

DISPUTE BOARDS EN CHILE:
EXPERIENCIA ANTE EL PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES DE OBRAS
PÚBLICAS

Carolina Alcalde Ross¹

Felipe Valdés Gabrielli²

Resumen: Las cifras avalan el éxito que los *dispute boards*, en cuanto mecanismos alternativos de solución de controversias, han tenido en la experiencia comparada. En Chile, el Panel Técnico de Concesiones de Obras Públicas corresponde a un *dispute board* establecido por la Ley N° 20.410 de 20 de enero de 2010, cuyas principales características y pronunciamientos se analizan en esta columna.

Palabras claves: Dispute board – Panel Técnico de Concesiones – Concesiones – Construcción.

El Panel Técnico de Concesiones de Obras Públicas (en adelante el “Panel” o el “Panel Técnico”) fue creado por la Ley N° 20.410 de 20 de enero de 2010, que, al efecto, tuvo en consideración la experiencia anglosajona con los *dispute boards*. En sentido, se entiende por *dispute board* al panel compuesto por profesionales, independientes de las partes, encargados de revisar la ejecución de un proyecto y de un contrato determinados para efectos de evitar conflictos y, en el evento de resultar ello imposible, asistir a las partes en una resolución de la controversia rápida, eficiente y mutuamente beneficiosa³. Al efecto, la Cámara de Comercio Internacional define al *dispute board* como:

“A standing body composed of one or three DB Members. Typically set up upon the signature or commencement of performance of a mid- or long-term contract, they are used to help parties avoid or overcome any disagreements or disputes that arise during the implementation of the contract. Although commonly used in construction projects, DBs are also effective in other areas. These areas

¹ Árbitro Joven del CAM Santiago, Abogada de la Universidad Diego Portales, calcalde@alcalde.cl

² Abogado, Universidad de Los Andes, MBA Solvay, Université Libre de Bruxelles, MBL Universidad Adolfo Ibañez, Socio Alcalde & Cía., fvaldes@alcalde.cl

Nuestros agradecimientos a José Miguel Alcalde, cuya asistencia en el procesamiento de la información estadística del Panel Técnico de Concesiones fue muy relevante.

³ CHARRETT, DONALD. 2009. Dispute Boards and Construction Contracts. Society of Construction Law. Australia, 2p.

include research and development; intellectual property; production sharing and shareholder agreements”.⁴

Usualmente, el *dispute board* se establece con anterioridad al inicio de la ejecución del contrato y recibe reportes regulares durante el avance del proyecto, lo que conduce a una familiarización con la obra y a la resolución temprana de muchos de los diversos inconvenientes que generalmente se presentan durante el desarrollo de ésta.

De hecho, la experiencia comparada demuestra que las cifras avalan la conveniencia de utilizar *dispute boards* como mecanismos de solución temprana de controversias. Así, de conformidad con las cifras de la Base de Datos de la Dispute Resolution Board Foundation, en Estados Unidos, durante el período comprendido entre los años 1975 y 2010, se acordó el mecanismo en 2.200 proyectos, sobre los USD\$ 200 billones, de los cuales sólo un 40% presentó algún tipo de disputa. Del universo de disputas, un 98.4% fue resuelta por el panel respectivo, evitando que las partes recurrieran a arbitraje o litigio⁵. En un sentido similar, de conformidad con las cifras de la Cámara de Arbitraje de Milán, a 2016, entre un 72 y un 85% de los casos en que el existía pronunciamiento del *dispute board*, dicho dictamen era aceptado por las partes sin recurrir a arbitraje o litigio⁶.

