



**CAUSAS DE LAS DISCREPANCIAS ENTRE LAS SOCIEDADES
CONCESIONARIAS Y EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS ENTRE LOS
AÑOS 2015 Y 2020 Y PROPUESTAS DE MEJORA.**

POR: FERNANDO ABARA ELÍAS

Tesis presentada a la Facultad de Gobierno de la Universidad del Desarrollo para optar al
Grado de Magíster en Políticas Públicas mención en economía

PROFESOR GUÍA:

Sr. RODRIGO TRONCOSO OLCHEVSKAIA

Sr. JOSÉ DE LA CRUZ GARRIDO FUCHSLOCHER

JUNIO, 2021

SANTIAGO

Se autoriza la reproducción de esta obra en modalidad acceso abierto para fines académicos o de investigación, siempre que se incluya en la referencia bibliográfica.

ÍNDICE

1. RESUMEN	5
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA E INTERROGANTE DE INVESTIGACIÓN	7
3. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN	10
4. METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN	11
5. MARCO TEÓRICO	13
5.1 El sistema de concesiones de obras públicas	13
5.2 De los contratos administrativos en general y de los contratos de concesión en particular.	17
5.3 Mecanismo de solución de controversias en el sistema de concesiones de obras públicas. El Panel Técnico de Concesiones (PTC).	30
<i>5.3.1 Solución de controversias antes del año 2010</i>	31
<i>5.3.2 Solución de controversias a partir del año 2010</i>	32
5.4 Causas de las Discrepancias entre el MOP y las sociedades concesionarias. ..	41
5.5 Litigiosidad en el sistema de concesiones	53
5.6 La mayor litigiosidad incrementa los costos sociales	60
6. RESULTADOS	62
6.1 Materias que se someten a la decisión del Panel Técnico de Concesiones y causas de las discrepancias, a la luz de las recomendaciones emitidas.	62
<i>6.1.1 Sobrecostos por obras adicionales</i>	64
<i>6.1.2 Sobrecostos por incumplimiento del MOP</i>	65
<i>6.1.3 Compensaciones por caso fortuito o fuerza mayor o excesiva onerosidad sobreviniente.</i>	66
<i>6.1.4 Pérdidas de ingresos comerciales y aumentos de plazo</i>	67
<i>6.1.5 Declaraciones</i>	68
<i>6.1.6 Síntesis</i>	68
6.2 Causas de las discrepancias a la luz de los resultados de las entrevistas	69
6.3 En relación con la caracterización de los criterios adoptados por el Panel de Concesiones para resolver las discrepancias	72
<i>6.3.1 Criterios de orden jurídico y regulatorios</i>	73

6.3.2	<i>Criterios de orden económico: el equilibrio económico-financiero del contrato.</i>	76
6.3.3	<i>Criterios de orden técnico</i>	78
6.3.4	<i>Síntesis</i>	80
7.	PROPUESTAS DE MEJORAS AL SISTEMA DE CONCESIONES	80
7.1	Aspectos institucionales	80
7.2	Organización administrativa y gestión del MOP	83
7.3	Diseño contractual	85
7.4	Modelos de negocio y distribución de los riesgos	86
7.5	Síntesis	87
8.	CONCLUSIONES	87
	BIBLIOGRAFÍA	94

1. RESUMEN

El sistema de concesiones de obras públicas en Chile, es una asociación público-privada que se materializa en contratos complejos y de tracto sucesivo, cuya ejecución se realiza en diferentes etapas a lo largo del tiempo. Adicionalmente, la complejidad de estos contratos que involucran importantes montos de inversión y, por lo tanto, de financiamiento, son de suyo incompletos, puesto que no es posible prever eventos extraordinarios y sobrevinientes que afectan el desarrollo de los contratos. Por ello, la posibilidad que surjan divergencias entre las sociedades concesionarias que se han adjudicado un contrato de concesión y el Ministerio de Obras Públicas es frecuente, de hecho la estadística muestra que existe un grado importante de litigiosidad.

Tales controversias generan costos relevantes para la sociedad en términos de las compensaciones que debe pagar el Fisco, de los mayores plazos en la ejecución de las obras, en la demora en la satisfacción de las necesidades que se busca satisfacer y en la provisión de los bienes públicos que buscan otorgar a la población, por lo que descubrir y estudiar las causas de esas controversias, nos permite buscar soluciones y proponer mejoras al sistema de concesiones que, al mismo tiempo, permitan reducir dicha conflictividad y costos asociados.

La Ley de Concesiones contempla el Panel Técnico de Concesiones de Obras Públicas, como un mecanismo de solución temprana de discrepancias. A través del estudio de las Discrepancias que se someten al conocimiento del Panel Técnico de Concesiones de Obras Públicas y las Recomendaciones emitidas por dicha entidad, se descubrieron, clasificaron e interpretaron las materias que se someten al conocimiento de dicha instancia, así como los

criterios adoptados por el Panel para resolverlos y las razones de dichos reclamos. De dicho proceso se obtuvieron las respuestas a las preguntas de investigación sobre las causas de dichas discrepancias y las posibles mejoras que resultan convenientes de introducir. Adicionalmente, buscando en la experiencia y conocimiento de personas con relevante participación en el sistema de concesiones, se entrevistaron a personas claves de la industria, obteniendo importantes hallazgos respecto de las causas y propuestas de mejoras.

Como resultado de todo el proceso, se puede concluir que las materias que se discuten mayoritariamente ante el Panel Técnico de Concesiones dicen relación con sobrecostos, particularmente en la etapa de construcción de las obras. Asimismo, se identificaron 32 criterios adoptados por el Panel para resolver dichas materias, que son de orden jurídico/regulatorio, económico y técnicos. Dichos criterios interactúan entre sí para resolver una discrepancia planteada, puesto que se combinan unos con otros, pero los énfasis de cada criterio están determinados por la naturaleza de la discrepancia que se somete a conocimiento del Panel.

Las causas de los mayores costos que se reclaman, en la gran mayoría de los casos están referidas a obras adicionales exigidas por el Ministerio de Obras Públicas y a atrasos o incumplimientos de dicho ministerio. Desde el punto de vista de la experiencia de la industria, recogida a través de las entrevistas y del conocimiento propio, destacan la rigidez de los contratos, la falta de actualización de los antecedentes entre la preparación de la licitación y el momento en que ésta se produce, los roles del Ministerio de Obras Públicas, particularmente del Inspector Fiscal, el rol de la Contraloría General de la República y los incentivos para litigar.

Finalmente, las propuestas de mejoras, dicen relación con aspectos institucionales, con la organización administrativa y la gestión propia del Ministerio de Obras Públicas, con el diseño de los contratos, con el modelo de negocio y la distribución de riesgos. Las soluciones para mejorar el sistema de concesiones y reducir la litigiosidad, de acuerdo con la experiencia recogida en las entrevistas realizadas, dicen relación con tener contratos que permitan adaptarse a las nuevas circunstancias, mediante cláusulas flexibles, robustecer la Inspección Fiscal y la Dirección General de Concesiones, tener contratos de plazos variables con Ingresos Totales de la Concesión, reforzar la institucionalidad del Panel Técnico de Concesiones en aspectos presupuestarios y procedimentales y consolidar el mecanismo de solución de controversias en un solo organismo, como el mencionado Panel, elevando el valor de sus recomendaciones.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA E INTERROGANTE DE INVESTIGACIÓN

El sistema de concesiones de obras públicas es una política pública de asociación público-privada para resolver carencias de infraestructura necesaria para la satisfacción de necesidades de la población y mejorar la calidad de vida, tales como autopistas, hospitales, aeropuertos, embalses, entre otros. Para materializarlo el Estado llama a una licitación pública internacional y adjudica los contratos, en virtud de los cuales la empresa adjudicada se obliga a ejecutar y mantener la obra, con sus propios recursos o a veces con participación del Estado mediante subsidios, a cambio de lo cual el Estado le otorga el derecho de explotarlas por un período de tiempo. Como se trata de contratos de larga ejecución, normalmente se producen varias controversias entre las sociedades concesionarias y el

Ministerio de Obras Públicas (MOP) por diferentes causas, tanto en la etapa de construcción como en menor grado en la etapa de explotación.

El Panel Técnico de Concesiones (PTC o Panel) es un mecanismo de solución temprana de controversias entre el MOP y las sociedades concesionarias (SSCC) dentro del sistema de concesiones en Chile. Fue creado en el año 2010 con la dictación de la ley 20.410 y tuvo por objeto principal que las partes obtuvieran una recomendación sólidamente fundada y así evitar el escalamiento a los tribunales. Se trataba de crear un Panel de Expertos similar al de la ley eléctrica (Bitrán y Villena, 2010) lo que finalmente se concretó. Las recomendaciones que emite el Panel si bien no son vinculantes para las partes, de allí su nombre, es obligatorio pasar por dicha instancia si desean posteriormente resolver sus diferencias en la esfera jurisdiccional. En todo caso, el Panel constituye una instancia técnica altamente calificada, operando como un mecanismo pre-arbitral más profesional, independiente, preventivo y transparente (Figuroa, 2019), de manera que sus decisiones son consideradas por las partes para adoptar acuerdos directos o bien por los tribunales arbitrales para dictar sus fallos.

Las controversias entre el MOP y las sociedades concesionarias, representan un problema por cuanto ellas traen aparejadas importantes recursos para la sociedad en términos de mayores costos para las obras, o mayor plazo para la construcción, aplazamiento de la satisfacción de las necesidades de la población objetivo, entre otros.

Por ello, en el presente estudio, se desea presentar las causas de las discrepancias entre el MOP y las sociedades concesionarias, en el período 2015-2020, por cuanto si bien el Panel se crea en el año 2010 sólo el año 2015 se presentó la primera discrepancia ante el Panel. Conociendo las causas de dichas controversias, así como los criterios adoptados por el Panel

para resolverlos, se podrán visualizar las deficiencias que se presentan y efectuar propuestas de mejoras al sistema de concesiones.

Por lo tanto, nos preguntamos ¿Cuáles son las causas de las discrepancias presentadas ante el Panel Técnico de Concesiones de Obras Públicas, entre los años 2015 y 2020?.

Para responder esta pregunta general de investigación, a su vez debemos responder 3 preguntas, cuyas respuestas nos permitirán arribar a los resultados esperados. En primer lugar, ¿cuáles son las materias que se someten a la decisión del Panel?. Obtenida esa respuesta, en segundo lugar responderemos la pregunta ¿Qué muestran los criterios adoptados por el Panel para resolver las discrepancias?. Por último, abordaremos la pregunta ¿Qué mejoras son necesarias de introducir al sistema de concesiones para reducir la litigiosidad y los mayores costos sociales que se producen?.

En Chile no existen estudios anteriores que hayan sistematizado las materias discutidas ante el Panel, o los criterios adoptados en sus Recomendaciones para dilucidar las causas de las discrepancias presentadas. Conocer las causas de las controversias entre el MOP y las sociedades concesionarias, permitirá detectar con precisión las deficiencias que pueda mostrar el sistema en distintos ámbitos y así, sobre la base de los criterios adoptados por el PTC y de la experiencia acumulada en el sector de concesiones, proponer mejoras al sistema de concesiones.

Con lo relacionado se puede establecer que la problemática que se pretende abordar dice relación con las deficiencias que tiene el sistema de concesiones y su impacto en los costos sociales, que se manifiesta en las discrepancias que se plantean ante el PTC.

Para enfrentar este trabajo, asumimos como hipótesis general que las causas de las disputas entre el MOP y las sociedades concesionarias, se deben a problemas de diseño de las Bases de licitación y/o a defectos en la gestión de los proyectos de obra pública y problemas institucionales.

Asimismo, en el marco de esta hipótesis general, asumimos los siguientes supuestos: i) las materias en controversia entre las concesionarias y el MOP dicen relación con compensaciones por sobrecostos en la mayoría de los casos, ii) los criterios adoptados por el Panel muestran que las discrepancias se deben a problemas de diseño de las Bases de Licitación, o a la falta de claridad de sus disposiciones o exigencias del MOP fuera del alcance de los contratos y iii) las mejoras necesarias de introducir dicen relación con el diseño de las Bases de Licitación y en particular con la distribución de riesgos, los modelos de negocio involucrados, la gestión de los proyectos y/o asuntos institucionales.

3. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN

En función de la búsqueda de respuestas a las preguntas de investigación descritas en el acápite anterior, hemos trazado como objetivo general analizar las causas de las controversias entre el MOP y las sociedades concesionarias entre los años 2015 y 2020, de manera de proponer mejoras al sistema de concesiones y los siguientes objetivos específicos:

- i) Describir y caracterizar las materias que se someten a conocimiento del Panel Técnico de Concesiones.
- ii) Sistematizar e interpretar los criterios adoptados por el Panel Técnico para resolver las discrepancias presentadas.
- iii) Proponer modificaciones al sistema de concesiones de obras públicas para reducir la litigiosidad y los mayores costos sociales que se producen.

Como se desprende de lo señalado, para lograr mi objetivo general de investigación, esto es, analizar las causas de las controversias entre el MOP y las sociedades concesionarias entre los años 2015 y 2020, de manera de proponer mejoras al sistema de concesiones, se requiere en primer lugar describir y caracterizar las materias que se someten a conocimiento del Panel Técnico de Concesiones. Luego, en segundo lugar, sistematizar e interpretar los criterios adoptados por el Panel Técnico para resolver las discrepancias presentadas, lo cual develará las deficiencias que presenta el sistema de concesiones. Por último, en tercer lugar, sobre la base de los resultados obtenidos de los análisis, proponer modificaciones al sistema de concesiones de obras públicas para reducir la litigiosidad y los mayores costos sociales que se producen.

4. METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

Para responde la pregunta de investigación y lograr los objetivos propuestos, voy a utilizar una metodología mixta, es decir, con elementos cualitativos y cuantitativos. En efecto, se analizarán las estadísticas disponibles y se elaborarán otras a partir del estudio de cada caso y se revisarán las opiniones de autores sobre la materia. Adicionalmente se entrevistarán a los actores relevantes para conocer de primera fuente cuales son a su juicio las causas de las controversias y posibles soluciones. Lo anterior exigirá, en primer lugar el estudio de los expedientes de las Discrepancias en las que se extraerán las distintas materias que se someten al Panel, generando nuevas estadísticas y apoyo con la doctrina especializada. En segundo lugar, estudiaremos las Recomendaciones emitidas por el Panel, para extraer e interpretar los criterios aplicados para resolver las materias. Finalmente, procederé a mi propio análisis interpretativo de los antecedentes generados del estudio de los expedientes y entrevistas a los actores relevantes de la industria.

Sin perjuicio de la investigación bibliográfica realizada, de la que daré cuenta en el acápite relativo al marco teórico, lo anterior se realizará siguiendo las siguientes etapas:

- 1) Etapa 1: Hacer un estudio de los 55 expedientes existentes que corresponden a la totalidad de las presentaciones que se han efectuado ante el Panel desde su creación hasta el año 2020. Dicho expedientes están disponibles en la página web del panel: www.panelconcesiones.cl.

Se extraerá y clasificará la siguiente información:

- i) Partes involucradas
 - ii) Materia discutida
 - iii) Peticiones formuladas
 - iv) Fundamentos esgrimidos
 - v) Recomendaciones emitidas por el Panel
 - vi) Resultados
 - vii) Formulación de estadísticas que surjan de los resultados
-
- 2) Etapa 2: Clasificar todas las materias que se discuten ante el Panel y sus causas revisando la consistencia o inconsistencia con las causas descritas en el marco teórico con lo que sucede en la práctica.
 - 3) Etapa 3: Clasificar y explicar los criterios adoptados por el Panel para resolver las discrepancias.
 - 4) Etapa 4: Realización de entrevistas a personas y/o autoridades específicas con conocimiento e influencia en el sector infraestructura. Por ejemplo: Jefe de la División Jurídica de la Dirección General de Concesiones, Director Ejecutivo del CPI

(Consejo de Políticas de Infraestructura), ex integrantes del Panel de Concesiones, Cámara Chilena de Construcción. Las preguntas que se formularán, apuntarán a contestar la pregunta general de investigación y a las propuestas de mejoras al sistema de concesiones con el propósito de disminuir la litigiosidad.

- 5) Etapa 5: Proponer mejoras al sistema de concesiones en general, de modo que permita disminuir la litigiosidad y los costos asociados.

5. MARCO TEÓRICO

5.1 El sistema de concesiones de obras públicas

Uno de los mecanismos más celebrados para incrementar de manera significativa la infraestructura pública, ha sido el de la asociación público-privada (APP), por cuanto permite que el concedente (el Estado) encargue a una empresa particular (el concesionario), la ejecución de una obra, su mantenimiento y operación. Una forma adoptada en Chile a través del sistema de concesiones de obras públicas, que se inició en el año 1991, mediante el cual el Estado a través del Ministerio de Obras Públicas inicia un proceso de licitación pública internacional para adjudicar un proyecto que se traduce en la elaboración de la ingeniería de detalle, la construcción de una obra como un hospital, una autopista, un equipamiento urbano, o un aeropuerto, entre otros, así como el mantenimiento y la explotación de la misma, lo que normalmente es financiado por la propia empresa privada adjudicada. De esta forma el Estado se descarga del uso de recursos fiscales para destinarlos a prestaciones sociales donde no existe mercado que permita asignar recursos. Por su parte, la sociedad concesionaria, recupera la inversión y obtiene su utilidad a través del cobro de las tarifas respectivas o de subsidios otorgados por el Estado, dependiendo del tipo de licitación. Al término de la concesión, el activo vuelve al Estado, quien lo puede re licitar o explotar directamente. Lo

interesante de este sistema, que se ha convertido en una política pública que trasciende los gobiernos, es que la sociedad concesionaria adjudicataria presta un servicio público y como tal debe mantener la continuidad del mismo para los usuarios.

