de árbitros arbitradores.

La Comisión Conciliadora, que eventualmente podía constituirse en Comisión Arbitral, fue en su momento uno de los aspectos más novedosos e interesantes de la ley de concesiones de obras públicas. Sin embargo, casos de gran connotación pública como el de las cárceles concesionadas, dejaron al sistema de solución de controversias en entredicho. ¿Era adecuado un sistema de solución de controversias en que el juez fallaba conforme a la equidad y prudencia? ¿Era adecuada la fórmula que existía para la elección de los árbitros?

Fueron algunas de las interrogantes que se plantearon.

Así, uno de los cambios introducidos por la Ley N° 20.410 fue el establecimiento de una nueva institucionalidad en el mecanismo de solución de controversias compuesto por dos órganos diferentes: el Panel Técnico y la nueva Comisión Arbitral.

Veamos entonces cuáles fueron las circunstancias en que se gestó la nueva normativa.

1. Caso de las cárceles concesionadas: el antecedente de la Ley N° 20.410

Queda claro en los distintos pasajes de la historia de la ley que las modificaciones al sistema de solución de controversias están fuertemente influidas por el llamado “caso de las cárceles concesionadas”.

¿Cuál fue la situación? En síntesis, las sociedades concesionarias que se adjudicaron contratos de infraestructura penitenciaria, entablaron en contra del Estado demandas millonarias por costos adicionales, obras complementarias y retrasos en los pagos, debiendo el Estado pagar grandes cantidades de dinero por sobre el costo de la licitación.

De las tres causas que se originaron a partir de las concesiones de cárceles, la más importante corresponde al denominado Grupo I³ porque fue ésta donde hubo sentencias arbitrales y posteriormente de la justicia ordinaria.

En mayo del año 2007 la Comisión Arbitral resolvió acoger la demanda del Grupo I de cárceles concesionadas condenando al Ministerio de Obras Públicas a pagar una indemnización de 2,5 millones de UF.

El Consejo de Defensa del Estado se hizo parte en representación del Fisco (Ministerio de Obras Públicas) a través de un recurso de queja que rechazó la Corte de Apelaciones de Santiago. Parte de los argumentos esgrimidos por el Fisco en dicho recurso se basaron en:

- a) Una valorización abusiva y parcial de la prueba rendida en las causas acumuladas; y
- b) Una abusiva y parcial determinación de los costos financieros.

Es importante señalar que los jueces recurridos sostuvieron en su informe respecto de las imputaciones de la letra a) lo siguiente: *“El hecho de que en el fallo se haya puesto énfasis en una u otra de las pruebas rendidas no constituye una falta o abuso grave sino que es el cumplimiento fiel de las facultades privativas del tribunal arbitrador para valorar las mismas”*⁴.

³ El programa de infraestructura penitenciaria promovido por el Ministerio de Justicia a comienzos del año 2000 impulsó el desarrollo de un modelo de concesiones. Las sociedades concesionarias adjudicadas se distribuyeron en los siguientes grupos: GRUPO 1: Representa los recintos de Alto Hospicio, La Serena y Rancagua, fue adjudicada a la Sociedad Concesionaria BAS S.A. (corresponde a una Sociedad entre Besalco, Astaldi y Sodexo a través de SIGES). GRUPO 2: Incluye los recintos de Antofagasta y Concepción. La operación fue adjudicada a la Sociedad Concesionaria Grupo Dos S.A. (Sodexo) GRUPO 3: Representa los recintos de Santiago 1, Valdivia y Puerto Montt. Fue adjudicada a la Sociedad Infraestructura Penitenciaria Grupo 3 S.A. (Compass Group). (En cárceles concesionadas: revitalizando el modelo, Temas Públicos, Libertad y Desarrollo N°1076, 24 de agosto de 2012)

⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 29 de octubre de 2007, que rechazó el Recurso de Queja interpuesto por el Fisco. Rol 3536-2007.