Según se observa, las cifras hablan de un éxito indiscutible de cara al proyecto. Para ello, resulta esencial que el *dispute board* respectivo se familiarice con las obras desde su comienzo a través de visitas periódicas o recepción de informes, tanto formales como informales, tendientes al continuo involucramiento en el acontecer del proyecto⁷. Del mismo modo, resulta fundamental que el panel sea capaz de resolver las diversas disputas entendiendo las posturas de las partes y la génesis de la controversia, para efectos de permitir un acercamiento que, en los hechos, resulte en la adopción de acuerdos que tiendan a solucionar el conflicto que se trate. La anterior es, en nuestra opinión, la única forma de entender un *dispute board*, en cuanto a que su establecimiento no constituya una condición previa al arbitraje -en cuyo caso deja de ser eficiente en cuanto a los costos, para convertirse en una variable adicional en la creciente litigiosidad de este tipo de proyectos- sino que un eficiente mecanismo de solución de controversias.

En nuestro sistema, el Panel Técnico corresponde a un *dispute board* establecido por la Ley N° 20.410 que se encuentra integrado por dos abogados, dos ingenieros y un profesional de las áreas de las ciencias económicas o financieras. Al igual como ocurre en la experiencia comparada, el Panel tiene por objeto la solución temprana de las controversias, emitiendo al efecto una

⁴ International Chamber of Commerce, Dispute Board, disponible en: www.iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/rules/

⁵ Dispute Resolution Board Foundation, Dispute Resolution General Database, disponible en: www.drb.org/publications-data/drb-database/

⁶ Cámara de Arbitraje de Milán, General Overview of Dispute Boards, año 2016. En: FIGUEROA, DANTE. 2017. Dispute Boards for Infrastructure Projects in Latin America. Dispute Resolution International, Vol. 11, N° 2. 151p.

⁷ FIGUEROA, DANTE. Op. Cit. 156p.

recomendación técnica y económica de carácter no vinculante, en cuanto resultado de un proceso no jurisdiccional.

De conformidad con las cifras del propio Panel, un 46,43% de los conflictos sometidos a recomendación se producen en la etapa de construcción de la obra pública fiscal, un 28,57% durante la explotación de ésta y un 25% durante la construcción y explotación del proyecto⁸. En cuanto al tipo de proyectos objeto de disputa, un 46,43% se relaciona con infraestructura vial y un 28,57% con aeropuertos, seguidos por hospitales, embalses y edificaciones públicas/equipamiento urbano.

Desde su creación⁹, el Panel ha conocido un total de 36 discrepancias generadas por controversias en la ejecución de 26 contratos de concesión de obra pública bajo su competencia. Así, en el período entre 2015¹⁰ y 2018 inclusive, y en base a la información entregada por el propio Panel, el referido organismo ha recomendado compensar a las Sociedades Concesionarias por un total de UF 1.951.521,67 que, a la fecha de presentación de la Memoria Anual de 2018¹¹, equivalía a \$ 54.179.217.939¹² pesos chilenos. Lo anterior, para estos efectos, indica que el Panel Técnico ha recomendado compensar a las Sociedades Concesionarias por montos equivalentes aproximadamente a un 17% del total solicitado.

En nuestra opinión, las cifras anotadas dan cuenta del potencial del Panel Técnico en cuanto a mecanismo para la solución eficiente de conflictos en materia de concesiones, especialmente considerando que la mayoría de los conflictos involucran la etapa de construcción del proyecto respectivo. En este sentido, las cifras de órganos en el derecho comparado dan cuenta de que la tasa de judicialización del conflicto se reduce drásticamente en la medida en que el *dispute board* respectivo emita recomendaciones que recojan adecuadamente las posturas de las partes, en base a la evidencia presentada, para efectos de permitir un acercamiento.

Estimamos que, en lo que respecta al sistema de concesiones, resta aún camino por recorrer para efectos de convertir al Panel Técnico en un mecanismo verdaderamente efectivo de cara a una disminución en la judicialización de los conflictos. Ello por cuanto, a modo ilustrativo, durante los últimos dos años y por diversas razones, se ha producido una disminución en el número de acuerdos suscritos tras la dictación de la recomendación respectiva, lo que da luces respecto del

⁸ Panel Técnico de Concesiones de Obras Públicas, Cuenta Pública de fecha 12 de julio de 2019. Disponible en el sitio web www.panelconcesiones.cl.