En sus inicios el objetivo principal fue que el sector privado financiara obras de infraestructura económicamente rentables, recuperando su inversión durante el período de explotación de la obra, y traspasándola posteriormente al Estado, liberando así recursos públicos para financiar proyectos de alta rentabilidad social (Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, 2016). Por lo tanto, el principal objetivo de las concesiones es realizar aquellos proyectos que son socialmente rentables y no necesariamente crear oportunidades de negocios en sí mismas o transferir rentas a las empresas (Engel, Fischer, Galetovic, 2000).

La política pública relacionada con las concesiones de obras de infraestructura pública, se encuentra establecida en la Ley de Concesiones de Obras Públicas (LC) contenida en el Decreto N° 900/1996 que fijó el texto refundido de la Ley de Concesiones, el cual ha tenido diversas modificaciones, entre las que destacan las introducidas por la Ley 20.410/2010 y la Ley 21.044/2017.

Se distinguen, en general dos procedimientos para la provisión de bienes y servicios públicos: la directa por el Estado, por medio de servicios públicos dependientes o centralizados e independientes y descentralizados; y la indirecta, cuya forma más conocida es la concesión y que implica la intervención del sector privado en la provisión o gestión del servicio, manteniendo en todo caso el Estado la titularidad del mismo (Rufián 2018). El sistema de concesiones está ligado a la provisión indirecta de bienes y servicios públicos. Si bien hay distintas figuras para llevar adelante un contrato de APP, en general éstas tienen ciertos rasgos comunes. Un elemento característico de estos contratos es que se adjudican mediante

esquemas de licitaciones públicas abiertas e internacionales y su ejecución se materializa bajo un esquema de largo plazo. Para efectos de poner en marcha el proyecto, las sociedades que integran el consorcio ganador forman una entidad contratista, de objeto o giro único o exclusivo.

A principio de los años 90, el déficit de inversión en esta área era muy grande, por lo que se propuso allegar recursos del sector privado. Este plan tuvo principalmente como antecedente experiencias internacionales como el caso de España, México y Francia. La aprobación de las leyes 19.068 y 19.252 en el año 1993, significaron el inicio de este sistema, concretándose la primera concesión con la obra del Túnel el Melón. Como era necesario que el sistema de concesiones se adoptara como política pública, se procedió a internacionalizar la idea de manera que hubiera interés de inversionistas extranjeros en traer no sólo su capital para invertir sino además las mejores prácticas y tecnologías asociadas a la construcción de infraestructura pública. Fue así como se inició un proceso de fuerte promoción interna e internacional. Se recorrió Estados Unidos, México, Francia y España mostrando el sistema, lo que fue clave para consolidar el sistema (Ministerio de Obras Públicas, 2016). La legitimidad política y social de esta política pública no tardó en llegar, aun cuando la percepción que tienen los ciudadanos difiere dependiendo del tipo de obra concesionada. Así, en un trabajo de investigación, se estableció que las carreteras, aeropuertos, son los mejores evaluados, frente a los hospitales y las cárceles, que son los peores evaluados (Callis y Aboitiz, 2017).

Por su parte, en Europa este sistema de asociación público privada, surge, entre otras razones, por la necesidad de reducir el déficit de endeudamiento público. Se trataba entonces de continuar construyendo infraestructura pública, pero sin incrementar la deuda pública. Para

ello, en el año 2004, la Oficina de Estadísticas Europea (Eurostat), modificó el sistema de contabilidad unificado, en la parte relativa a la contabilización de las inversiones del Estado realizadas mediante los contratos “public-private partnership”, que son las llamadas asociaciones público-privadas. Según esta decisión, el tratamiento contable que debía darse a la inversión dependía de cómo se repartían los riesgos entre las partes, distinguiendo 3 tipos de riesgos: riesgo de construcción, riesgo de disponibilidad y riesgo de demanda, este último propio de la etapa de explotación. La decisión referida autorizó a no registrar en el balance público las inversiones cuando, de conformidad con el contrato, fuera posible concluir que el riesgo de construcción y el riesgo de demanda o el riesgo de disponibilidad se encontraban asignados a la gestión y control del contratista privado (Loo, Martín, 2015). Sin embargo, sobre este punto, en nuestro medio se ha sostenido que el tratamiento contable de estas inversiones no debería ser diferente al tratamiento estándar de las inversiones públicas y por lo tanto cuando el concesionario invierte, el déficit corriente y la deuda pública aumentan en un monto equivalente a la cantidad invertida. (Engel, Fischer, Galetovic, 2014). Agregan dichos autores que bajo las actuales normas contables, las asociaciones público-privadas afectan los presupuestos futuros sólo cuando hay desembolsos de efectivo que se pagan al concesionario y proponen que la contabilidad fiscal de estas asociaciones sea análoga al de las obras públicas no concesionadas.

Por mi parte, me parece que un mecanismo asociado a la asunción de los riesgos del negocio resulta más adecuada. Por regla general en Chile, el concesionario asume todo el riesgo de la construcción, incluso el producido por caso fortuito o fuerza mayor; así lo establece claramente el artículo 22 N° 2 de la LC, señalando que la construcción es a entero riesgo del concesionario, salvo que el contrato establezca algo distinto. En cambio, respecto del riesgo

de demanda que está asociada a la etapa de explotación, la situación es algo distinta porque el artículo 23 no pone dichas situaciones bajo la esfera de responsabilidad de la SC. En consecuencia, salvo que las Bases de Licitación (BALI) o el contrato, alteren la norma legal en cuanto a la asunción del riesgo en la etapa de construcción, no corresponde incrementar la deuda pública mediante su contabilización en el Balance Fiscal. Otro tanto ocurre con la etapa de explotación, puesto que si bien no señala que el caso fortuito o la fuerza mayor sea de cargo del concesionario, por tratarse de un imprevisto ajeno a la voluntad de ambas partes y que resulta irresistible, consideramos que no puede contabilizarse como parte de la deuda pública un riesgo de esa naturaleza precisamente por la imposibilidad de prever el evento calificado de caso fortuito o fuerza mayor. Distinto es el caso del modelo de contrato por ingresos mínimos garantizados, en cuyo caso se contabiliza como un pasivo contingente, o bien cuando hay subsidios del Estado, en cuyo caso también debe reflejarse como parte de la deuda pública.

Entre los diversos beneficios que se mencionan de esta asociación público-privada, el que mayormente se menciona es aquel que permite la liberación efectiva de recursos del Estado para incrementar la infraestructura pública que el país requiere, lo cual se materializa a través de contratos que celebra el Estado con las empresas concesionarias que se adjudican una concesión. A continuación pasamos a revisar la naturaleza y características de dichos contratos.

5.2 De los contratos administrativos en general y de los contratos de concesión en particular.

Desde el punto de vista jurídico, la actividad de la administración pública, se materializa a través de los actos administrativos. Dichos actos pueden ser unilaterales, aquellos que

proceden de la sola voluntad de la administración, y los bilaterales, aquellos que se originan en la voluntad de la administración y la de uno o más sujetos, sean éstos personas naturales o jurídicas, estas últimas públicas o privadas.

Por su parte, los actos bilaterales, a su vez, admiten dos modalidades: por una parte aquellos en que las voluntades se manifiestan en actos sucesivos de la administración y de los terceros sujetos, o bien cuando las voluntades se manifiestan en forma simultánea o conjunta. Sólo en este último caso nos referimos a los contratos administrativos.

Considerando que en Chile no existe una ley de contratos del Estado, como si hay en otros países; ni una regulación jurídica general sobre los contratos de concesión de servicio público, razón por la cual no existe una definición legal sobre lo que ha de entenderse por tal (Soto Kloss, 2010), resulta de interés intentar una definición a partir de sus elementos o características generales. En tal sentido, podemos señalar que los contratos administrativos en general son un acuerdo de voluntades entre la Administración Pública con otras entidades públicas o con particulares, para la satisfacción de necesidades públicas sometidas a un régimen de derecho público y ejerciendo facultades exorbitantes. Pero no olvidar que la Administración Pública también celebra contratos con particulares sometidos a un régimen de derecho privado, pero ellos no serán denominados contratos administrativos, como por ejemplo cuando actúa como empresa del Estado, en que se relaciona en un plano de igualdad con los terceros privados.

Esencialmente lo que caracteriza un contrato administrativo es que por una parte persigue la satisfacción del interés público, se rige por normas de derecho público y, por lo tanto, con cierta preeminencia de la administración y, por otra parte, están sujetos al control de juridicidad y de mérito. Respecto de dicho control, que ejerce la contraloría, no sólo es

preventivo al momento de contratar, sino también se puede dar con posterioridad a la celebración del contrato a propósito de la ejecución del contrato, en ejercicio de las facultades de fiscalización que le asigna la Constitución en el artículo 99 y su ley orgánica N° 10.336. Este último punto resulta relevante para mi análisis de los contratos de concesión de obra pública, puesto que uno de los inconvenientes que se presenta durante la ejecución de los contratos es que la contraparte activa del mismo, el Ministerio de Obras Públicas a través del Inspector Fiscal, adopta decisiones vinculantes para la contraparte privada que puede ser revertida posteriormente con motivo de observaciones del órgano de control, generando así costos para una de las partes que deben ser compensados, si con motivo de tales decisiones se incurrió en costos o inversiones adicionales a las contempladas en el contrato.

Una característica adicional es que a través del Contrato de Concesión se entrega un monopolio, puesto que se entrega a un único concesionario la gestión o funcionamiento del servicio, ya que no resultaría lógico que un mismo servicio sea prestado por dos concesionarios o bien por el concesionario y el Estado. (Soto Kloss, 2010).

Existen diversas categorías de contratos administrativos. Una de ellas, de acuerdo al objeto del contrato, son los contratos de transformación, catalogados de tercera generación, destinados a la delegación de una gestión pública o de autorización de cometidos del mismo origen, como por ejemplo, la concesión de obra pública o la concesión de servicio público (Celis, Gabriel, 2016). Asimismo, desde el punto de vista de la comunidad de intereses, el contrato de concesión de obra pública, es un contrato de colaboración que contiene un mandato: el mandante es el Ministerio de Obras Pública y el mandatario, esto es, quien debe construir una obra, conservarla, mantenerla y explotarla, es la empresa que se ha adjudicado el contrato en un proceso de licitación. Lo que se concede es una obra pública fiscal que, de

conformidad al artículo 39 de la LC, es “...cualquier bien inmueble construido, reparado o conservado a cambio de la concesión temporal de su explotación o sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados al desarrollo de áreas de servicio, a la provisión de equipamiento o a la prestación de servicios asociados”.

Entre los elementos de los contratos administrativos de concesión de obra pública, destacan los siguientes:

- i) Las partes del contrato. Necesariamente en estos contratos las partes son: un órgano de la administración del Estado, que en nuestro caso es el Ministerio de Obras Públicas. El co-contratante, corresponde a una persona natural o jurídica, nacional o extranjera. Así lo dispone el artículo 4 de la LC.
- ii) Finalidad del Contrato de Concesión. El propósito de bien común, que le asigna la Constitución Política al Estado, en el artículo 1, inciso 4º, necesariamente nos lleva a la consideración que todo contrato administrativo persigue un interés público. La Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 3, es clara al señalar que “*La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley...*”. Este elemento es de la mayor importancia por cuanto al momento de interpretar estos contratos, un pilar fundamental será que el resultado de dicha interpretación siempre tenga por norte la consecución de ese interés público.

- iii) Formalidades del contrato de concesión. Este elemento dice relación con el cumplimiento de las formalidades y los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico para expresar la voluntad de la Administración. Dicha voluntad con propósito de vinculación se expresa a través de una serie de actuaciones concatenadas y secuenciales que se inicia con el llamado a licitación, sin perjuicio de los actos preparatorios.
- iv) Cláusulas exorbitantes. Dado que se privilegia el interés general por sobre el interés particular, subyace una desigualdad de las partes contratantes, en la cual la administración goza de una superioridad de prerrogativas frente al contratista, que viene fundamentada por el interés público referido anteriormente. Por ejemplo, la Administración puede ejercer el denominado “hecho del príncipe” que en el caso de los contratos de concesión viene regulado en el artículo 19, inciso 1° de la LC, en virtud del cual, habilita al MOP a alterar el contrato y que, bajo ciertas condiciones, lo obliga a compensar al concesionario si dicta una norma o ejecuta un acto que produzca un desequilibrio económico significativo en las prestaciones del concesionario.
- v) Derecho aplicable. Los contratos administrativos, como ya señalamos, se rigen por normas y principios propios del ámbito del derecho público. En el caso de los contratos de concesión, ellos se rigen principalmente por el DFL MOP N° 900, del año 1996, y su reglamento, contenido en el Decreto Supremo MOP N° 956 de 1999. Este elemento se encuentra expresado en el artículo 21 de la LC que señala: *“El concesionario cumplirá las funciones incorporadas en el contrato de concesión con arreglo a las normas del derecho público, especialmente en lo referente a sus relaciones con el Ministerio, a las regulaciones sobre los*

regímenes de construcción y explotación de la obra y al cobro de las tarifas, su sistema de reajuste y las contraprestaciones con el Fisco, que conforman el régimen económico del contrato. Igualmente, deberá cumplir las normas que regulan la actividad dada en concesión”. Este aspecto resulta relevante por cuanto, como se sabe, en el ámbito del derecho público, sólo se puede hacer aquello que la ley permite, a diferencia del ámbito privado donde existe amplia libertad, salvo en aquellas materias en que existen prohibiciones específicas. Otro efecto importante, y consecuencia de lo anterior, es que la SC debe ceñirse a los procedimientos formales establecidos para relacionarse con el Estado, a través del MOP.

- vi) Jurisdicción competente. En lo que respecta a los contratos de concesión de obra pública, la LC contempla el Panel Técnico de Concesiones, regulado en el artículo 36 de la LC y en los artículos 84 a 90 del Reglamento. Dicho Panel no tiene carácter jurisdiccional y las partes pueden someter a su conocimiento sus discrepancias de carácter técnico y económico. Con posterioridad a la recomendación que emita el Panel, cualquiera de las partes puede acudir a la instancia jurisdiccional que es la Corte de Apelaciones respectiva o bien a un tribunal arbitral, a opción de las partes. Sobre este punto nos extenderemos más adelante.

En toda contratación administrativa, se distinguen ciertos principios. Siguiendo a Celis, Gabriel (2016) los principios de la contratación administrativa son:

- i) La libre concurrencia. Consiste en el derecho de cualquier interesado idóneo en presentarse ante una convocatoria a una licitación pública y tiene por propósito

que se presente el mayor número de oferentes para generar competencia y así el Estado tenga la opción de adjudicar a quien haga la propuesta que mayormente satisfaga el interés público. Lo señalado no obsta a que pueda exigirse a los interesados estar incorporado en un registro de contratistas, pero que rige para todos los potenciales oferentes.

- ii) La igualdad de los oferentes ante las Bases. Este principio exige que exista un mismo tratamiento de todos los interesados por parte de la Administración Pública, respecto de las Bases que rigen la licitación. Este principio es consecuencia lógica de la norma constitucional establecida en el artículo 19 N° 22, referido a la garantía de no discriminación arbitraria en materia económica por parte del Estado y sus organismos.
- iii) La estricta sujeción a las Bases, el cual implica que todo el proceso licitatorio debe sujetarse estrictamente a lo establecido en las Bases, tanto administrativas como técnicas, por cuanto ellas constituyen la principal fuente de los derechos y obligaciones de las partes y, en consecuencia, prima por sobre cualquier otro documento del proceso. Por ejemplo, se infringe este principio si en el Contrato se estipula un orden de prelación dándole primacía al Contrato por sobre las Bases, aun cuando, desde luego, éstas forman parte integrante de aquél.
- iv) La publicidad de los documentos. Dice relación con la transparencia con la que debe actuar la Administración y, en particular, con el acceso a los documentos y actuaciones administrativas durante todo el proceso licitatorio.
- v) La idoneidad del contratante. Está referido a la solvencia técnica, económica y a la integridad moral del licitante, lo que se explica por el principio de la probidad administrativa, consagrada en el artículo 8°, inciso primero de la Constitución

Política, según el cual *“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”*.

- vi) La gratuidad de los documentos. De acuerdo con el artículo 6° de la Ley 18.880, sobre procedimientos administrativos, en todo procedimiento las actuaciones que deban efectuar los órganos del Estado, son gratuitas para los interesados, salvo estipulación legal expresa en contrario.
- vii) La cautela del patrimonio público, que persigue cautelar el patrimonio del Fisco en sus procesos de contratación. Por ejemplo, la exigencia de boletas de garantía. Se infringe este principio cuando se comprometen recursos por servicios que no han sido prestados.
- viii) La legalidad del gasto generado por la contratación. Consiste en que la Administración debe contar con la respectiva autorización presupuestaria con anterioridad a la adjudicación del contrato.

Como se puede apreciar estos principios difieren de las típicas características de los contratos en el ámbito privado. La contratación privada desde luego no requiere necesariamente de una licitación previa, las partes son relativamente libres para contratar directamente, salvo restricciones propias de empresas derivadas de sus políticas corporativas o con el propósito de obtener el contrato, bien o servicio en un contexto de un proceso competitivo para obtener mejores precios, cuando existe mercado para ello. En consecuencia, la igualdad ante las Bases y la estricta sujeción a las Bases pueden resultar menos importantes en la contratación privada. Por otra parte, las partes de un contrato privado suelen incluir cláusulas de confidencialidad que les impide revelar el contrato o ciertas actuaciones asociadas al mismo, porque están protegidos por la Ley de Transparencia cuando se trata de información comercial

sensible, sobre la que gozan del derecho de propiedad, sin perjuicio de las excepciones que se establecen en la misma ley.