La relevancia que se le otorga a la calidad de árbitro arbitrador se manifiesta en el considerando séptimo de la sentencia que falla el recurso, el cual se transcribe a continuación:

“7°.- Que es necesario tener presente que el Tribunal Arbitral que conoció de los autos acumulados, es un Tribunal Arbitrador que, como lo dispone el artículo 223 inciso 3° del Código Orgánico de Tribunales, tramita conforme a las normas que le señalan las partes en el acto constitutivo del compromiso y fallan obedeciendo a lo que la prudencia y equidad le dictaren, lo que implica que al dictar sus sentencias sólo se les puede reprochar faltas o abusos, como ha sostenido reiteradamente esta I. Corte, si la sentencia es inmoral, dolosa, manifiestamente inicua, absurda, contradictoria, ininteligible o imposible de cumplir; en otras palabras, por manifiesta arbitrariedad o por desconocimiento evidente de las normas impartidas por las partes en el acto del compromiso o bien falten a la equidad desconociendo elementos fundamentales del debido proceso”.

Esta sentencia, que rechazó el recurso de queja interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado, dio lugar a otro recurso de queja ante la Corte Suprema. En ese contexto se llegó a una conciliación que permitió un importante ahorro al Fisco respecto a lo que originalmente se le había condenado. El acuerdo de las partes se obtuvo el 2 de julio de 2008 en que se convino la rebaja del monto del capital ordenado pagar en la sentencia arbitral, de 2.467.085,13 unidades de fomento a 2.162.500 (dos millones ciento sesenta y dos mil quinientas) unidades de fomento.⁵

El caso, antes mencionado, puso en evidencia el problema de las continuas renegociaciones y excesivos litigios. Bitrán y Vilena sostienen que en Chile, cada concesión fue renegociada tres veces, muy por encima del promedio internacional⁶.

⁵ Recurso de Queja, Rol Corte Suprema N° 6004-2007 fs. 409 y ss.

⁶ Bitrán, Eduardo y Vilena, Marcelo. *“El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile, hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional”*. Centro de Estudios Públicos 117 (verano 2010) pág. 178- 179.

Estos autores, basados en un estudio realizado por Engel, Galetovic, Fischer y Hermosilla⁷, que abarcó los contratos de concesiones licitados hasta el año 2005, concluyen que adicionalmente a la inversión licitada en 49 contratos de concesión por US\$ 8.400 millones, se incurrió en gastos extras a lo licitado por US\$ 2.820 millones, es decir casi una tercera parte de la inversión.

Al analizar la historia de la Ley N°20.410 se hace evidente el rechazo a esta situación que se manifiesta por parlamentarios de los diversos sectores políticos.

El diputado Verdugo, refiriéndose a los juicios sobre esta materia dirigidos contra el Estado, señala: *“por desgracia, en su gran mayoría se han perdido, con consecuencias demasiado onerosas para el fisco”*.⁸

Más crítica resulta la opinión del senador Navarro, quien considera que: *“en general, la concesión de las cárceles ha sido un desastre para las finanzas públicas”*.⁹

Por su parte el diputado Hernández sostiene que los ajustes y correcciones que se incorporan al sistema de solución de controversias van en el sentido correcto, pues: *“otorgan mayor importancia y preponderancia al Estado que a las concesionarias, pero sin limitaciones excesivas, de modo que se puedan construir obras de envergadura, de desarrollo para el país.”*¹⁰

⁷ Engel, E., A. Galetovic, R. Fischer y Hermosilla, *“La Renegociación de Concesiones y la Nueva Ley”*. Puntos de Referencia N° 297, Centro de Estudios Públicos, Santiago Chile, año 2008.

⁸ Historia de la Ley N° 20.410, Segundo Trámite Constitucional, Discusión en Sala, intervención del diputado Verdugo, historia de la ley pág. 851.