⁹ Período comprendido entre el año 2015 y mayo de 2019.

¹⁰ Sin perjuicio de que el Panel Técnico de Concesiones fue creado durante el año 2010, la primera discrepancia fue presentada durante el año 2015.

¹¹ Con un valor UF equivalente a \$27.762,55, y un Dólar de \$707,86 al 31 de mayo de 2019, ello según consta en www.panelconcesiones.cl/OpenNews/Default.aspx?argInstanciaId=1&argNoticiaId=85&argEdicionId=0.

¹² La cifra anotada excluye el valor de recomendaciones que acceden a compensaciones de tipo “conceptual”, esto es, aquellas que reconocen la procedencia de compensar el valor de determinadas obras adicionales mas no determinan el valor de las referidas obras.

cumplimiento de los objetivos tenidos a la vista por el legislador para efectos del establecimiento de la normativa aplicable.

En cuanto a las materias sometidas a recomendación, el Panel Técnico sólo tiene competencias para pronunciarse sobre cuestiones de índole técnica o económica, esto es, carece de facultades para efectuar interpretaciones de orden jurídico sobre las controversias que se sometan a su conocimiento. En el ejercicio de dichas facultades, el Panel ha dictado, desde su creación, recomendaciones que se pronuncian sobre algunos de los puntos más relevantes y de usual ocurrencia en el sistema de concesiones y, en general, en materia de construcción. Así, las recomendaciones del Panel se han pronunciado sobre los mayores costos producidos por modificaciones en la legislación aplicable una vez adjudicada la licitación de un determinada concesión, también conocido como el “hecho del príncipe”, sobre atrasos imputables al Mandante derivados del incumplimiento de los plazos para iteraciones de la ingeniería y entrega de terrenos, sobre reclamos de obras adiciones en contraposición a los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos con anterioridad a la adjudicación del contrato, sobre el modo de cuantificar las compensaciones referidas a gastos generales, entre otros.

Con relación a la determinación de los costos adicionales producidos con ocasión de cambios en la normativa aplicable posteriores a la adjudicación del proyecto respectivo, el Panel se pronunció en un caso sobre el hecho del príncipe derivado de una actualización del Manual de Carreteras y del Manual de Señalización que, en ese caso, habrían afectado el régimen económico en contrato sobre infraestructura vial en el Norte de Chile.

En este sentido, cabe tener presente que la Ley N° 20.410 reconoce expresamente el derecho a ser compensado en la medida en que se cumplan los requisitos establecidos en la normativa aplicable. Así, de conformidad con la Ley de Concesiones, para efectos de que se compense un cambio en la normativa es necesario que dicho cambio se produzca por un acto sobreviniente de la autoridad con potestad pública, que dicho cambio no haya podido ser previsto al tiempo de la adjudicación, que el acto de autoridad no constituya norma legal o administrativa dictada con efectos generales que exceda del ámbito de la industria, y que dicho cambio normativo altere significativamente el régimen económico del contrato de que se trate.

En el caso en análisis, el Panel Técnico desestimó las defensas del Ministerio de Obras Públicas, en cuanto a que el contrato de concesión es de carácter administrativo y, como tal, requeriría la incorporación de las modificaciones legales asumiendo la Sociedad Concesionaria los riesgos respectivos, lo que en su tesis excluiría la procedencia del hecho del príncipe.

En este sentido, el Panel concluyó que concurrían los requisitos establecidos en la legislación aplicable indicando, respecto de la previsibilidad del acto, que se cumplía la exigencia en cuestión en cuanto el proceso de elaboración o actualización de la normativa específica no contempló una fase de consulta pública ni otras circunstancias que permitieren prever un resultado determinado. Del mismo modo, respecto del requisito relativo a la alteración significativa del

régimen del contrato respectivo, el Panel hizo eco de la Historia de la Ley N° 20.410, en cuanto a que el equilibrio económico debía expresarse como la “*mantención aproximada de la rentabilidad con la que se licitó el proyecto*”¹³, señalando al efecto que en el caso referido se habría alterado el valor actual neto del proyecto original en una proporción superior al 50%, lo que resultaba significativo. En base a las consideraciones anteriores, el Panel Técnico recomendó compensar a la Sociedad Concesionaria recurrente¹⁴.