La idoneidad de la contraparte, es un aspecto que ambas partes evalúan respecto de la otra en la contratación privada, lo mismo ocurre con la cautela del patrimonio, en la que cada parte toma los resguardos adecuados a sus intereses, mediante cláusulas especiales o bien con garantías reales o personales. La legalidad del gasto, en la contratación de derecho privado, consiste en haber obtenido los recursos para comprometerse en la relación contractual, habiendo obtenido las autorizaciones corporativas, cuando corresponde.

Para Bermúdez, Jorge (2014), en cambio, los principios orientadores de la contratación administrativa, son los siguientes:

- i) Desigualdad de los contratantes. Por regla general, la Administración Pública goza de un conjunto de poderes que su contraparte particular no detenta y, por lo tanto, se produce una situación de desigualdad propia de esta clase de contratación, lo que no ocurre en la contratación privada, donde las partes son iguales en potestades y derechos. La única libertad que tiene el licitante, es decidir si participa o no del proceso, pero una vez que inicia su participación, pierde toda libertad puesto que adscribe a un estatuto jurídico contenido en las Bases de Licitación y en el ordenamiento jurídico aplicable al caso. Un ejemplo es que la Administración puede dar por terminado el contrato unilateralmente, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan, facultad que no existe entre contratantes privados, puesto que sólo el mutuo consentimiento o causas legales permiten ponerle término.

- ii) Principio de la legalidad y ley del contrato. Respecto del principio de legalidad, debe entenderse que la Administración sólo puede actuar cuando está debidamente habilitado por el ordenamiento jurídico. Ello significa que actúa con la potestad o investidura que el acto requiere y, además, dentro del ámbito de su competencia. Ello se desprende del artículo 7° de la Constitución Política, según el cual “*Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley*”. Como un efecto de lo señalado, se entiende que las Bases de Licitación no pueden contradecir el ordenamiento jurídico. Respecto de la ley del contrato, como un aspecto diferenciador de la contratación en el ámbito privado, se entiende que las partes no sólo deben cumplir con el contrato mismo, integrado por todos los documentos contractuales, incluidos las Bases de Licitación, sino también se incorpora como parte del contrato el conjunto de normas jurídicas que le resultan aplicables.
- iii) Mutabilidad del contrato administrativo. Una consecuencia de la desigualdad de las partes del Contrato, es que los contratos administrativos pueden verse alterados por voluntad unilateral de la Administración, sin consulta a la contraparte, por razones del interés general. En doctrina esta facultad se le conoce como el *ius variandi*, que consiste en la facultad de cambiar el contrato cuando las circunstancias vigentes al momento de la contratación también han variado, de modo de adaptarlo a las nuevas circunstancias. Esta situación es difícil de encontrarla en el derecho de los contratos en Chile, salvo que las partes hayan convenido algo especial en relación a esta materia.

iv) Equivalencia prestacional. Considerando la desigualdad de las partes contratantes y la posibilidad que la Administración ejerza facultades que le son propias, como modificar unilateralmente el contrato, por alguna necesidad pública, como contrapartida la contraparte tiene derecho al restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, mediante las compensaciones respectivas que acuerda la ley. La conmutatividad de los contratos onerosos exige que esta equivalencia se haga presente. Como se recordará, el artículo 1441 del Código Civil chileno, expresa que “*El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...*”. En consecuencia, si se pierde dicha equivalencia por causa de alguna hipótesis de imputabilidad del Estado es normal que éste deba concurrir a su restablecimiento. Las causas que pueden provocar este desequilibrio, son variadas: i) puede ser por el ejercicio de la facultad del *ius varinadi*, por ejemplo por introducir obras adicionales al contrato, ii) por el hecho del príncipe, esto es, por la dictación de medidas legales o administrativas adoptadas por la autoridad y que impactan el contrato, lo que se encuentra regulado en el inciso primero del artículo 19° de la Ley de Concesiones, iii) Por razones de caso fortuito o fuerza mayor, por hechos de la naturaleza totalmente imprevistos cuando las Bases así lo contemplan, entre otras.

En el derecho de los contratos en general, estas situaciones no existen, salvo el de la equivalencia de las prestaciones que tiene efectos específicos. En el mundo de lo privado, las partes transan sus intereses para el logro de sus legítimas expectativas, pero no buscan una finalidad pública. Si bien, la teoría de la imprevisión en Chile no tiene acogida en nuestra legislación y, salvo excepciones,

tampoco a nivel de la jurisprudencia, las partes pueden convenir su aplicación con cláusulas especiales en un contrato. Esta teoría, requiere la concurrencia de ciertos requisitos como son: que ocurran circunstancias o hechos sobrevinientes, totalmente ajenos a la voluntad de las partes, imprevistos y que provocan que su cumplimiento se haga excesivamente oneroso para alguna de las partes, aunque no imposible, esta última hipótesis es propia de la fuerza mayor.

- v) Principio de colaboración. Si bien el particular que contrata con el Estado tiene un propósito de obtener una legítima ganancia, tiene un interés común con la Administración que es cumplir con la finalidad del Contrato, por lo que se trata de un colaborador en la obtención del fin o propósito del Contrato. En el contrato de concesión ambas partes colaboran entre sí para satisfacer una necesidad pública. Este principio colaborativo o de cooperación a mi juicio es fundamental para entender la dinámica de los contratos de concesión, en especial a la hora de interpretar sus normas cuando ocurren circunstancias tan adversas para ambas partes por hechos de la naturaleza totalmente imprevistos y que golpean significativamente el régimen económico del contrato.
- vi) Principio de ejecución de buena fe del contrato. Relacionado con el principio anterior, la ejecución de los contratos de buena fe, también resulta fundamental, el cual proviene del derecho de los contratos privados. En efecto, de acuerdo con el artículo 1546 del Código Civil chileno, *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”*. Este artículo de origen del derecho privado, sin duda se aplica a cualquier contratación y debe entenderse,

pues, que los contratos no sólo obligan en su literalidad sino también a todo aquello que por su naturaleza le pertenezca. Como efecto, de este principio, ambas partes deben poner sus esfuerzos para lograr la finalidad de interés público en los contratos de concesión.

- vii) Principio de la no modificación de común acuerdo del contrato. A diferencia de lo que ocurre en la contratación privada, en que por ejercicio de la autonomía de la voluntad, por regla general las partes de común acuerdo pueden cambiar su contenido, en los contratos de concesión ello no es posible. Lo anterior sin perjuicio que bajo las formalidades, condiciones y límites legales, se puedan introducir modificaciones en tanto no impliquen desnaturalizar el contrato original y se cumplan las formalidades regulatorias. Por ejemplo, por el ejercicio del *ius variandi* ya comentado.

Como se ha podido apreciar los principios señalados son propios de la contratación pública y marcan una diferencia sustancial con lo que ocurre en la contratación privada. Tener claros estos principios, es fundamental para poder interpretar estos contratos. Si bien las normas de interpretación de los contratos, establecidas en los artículos 1560 y siguientes del Código Civil, resultan también aplicables supletoriamente a la contratación administrativa, no debe perderse de vista que en la contratación administrativa y, en particular, en los contratos de concesión, un pilar fundamental a tener presente a la hora de interpretarlos es la visión del interés público involucrado.

5.3 Mecanismo de solución de controversias en el sistema de concesiones de obras públicas. El Panel Técnico de Concesiones (PTC).

Para resolver las discrepancias que se presentan en el sector de las obras públicas concesionadas, existe una institucionalidad de la cual el PTC forma parte y que pasamos a revisar a continuación.

Los paneles de expertos son soluciones que el legislador ha dado para resolver conflictos en diferentes ámbitos, no sólo se da en las concesiones de obras públicas. Así por ejemplo, también se ha establecido en el sector energía con el denominado Panel de Expertos, creado en el año 2004 con la llamada ley Corta I, que modificó de manera sustancial la ley eléctrica y, en particular, la transmisión de electricidad. Más aún en el ámbito internacional también se ha establecido este mecanismo, como es el caso de la República Argentina, pero que mantiene diferencias con el caso chileno. Así por ejemplo dicha entidad no tiene el carácter de permanente sino que se trata de 5 miembros designados por las partes y que resuelven sólo las disputas entre partes del contrato en el cual se encuentran nominados, (Ciminelli, 2017). Sin embargo, resulta interesante destacar que en el caso argentino si bien el Panel emite recomendaciones no vinculantes, ellas derivan en obligatorias si ninguna de las partes manifiesta su disconformidad con dicha recomendación en el plazo que se establezca en las Bases o el Contrato, lo que no ocurre en el caso chileno, lo que creemos es una deficiencia puesto que consideramos que debería ser vinculante para las partes al igual como los dictámenes del Panel de Experto del sector eléctrico.

Un breve repaso por los mecanismos de solución de controversias en materia de concesiones, nos permitirá situarnos en el contexto donde actúa el Panel Técnico de Concesiones.

5.3.1 Solución de controversias antes del año 2010

Hasta la dictación de la ley 20.410 que creó el Panel Técnico de Concesiones, las dificultades entre las partes se sometían primero a la consideración de una Comisión Conciliadora, la cual debía proponer a las partes bases de arreglo para resolver la cuestión. Si dentro de un plazo de 60 días no se lograba el acuerdo, cualquiera de las partes puede recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva o bien a la instancia arbitral. De ser este último el camino, la misma Comisión Conciliadora se transformaba en Comisión Arbitral.

Esta situación se mantiene hasta nuestros días para todas aquellas concesiones que fueron adjudicadas antes de la vigencia de la ley 20.410, no obstante que la misma ley otorgó a dichas concesionarias la posibilidad de optar por acogerse al nuevo mecanismo de solución de controversias, ninguna de ellas optó por someter sus diferencias con el MOP ante el nuevo Panel de Concesiones. Seguramente, lo desconocido del sistema a dicha época los inhibió de someterse al nuevo mecanismo.

A mi juicio, parece poco razonable que una misma Comisión Conciliadora que ofrece a las partes salidas de arreglo convencional, luego se transforme en un tribunal arbitral que dirima la controversia mediante una decisión de carácter vinculante. Es posible que la imparcialidad propia de los tribunales esté diluida luego que alguna de las partes o ambas no acepten la propuesta de la Comisión Conciliadora poniendo en riesgo una solución basada en el derecho.

En efecto, estos tribunales tienen el carácter de árbitros mixto, es decir, pueden establecer las reglas procesales para llevar adelante el proceso, pero deben fallar de conformidad a derecho, lo que a mi juicio se puede dificultar cuando antes han actuado como conciliadores. En todo caso, en los procedimientos arbitrales siempre existe una etapa de conciliación donde el tribunal puede proponer bases de arreglo y, en caso de no llegarse a un acuerdo, continua

actuando en el procedimiento arbitral, pero nunca han dejado de ser un tribunal arbitral. En cambio, la solución de la ley para los casos anteriores al año 2010, es que la misma Comisión Conciliadora deja de ser tal y se transforma o constituye como tribunal, lo cual a mi juicio hace una diferencia fundamental con la situación de las comisiones arbitrales que operan bajo el amparo de la ley 20.410.

5.3.2 Solución de controversias a partir del año 2010

El Panel Técnico de Concesiones fue creado por la Ley N° 20.410 de 2010, la cual fue consecuencia del aumento significativo de la infraestructura pública, que en palabras de su mensaje, impusieron “*al Estado la obligación de introducir innovaciones y mejoras sustantivas en los procesos, instrumentos y sistemas de gestión de la obra pública*”¹.

Las discrepancias que se someten a conocimiento del Panel, deben ser resueltas en el plazo de 30 días corridos, el que puede ser prorrogado por otros 30 días. En caso que la Recomendación emitida por el Panel no sea aceptada por las partes, cualquier de ellas puede recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva o bien a la instancia arbitral, integrada por miembros distintos del Panel. En efecto, al inicio de cada contrato de concesión, se designa la Comisión Arbitral la que estará vigente, en principio, hasta el término del contrato para resolver las diferencias entre las partes.

Uno de los resultados de la tramitación de dicha ley y de la discusión legislativa, fue precisamente la creación de un organismo de solución temprana de controversias en el Sistema de Concesiones, como una instancia técnica no jurisdiccional, cuyo fin fuera proponer una solución a las partes con contundencia técnica, ayudando a disminuir la

¹ Historia de la Ley 20.410, página 4.

conflictividad y los riesgos en la industria, tomando como referencia la experiencia del sector eléctrico.

Fue así como el Panel Técnico se constituyó y funciona regularmente desde el 18 de marzo de 2011.

El hecho de que sea independiente y que tenga un carácter permanente constituye una garantía para las partes y para el sistema de concesiones.

En primer lugar, porque se trata de un grupo de personas especialistas, que complementan sus conocimientos para la solución de un conflicto específico, con total independencia, como se explicará.

En segundo lugar, el hecho de ser permanente permite la adquisición de mayor experiencia, la obtención de conclusiones más generales, resultando en la uniformidad de criterios, a lo cual podríamos denominar jurisprudencia administrativa. Lo anterior, redundando en una mayor certidumbre, lo que no ocurriría si existiera un Panel por cada Contrato de Concesión.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 36 bis, el Panel se constituye en una instancia obligatoria para las partes en relación a los aspectos técnicos o económicos respecto de una controversia. Por tanto, los conflictos entre una Sociedad Concesionaria y el Ministerio de Obras Públicas en estas materias, tanto en la etapa de construcción como en la de explotación del Contrato de Concesión, deben ser sometidos al Panel Técnico de Concesiones, si alguna de ellas desea recurrir a la instancia jurisdiccional para obtener una decisión vinculante. El resultado, la Recomendación, servirá de información útil para los árbitros o ministros de la Corte, según sea el caso. A este respecto, el inciso tercero del artículo 36 de la LC señala 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. En tal caso, la recomendación podrá ser considerada por la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones como un antecedente para la dictación de su sentencia”.

5.3.2.1 Constitución, nombramiento, inhabilidades e independencia de los panelistas

La institucionalidad del Panel está basada en los principios de transparencia e independencia, y esto se advierte desde el nombramiento mismo de sus integrantes. En efecto, los integrantes del Panel son nombrados directamente por el Consejo de Alta Dirección Pública, lo que otorga amplias garantías no solo de idoneidad y competencia, sino que también de que sus integrantes son el resultado de un proceso imparcial, ya que se efectúa un concurso público de antecedentes, fundado en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, donde además se constata la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades.

En relación a esto último, cabe recordar que los profesionales seleccionados no podrán estar, ni haber estado en los doce meses previos a su designación, relacionados con empresas concesionarias de obras públicas (ya sea como directores, trabajadores, asesores independientes, accionistas, etc.) o con el Ministerio de Obras Públicas. Incluso, no pueden estar relacionados a otros servicios públicos vinculados directa o indirectamente a la actividad de concesiones. Estas inhabilidades e incompatibilidades se mantienen para cada Panelista hasta un año después de haber terminado su período.

Por otro lado, los miembros del Panel son sujetos pasivos de la Ley del Lobby y además, deben prestar declaración de interés y patrimonio en forma pública.

Otro reflejo de estos principios es la publicación de las actas de las sesiones en la página web, así como la existencia de expedientes digitales por cada discrepancia o consulta, que pueden ser consultados por cualquier interesado.

El Panel Técnico de Concesiones está integrado por dos abogados; dos ingenieros, y un profesional especializado en ciencias económicas o financieras. De acuerdo a la ley, permanecerán seis años en sus cargos y no podrán ser designados para períodos sucesivos.

El Panel cuenta con una Secretario Abogado que tiene las funciones que fija el reglamento y con dedicación exclusiva, pudiendo ejercer actividades académicas en universidades reconocidas por el Estado.

5.3.2.2 Competencias

Respecto a la competencia, el Panel Técnico puede conocer y pronunciarse respecto de las siguientes materias:

1) Conocer las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes –ya sea que se presenten unilateralmente o de común acuerdo– durante la ejecución del Contrato de Concesión, emitiendo Recomendaciones técnicas debidamente fundadas. Las materias están definidas en los 6 numerales contenidos en el artículo 36 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

A modo ejemplar, el Panel puede conocer las materias que digan relación con la evaluación técnica y económica de las inversiones realizadas por el concesionario, su estado de avance, costos y plazos, siempre conforme a los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos para la respectiva concesión. Asimismo, puede determinar la existencia de costos adicionales y sus causas económicas, fijar técnicamente la tasa de descuento y

pronunciarse sobre la determinación de los efectos económicos que tendría en la concesión la realización de obras adicionales, entre otros.

2) Por otro lado, el artículo 20 bis numeral 5) de la Ley establece la obligación de que el Panel Técnico de Concesiones se pronuncie explícitamente con su Recomendación favorable al acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el Concesionario, cuando una obra concesionada requiera de rediseño o complementación, de tal modo que el total de las inversiones adicionales necesarias durante dicha etapa, incluidos los costos de mantención, operación y conservación, superen el 25% del presupuesto oficial de las obras. Este caso se ha presentado por primera vez, en el mes de febrero de 2021, con la presentación conjunta que ha hecho el Ministerio de Obras Públicas con la Sociedad Concesionaria Puente Industrial S.A., referida al Contrato Concesión Vial Puente Industrial, proyecto que se ubica en la VIII Región del Biobío, y que en lo fundamental consiste en la construcción de un puente sobre el Río Bío-Bío. Ello por cuanto las compensaciones que se acordaron superan el 25% del presupuesto oficial de la obra, lo que se fundamenta en obras adicionales exigidas por el MOP así como mayores estándares técnicos².