⁹ Historia de la Ley N° 20.410, Comisión Mixta, Discusión en Sala, intervención del senador Navarro, pág. 1015.

¹⁰ Historia de la Ley N°20.410, Segundo Trámite Constitucional, Discusión en Sala, intervención del diputado Hernández, pág. 856.

De esta forma, es posible inferir que uno de los objetivos que se tuvo en cuenta por el legislador para modificar el sistema de solución de controversias, fue resguardar el interés fiscal y evitar que situaciones similares a las acontecidas con las cárceles concesionadas y las excesivas renegociaciones y litigios de los contratos de concesión volvieran a ocurrir en el futuro.

2. La creación del Panel Técnico y la nueva Comisión Arbitral

Como se señaló precedentemente, antes de las reformas introducidas por la Ley N°20.410, los conflictos que se suscitaban entre la Administración y las concesionarias eran sometidos a una Comisión Conciliadora que tenía, como su nombre lo indica, funciones conciliadoras, pero también jurisdiccionales. ¿Cómo es esto? En caso de conflicto esta Comisión Conciliadora instaba a las partes a lograr un arreglo, pero en caso de no existir acuerdo, la misma Comisión Conciliadora se transformaba en Comisión Arbitral, cuyos árbitros tenían la calidad de arbitradores.

En cuanto a su integración, la Comisión Conciliadora estaba conformada por tres miembros que debían tener la calidad de profesionales universitarios, pero no necesariamente la integraban abogados, lo que resulta importante si consideramos luego que esta misma comisión devenía, en caso de desacuerdo, en Comisión Arbitral y que además tenían la facultad de fallar en equidad y prudencia.

Con los cambios introducidos por la Ley N° 20.410 la etapa pre arbitral, a cargo de la Comisión Conciliadora, pasa a estar radicada en el Panel Técnico, quien asume esas y otras funciones como veremos a continuación.

2.1 El Panel Técnico

Respecto del nuevo Panel Técnico podemos señalar que en su creación se tuvo en cuenta la experiencia anglosajona a través de los *Dispute Board* y la buena experiencia en Chile tanto del Panel de Expertos de la Ley Eléctrica como de la Comisión de Expertos de los Servicios Públicos Sanitarios.¹¹

Está compuesto por cinco integrantes: dos abogados, dos ingenieros y un profesional del área de las ciencias económicas o financieras. La elección de los miembros es realizada por el Consejo de Alta Dirección Pública, mediante concurso público de antecedentes, el que deberá fundarse en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias.

Dentro de su competencia se encuentra realizar el seguimiento permanente a los contratos de concesión y aprobar todo aumento de obra que supere el 25% del presupuesto oficial. Asimismo, por tratarse de un órgano especializado, la ley establece que podrán someterse a la consideración del Panel Técnico, a solicitud de cualquiera de las partes, las discrepancias que se produzcan en relación con:

- a) 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;
- b) 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;

¹¹ Tanto en el caso de la Comisión de Expertos de los Servicios Públicos Sanitarios, como en el caso del Panel de Expertos de la Ley Eléctrica, sus decisiones son vinculantes. Ello, sin embargo, no ocurre respecto del Panel Técnico de concesiones.

- c) La definición de que el valor de las inversiones haya sobrepasado alguno de los límites establecidos en los artículos 19, 20 y 28 ter¹²;
- d) La determinación de los efectos económicos que tendría en la concesión la realización de obras adicionales; y
- e) 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.

La ley contempla, además, una causal genérica que permite someter al Panel Técnico 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.

Una de las características más relevantes de este órgano es que emite recomendaciones que tienen un carácter no jurisdiccional. Sin embargo, pese a que su recomendación no es vinculante, cuando se trate de aspectos técnicos o económicos, la intervención del Panel Técnico se exige como requisito para recurrir ante la Comisión Arbitral.¹³

¹² Estos artículos se refieren a la compensación en caso de acto sobreviniente de autoridad, la modificación de obras y servicios contratados mediante contrato complementario al contrato de concesión y el término anticipado de la concesión.