En otro caso, sobre atrasos imputables al Mandante en la construcción de una obra pública fiscal que se relacionaron con una entrega tardía de los terrenos y demora en la revisión y aprobación de la ingeniería respectiva, el Panel Técnico contrastó los plazos contenidos en las bases de licitación con el tiempo que el Mandante tardó en las iteraciones referidas. En base a ello, para efectos de pronunciarse sobre el número de días materia del atraso invocado, el Panel contrastó la curva S de avance físico (económico) acumulado con el avance real, lo que se extrajo de los flujos de caja y estados de pago aprobados¹⁵.

En base a lo anterior, el Panel recomendó reconocer un atraso de 391 días, así como también compensar por concepto de gastos generales, mayores costos derivados de la dilación de trabajo e intereses asociados a los conceptos anteriores. Ello, a su vez, permitió a la Sociedad Concesionaria efectuar dos presentaciones adicionales ante el Panel Técnico, por medio de las cuales solicitó se reconocieran las consecuencias patrimoniales asociadas al gasto financiero derivado del atraso¹⁶ y un aumento del plazo máximo de la concesión¹⁷.

Para efectos de la compensación de los gastos generales asociados al atraso reconocido, el Panel Técnico -atendiendo a las particularidades del sistema de concesiones- no utilizó la fórmula según la cual procedía dividir los gastos generales totales bajo el contrato por el período de duración del referido contrato, multiplicando el resultado por los días de atraso reconocidos,

¹³ Este criterio quedó recogido en el inciso séptimo del artículo 19° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, al establecer que para el cálculo de las compensaciones y el ajuste de los parámetros para determinados factores económicos del contrato “deberá siempre efectuarse de manera tal de obtener que el valor presente neto del proyecto adicional sea igual a cero, todo ello considerando la tasa de descuento aplicable y el efecto económico que el proyecto adicional pueda tener en el proyecto original, incluido el mayor riesgo que pueda agregar al mismo”.

¹⁴ Recomendación dictada por el Panel Técnico de Concesiones en Discrepancia caratulada “Sociedad Concesionaria Rutas del Desierto S.A. c. Ministerio de Obras Públicas”, ingreso D01-2015-3, de fecha 9 de octubre de 2015.

¹⁵ Recomendación dictada por el Panel Técnico de Concesiones en Discrepancia caratulada “Sociedad Concesionaria Valles del Bío Bío S.A. c. Ministerio de Obras Públicas”, ingreso D07-2017-2, de fecha 17 de enero de 2018.

¹⁶ Discrepancia seguida ante el Panel Técnico de Concesiones, caratulada “Sociedad Concesionaria Valles del Bío Bío S.A. c. Ministerio de Obras Públicas”, ingreso D09-2018-2, que concluyó con la recomendación de compensar a la Concesionaria los sobrecostos financieros causados por el atraso.

¹⁷ Discrepancia seguida ante el Panel Técnico de Concesiones, caratulada “Sociedad Concesionaria Valles del Bío Bío S.A. c. Ministerio de Obras Públicas”, ingreso D02-2019-2, que concluyó con la recomendación de extenderle a la Concesionaria el plazo máximo de la concesión, en el caso que no se hubiere alcanzado el ITC del Contrato, en la relación dispuesta en las Bases de Licitación.

sino que atendió a los porcentajes establecidos al efecto en el Reglamento para Contratos de Obra Pública del Ministerio. En este sentido, se recomendó:

“Teniendo en consideración que la costumbre de la industria es asignar para gastos generales de un contrato de construcción de caminos un monto equivalente a un porcentaje sobre los Costos Directos, que oscila en un rango entre el 25% y el 30%, y asimismo, teniendo presente que el Reglamento de Contratos de Obras Públicas en sus artículos 105 y 138 asignan para efectos de obras extraordinarias, un porcentaje máximo para Gastos Generales del 30% de los Costos Directos, el Panel de Concesiones estima que en el caso en análisis debe compensarse a la SC un monto por Gastos Generales equivalente al 30% de los Costos Directos contenidos en el Contrato de Ingeniería y Construcción”.