3) Adicionalmente, el artículo 36 inciso 6° de la Ley otorga al Panel Técnico la facultad de *“solicitar a los concesionarios y al Ministerio de Obras Públicas aquellos antecedentes que estime necesarios en relación a los aspectos técnicos y económicos de los contratos de concesión durante la etapa de construcción”*. Lo anterior se encuentra regulado dentro de las Normas de Funcionamiento del Panel Técnico de Concesiones como una atribución del Presidente del Panel, en su artículo 4 letra e). En virtud de ello, por ejemplo, se reciben los

² Presentación conjunta efectuada por ambas partes con fecha 8 de febrero y la Recomendación del PTC fue emitida con fecha 8 de abril de 2021.

informes mensuales y se efectúan reuniones con ambas partes, además de realizar visitas en terreno.

4) Finalmente, a contar de noviembre de 2017, con la publicación de la Ley N° 21.044 (que creó la Dirección General de Concesiones), el Panel puede recibir consultas sobre materias de su Competencia, por parte del Ministerio de Obras Públicas y una o más Sociedades Concesionarias, en forma conjunta o separada. Ello en la práctica ha implicado una dificultad, dado que ni en la Ley ni en el Reglamento se definió la expresión “consulta”, y no se estableció un procedimiento abreviado para la misma. A propósito de la modificación de las Normas de Funcionamiento y la presentación de dos consultas que fueron finalmente recalificadas como discrepancias, se advirtió la dificultad de dilucidar cuando se está en presencia de una consulta.

En las consultas que se le han formulado hasta la fecha, el Panel ha entendido que se trata de una discrepancia cuando se esgrimen argumentos contradictorios y la misma parte que presenta la consulta se hace cargo incluso de los argumentos de la contraparte, lo que devela que la controversia existe. De tal modo, solo estaríamos frente a una consulta cuando se trata de preguntas abstractas o previas a la toma de una decisión. Así por ejemplo, en la causa D-05-2018-18, relativa a la concesión del Tunel El Melón y en la causa D 04-2019-15, relativa a la concesión del Puente Industrial, se han presentado consultas pero que el Panel las ha recalificado y tramitado como discrepancias propiamente tal.

5.3.2.3 Plazos

En la Ley no se encuentran explícitamente regulados los plazos para concurrir al Panel. Tampoco en el reglamento. Sin embargo, si las partes desean dirimir sus controversias en sede jurisdiccional, esto es, ante la Corte de Apelaciones o la instancia arbitral, deberán

recurrir ante el Panel con la debida antelación antes que se venzan los plazos para recurrir a dichas instancias. Hay que recordar que los aspectos técnicos o económicos de una controversia podrán ser llevados a conocimiento de dichas instancias sólo cuando hayan sido sometidos previamente al conocimiento y recomendación del Panel Técnico. Por lo tanto, deberán tener en consideración concurrir al Panel con la suficiente antelación para no ver prescrita su acción.

Así, de acuerdo al artículo 36 bis, las partes deberán formular sus reclamaciones:

- 1) Dentro del plazo de dos años contados desde la puesta en servicio definitiva de la obra, si el hecho o ejecución del acto que las motiva ocurriese durante la etapa de construcción.
- 2) Dos años contados desde la ocurrencia del hecho o desde que hubieren tenido noticia del mismo si así se acreditare fehacientemente, si éste ocurriese en etapa de explotación.
- 3) El plazo para reclamar contra resoluciones del Ministerio de Obras Públicas es de un año, el que se reduce a 120 días en el caso de resoluciones que impongan multas (se suspende por la interposición de los correspondientes recursos de reposición o jerárquico, hasta su resolución).

Por su parte, el Panel debe emitir una Recomendación técnica, debidamente fundada, dentro de un plazo de 30 días corridos, prorrogable por una vez por igual período, contado desde la presentación de la Discrepancia. Considerando el breve plazo que tiene el Panel para resolver, el procesamiento de la información recibida y la verificación de los hechos suele ser un proceso complejo, especialmente cuando se encuentran tres o más discrepancias en trámite simultáneamente, como ha ocurrido cada vez con más frecuencia.

5.3.2.4 Procedimientos

En esta materia, corresponde destacar que la tramitación de procedimientos ante el Panel se realiza de acuerdo a los principios de bilateralidad, publicidad de las actuaciones y transparencia de la información, lo cual es reflejado en las Normas de Funcionamiento del Panel publicadas en su página web. En materia procedimental, destacan los siguientes aspectos que pasamos a revisar:

i) Admisibilidad

Corresponde al análisis, en sesión especial, del cumplimiento de los requisitos que establece la Ley y el Reglamento, y fijación del Programa de Trabajo en caso que proceda.

ii) Discusión

Contempla la presentación de las observaciones de la contraparte, cuyo plazo será fijado en el respectivo Programa de Trabajo. Podrá omitirse este trámite en aquellos casos de presentaciones de común acuerdo.

iii) Audiencia Pública

Instancia en donde se le dará la oportunidad a cada parte de exponer sus alegaciones, dentro del tiempo que determine el Panel en el respectivo Programa de Trabajo.

iv) Nuevos antecedentes

Antes o concluida la Audiencia Pública, y especialmente después de dicha audiencia, puede surgir nueva información o antecedentes que a juicio del Panel resultan relevantes para resolver la materia sometida a su conocimiento. Por tal razón, se establece la

posibilidad que el Panel de oficio, solicite los mismos. Lo anterior resulta especialmente pertinente si se considera que los antecedentes presentados por las Partes no admiten ser completados posteriormente a sus respectivas presentaciones, considerando los breves plazos existentes para resolver. Así lo dispone el numeral 1 del artículo 108 del Reglamento de la Ley de Concesiones, al señalar que *“La presentación de las discrepancias deberá efectuarse por escrito, exponer claramente los puntos o materias que la sustentan, acompañar la totalidad de los antecedentes que se hagan valer...”*. Agregando que *“Los antecedentes y fundamentos de la discrepancia no podrán ser adicionados, rectificados o enmendados con posterioridad a su presentación, sin perjuicio de la facultad del Panel para requerir informes, antecedentes y documentos adicionales para ilustrar su recomendación”*.

v) Observaciones a la Audiencia Pública

Se trata del derecho de las partes de formular observaciones a las presentaciones realizadas durante la Audiencia Pública, hasta el día fijado en el respectivo Programa de Trabajo. En esta etapa se contempla también la remisión de los antecedentes o respuesta de las consultas efectuadas por el Panel con ocasión de la referida Audiencia.

vi) Recomendación

Corresponde a la emisión del documento definido en el artículo 2 letra g) de las Normas de Funcionamiento. Contiene el 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.

vii) Recursos

En contra de la Recomendación emitida, procede sólo el Recurso de Aclaración, Rectificación o Enmienda, que debe interponer dentro del plazo de treinta días contado desde la notificación de la Recomendación, cuyo objeto es que se aclaren los puntos que merezcan dudas, se salven omisiones y se rectifiquen los errores de copia, de referencia o de cálculo numérico que aparezcan de manifiesto en la Recomendación.

5.3.2.5 Financiamiento

De acuerdo con el artículo 36 de la LC, el Ministerio de Obras Públicas financia los gastos de administración y funcionamiento del Panel Técnico, en tanto que las remuneraciones del Panel, son pagadas en un 50% por el MOP y el otro 50% por las Sociedades Concesionarias regidas por la Ley N° 20.410 según la prorrata definida en el Reglamento, la que debe ser actualizada por el MOP cada vez que una nueva concesión ingresa al sistema.

5.4 Causas de las Discrepancias entre el MOP y las sociedades concesionarias.

El sistema de concesiones ha presentado y presenta algunas deficiencias que requieren de solución. Uno de los aspectos más relevantes consiste en la distribución de los riesgos entre el concesionario y el MOP, es decir, entre concedente y concesionarios, respecto de lo cual se ha transitado desde la concepción de contratos a riesgo y ventura del concesionario a otra donde tiene cabida la teoría del equilibrio económico financiero (Rufián 2018), (Barros 2012), o lo que para otros es la ecuación económica-financiera del contrato de concesión (Figuroa e Illanes 2018), según la cual, debe mantenerse el adecuado equilibrio en las prestaciones de las partes, lo que representa un gran desafío en esta asociación, puesto que muchas veces esta distribución no queda reflejada con claridad en las Bases de Licitación.

Así por ejemplo, frente a actos de la autoridad específicos que sean imprevisibles y que incrementen los costos del adjudicatario, lo que comúnmente se denomina el hecho del príncipe, o en el caso que el MOP exija obras adicionales, debe restablecerse el equilibrio mediante una compensación a la sociedad concesionaria. Esta doctrina tiene su fuente jurídica en la conmutatividad de los contratos onerosos y en el principio de la buena fe. En efecto, de acuerdo con el artículo 1441 del Código Civil, en los contratos onerosos conmutativos, lo que una parte se obliga dar, hacer o no hacer se mira como equivalente a lo que a su turno, la otra parte se obliga a dar, hacer o no hacer. Ello no debe entenderse como una garantía que el equilibrio se mantendrá necesariamente durante toda la ejecución del contrato pues no existirían riesgos para las partes cuando entran a un negocio jurídico-económico de esta naturaleza, por el contrario, significa que al contratar lo que la SC se obliga a construir y explotar es equivalente a lo que espera obtener del negocio como una legítima ganancia. Sólo si esa equivalencia desaparece por culpa o hecho de su contraparte, tendrá derecho a que se le restablezca en dicha equivalencia. En todo caso, por mi parte, estimo que la doctrina del equilibrio económico-financiero hay que aplicarla con respecto a cada caso particular, no existe un contrato igual a otro, por lo que su aplicación no puede ser en abstracto, habrá que analizar las circunstancias y el contexto en que ese desequilibrio se produce.

Otro tanto ocurre respecto de la extensión del equilibrio económico-financiero durante toda la vida del Contrato. Para la mayoría de los autores, este equilibrio debe mantenerse mientras está vigente el contrato (Molina y Ríos, 2016), es decir, tanto para la etapa de construcción como la de explotación, lo que ha dado lugar a diversas discrepancias ante el Panel Técnico y litigios en sede arbitral. Sin embargo, el contrato tiene diversos momentos, se le puede ver

como acto genético de constitución o como relación jurídica ya constituida. La exigencia de la conmutatividad de los contratos, es para la etapa de constitución y no resulta lícito extenderla a la etapa de la relación jurídica ya constituida, es decir, cuando el contrato se está ejecutando, salvo, como dijimos, que ese desequilibrio sea provocado por culpa o hecho de la contraparte o sea un riesgo que esté bajo su control .

Con relación al principio de la buena fe como fuente de la doctrina del equilibrio económico-financiero, éste se encuentra establecido en el artículo 1546 del Código Civil chileno, según el cual los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, no sólo obligan a lo que en ellos se expresa, sino también se extiende a todo aquello que emana de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. Buena parte de la doctrina, se basa en este principio para señalar que en una asociación público privada, que se materializa en los contratos de concesión, las partes deben comportarse de manera leal con su contraparte y servir a la finalidad del contrato. En la especie, el bien común que se persigue debe ser el pilar fundamental con base al cual deben interpretarse y ejecutarse estos contratos. Como señala un autor, por efecto del principio de la buena fe, surgiría la obligación para ambos contratantes de lograr la finalidad del contrato, es decir, la satisfacción del interés general, aportando cada una los máximos esfuerzos y diligencias en su ejecución. (Bermúdez, 2014)

Con base a estos principios y a la necesaria colaboración que debe existir entre las partes para el éxito de la asociación, se estructura la doctrina del equilibrio financiero del contrato de concesión.

En el caso de la disminución de la demanda, por regla general también es de riesgo de la sociedad concesionaria, especialmente en los contratos a plazo fijo, salvo situaciones muy

excepcionales. En este caso se presenta la típica tensión entre el cumplimiento literal de los contratos “Pacta Sun Servanda” consagrado en el artículo 1545 del Código Civil y la consideración de las circunstancias existentes al momento de la contratación “Rebus Sic Stantibus”. De acuerdo con el artículo 1545 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes y, sin embargo, hay quienes sostienen que en nuestro derecho podría esgrimirse la teoría de la imprevisión, sobre la base de la máxima “Rebus Sic Stantibus”, es decir, quien contrata lo hace sobre la base de las circunstancias vigentes al momento de la celebración del contrato, de modo que de ocurrir eventos extraordinarios no previstos y que hacen excesivamente oneroso para una de las partes el cumplimiento de sus obligaciones, daría lugar a una revisión del contrato. Es la denominada Teoría de la Imprevisión. Como se sabe, en nuestro medio jurisprudencial dicha teoría, hasta ahora, no ha sido reconocida, salvo casos aislados en algunos arbitrajes.

En relación a los riesgos y que tiene directa relación con el equilibrio económico-financiero del contrato de concesión, una fórmula que se ha utilizado es la de un modelo de negocio que consiste en establecer los Ingresos Totales de la Concesión (ITC), calculado en función del Valor Presente de la Ingresos (VPI), que pretende eliminar el riesgo de la demanda que es típico en los contratos a plazo fijo. Con este factor económico el plazo de la concesión termina cuando el concesionario alcanza el ITC y con ello el plazo de la concesión se alarga o se acorta, en función de alcanzar el ITC. (Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, 2016). Este modelo nos parece el más adecuado, por cuanto hay incentivos para ambas partes en que el contrato cumpla el objetivo para el mandante MOP y las sociedades concesionarias. Alcanzado el ITC, la sociedad concesionaria ha podido recuperar su inversión y su utilidad,

en tanto que el MOP ha recuperado el activo para su explotación directa o bien para re-licitarlo.

El modelo del plazo fijo ha causado algunos inconvenientes, basta ver el caso de los aeropuertos con motivo de la pandemia, el que ha sido profusamente discutido en la prensa por parte de la sociedad concesionaria y el MOP y algunos especialistas, en particular respecto del Aeropuerto Arturo Merino Benítez. Engel por ejemplo (Engel, El Mercurio 20/12/2020, página A2) sostuvo que no correspondía una renegociación en este caso puesto que los beneficios y pérdidas son compartidos entre la sociedad concesionaria y el MOP, en proporciones 22% y 78%; la oferta habría sido temeraria, si se considera la segunda mejor oferta, y porque en Chile no aplica el principio de la imprevisión, entre otras razones. Sin embargo, el PTC emitió su recomendación sobre este caso³ y, entre otras consideraciones, estableció que la oferta de Nuevo Pudahuel no fue temeraria y que, a pesar del cambio que se introdujo a la LC en el año 2010, el reglamento y, particularmente, las BALI, permitían la revisión del contrato por causas sobrevinientes, aun cuando también estableció que el MOP no estaba obligado a otorgar una compensación.

Un diseño de contrato a plazo fijo, pone de cargo del concesionario el riesgo de la demanda y, en consecuencia, incrementarán los costos para la sociedad, por cuanto la prima por riesgo será mayor que en el caso que la variación en la demanda sea un riesgo neutralizado con un plazo variable en función del ITC. Así se ha sostenido que las concesiones de plazo fijo asignan el riesgo exógeno de demanda al concesionario, e introducen una prima por riesgo que puede evitarse usando contratos de plazo variable. Debido a que para una empresa es difícil diversificar ese riesgo, forzar a los concesionarios a asumir riesgos exógenos de

³ Discrepancia D 02-2021, recomendación emitida con fecha 13 de mayo de 2021.

demanda encarece el costo de la deuda sin motivo (Engel, Fischer, Galetovic, 2014). La circunstancia de contar con contratos a plazo fijo, será motivo de nuevas discrepancias ante el Panel de Concesiones en un escenario de pandemia por coronavirus. Adicionalmente, cabe consignar que en el caso de la pérdida de ingresos a causa de una disminución de demanda por causas exógenas, resulta muy complejo poder establecerla con precisión porque ello depende, entre múltiples factores, de la expectativa de ingreso objetiva que pudo tener la empresa al presentar una oferta en un contexto de licitación pública así como del tipo de contrato de concesión, lo que podría llevar a un alto grado de arbitrariedad respecto a cuál es la expectativa de ingreso objetiva de quien explota una concesión. Como apunta un autor, hay contratos, como los del tipo menor valor presente de los ingresos, en donde la expectativa de ingresos es declarada explícitamente por las empresas al competir por la concesión, pues se trata de la variable de adjudicación. Sin embargo, en una licitación por menor peaje, no hay una referencia objetiva acerca de cuanto serían los ingresos esperados por recaudación de la concesionaria que se adjudicó el contrato (González, 2011).

Una dimensión distinta son los riesgos durante la etapa de construcción donde claramente el legislador lo asigna a la SC. En efecto, el numeral 2 del artículo 22 de la LC señala que las obras se ejecutarán a entero riesgo del concesionario, poniendo a su cargo incluso el caso fortuito o la fuerza mayor. Respecto del riesgo de la construcción en otros países, como Colombia, la jurisprudencia ha señalado que son propios del concesionario, al estar incluido su costo en el modelo financiero y que el concesionario asume los riesgos de construcción solo cuando es el encargado de los diseños, circunstancia diferente a la que se presenta cuando los diseños y cantidades de obra son proporcionadas por la entidad pública, por eso también, se ha entendido la ineficacia de algunas cláusulas de exención de responsabilidad

frente a los diseños a cargo de la entidad contratante y las cuales son de uso común por parte de las entidades públicas en todo tipo de contratos de obra. (Torres, 2013). En el caso chileno, el Antecedente Referencial (AR) es meramente indicativo, por lo que las implicancias derivadas del diseño y posterior construcción es siempre responsabilidad de la SC.

Hasta el mes de enero de 2021, los contratos de concesión bajo la competencia del Panel son 30.