¹³ Artículo 36 bis incorporado por la Ley N°20.410 a la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

En cuanto a su naturaleza jurídica, por las características que posee, se trata en mi opinión, de un órgano pericial, porque ilustra a la Comisión Arbitral o a los interesados, en un determinado asunto cuya apreciación depende de conocimientos especiales. El informe de peritos, al igual que ocurre con la recomendación del Panel Técnico de la ley de concesiones de obras públicas, carece de la más mínima fuerza obligatoria y deja a quien o quienes lo pidieron en absoluta libertad para aceptar sus conclusiones o rechazarlas.

2.2 Ventajas del Panel Técnico:

- Tiene un carácter permanente, a diferencia de lo que ocurría con la antigua Comisión Conciliadora, en que se constituía una comisión diferente para cada contrato de concesión de obra pública.
- Constituye una herramienta de prevención. Se integra en la administración del proyecto y evita la evolución del conflicto de manera temprana debido a que puede solicitar al Ministerio de Obras Públicas y a los concesionarios los antecedentes que estime necesarios, con relación a los aspectos técnicos y económicos de la concesión, durante la etapa de construcción.
- Contribuye en mayor medida que su antecesora, la Comisión Conciliadora, a lograr una conciliación entre las partes porque se trata de una recomendación independiente, objetiva y que emana de expertos.
- Disminuye el uso de la instancia arbitral y desincentiva la especulación litigiosa. Porque en la práctica se espera una contundencia técnica en sus recomendaciones que inste a las partes a evaluar de manera más objetiva la conveniencia de recurrir a un arbitraje caro, no necesariamente breve y que puede deparar sorpresas.
- La seriedad de la justificación del Panel Técnico, desincentiva la litigación aunque no la impide.

- Sus recomendaciones sirven de insumo a las decisiones del Tribunal Arbitral o de la Corte de Apelaciones en su caso, pues aun en el evento en que las partes no lleguen a acuerdo, sus recomendaciones sirven a los jueces árbitros como una opinión de profesionales expertos en la materia y permite que las resoluciones de la Comisión Arbitral descansen, como señala Barros, no sólo en la “razonabilidad de los conceptos jurídicos invocados”, sino que además “encuentren correlato técnico en los hechos propios del caso”. Situación difícil de apreciar para el juez si no tiene el soporte pericial calificado.¹⁴
- Permite a las partes reducir la incertidumbre en juicios complejos y prever con mayor exactitud el escenario que se enfrenta si el asunto deviene en litigioso. Esto porque en términos prácticos, parte de la prueba técnica ya ha sido rendida por el Panel al exigirse su recomendación como requisito para recurrir a la instancia arbitral.¹⁵
- Evita judicializaciones innecesarias que traen consigo atrasos en la construcción de obras que finalmente benefician a toda la comunidad.

¹⁴ Barros Bourie, Enrique. “Innovaciones a la legislación sobre concesiones de obras públicas” en “Concesiones: el esperado relanzamiento”, Ediciones LYD, junio 2012, pág. 148.

¹⁵ Barros Bourie, Enrique. Op. Cit. pág. 145 y 149.

El trabajo del Panel Técnico, en la actualidad y a casi cinco años del inicio de sus funciones¹⁶, se ha centrado en el análisis del estado y desarrollo de los contratos de concesión bajo su ámbito de competencia. Esta institución realiza un seguimiento a los contratos de concesión, para lo cual mantiene un contacto permanente con los inspectores fiscales y gerentes de todas las concesionarias. A lo anterior se agregan visitas a terreno de las obras concesionadas para observar dificultades en el desarrollo de los contratos y reuniones con las jefaturas de la Coordinación de Concesiones.