En un tercer caso, que ha sido de común ocurrencia en proyectos de infraestructura vial y que se refiere a obras adicionales exigidas por la autoridad con posterioridad a la adjudicación de la licitación, el Panel analizó el alcance de las obras reclamadas para determinar si ellas excedían de estándares técnicos establecidos en las Bases de Licitación¹⁸.

En este sentido, respecto de edificios que fueron objeto de exigencias adicionales, el Panel Técnico atendió a la superficie y especificaciones licitadas versus aquello que en definitiva se construyó, para efectos de concluir la procedencia de la alegación respectiva. Del mismo modo, respecto de ajustes requeridos por normativa aplicable, esto es, la Ley de Accesibilidad Universal, el Panel consideró que los requerimientos impuestos por un manual de carácter no vinculante, que fuera utilizado por la Autoridad mientras se dictaban los actos y reglamentos del Artículo Quinto Transitorio del referido cuerpo legal, constituyen, para estos efectos, obras adicionales¹⁹. Lo anterior, considerando que la norma carecía de los criterios técnicos que permitieran a la Sociedad Concesionaria cumplir con lo ahí establecido²⁰.

En base al análisis anterior, el Panel Técnico concluyó que las exigencias de la autoridad implicaron la construcción de obras no contempladas dentro de las obligaciones del Contrato de Concesión, rechazando considerarlas meros ajustes técnicos propios de las adaptaciones de los proyectos de ingeniería, como fuera argumentado por el Ministerio de Obras Públicas. Así entonces, por considerar haberse modificado las características de las obras contratadas, el Panel recomendó compensar los trabajos en favor de la Concesionaria.

¹⁸ Recomendación dictada por el Panel Técnico de Concesiones en Discrepancia caratulada “Sociedad Concesionaria Ruta del Algarrobo S.A. c. Ministerio de Obras Públicas”, ingreso D010-2018-5, de fecha 11 de febrero de 2019.

¹⁹ Recomendación dictada por el Panel Técnico de Concesiones en Discrepancia caratulada “Sociedad Concesionaria Ruta del Algarrobo S.A. c. Ministerio de Obras Públicas”, ingreso D010-2018-5, de fecha 11 de febrero de 2019.

²⁰ En ese caso, el Panel Técnico realizó una serie de distinciones entre situaciones contempladas en la norma y, en base las referidas distinciones, accedió o rechazó las obras adicionales respectivas en base a la procedencia de utilización del referido manual.

En definitiva, como se observa, el Panel ha recibido, y se ha pronunciado, sobre materias que resultan fundamentales en el derecho de la construcción, de lo que se sigue que un cabal entendimiento de sus recomendaciones resulta fundamental para efectos de la determinación del establecimiento de criterios técnicos y económicos en la industria.

Del mismo modo, el Panel Técnico de Concesiones tiene la aptitud y potencial requeridos para convertirse en un órgano esencial para efectos de evitar la judicialización de conflictos que, por su naturaleza, se presentan en contratos de largo aliento en los que la resolución temprana de controversias opera en beneficio de todas las partes. Lo anterior, en muchos casos se opone a las cifras del propio Panel, que demuestran una disminución en la suscripción de acuerdos tras la dictación de la recomendación respectiva.

Bibliografía

1. CHARRETT, DONALD. 2009. Dispute Boards and Construction Contracts. Society of Construction Law. Australia.
2. FIGUEROA, DANTE. 2017. Dispute Boards for Infrastructure Projects in Latin America. Dispute Resolution International, Vol. 11, N° 2.