En la tabla siguiente se muestran la modalidad en las que fueron suscritos dichos contratos así como la etapa en que se encuentran.

Tabla N° 1: Contratos de concesión bajo competencia del Panel (hasta el 2020)

N°	Contrato	Plazo de acuerdo BALI	Etapa actual
1	Aeropuerto El Loa de Calama	Variable	Explotación
2	Autopista Concepción Cabrero	Variable	Explotación
3	Alternativas de Acceso a Iquique	Variable	Explotación
4	Aeropuerto Cerro Moreno de Antofagasta	Variable	Explotación
5	Ruta 5 Norte, Tramo La Serena – Vallenar	Variable	Explotación
6	Aeropuerto Diego Aracena de Iquique	Variable	Construcción y Explotación
7	Aeródromo La Florida de La Serena	Variable	Explotación
8	Ruta 43 La Serena – Ovalle	Variable	Explotación
9	Hospital de Antofagasta	Fijo	Explotación
10	Américo Vespucio Oriente, Tramo El Salto - Príncipe de Gales	Variable	Construcción
11	Aeropuerto El Tepual de Puerto Montt	Fijo	Construcción y Explotación
12	Concesión Vial Rutas del Loa	Variable	Construcción
13	Hospital del Salvador e Instituto Nacional de Geriátría	Fijo	Construcción
14	Hospital Félix Bulnes	Fijo	Explotación
15	Concesión Vial Puente Industrial de Concepción	Variable	Construcción
16	Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez	Fijo	Construcción y Explotación
17	Complejo Fronterizo Los Libertadores	Fijo	Explotación
18	Túnel El Melón	Variable	Construcción y Explotación
19	Embalse La Punilla	Fijo	Construcción
20	Camino Nogales – Puchuncavi	Variable	Construcción y Explotación
21	Aeropuerto Carriel Sur de Concepción	Fijo	Construcción y Explotación
22	Américo Vespucio Oriente, Príncipe de Gales-Los Presidentes	Variable	Construcción
23	Mejoramiento Ruta de Nahuelbuta	Variable	Construcción
24	Conexión Vial Ruta 78 hasta Ruta 68	Variable	Construcción
25	Concesión Embalse Las Palmas	Fijo	Construcción
26	Concesión Teleférico Bicentenario	Variable	Construcción
27	Segunda Concesión Aeropuerto Chacalluta de Arica	Fijo	Construcción y Explotación
28	Concesión Mejoramiento Ruta G-21	Variable	Construcción
29	Concesión Ruta 5 Tramo Los Vilos - La Serena (Conurbación)	Variable	Construcción
30	Segunda Concesión Ruta 66 Camino de La Fruta	Variable	Construcción

En consecuencia, son 10 los contratos de concesión a plazo fijo y, por lo tanto, tienen asumido el riesgo de la demanda, pero no todos ellos son afectados potencialmente, por

cuanto el servicio que prestan se caracterizan por tener una demanda más bien inelástica, como es el caso de los hospitales.

Por otra parte, la renegociación de contratos, es decir, acuerdos directos entre el MOP y las concesionarias sin pasar por un proceso de licitación, es criticado por varios autores debido a las ineficiencias que producen (Engel, Fischer, Galetovich, 1996, 2000) porque ello se presta para una falta de transparencia, sospechas de malos negocios para el Fisco, carencia de competencia, y mayores costos para la sociedad. En relación con este punto, la reforma del año 2014 a la ley de concesiones, introdujo una restricción a dichos acuerdos directos, en el sentido que si una obra concesionada requiere rediseño o complementación y la inversión exigida supera el 25% del presupuesto oficial de la obra, debe obtenerse la recomendación favorable del Panel Técnico de Concesiones para que se puedan contratar tales modificaciones. En todo caso, las renegociaciones no favorecen en general un sistema eficiente, por el contrario, son perjudiciales para la sociedad y se generan espacios para comportamientos oportunistas, lo que lleva a los concesionarios a tomar decisiones de inversión socialmente ineficientes (Saavedra 2018). Dicho de otra forma, si los oferentes consideran que la renegociación oportunista es factible y probable, no ganará la licitación el inversionista más eficiente, sino el negociador más hábil y quien crea disponer de mejores contactos en las esferas del poder (Rivera 2008).

Esta situación de las renegociaciones puede sugerir la existencia de un cierto grado de riesgo moral, por cuanto en algunos casos se podría tratar de la presentación de ofertas muy agresivas, para ganarse el contrato de concesión, y luego entrar en negociaciones con el fin de obtener el retorno esperado, basado en múltiples causas, tales como demoras del MOP en la aprobación de los proyectos de ingeniería, obras adicionales no contempladas en el

contrato, circunstancias extraordinarias, riesgos no previstos, entre otras, lo que amerita ser revisado mediante cláusulas específicas a introducir en los diseños de las bases de licitación, para ponerle remedio. Lo anterior particularmente puede darse con mayor facilidad en el proceso de confección de la ingeniería de detalle, donde la labor del Inspector Fiscal es fundamental para neutralizar este riesgo. El concepto de riesgo moral, al igual que el de selección adversa, surge de la existencia de información asimétrica, y suele conllevar una forma de oportunismo de información que, en este caso, aparece cuando una de las partes involucradas en una transacción selecciona acciones que la benefician a ella a costa de un perjuicio a alguna otra de las partes involucradas. A diferencia de la selección adversa, que es una forma de oportunismo precontractual, el problema del riesgo moral representa una forma de oportunismo post-contractual, dado que en este caso una de las partes intenta sacar ventaja de la otra una vez que la relación contractual ya está establecida. En lo que interesa a este acápite, sólo indicar que el riesgo moral provoca pérdidas de eficiencia para la sociedad debido a que los beneficios extra que recibe una de las partes frecuentemente lo solventan los costos para la otra (Tarzizán y Paredes, 2006).

Otro de los problemas claves, dice relación con la ambigüedad de las Bases de Licitación, lo que produce altos grados de incertidumbre, tanto para el MOP como para las sociedades concesionarias, y eleva también en forma significativa los litigios y los costos. Un tema que trae alta litigiosidad es la falta de definición clara del objeto del Contrato de Concesión, lo que encuentra su origen en que los documentos que sirven de sustento a la licitación, son catalogados como indicativos o referenciales, sirviendo como una especie de exclusión anticipada de responsabilidad del Estado en la elaboración del proyecto. (Flores 2018). En efecto, de un rápido examen de las recomendaciones del Panel Técnico se puede observar

que muchas discrepancias surgen precisamente por la imprecisión de las características de la obra que se debe construir y posteriormente mantener.

Desde otro punto de vista, la crítica a la renegociación de los contratos no se hace cargo que los contratos de concesión son complejos y de larga duración, por lo que algún grado de flexibilidad bajo ciertas condiciones y requisitos podría estar justificada en caso excepcionales de situaciones sobrevinientes no previstas que permitan revisar una o más de sus condiciones para ser adaptado a dichas nuevas circunstancias, lo que tendría sustento en una concepción más dinámica de los contratos de concesión en oposición a una visión más estática de los mismos.

En relación a los aspectos institucionales, las Bases de Licitación son aprobadas por la Contraloría General de la República, pero adicionalmente, fiscaliza que esas bases y el ordenamiento jurídico se cumplan durante la etapa de ejecución. Sin embargo, en ocasiones dicho órgano de control realiza observaciones de mérito, es decir, se introduce en decisiones de aspectos técnicos o de conveniencia que haya adoptado la administración, que se emiten extemporáneamente respecto de la dinámica contractual y han significado el pago de compensaciones a las concesionarias puesto que su cumplimiento se traduce en obras adicionales que están fuera del alcance original del encargo. Por mi parte, creo que la fiscalización de la Contraloría es necesaria y conveniente, sin embargo debe estar muy coordinada con la oportunidad y los procesos de ejecución de las obras.

El Inspector Fiscal es la institución que representa la ventanilla única del MOP frente al concesionario y adopta las decisiones más relevantes durante la ejecución de los contratos de concesión. Su labor involucra una infinidad de normas de distinto rango y naturaleza, una diversidad de normas técnicas, ambientales y de toda clase que debe conocer, aplicar y

fiscalizar, debiendo responder personalmente incluso frente a la Contraloría puesto que se trata de un funcionario público, lo que nos lleva a la consideración que debe ser fortalecida dicha institución con equipos multidisciplinarios (Pallavicini, 2017) y que esté empoderado de modo que la relación con la concesionaria evite los conflictos que típicamente se dan en estos casos.

Otro aspecto sobre el diseño institucional dice relación con las funciones del MOP, puesto que no es conveniente que tenga todos los roles, es decir, como contratante que además define políticas, implementa, fiscaliza, sanciona (García, 2012). Con relación a estos problemas institucionales, entre otras medidas, se ha sugerido la creación de la Superintendencia de Concesiones (Bitrán y Villena 2008) de manera que el rol fiscalizador esté en un organismo distinto de la contraparte del concesionario en el Contrato de Concesión, así como que se permita que los Inspectores Fiscales contraten seguros de responsabilidad civil para que no estén con temor de tener que responder con su patrimonio personal por las decisiones que adopten en el ejercicio de su cargo (Pallavici 2017) y que en lo posible no estén afectados por los ciclos políticos, para que pueda cumplir su rol con independencia (Rivas, 2017).

Respecto de la propuesta de crear una Superintendencia de Concesiones, no la compartimos. En primer lugar, como se dijo, por cuanto desde ya la Contraloría ejerce una participación intensa, no sólo en cuanto a la aprobación de las Bases de Licitación, sino también en cuanto a la fiscalización durante todo el iter contractual. En segundo lugar, un ente administrativo de esa naturaleza con las típicas facultades de fiscalizar e interpretar administrativamente la ley, genera una instancia adicional a las ya existentes. En tercer lugar, dicho ente necesariamente estaría bajo la tutela del ejecutivo, desde que típicamente el jefe del servicio es nombrado por el Presidente de la República, lo que le restaría independencia para resolver

eventuales desavenencias. En cuarto lugar, existe la instancia técnica que puede resolver las diferencias entre las partes y que goza de una reconocida independencia como lo es el Panel de Concesiones. Por último, incrementaría innecesariamente los costos al crear un nuevo servicio público.

En suma, el sistema de concesiones presenta algunas ineficiencias que son posibles de mejorar y que dicen relación con la distribución de riesgos entre el MOP y el concesionario, con la renegociación de los contratos, con la ambigüedad de las Bases de Licitación y con parte del diseño institucional. Sin embargo, ellas no empañan el buen desempeño de esta política pública, las que pueden ser mejoradas con algunas iniciativas regulatorias y administrativas. Entre las primeras, el fortalecimiento de la Dirección General de Concesiones, empoderar y clarificar el rol y facultades del Inspector Fiscal de las Obras. Entre las segundas, una elaboración de las Bases de Licitación con mayor precisión en la descripción del alcance de las obras a ejecutar y el establecimiento de subsidios, en los casos que no puedan existir tarifas a cobrar a los usuarios.

5.5 Litigiosidad en el sistema de concesiones

Durante el período comprendido entre enero y diciembre de 2020, el Panel recibió 15 presentaciones, donde el monto total de compensaciones solicitadas ascendió a la suma de UF 2.502.002,29, sin considerar solicitudes conceptuales, es decir, reconocimiento del derecho a ser compensada. Sobre este particular, a continuación se muestra el análisis de los resultados obtenidos durante el 2020, en relación a cada caso presentado:

Tabla N° 2: Resumen Discrepancias 2020

Rol	Monto UF solicitado	Monto UF o Reconocimiento	
D01-2020-16	448.915,50	0,00	
D02-2020-9	10.080,00	**	
D03-2020-17	126.303,59	23.848,77	
D04-2020-2	20.934,00	13.208,00	
D05-2020-16	10.822,65	0,00	
D06-2020-15	621.637,20	743.047,00	
D07-2020-21	*	0,00	
D08-2020-8	58.817,52	**	
D09-2020-17	150.458,29	31.634,87	**
D10-2020-8	181.533,64	**	
D11-2020-10	216.877,60	**	
D12-2020-9	90.096,42	33.745,77	
D13-2020-9	192.312,00	11.668,00	
D14-2020-8	177.758,03	0,00	
D15-2020-17	195.455,85	0,00	
	2.502.002,29	857.152,41	

*Reconocimiento de un derecho/solicitudes conceptuales. **Acoge total o parcialmente lo solicitado, sin establecer montos.

Se puede observar del cuadro anterior que, durante el año 2020, hubo un total de 15 presentaciones, en las que se solicitaron compensaciones por UF 2.502.002,29 y las recomendaciones emitidas reconocieron como montos a compensar un total de UF 857.152,41, lo que equivale a un 34%. Sin embargo, si tomamos en consideración los reconocimientos conceptuales, es decir, situaciones en las cuales el Panel ha establecido un derecho para la sociedad concesionaria, pero no fijó un monto de compensación, sea porque los antecedentes no estaban o no lo permitían o sea porque la sociedad concesionaria no lo requirió, en 10 de las presentaciones, es decir, en un 66,66% del total reclamado, las

sociedades concesionarias obtuvieron alguna recomendación favorable, sea por monto o derechos reconocidos.

Luego, si consideramos todo el período bajo estudio, esto es, 2015-2020, las partes han efectuado 55 solicitudes o presentaciones de discrepancias, con un monto total reclamado de UF 22.560.312,33, sin considerar solicitudes conceptuales, como ya explicó. El monto reconocido total por el Panel en el período asciende a UF 3.144.547,48, equivalente a un 13,94%, lo cual es sin perjuicio de las recomendaciones conceptuales. De los 55 casos, en 37 de ellos, equivalente a un 67,27 %, se reconoció a la SC ya sea un monto o reconocimiento conceptual, total o parcial.

Ahora bien, como se sabe, la actual legislación permite que las distintas Discrepancias relativas a un mismo Contrato de Concesión puedan presentarse sucesivamente en el tiempo, en tanto no se agote el plazo para recurrir a la instancia jurisdiccional. Así, entre los años 2015-2020 se advierte que se han presentado diversas discrepancias respecto de un mismo contrato de concesión, para ser conocidas por el PTC, tal como se muestra en el cuadro a continuación:

Tabla N°3: Número de presentaciones por contratos de concesión

N°	Contrato de Concesión	N° de Presentaciones
1	Autopista Concepción Cabrero	8
2	Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez	8
3	Ruta 5 Norte, Tramo La Serena – Vallenar	7
4	Alternativas de Acceso a Iquique	5
5	Ruta 43 La Serena – Ovalle	5
6	Aeropuerto El Loa de Calama	4
7	Hospital de Antofagasta	4
8	Complejo Fronterizo Los Libertadores	4
9	Américo Vespucio Oriente, Tramo El Salto - Príncipe de Gales	3
10	Concesión Vial Rutas del Loa (contrato extinguido)	2
11	Puente Industrial	2
12	Túnel El Melón	1
13	Embalse La Punilla	1
14	Aeropuerto Carriel Sur de Concepción	1
Total de Presentaciones		55

Del cuadro anterior, se deduce que casi en el 47% de los contratos de concesión se ha recurrido al Panel para obtener una recomendación, lo que demuestra la alta litigiosidad del sector.

Como ya se señaló, para cuantificar los reclamos efectivamente estudiados y resueltos por el Panel, se procedió a identificar y contabilizar la cantidad de Discrepancias por presentación, toda vez que una presentación en la práctica puede involucrar más de una Discrepancia.

De tal forma, se advirtió que el Panel durante su funcionamiento, hasta diciembre de 2020, ha recibido 55 presentaciones pero que han contenido 103 Discrepancias, distribuido según se observa a continuación:

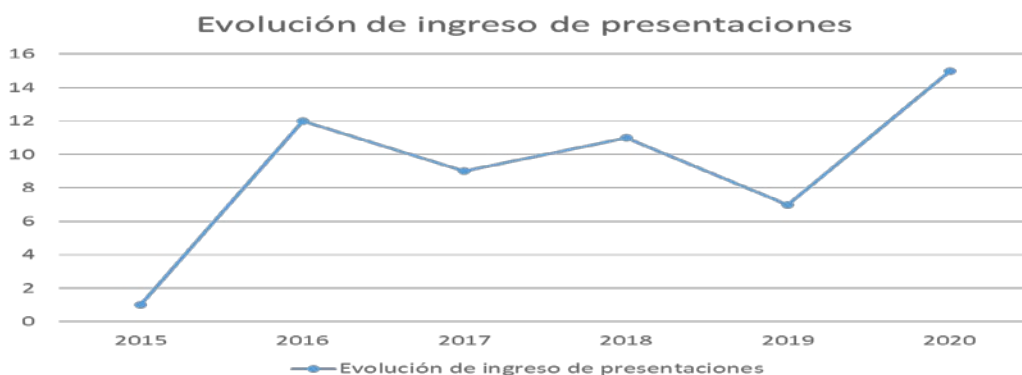
Tabla N°4: Cantidad de Discrepancias por Presentación

Descripción	Total de Discrepancias
36 Presentaciones con 1 Discrepancia	36
9 Presentaciones con 2 Discrepancias	18
4 Presentaciones con 3 Discrepancias	12
1 Presentación con 4 Discrepancias	4
2 Presentaciones con 5 Discrepancias	10
1 Presentación con 6 Discrepancias	6
1 Presentación con 8 Discrepancias	8
1 Presentación con 9 Discrepancias	9
55 Presentaciones	103 Discrepancias

Como puede observarse en realidad el Panel ha debido pronunciarse respecto de 103 discrepancias en el período 2015-2020, en 30 contratos de concesión bajo su competencia, lo que equivale a un promedio de más de 17 casos por año.

En términos de tendencia, es bastante obvio que el número de presentaciones y de discrepancias se han incrementado con los años, como lo muestra el gráfico a continuación.