Durante el año 2015 aumentaron a 17 los contratos de concesión regidos por el nuevo sistema de solución de controversias. Por otra parte, este año marca un hito no menor al realizarse, el 9 de octubre del año 2015, la primera recomendación del panel en la discrepancia D01-2015-3.

En la memoria del Panel Técnico del año 2014, su presidente, Erwin Stagno, sostiene que la institucionalidad se ha fortalecido con la presencia del Panel Técnico, ya que su actividad impulsa una mejor gestión de los contratos, cuyos resultados concretos se traducen en *“menores costos de transacción para las partes, y en definitiva para toda la ciudadanía”*.¹⁷

Se exponen en dicha memoria los números indicativos de controversias y renegociaciones de contratos del sistema antiguo y contratos posteriores a 2010, sucedidos en los primeros 4 años de concesión, según la siguiente tabla:

¹⁶ 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. (Memoria Anual 2011 del Panel Técnico de Concesiones)

¹⁷ Memoria Anual 2014, Panel Técnico de Concesiones, carta del presidente. Pág. 5, en www.panelconcesiones.cl

Año de concesión ¹⁸	Contratos sistema antiguo			Nº	Contratos panel técnico	
	Nº	Nº Controversias	Nº Renegociaciones		Nº Controversias	Nº Renegociaciones
4º	52	18	16	3	0	0
3º	52	12	25	5	0	0
2º	52	7	13	9	0	0
1º	52	3	3	14 ¹⁹	0	0
TOTALES		40	57		0	0

¹⁸ Fueron algunas de las interrogantes que se plantearon.

¹⁹ Se consideran 14 contratos puesto que el último en ingresar al sistema fue adjudicado en diciembre 2014.

Esta información revela que si se consideran los dos primeros años de concesión, las controversias y renegociaciones bajo el antiguo régimen en 52 contratos de concesión ascienden a 26, mientras que para 14 contratos de concesión posteriores al 2010 dentro del ámbito de competencia del Panel Técnico, no se registraron controversias ni renegociaciones.

2.3 La Comisión Arbitral

La finalidad de la nueva Comisión Arbitral fue perfeccionar el sistema de solución de controversias. Por lo anterior, una primera conclusión es que se mantiene el sistema de arbitraje para las concesiones de obras públicas. Existe con ello un reconocimiento implícito de que el arbitraje es, más allá de las deficiencias observadas, una forma idónea de solución de controversias por su celeridad y economía procesal, sin olvidar por cierto que las partes también tienen la alternativa de someter sus conflictos a la justicia ordinaria a través de un procedimiento especial ante la Corte de Apelaciones de Santiago.²⁰

²⁰ Es necesario tener presente que las partes tienen la alternativa de recurrir a la Comisión Arbitral o bien, a la Corte de Apelaciones de Santiago. En los casos en que se decidan por esta última opción se aplicará el procedimiento establecido en los artículos 69 a 71 de la Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile.

En cuanto a su competencia, tiene una función jurisdiccional que consiste en resolver las controversias o reclamaciones que se presenten producto de la aplicación o interpretación del contrato de concesión de obra pública.

Está integrada por tres miembros: dos abogados y un profesional del área de ingeniería, economía o construcción, los que son nombrados en el inicio de la concesión y permanecen en su cargo durante toda la vigencia del respectivo contrato de concesión.

A diferencia de la que ocurría antes de la reforma, las partes (concesionario y Ministerio de Obras Públicas) deben elegir “de común acuerdo” dos abogados, de una nómina confeccionada por la Corte Suprema, de veinte abogados, y un profesional especializado en ingeniería, economía o construcción, de una nómina confeccionada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de diez postulantes.

Este cambio es muy relevante pues tal como lo señala Vásquez, el árbitro de parte provoca distorsiones frente a la imparcialidad e independencia que se requiere por cuanto éste se convierte en una especie de extensión de la parte que lo nombró, su mandatario o representante, que intenta hacer valer su posición a la hora de resolver el conflicto.²¹

En el mismo sentido Castillo, refiriéndose a la tesis de la relatividad moral de los árbitros, señala que a los árbitros de parte no se les puede exigir que actúen con imparcialidad. Al ser precisamente elegidos por las partes, deben guardar para con ella, ciertos deberes que van más allá de resolver el conflicto con justicia, sino más bien, someterse a la hora de resolver a lo que la parte que lo eligió entendía era lo justo²². Esto da pie a una moral invertida, pues en su opinión, si se sigue el curso de este razonamiento lo reñido contra la ética sería más bien que los árbitros de parte

²¹ Vásquez Palma, María Fernanda, “*El arbitraje en Chile, análisis crítico de su normativa y jurisprudencia*”, Editorial LegalPublishing, año 2009, pág. 599.

²² Castillo Freyre, Mario y Vásquez Kunze, Ricardo, “*Arbitraje: El juicio privado: La verdadera reforma de la justicia*”, Plaestra Editores, Perú, año 2006, pág. 143 y 144.

fallaran en contra de la parte que los eligió, deshonrando el principio por el que fueron designados para integrar el tribunal arbitral.²³

Otro de los cambios que reviste interés es el paso de los árbitros arbitradores a árbitros mixtos, que como sabemos es un árbitro de derecho que solo en cuanto al procedimiento goza de las facultades de un árbitro arbitrador.

En la ley de concesiones de obras públicas, se establece este tipo de arbitraje en el nuevo artículo 36 bis que señala:

*“(...) La Comisión Arbitral tendrá las **facultades de árbitro arbitrador en cuanto al procedimiento y apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica**, admitiendo además de los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, cualquier otro medio, indicio o antecedente que, en concepto de la Comisión, sea apto para establecer los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos.*

*La Comisión tendrá un plazo de 60 días hábiles, contado desde que se cite a las partes al efecto, **para dictar sentencia definitiva con arreglo a derecho**, la que será fundada, y deberá enunciar las consideraciones de hecho, de derecho, técnicas y económicas sobre cuya base se haya pronunciado.”* (Lo destacado es nuestro).

De esta forma, en la actualidad la Comisión Arbitral debe apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y dictar un fallo en que el juez reproduzca el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare en la sentencia.

Los árbitros mixtos que remplazaron a los árbitros arbitradores otorgan mayor seguridad tanto a la Administración (MOP) como al concesionario, pues les permite evitar el riesgo de una sentencia que falle contra la ley o que en aras de la prudencia y equidad falle incluso contra lo expresamente estipulado en el contrato de concesión, soslayando con ello el principio de la intangibilidad de los contratos.

²³ Castillo Freyre, Mario y Vásquez Kunze, Ricardo, Op. Cit., pág. 145.

2.4 Ventajas de la nueva Comisión Arbitral

- Mayor independencia de los árbitros: Se elimina el “juez de parte” el cual genera distorsiones frente a la independencia e imparcialidad, pues pasa a ser normalmente una extensión de la parte que lo nombró.
- La Comisión la integran árbitros mixtos. Este cambio es uno de los objetivos más importantes que persigue el legislador. Se estima que la figura del árbitro arbitrador pone en una situación de debilidad al Estado de Chile²⁴ pues representa un incentivo a litigar más allá de los casos en que se tiene la certeza de tener la razón. La modificación persigue eliminar el incentivo a litigar “per se”.
- También contribuye a una mayor previsibilidad del resultado porque la sentencia deberá dictarse conforme a la ley y respetando las Bases de Licitación. Al tener, antes de la reforma, el árbitro la calidad de arbitrador, le permitía modificarlas si las consideraba injustas, lo que contraviene la certeza jurídica y la intangibilidad de los contratos.
- Con el cambio introducido, los árbitros de la nueva Comisión Arbitral pueden establecer con libertad las normas de procedimiento, pero su fallo debe ser fundado y conforme a derecho y deben señalar las consideraciones técnicas y económicas sobre cuya base se haya pronunciado. Para ello cuenta con los antecedentes y recomendaciones proporcionados por el Panel Técnico, órgano especializado, las que servirán de base a la dictación de la sentencia.
- Existe un mayor control de laudo. La inexistencia de recursos no permite dicho control y el utilizado (recurso de queja) no resulta