Gráfico N° 1: Evolución de presentaciones en el período



En la actualidad, se ha discutido profusamente por los medios de prensa entre el Ministerio de Obras Públicas y algunas sociedades concesionarias, a propósito de las consecuencias e impactos que ha tenido la pandemia en algunas actividades.

Por ejemplo, en el conflicto público entre Nuevo Pudahuel, sociedad concesionaria que se adjudicó el Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago, mantiene un conflicto con el MOP puesto que solicita que se alargue el período del contrato, que en este caso es a plazo fijo, con motivo del impacto de la Pandemia en la demanda de pasajeros. Así han anunciado una estrategia legal (El Mercurio, 10/01/2021, pág. 6, Cuerpo B “Economía y Negocios). Por su parte, el Ministerio de Obras Públicas ha sostenido por la prensa que los contratos deben cumplirse y que existe un mecanismo eficaz para resolver las discrepancias y éste es el Panel Técnico de Concesiones, quien además agregó que no corresponde utilizar los recursos de todos los chilenos para apoyar a las empresas concesionarias cada vez que les va mal (El Mercurio 07/02/2021, página B5).

Otro tanto han opinado algunos académicos, señalando que no corresponde pagar compensaciones dada la situación de pandemia dando diversos argumentos (El Mercurio

20/12/2020), en tanto que otros han opinado que correspondería una vía de solución que implique compartir los riesgos, basado en el principio de la buena fe (Ponce de León, 2020).

Este nivel de litigiosidad es revelador de un importante grado de desconfianza, por una carencia de lo que se ha denominado capital social. Existe una relación directa entre la mayor conflictividad y el capital social. En efecto, en la medida que el capital social es más alto aquélla se reduce porque el capital social se funda en la idea de la confianza entre instituciones y entre éstas y los ciudadanos y en las empresas con las que se relaciona. El capital social incrementa la cooperación, principio fundamental a la hora de pensar en una asociación público-privada.

La carencia de confianza, se traduce en menor cooperación y ello dificulta y encarece el desarrollo del sistema de concesiones e introduce elementos de ineficiencia. En los contratos de concesión la cooperación para el éxito de la asociación público-privada es fundamental.

El quiebre de la confianza institucional, sin duda que es un factor que debemos mirar con detención para comprender una de las causas de las desavenencias entre el MOP y otras autoridades o con la misma SC.

El concepto de Gobernanza, precisamente nos transmite la idea de superación del modelo burocrático-jerárquico por un modelo cooperativo más descentralizado que apuesta a la complementariedad del sector público, el sector privado y las organizaciones, grupos y ciudadanos que conforman la sociedad civil. Pero ello supone, por una parte la interdependencia entre las organizaciones, incorporando en ellas actores que forman parte del aparato estatal pero también a actores privados; y por otra, una interacción continua entre los miembros de la red de políticas públicas, basadas en la confianza (Conejero, 2016).

En síntesis, las estadísticas anteriores así como la discusión pública señalada, dan muestra del grado de litigiosidad que existe con los consiguientes mayores costos que significan para la sociedad dichas controversias.

5.6 La mayor litigiosidad incrementa los costos sociales

Las distintas causas de las discrepancias entre el MOP y las SSCC no sólo incrementa los costos con motivo de las compensaciones que debe pagar el Fisco, sea una suma de dinero, sea un aumento de plazo, incremento de tarifas u otras, sino que también están involucrados los costos de coordinación y de transacción.

Costos de coordinación, son aquellos en los que se incurre para organizar y coordinar los distintos insumos o procesos que se requieren para obtener el bien o servicio deseado. Dentro de estos costos se encuentran los costos de comunicación, transporte, preparación de documentos, obtención de aprobaciones o informes, etc. En el caso que nos ocupa, existen importantes costos de coordinación particularmente para el aparato público. Por ejemplo, el MOP que es uno de los ministerios más grande, debe coordinar a muchas entidades públicas para llevar adelante una obra concesionada. Desde luego, requiere coordinarse con el Ministerio de Hacienda, en vista del principio de la legalidad del gasto. Pero no sólo eso, debe coordinarse con varios órganos de la administración pública, algunos de ellos internos del propio MOP y que revela el problema de la burocracia que debe necesariamente sortearse en los contratos de concesión. Así, por ejemplo, la Dirección de Concesiones, debe coordinarse, dependiendo del tipo o clase de obras o de los problemas que surjan durante la ejecución de los contratos con la Dirección de Obras Hidráulicas, la Dirección de Arquitectura, la Dirección de Vialidad o la Dirección de Aeropuertos, entre otros. Ello genera importantes costos de coordinación y muchas veces la carencia de esa coordinación, trae

aparejado atrasos en las aprobaciones o bien errores que se convierten en mayores costos para el Fisco o la sociedad.

Por su parte, los costos de transacción se definen como aquellos en que se incurre por llevar a cabo el intercambio de un bien o servicio y por vigilar el cumplimiento de lo convenido (Mankiw, Gregory (2004). El ejemplo clásico de la literatura es el costo de los abogados involucrados en un convenio entre dos empresas. Los trámites para abrir un negocio y los costos asociados (contadores, almacenamiento de información, notarios, abogados, etc.) para pagar impuestos son otra forma de costos de transacción. El problema con los costos de transacción es que, al igual que los impuestos, generan una pérdida de eficiencia económica pues limitan y reducen el intercambio de bienes y servicios. En el caso de los contratos de concesión, los costos de transacción son importantes, especialmente para el MOP, y ello reduce muchas veces la posibilidad de llegar a acuerdos, puesto que deben intervenir en alambicados procedimientos legales o reglamentarios para superarlos. Sin embargo, en base al principio de la legalidad del actuar de la Administración, no hay mucho espacio para reducir estos costos de transacción. A mi juicio pasar de un sistema burocrático rígido, que típicamente domina al aparato público chileno, a uno de mayor colaboración inter-institucional, con mayor flexibilidad en los procedimientos que debe seguir el MOP, pero controlando los límites, y haciendo reglas más simples para su desenvolvimiento en el contexto de contratos de concesión, podrían reducir esos costos y permitiría que las discrepancias pudieran resolverse por mutuo acuerdo en etapas tempranas del surgimiento de los inconvenientes que se presentan en las obras concesionadas.

6. RESULTADOS

Para contestar la pregunta general de investigación, esto es, conocer las causas de las discrepancias que se ventilan ante el Panel Técnico de Concesiones y las preguntas específicas, encontramos los siguientes resultados:

6.1 Materias que se someten a la decisión del Panel Técnico de Concesiones y causas de las discrepancias, a la luz de las recomendaciones emitidas.

Las Discrepancias que se presentan al Panel para su resolución, generalmente tienen por objeto la solicitud de compensaciones por sobrecostos o aumentos de plazo que en la práctica se traducen en mayores costos para la sociedad. Dichas controversias, se fundan en distintas situaciones fácticas durante la etapa de construcción o de explotación de las concesiones, pero muestran algunos patrones comunes que se develan en las recomendaciones que emite el Panel y que pueden constituir deficiencias del sistema o de la gestión de las partes, por lo que hemos estudiado esas recomendaciones para generar la posibilidad de proponer mejoras.

Como resultado de la investigación efectuada, podemos afirmar que en su gran mayoría las materias discutidas están referidas a sobrecostos que se originan por diversas causas, como se indica en la tabla siguiente:

Tabla N° 5: Materias solicitadas

Materias solicitadas	2015-2020
Compensación por mayores costos	41
Determinación de alcance de conceptos y aclaraciones	6
Incumplimiento grave	2
Determinación de pérdida de ingresos comerciales	2
Determinación de sobrecostos financieros	1
Extensión de plazo de Puesta en Servicio Provisoria	1
Prórroga del plazo máximo de la Concesión	2
	55

Como se puede advertir, las solicitudes de sobrecostos representan más del 75% de los casos.

Ahora bien, de la investigación efectuada se puede concluir que las causas de estas discrepancias por sobrecostos o por otras materias, son variadas y las temáticas discutidas en cada una de ellas también.

En el cuadro siguiente se muestran las causas por las cuales se solicitan las compensaciones u otras materias.

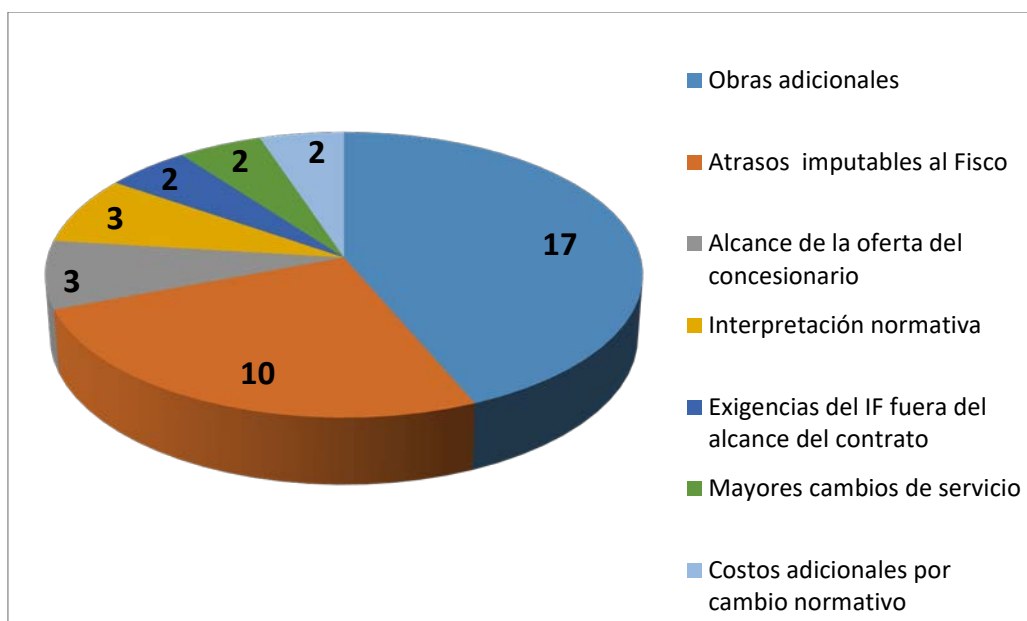
Tabla N° 6: Causas de las Discrepancias

CAUSAS DE LAS DISCREPANCIAS	Cantidad
Obras adicionales	17
Atrasos imputables al Fisco	10
Alcance de la oferta del concesionario	3
Cambios de servicio	2
Costos adicionales por cambio normativo	2
Exigencias del IF fuera del alcance del contrato	2
Interpretación normativa	2
Ingresos Comerciales	1
Atrasos imputables al Fisco y Obras adicionales	1
Aumento de estándar	1
Costos consecuenciales	1
Diferencias técnicas del proyecto	1
Incompatibilidad geométrica y estructural	1
Mayores obras y Plazos del Contrato	1
Mayores obras y Sobreestadía	1
Modificación al proyecto	1
Modificaciones al VMA	1
Obras adicionales y Duplicidad de Descuento	1
Plazos del Contrato	1
Rescate arqueológico	1
Retraso en pagos de la SC al MOP	1
Secuencia Constructiva	1
Servicios Especiales Obligatorios	1
Se excluye un caso por no haber existido pronunciamiento de fondo	54

De la tabla N°6 anterior, se puede concluir que las solicitudes por sobrecostos, que representan la gran mayoría de las discrepancias, tienen por causa la exigencia del MOP por obras adicionales durante la ejecución del contrato.

Del total de Recomendaciones emitidas por el Panel, consideramos que existen 7 causas relevantes, puesto que son las que se repiten con mayor frecuencia, las que se muestran a continuación en el gráfico N°2, así como el número de repeticiones en el total de las discrepancias del período, excluyendo aquellas que sólo se han discutido sólo una sola vez por no ser representativas.

Gráfico N° 2: Causas más frecuentes de las Discrepancias por sobrecostos



A continuación damos cuenta de las situaciones más representativas.

6.1.1 Sobrecostos por obras adicionales

Esta situación se presenta principalmente en dos casos. Un primer caso es que en uso de sus facultades legales y, de conformidad a las BALI, el MOP exige obras adicionales en forma

explícita y que no han sido convenidas en el contrato original. Con frecuencia dichas obras adicionales surgen por el ejercicio de la facultad que tiene el MOP de modificar unilateralmente el contrato de concesión, denominada Ius Variandi. Un segundo caso, se presenta cuando no hay discusión respecto que las nuevas exigencias del MOP constituyen obras adicionales no contempladas en el alcance del contrato, pero difieren respecto del monto de la misma o las compensaciones respectivas que deberían pagarse.

Estas modificaciones son unilaterales, no requieren el consentimiento de la contraparte, pero jamás puede ser arbitraria puesto que debe fundarse en el interés público o en una necesidad pública y se dará cuando han variado las circunstancias que han motivado la contratación, lo cual hará necesaria la correspondiente revisión y adecuación del contrato. Ahora bien, puesto que se trata de un *“privilegio de la administración, que se justifica en el mencionado interés público existente en toda contratación pública, debe ir acompañado de la correspondiente indemnización al contratante, o del alza de precio del contrato en su caso”* (Bermúdez, 2014).

En este grupo de encuentran la gran mayoría de las Discrepancias, es decir, solicitud de mayores costos por obras adicionales en que las partes no están de acuerdo en su monto.

6.1.2 Sobrecostos por incumplimiento del MOP

Una situación de incumplimiento que se ha presentado, es el de los atrasos del MOP en la aprobación de los Proyectos de Ingeniería Definitiva (PID), sin que se cumplan los plazos o el procedimiento que las mismas BALI establecen. Se ha reclamado que los atrasos en la aprobación del PID altera la secuencia constructiva y se ha demandado las compensaciones por esas demoras, por los denominados costos prolongables o secuenciales.

En ocasiones se da lo que en doctrina se denominan los “atrasos concurrentes”, es decir, que ambas partes han tenido algún grado de incumplimiento de una obligación que se ve afectada por el incumplimiento de la obligación de su contraparte. En estos casos resultaría útil que se regulara la forma de resolver estos casos, en materia de plazos y/o compensaciones.

6.1.3 Compensaciones por caso fortuito o fuerza mayor o excesiva onerosidad sobreviniente.

Como ya se explicó, sólo en el caso del período de construcción el caso fortuito o la fuerza mayor es de entera responsabilidad de la sociedad concesionaria, especialmente en lo que respecta a los riesgos comerciales o aquellos derivados de situaciones propias del mercado como incremento en el precio de los insumos o de los derivados de los ciclos económicos. Sin embargo, existen normas que permiten aumentos de plazo del período de construcción, esto es, para obtener la Puesta en Servicio Provisoria y evitar así las multas respectivas. Así por ejemplo, el MOP ha otorgado aumento de plazo de construcción cuando han ocurrido temporales importantes que impidieron continuar con la construcción de las obras⁴.

Con relación a la excesiva onerosidad sobreviniente, que dice relación con la teoría de la imprevisión, se ha discutido si resulta aplicable en el caso de la actual regulación en Chile. Lo anterior, debido a que la reforma de la ley 20.410 del año 2010, eliminó el inciso tercero del artículo 19 de la Ley de Concesiones, el cual precisamente daba derecho a la sociedad concesionaria para solicitar cambios al contrato, relativos al plazo, tarifas u otras condiciones, cuando ocurría alguna circunstancia extraordinaria, ajena a la voluntad de las partes y que implicaba un quiebre o modificación sustancial en el equilibrio económico del contrato. Sin

⁴ Resolución DGOP (E) N°903 de fecha 7 de marzo de 2018. Referida al contrato “Concesión para el Mejoramiento y Conservación de la Ruta D-43, Región de Coquimbo”.

embargo, la actual regulación contenida en particular en el artículo 71 en relación con el artículo 44, ambas del Reglamento de la Ley de Concesiones, dan espacio para interpretar que es posible la revisión del contrato de concesión por causas sobrevinientes que así lo justifiquen. No se trata propiamente de la teoría de la imprevisión, puesto que de ella derivan derechos para quien experimenta sus efectos de solicitar compensaciones; en cambio, en la regulación reglamentaria surge la habilitación para poder revisar el contrato. Mientras en la teoría de la imprevisión surge un derecho a la revisión de las cláusulas del contrato, en el caso de la revisión por causa sobreviniente que así lo justifique, surge la facultad de que las partes puedan modificar las condiciones.

6.1.4 Pérdidas de ingresos comerciales y aumentos de plazo

Un caso emblemático es la situación sanitaria creada por la pandemia del Covid-19, en que algunas concesionarias han solicitado aumentos de plazo debido a que no han podido obtener la contraprestación respectiva que tuvieron en vista al efectuar su oferta. Es el riesgo de disminución de la demanda que típicamente es de cargo de la sociedad concesionaria. En el caso de la pandemia, la pregunta que surge es si existe algún límite en la asunción de los mayores costos, por ejemplo en casos catastróficos o en cualquier caso la responsabilidad es del concesionario.

En relación con esta situación, el Panel Técnico resolvió el caso presentado por la Sociedad Concesionaria Aeropuerto del Sur S.A. que tiene concesionado el aeropuerto el Tepual de Puerto Montt, mediante Recomendación de fecha 5 de abril de 2021. En dicha Recomendación el Panel consideró especialmente la circunstancia que el contrato era uno de plazo fijo, de sólo 6 años, sin ingresos mínimos garantizados, y que sólo restaban 3 años para su término, lo que hacía muy improbable que el impacto económico de la pandemia covid-

19 pudiera diluirse o recuperarse en el tiempo restante del contrato. Por ello resolvió “*que corresponde que las partes revisen las condiciones del Contrato de Concesión*”, haciendo aplicación precisamente de las normas señaladas, además de estipulaciones específicas de las BALI. Incluso fijó parámetros para ello, dejando establecido que del total de los menores ingresos, el MOP sólo debía concurrir con el 50% para mitigar las pérdidas y ello mediante un aumento de plazo equivalente.

6.1.5 Declaraciones

En ocasiones, la SC no solicita se establezca un monto o una compensación específica en dinero, sino que pide la declaración de un derecho. Tal es el caso, por ejemplo, cuando el MOP a través del IF plantea exigencias que en su criterio forman parte del alcance del contrato, pero que la SC no está de acuerdo y, por lo tanto, presenta una discrepancia ante el PTC para que éste le reconozca dicho carácter y se reserva el derecho para reclamar el monto de la compensación para otra oportunidad posterior.

6.1.6 Síntesis

En suma, las materias que se discuten en el Panel son varias, pero mayoritariamente están referidas a la solicitud de compensaciones por mayores costos. Estos mayores costos que se reclaman tienen por causa diversas situaciones, sin embargo, la mayoría de ellas se refiere al requerimiento que hace el MOP de obras adicionales a las contratadas. Las discrepancias en este caso, se producen porque la SC las considera obras adicionales y el MOP no las reconoce como tales sino que como parte del alcance original del contrato.

6.2 Causas de las discrepancias a la luz de los resultados de las entrevistas

Con relación a las materias en controversia y sus causas, las entrevistas muestran los siguientes resultados:

- 1) Uno de las principales causas de los conflictos es la rigidez de los contratos que impiden una adaptación a circunstancias cambiantes en un escenario de contrato de largo plazo donde siempre surgen imprevistos. Este factor es mencionado por varios entrevistados. Se agrega, en la misma línea, la falta de diálogo entre las partes respecto de lo cual existe gran coincidencia de los entrevistados. Sin embargo, uno de los entrevistados acotó que cuando existe un interés público involucrado el contrato contiene la necesaria flexibilidad para adaptarse, por lo que existirían ámbitos de flexibilidad suficientes, no obstante que los procedimientos son costosos y suponen largo tiempo para su formalización.
- 2) El tiempo que pasa entre que se preparan los antecedentes referenciales para el llamado a licitación y cuando éste se produce es muy largo y la normativa técnica ha cambiado los estándares aplicables, lo que incide en la calidad de los proyectos a licitar, por lo que ello trae aparejado conflictos e interpretaciones respecto de la normativa aplicable.
- 3) El Inspector Fiscal tiene un rol muy preponderante en el desarrollo del contrato de concesión, pero producto de las eventuales responsabilidades funcionaria, administrativa e incluso penal, no se atreve a tomar decisiones, particularmente cuando involucran mayores costos para el Fisco. Ello paraliza y genera conflictos con la SC en el desarrollo del contrato. La fortaleza del IF es relevante para que pueda relacionarse con otras entidades del mismo MOP o con otros ministerios; pero como

no se impone frente a ellos, se producen demoras o se siente obligado a contestar lo que le dijeron otras unidades sin que ello esté conforme al contrato. Debería actuar con mayor gestión tipo gerencial.

- 4) La acumulación de situaciones sin resolverse es un factor que causa mayores discrepancias. Cuando hay diferencias sobre si determinada instrucción constituye o no una obra adicional o si cambia el estándar de servicio establecido en las BALI, la SC muchas veces prefiere obedecer la instrucción y seguir adelante para obtener pronto la Puesta en Servicio Provisoria y así entrar a la etapa de explotación y anticipar sus ingresos. Luego, deja para el final de los plazos de caducidad un cúmulo de discrepancias que resultan más complejas de resolver. Una de las razones que reclama el sector privado es la falta de decisión oportuna de los Inspectores Fiscales para resolver aquellas materias o inconvenientes técnicos que ordinariamente se presentan durante la ejecución de una obra.
- 5) Cuando hay un mandante de la obra, distinto del MOP, como por ejemplo el Ministerio de Salud en el caso de los hospitales, ocurre que se presentan directrices distintas entre el mandante y el MOP, además de mayores tiempos en la toma de decisiones porque las consultas internas no se contestan a tiempo y de ello se generan potenciales conflictos con la SC.
- 6) Los cambios de servicios, tales como electricidad, agua, gas, entre otros, dejarlos en manos de las SC representa un problema porque no tienen las facultades propias de la Administración para exigir de las compañías que lo hagan a costo y en tiempos razonables. La coordinación se hace muy engorrosa. El Estado debería tomar esta tarea y no incluirla en los contratos.

- 7) La Dirección General de Concesiones muy enfocada a defender proyectos y no a desarrollar proyectos. Debería mejorarse su estructura y no tener una conducta reactiva sino más proactiva.
- 8) La Contraloría está llamada a intervenir en aspectos de legalidad pero no en el mérito técnico de las decisiones del MOP. El Ministerio debe tener la última palabra en los aspectos técnicos. A veces la intervención de la Contraloría durante la ejecución del contrato, genera inconvenientes entre las partes.
- 9) La coexistencia de dos mecanismos de solución de controversias resulta dañino para el sistema de concesiones, debería mantenerse sólo el del Panel de Concesiones, el que debe fortalecerse.
- 10) De acuerdo con la mayoría de los entrevistados, las principales causas o razones de las controversias se pueden resumir en la existencia de contratos muy complejos y de larga duración, donde es imposible de prever todas las situaciones que pueden presentarse durante la vigencia del contrato. Lo anterior, asociado a la rigidez de los contratos que impiden que se adapten a circunstancias cambiantes en el tiempo.
- 11) Asimismo, la progresiva transferencia de responsabilidades del MOP hacia la SC en los contratos también se menciona como causa de las controversias, por ejemplo los permisos ambientales, cuya obtención resulta compleja para el privado. Argumentan que siendo proyectos del Estado que, de no mediar la concesión, serían tareas que debe ejecutar el mismo, debería ser entregados al adjudicatario por el mismo. Agrega que por ello el costo de la ingeniería es mucho más alto de lo que debería ser si el Estado entregara un proyecto más afinado a licitar. Sin embargo, uno de los entrevistados acotó que cuando se licita con un proyecto completo, es decir, con la ingeniería de detalle, genera problemas, puesto que el desarrollo del proyecto se

alargaría en 3 años aproximadamente y la información que se entregue podría estar desactualizada al momento de licitar.

- 12) Por último, uno de los entrevistados sostuvo que existe una perniciosa tendencia al *claim* y que también es causa de las mayores controversias. Otro señala que hay una industria del litigio puesto que litigar siempre puede tener algún resultado positivo y eso fomenta la conflictividad. Se agrega que el MOP ha sido condenado en cerca de un 25% de los casos en las Comisiones Arbitrales, lo que demostraría que buena parte de las demandas son infundadas o bien la cuantía es artificialmente incrementada, por lo que se hace muy difícil llegar a acuerdos.

En síntesis, las entrevistas efectuadas muestran que las causas de las discrepancias dicen relación con la rigidez de los contratos, el rol del MOP, particularmente del IF y de la Contraloría General de la República, los incentivos para litigar, así como la inconsistencia entre los documentos con los que se prepara la licitación y los problemas que surgen por cambios normativos en el período intermedio hasta que la licitación se produce.

6.3 En relación con la caracterización de los criterios adoptados por el Panel de Concesiones para resolver las discrepancias

Como señalamos, el Panel es un órgano de integración profesional mixta: lo componen ingenieros, economistas y abogados. En consecuencia, los criterios para resolver dicen relación precisamente con aspectos de orden jurídicos o regulatorios, técnicos o económico-financieros. Lo anterior, es consistente no sólo con la integración de las especialidades que tiene la ley sino también con la clase de materias que se someten a su conocimiento. En consecuencia, los criterios con los que se resuelven las mismas tienen esa misma naturaleza.

Como resultado de la investigación efectuada, podemos afirmar que los criterios adoptados por el Panel están referidos a criterios de orden jurídico y regulatorios, criterios de orden económico y en particular respecto del equilibrio económico-financiero del contrato, criterios de orden técnico y otros criterios que corresponden a otras consideraciones que se tienen a la vista para resolverlas.

Debe tenerse presente, en todo caso, que respecto de cada materia discutida no sólo se detectan las causas de las mismas, sino también las distintas temáticas que se ventilan ante el Panel, por lo tanto, respecto de cada temática asociada a ciertas causas, se han clasificado los criterios adoptados por el Panel.

A continuación damos cuenta de los resultados de la investigación en relación a este punto:

6.3.1 Criterios de orden jurídico y regulatorios

Como se sabe el PTC no es un órgano jurisdiccional y de ello se deriva que sus dictámenes no son vinculantes por ello se denominan “Recomendaciones”. Sin embargo, para resolver una Discrepancia, siempre está presente el aspecto legal o regulatorio, puesto que las materias que se discuten requieren la aplicación del Contrato, las BALI, la ley o normas técnicas, lo que cual trae aparejado algún grado de interpretación, particularmente de los contratos y ello, naturalmente, exige la aplicación de normas y principios jurídicos y, por lo tanto, la ciencia del derecho no puede estar ajena.

Así por ejemplo, se aplican principios tales como el enriquecimiento ilícito, la buena fe, la equivalencia de las prestaciones o la conmutatividad de los contratos, el caso fortuito o la fuerza mayor, entre otros, todos conceptos que requieren la interpretación jurídica de las normas, una vez que los hechos se encuentran probados.

De esta manera, si el PTC considera que lo reclamado no pasa el análisis legal en el sentido que lo solicitado no tiene 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.

En la tabla N° 7 siguiente se describen los criterios jurídicos más comunes utilizados por el Panel, en relación a ciertas temáticas identificadas, las que a su vez se relacionan con las causas de las discrepancias.

Tabla N° 7: Criterios jurídicos/regulatorios

Criterios Jurídicos			
Causas relevantes asociadas	Temáticas tratadas por el PTC	Número de repeticiones respecto a 54 Discrepancias	Criterio
Obras adicionales	Manual de Carreteras	13	En caso de modificaciones al MC posteriores a la adjudicación y durante el proceso de desarrollo del PID, la SC debe cumplir con la nueva normativa, pero los costos los asume el MOP
Costos adicionales por cambio normativo			
Interpretación normativa			
Costos adicionales por cambio normativo	Antecedentes de Licitación	13	El AR es meramente indicativo y la SC debe completarlo en todo su detalle, en concordancia con la normativa vigente y lo establecido en las BALI, durante el proceso de aprobación del PID
Interpretación normativa			
Obras adicionales			
Interpretación normativa			Sin embargo, si el AR contiene deficiencias que no cumplen la normativa, sus efectos deben ser compensados a la SC
			La falta de definición del objeto del contrato en el AR llevan a la necesidad de considerar si algunas exigencias del IF son parte del contrato o escapan a su alcance
Mayores cambios de servicio	Facultades del IF	11	El IF es la ventanilla única, en ese caso lo que dice el IF es vinculante como representante del MOP ante la SC y sus instrucciones son mandatorias
Obras adicionales			
Exigencias del IF fuera del alcance del contrato			
Atrasos imputables al Fisco			
Costos adicionales por cambio normativo	Cambios Normativos	8	La SC debe cumplir con la ley y si existe un cambio normativo posterior a la adjudicación, corresponde que la SC sea compensada, por los mayores casos en los que debe incurrir para su cumplimiento
Obras adicionales			
Exigencias del IF fuera del alcance del contrato			
Atrasos imputables al Fisco	Artículo 22 N°3 de la Ley de Concesiones	8	Para que proceda el aumento de plazo y derecho a compensación debido a atrasos del MOP, debe existir un incumplimiento por parte de la SC en los plazos parciales o totales
			Si bien regula los atrasos en la etapa de construcción por causas atribuibles al MOP, lo cierto es que si sus efectos se pueden extender a la etapa de explotación, por lo que corresponde que se alargue el período de explotación en el número de días de atraso, o hasta que se cumpla la condición que $VPI_m = \delta >$ que el ITC ofertado, lo que ocurra primero
Costos adicionales por cambio normativo	Artículo 19 inciso Primero	7	Para que se entiendan cumplidos copulativamente todos los requisitos que la norma contempla, se entiende que una norma es dictada en términos generales, aún cuando produzca efectos específicos diferenciados en diversas industrias
Obras adicionales			
Exigencias del IF fuera del alcance del contrato	Renuncias efectuadas por la SC	6	Las renuncias deben ser expresas y específicas, no se consideran declaraciones genéricas, anticipadas o ambiguas, las cuales deben ser consignadas en documentación formal
Atrasos imputables al Fisco	Caso fortuito o Fuerza Mayor	3	Si el caso fortuito o fuerza mayor se dan en la etapa de construcción, sus efectos son de cargo y costo de la SC. En cambio si se dan en la etapa de explotación, sus efectos pueden ser compartidos por ambas partes, según el análisis de cada caso
Obras adicionales	Confianza legítima /actos de la autoridad	3	Si el IF da una instrucción de obras adicionales o que eleva el estándar contratado de las obras o servicios, la SC confía en que el MOP dictará posteriormente los actos administrativos que formalicen esas decisiones
Causa sobreviniente	Hallazgos Arqueológicos	2	Si durante la etapa de construcción se descubran hallazgos arqueológicos, es responsabilidad de la SC asumir los costos que deriven de su resguardo y efectuar las acciones para proteger el área, pero hasta que la autoridad de Monumentos Nacionales se haga cargo de dicha área

6.3.2 Criterios de orden económico: el equilibrio económico-financiero del contrato.

Una de los fundamentos más frecuentes que se pueden encontrar en las solicitudes de compensaciones, suele ser el quiebre del equilibrio económico del contrato, para lo cual solicitan su restablecimiento mediante las compensaciones económicas que pretenden.

En el acápite 5.4 nos hemos referido al significado y extensión del equilibrio económico-financiero, pero es necesario agregar dos comentarios adicionales a propósito de los criterios que adopta el Panel. En primer lugar la ley en diversas normas se refiere el “régimen económico del contrato”, pero no al equilibrio del mismo, lo que ha sido más bien desarrollado por la doctrina y también por el propio PTC al emitir sus recomendaciones. En segundo lugar, uno de los problemas que se ha presentado es definir cuándo se entiende que una alteración del régimen económico del contrato es “significativa”, expresión utilizada por el legislador pero no la ha definido, lo que ha quedado entregado a la decisión del Panel en cada caso particular. Sin embargo, su determinación puede resultar compleja, puesto que no sólo resulta relevante para ello la cuantía relativa del daño o perjuicio experimentado por dicha alteración, en relación al costo total de la inversión, sino también los plazos de los contratos. En efecto, un desequilibrio puntual en un año, por causas atribuibles al MOP, en principio podría dar lugar a una compensación; pero si se tiene en consideración el plazo total del contrato, la afectación podría ser muy menor y entenderse que se trata sólo de un ajuste menor.

En la tabla N° 8 siguiente se describen los criterios económicos más comunes utilizados por el Panel, en relación a ciertas temáticas identificadas, las que a su vez se relacionan con las causas de las discrepancias.

Tabla N° 8: Criterios económicos

Criterios Económicos			
Causas relevantes asociadas	Temáticas tratadas por el PTC	Número de repeticiones respecto a 54 Discrepancias	Criterio
Atrasos imputables al Fisco	GG y Utilidades	15	Los GG reclamados por la SC, en caso de prolongación de las obras por causas ajenas a ella, deben ser compensados solo aquellos que hayan sido realmente incurridos y debidamente acreditados y no corresponden metodologías, tales como : valor diario de GG, aplicación de porcentajes abstractos, etc.
Obras adicionales			
Exigencias del IF fuera del alcance del contrato			
Atrasos imputables al Fisco	Costos de Ingeniería	7	Se reconoce en caso de obras adicionales, compensar con un 5% por concepto de desarrollo de ingeniería, el cual es calculado sobre el costo directo de las obras
Obras adicionales			
Obras adicionales	Ajuste al proyecto	7	Exigencias del IF que impliquen variaciones sustantivas a las condiciones económicas del contrato, no pueden ser consideradas ajustes. Estos últimos son aquellos que no varían más del 3% al 5%
Exigencias del IF fuera del alcance del contrato			
Costos adicionales por cambio normativo	Equilibrio económico financiero del Contrato	7	No existe una obligación genérica por parte del MOP de restablecer el equilibrio financiero del contrato, sino que depende de cada caso en particular
Obras adicionales			En caso que el MOP haga uso del derecho a introducir modificaciones al contrato, por razones de interés público, elevar el estándar técnico, solicitar obras adicionales, entre otros, corresponde que se restablezca el equilibrio del contrato
Atrasos imputables al Fisco			No existe garantía que el equilibrio financiero del contrato se mantenga durante toda su ejecución puesto que cada parte asume sus riesgos y en función de ellos el equilibrio se puede alterar por razones ajenas a las partes
Costos adicionales por cambio normativo	Costos Indirectos	6	No corresponde incluir dentro de los costos indirectos, aquellos costos que no tengan directa relación con las obras o servicios contratados
Mayores cambios de servicio			
Obras adicionales			
Atrasos imputables al Fisco	Costos de Administración	6	Si se verifican obras subcontratas por la SC, fuera del alcance original del contrato, se debe reconocer entre 3% y 5% de costos de administración y no corresponde agregar gastos generales sobre el costo de dicha subcontratación.
Obras adicionales			
Obras adicionales	Costos de mantenimiento y conservación	5	Si se da lugar a calificar un requerimiento del IF como una obra adicional, corresponde el reconocimiento de costos de mantenimiento y conservación, aparte del costo directo asociado a la construcción
Costos adicionales por cambio normativo			En caso que el MOP solicite incremento de los estándares técnicos por sobre lo establecido en las BALI, lo cual implique mayor costo de mantenimiento y conservación, éstos se deben compensar descontando esos mismos costos asociados a la estructura original
Obras adicionales	Precios Unitarios	4	Se establece en caso de PU contenidos en las BALI, que ellos incluyen GG y UT. En caso de PU nuevos, se establece un 20% sobre el CD de cada PU
Obras adicionales	Intereses	4	Los intereses solicitados solamente se deban aplicar a partir de la fecha de emisión de la Recomendación del Panel
Atrasos imputables al Fisco			
Atrasos imputables al Fisco	Costos Financieros	3	En caso de extensión de plazo por incumplimientos del MOP, los mayores costos financieros en que deba incurrir la SC, deben ser compensados para restablecer el equilibrio económico financiero del contrato
Mayores cambios de servicio	Cambios de Servicios en las BALI	3	Si durante la ejecución del contrato se descubren cambios de servicios que no estaban incluidos en el AR y estos son de una magnitud relevante, deben ser compensados para el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato
Atrasos imputables al Fisco	Costos consecuenciales	3	Los costos consecuenciales o prolongables deben ser acreditados, no siendo suficiente el cálculo de un costo diario que luego se multiplica por la mayor estadía en las obras, a consecuencia de aumentos de plazo
Atrasos imputables al Fisco	VPI _m ≥ ITC	2	En el caso que se hayan producido atrasos imputables al MOP se debe aplicar el artículo 22 N°3, de modo que si el factor de licitación fue el ITC, corresponde alargar el plazo de la etapa de explotación en el mismo número de días de atraso, para que la SC pueda alcanzar el ITC ofertado o hasta que el VPI _m ≥ ITC, lo que ocurra primero

6.3.3 Criterios de orden técnico

Esta categoría de criterios adoptados por el Panel, dicen relación con aspectos propios de la construcción misma, tales como cubicaciones o volúmenes de obras, precios unitarios, medidas, tiempos, curvas S, evolución de la construcción, interferencias con otras obras concesionadas, resistencia de materiales, calidad del terreno entregado, interpretación y/o aplicación de normas técnicas, determinación del impacto en la carta Gantt producido por una disrupción en la secuencia constructiva, exigencias constructivas asociadas a los incendios, entre otros.