²⁴

Senador Letelier: “(...) la verdad es que el mecanismo de arbitraje que tenemos hoy ha resultado inadecuado, poco feliz a los intereses del Estado y tremendamente conveniente para las empresas concesionarias.”

la vía idónea para hacerlo. Respecto a este último recurso, que tiene por finalidad corregir las faltas o abusos cometidos en la dictación de las resoluciones judiciales, ocurría, antes de la reforma, que por tratarse de árbitros arbitradores, la infracción a la equidad era una situación difícil de configurar, pues la jurisprudencia ha señalado que debe tratarse de un fallo absurdo, contradictorio, inmoral, imposible de cumplir. Con el cambio a árbitros mixtos el fallo debe someterse a exigencias más estrictas.

Por último, una ventaja tanto del Panel Técnico como de la Comisión Arbitral, consiste en que se garantiza la independencia de sus integrantes a través de las inhabilidades más estrictas que no admiten compatibilidad con actividades relacionadas. Para compensar este hecho, tienen derecho a una remuneración superior cuyo financiamiento es compartido entre la Administración y el concesionario.

Conclusiones

Pese al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias incorporado por la Ley N° 20.410 a través del Panel Técnico y la Comisión Arbitral, transcurridos 5 años de su entrada en vigencia, aún no es posible hacer un análisis de los pronunciamientos del Panel o la jurisprudencia de la Comisión Arbitral pues a la fecha existe sólo 1 pronunciamiento del Panel Técnico en una discrepancia y ninguna sentencia dictada por la Comisión Arbitral.

Lo anterior puede obedecer a muchos factores. No obstante un hecho claro es que la Ley N° 20.410 estableció en su artículo primero transitorio la posibilidad de hacer aplicables su normas a los contratos de concesión resultantes de procesos de licitación cuyas ofertas se hubiesen presentado con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma, siempre que el concesionario “optara” por este nuevo sistema dentro de los 3 meses siguientes a la entrada en vigencia de la ley, frente a lo cual, ninguna concesión del régimen antiguo se sometió al nuevo sistema.

Dado que, la competencia de la nueva institucionalidad en materia de solución de controversias recae en contratos de concesión posterior-

res al 2010 y, que dichos contratos de concesión, por su envergadura, normalmente suelen extenderse por varios años, hoy subsisten dos regímenes, uno en el que todavía existe comisión conciliadora y árbitros arbitradores y otro, para los contratos que quedaron regidos por la nueva ley, donde interviene el Panel Técnico y los árbitros que integran la Comisión Arbitral son árbitros mixtos.

El Panel Técnico, a través de su presidente, se ha manifestado partidario de introducir modificaciones que cierren estas diferencias de tratamiento regulatorio, tales como extender su supervisión a las renegociaciones de contratos bajo el régimen previo a 2010, o alternatively, exigiendo que en toda renegociación el contrato se adapte a las condiciones de la reforma de 2010.²⁵

Más allá de si se concretan o no esos cambios, no cabe duda que en la actualidad una de las ventajas comprobadas del Panel Técnico de Concesiones ha sido su contribución como herramienta de prevención, a través del seguimiento de los contratos de concesión de obras públicas y su intervención temprana en la evolución del conflicto, logrando con ello una reducción de los índices de conflictividad, sin desincentivar la inversión.

²⁵ Stagno, Erwin, “*Hacia una mejor institucionalidad de concesiones*”. El Mercurio, viernes 10 de octubre de 2014.