En la tabla N° 9 siguiente se describen los criterios técnicos más comunes utilizados por el Panel, en relación a ciertas temáticas identificadas, las que a su vez se relacionan con las causas de las discrepancias.

Tabla N° 9: Criterios técnicos

Criterios Técnicos			
Causas relevantes asociadas	Temáticas tratadas por el PTC	Número de repeticiones respecto a 54 Discrepancias	Criterio
Costos adicionales por cambio normativo	Exigencias del IF	13	Las decisiones adoptadas por el IF deben ser cumplidas por la SC y, si exceden el alcance del contrato, producen impacto económico
Obras adicionales			
Exigencias del IF fuera del alcance del contrato			
Interpretación normativa			
Obras adicionales	Estándar técnico	13	En caso que el proyecto sufra una modificación que incremente el estándar técnico establecido en las BALI (por cambio normativo, exigencias del IF u otras instituciones, peticiones de la población, etc.), corresponde que la SC sea compensada
Exigencias del IF fuera del alcance del contrato			
Obras adicionales	Proceso de revisión y aprobación del PID	11	Los atrasos del MOP en la revisión de los proyectos de ingeniería presentados por la SC, pueden afectar el proceso impactando los plazos del contrato y por ende los costos
Atrasos imputables al Fisco			No corresponde que el el proceso de iteración de los proyectos de ingeniería, el IF exija a la SC que se dirija a obtener aprobaciones de otras entidades, condicionando la aprobación del PID a dichas diligencias. Lo señalado no cumple con el criterio de la ventanilla única
Exigencias del IF fuera del alcance del contrato			La entrega incompleta o deficiente del PID por parte de la SC, impacta en el proceso de iteraciones y dificulta el trabajo de revisión por parte de la autoridad, dilantando en algunos casos su aprobación
Obras adicionales	Artículo 19 inciso 3ro obras adicionales por interés público	11	Para verificar la procedencia de compensaciones que recaigan el art. 19 inciso 3ro, se debe establecer si efectivamente se incrementaron los niveles de servicio o los estándares técnicos, por encima de lo establecido en las BALI
Exigencias del IF fuera del alcance del contrato			
Atrasos imputables al Fisco	Atrasos lineales en la aprobación del PID	6	Si se verifican atrasos lineales por responsabilidad del MOP, sólo habrá de recho a compensación si estos impactan la ruta crítica contemplada en la carta Gantt del proyecto
Atrasos imputables al Fisco	Programa de ejecución de obra	6	Los programas de ejecución corresponde a la decisión autónoma de la SC y no comprometen al MOP. La SC puede modificarlo cuando estime conveniente. En consecuencia no corresponde compensaciones en caso que este se vea alterado, salvo que impacte la ruta crítica y sea por requerimientos del IF tales como inclusión de obras adicionales, entrega de terrenos tardía, etc.
Atrasos imputables al Fisco	Modificaciones del plazo de PSP	4	La modificación del plazo de la PSP no implica necesariamente el reconocimiento automático de GG y otros conceptos por la extensión del plazo, sino que estos deben ser debidamente acreditados El aumento de plazo otorgado para la obtención de la PSP, dilata la etapa de construcción y repercute en la etapa de explotación, en cuyo caso debe ser analizada una posible extensión del plazo de la concesión
Atrasos imputables al Fisco	Proceso de Recepción de Obra	2	En el caso del proceso de recepción de obra para la obtención de la PSP del proyecto, los reparos que efectúe la Comisión de Recepción posteriores a la aprobación por el IF de las obras, y que tengan relación con cumplimiento normativo, debe ser asumido por la SC a su entero cargo, costo y responsabilidad Cuando las observaciones de la Comisión de Recepción no digan relación con cumplimiento normativo, deben ser ejecutadas por la SC pero su costo asumido por MOP. Lo anterior debido a que la recepción previa del IF es vinculante
Alcance de la oferta del concesionario	Equipo Médico y Mobiliario Clínico (EMMC)	3	En caso que el VMA del Equipamiento Médico y Mobiliario Clínico (EMM), sea insuficiente para cubrir la adquisición estipulada en el Listado de equipos de las BALI, corresponde suplementarlo Procede compensar mayores gastos por concepto de seguros y mantención, de aquellos equipos que tuvieron aumento de estándar, pero los gastos de administración se entienden asumidos por la SC desde su oferta

6.3.4 Síntesis

En resumen, del estudio de las Recomendaciones emitidas por el Panel en el período 2015-2021, hemos identificado 32 criterios en total, los cuales se distribuyen en las siguientes categorías:

Tabla N°10: Distribución de criterios utilizados por el Panel

Tipo de Criterio	N°
Económico	13
Jurídico	10
Técnico	9
	32

Se puede advertir de esta sección que los criterios adoptados por el Panel son variados, los cuales interactúan entre sí para resolver una discrepancia planteada, puesto que se combinan unos con otros, pero los énfasis de cada criterio están determinados por la naturaleza de la discrepancia que se somete a conocimiento del Panel.

7. PROPUESTAS DE MEJORAS AL SISTEMA DE CONCESIONES

En relación con las mejoras al sistema de concesiones para reducir la litigiosidad y los mayores costos sociales que se producen, los resultados de la investigación así como las opiniones de los entrevistados, apuntan a los siguientes factores que requieren de mejoras:

7.1 Aspectos institucionales

7.1.1 Reforzar autonomía del Inspector Fiscal, de manera que pueda tomar decisiones que sean las que correspondan al contrato. Dado que es un funcionario público, normalmente defiende los intereses del MOP y se pierde la objetividad para analizar los casos. El IF podría

tener seguros de responsabilidad civil para que pueda manejar los contratos con mayor independencia y sin temor a tener que responder con su patrimonio.

7.1.2 La Asesoría del Inspector Fiscal (AIF) es relevante porque existe una multiplicidad de normativa que debe aplicar el IF por lo que necesita apoyo, también para fiscalizar el desarrollo de las obras. La Asesoría de la Inspección Fiscal debería institucionalizarse, en el sentido de ser parte interna de apoyo al IF y no externa como es hoy día. Este último punto, sin embargo, no fue unánime entre los entrevistados, uno de ellos señaló que no ve muchas ventajas en incorporar a la Asesoría de la Inspección Fiscal dentro de la organización del MOP.

7.1.3 La Dirección General de Concesiones requiere ser reforzada en su estructura para que responda ágilmente los desafíos de administrar contratos de concesión de gran envergadura. Uno de los entrevistados sostuvo que el MOP tiene demasiadas funciones en relación con las concesiones, es el que identifica los proyectos, los promueve, los fiscaliza y controla la operación, pero la dotación de personal en la Dirección de Concesiones que tiene es insuficiente, se han mantenido 320 funcionarios desde fines de los años 90, en circunstancia que los activos de la industria de concesiones han aumentado desde 1.500 millones de dólares a esa época a 20.000 millones de dólares en la actualidad, por lo que resulta obvio que se requieren más recursos. Se menciona como una debilidad institucional que permite transferencias de rentas hacia el mundo privado. Con una dotación adecuada se tendría un sistema más balanceado.

7.1.4 Diferenciar regulatoriamente de manera clara los roles del Inspector Fiscal y de la Contraloría, de manera que la ejecución del contrato fluya sin contratiempos que atrasen la satisfacción de la necesidad pública envuelta en el contrato.

7.1.5 En relación al PTC, hay consenso en que debe reforzarse puesto que ha demostrado ser un buen mecanismo de solución de controversias con recomendaciones sólidamente fundadas en lo técnico, lo jurídico y económico, con gran aceptación de sus decisiones. Lo anterior implica, reforzar su independencia, darle mayor valor legal a sus recomendaciones, por ejemplo haciéndolas vinculantes o bien que tengan mérito probatorio en la instancia arbitral. También se sugiere que exista un plazo después de emitida la recomendación del PTC, tras el cual si no se ha impugnado, se entienda que está aceptada. Con dicho reforzamiento debería adquirir la capacidad de anticiparse a los conflictos y generar información propia con una Secretaría Técnica.

Específicamente se proponen las siguientes medidas:

- Ampliar plazo para emitir Recomendación a 90 a 120 días.
- Conferir efectos vinculantes a las decisiones del Panel o, darle valor probatorio a la Recomendación del Panel en la instancia jurisdiccional. Otra mejora alternativa es establecer una regla de las costas en el sentido que el litigante que decide ir a la instancia arbitral después de la Recomendación del Panel y su demanda es rechazada, deba pagar todas las costas del proceso ante el Panel y ante la instancia arbitral.
- Incrementar en 2 los panelistas de manera que, eventualmente si hay demasiada carga de trabajo, pueda funcionar en salas.
- Mejorar el sistema de nombramiento de los panelistas en el sentido que sea de renovación secuencial de los profesionales del Panel, como el que se regula para el caso del Banco Central o del Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos, de manera de que no se pierda la continuidad, el conocimiento y las buenas prácticas de cada especialidad, toda vez que en la actualidad, la renovación del área

jurídica se efectúa en una sola instancia, y luego ocurre lo mismo con los ingenieros y el especialista en materias económicas – financieras.

- Mejorar el soporte al PTC, en materia de presupuesto permitiendo la contratación de más analistas, dotando al PT de un equipo técnico permanente, para realizar un acompañamiento cercano a los proyectos, lo que le permitiría conocer anticipadamente materias que pueden dar origen a una discrepancia al estilo de un Dispute Board y para requerir opiniones expertas en los casos que lo amerite, como por ejemplo sobre mecánica de suelos, estudios sísmicos u otros.
- Debería eliminarse el sistema antiguo de solución de controversias, es decir, aquel de las comisiones conciliadoras, y dejar sólo el PTC para todas las concesiones y no sólo para los contratos posteriores a la ley 20.410. La co-existencia de ambos sistemas, genera cambios de criterios y poca equidad. Adicionalmente, conocido es el caso en que el MOP, modificó la composición de la comisión conciliadora y/o arbitral en un contrato de concesión, por haber emitido decisiones contra sus intereses⁵.

7.2 Organización administrativa y gestión del MOP

7.2.1 Resolver oportunamente las variaciones de los proyectos producto del desfase entre el momento de la elaboración de los documentos de la licitación y el momento de la licitación y posterior ejecución o de otras modificaciones necesarias que pudieran surgir en el proceso de construcción. Con el objeto de disminuir plazos y al mismo tiempo evitar el rezago entre la preparación de los Antecedentes Referenciales y la licitación propiamente tal, se sugiere

⁵ La Tercera 21/11/2020: “MOP saca a Carlos Peña de arbitraje con autopistas por desestimar reclamación contra concesionarias”. En: <https://www.latercera.com/pulso/noticia/mop-saca-a-carlos-pena-de-arbitraje-con-autopistas-por-desestimar-reclamacion-contraconcesionarias/JED34J4GPRGJHNCN5LZ3OYG34M/>. El abogado Peña, comentó: ““Lo que es grave en este asunto es que si ese punto de vista se extiende (el del MOP de remover a un árbitro que no comparte su opinión), la imparcialidad de este tipo de tribunales en los casos de concesión se verá dañada”

que toda la ingeniería referencial se asigne a una sola empresa, en lugar de diversas consultoras dependiendo del tema, como se hace hoy día. Así por ejemplo, en la actualidad se asigna por partes: el estudio de sondajes, el ambiental, estudios de calidad del suelo u otros, a diferentes empresas. La idea es que se asigne todo a una sola empresa, con lo cual los costos y plazos disminuyen y resuelve en alguna medida el problema del rezago. Es probable que también mejore la calidad de los proyectos al existir una sola empresa que genera integralmente el proyecto a licitar.

7.2.2 Gestionar mejoras a las BALI. En relación con estos documentos existen varias medidas que se sugieren:

- Crear una instancia formal en las BALI que permita resolver de manera previa y expedita asuntos menores de la ingeniería, mejoras tecnológicas que puedan implementarse pero que no fueron previstas en el diseño original.
- Se propone que las respuestas del MOP a las preguntas de los licitantes durante el proceso de licitación sean directas, descriptivas y verdaderamente aclaratorias y no que se limiten a direccionar a determinados artículos de las mismas BALI.
- Eliminar ambigüedades o inconsistencias dentro del mismo documento, porque ello genera grietas y oportunidades para el litigio, además que ello beneficia a los incumbentes y restringe la competencia.

7.2.3 La burocracia del MOP hace que los actos administrativos que reconozcan las obras adicionales se atrasen, en relación con la instrucción que da el IF de iniciar nuevas obras con urgencia. Por ello, resulta conveniente que se puedan acelerar estos procesos, desformalizando el reconocimiento de dichas obras con resoluciones administrativas más

expeditas. Una propuesta para este problema es una delegación de firma del Presidente de la República, acotado a un monto determinado.

7.2.4 La mejora en la calidad de los proyectos, que sean más afinados por el MOP antes de la licitación, impediría que la Contraloría haga observaciones posteriores de mérito o de tipo técnico. Al mismo tiempo tendríamos una menor tensión entre la SC y el IF, lo que facilitaría la relación contractual y la ejecución y explotación de las obras.

7.3 Diseño contractual

7.3.1 Precisar el objeto del contrato, mediante la clarificación de los antecedentes referenciales, los cuales deben tener el carácter de mínimos pero cuya veracidad no deba ponerse en duda. El inversionista que licita la obra debe confiar en que los Antecedentes Referenciales son correctos. Evitar la ambigüedad de las BALI, mediante la inclusión de términos precisos y preparación con la debida antelación.

7.3.2 Los contratos de plazo fijo, sólo se deben mantener para casos específicos, como los hospitales, pero deben ser la excepción y privilegiar los contratos a plazo variables en función del valor presente de los ingresos o con ingresos mínimos garantizados, para no asignar el riesgo de demanda y así evitar conflictos. De este modo se asegura la recuperación de la inversión.

7.3.3 En general existe bastante consenso entre los entrevistados que los contratos de concesión deberían ser más flexibles para que puedan adaptarse a nuevas circunstancias que surjan, particularmente situaciones extraordinarias e imprevistas, cambios normativos u otras. Ello permitiría neutralizar el problema de la rigidez de los contratos de concesión que hacen incrementar las discrepancias. Un entrevistado planteó como solución que se

establezca de modo formal en los contratos etapas de revisión quinquenales en los contratos de más largo plazo, de modo de ver su funcionamiento y la necesidad de revisar los subsidios, las tarifas, los plazos o cualquier otro aspecto relevante. Sin embargo, otro entrevistado planteó que la revisión quinquenal sería dañina puesto que la licitación la ganaría quien tiene mejores capacidades de negociación, dejando fuera otros competidores, además sería incompatible con un contrato con valor presente de los ingresos.

7.4 Modelos de negocio y distribución de los riesgos

7.4.1 Definir con un valor representativo de un porcentaje del presupuesto oficial de la obra o bien uno o más criterios, para entender que una alteración del régimen económico del contrato es “significativa” como lo exige, por ejemplo, el artículo 19, inciso primero.

7.4.2 Definir qué se entiende por ajuste al contrato que no da lugar a indemnización, representado como un porcentaje del presupuesto oficial de la obra.

7.4.3 Regular que cuando se otorga un plazo para la etapa de construcción por causas ajenas al concesionario, debe otorgarse un aumento en el plazo de explotación, siempre que el contrato sea de plazo fijo, o bien en el caso que siendo con valor presente de los ingresos o con ingresos mínimos garantizados, no se alcance a obtener aquellos en el plazo de explotación original.

7.4.4 Respecto de la distribución de riesgos, todos aquellos que son controlados por la SC deben ser asumidos por ella. Los riesgos externos, como el de demanda lo asume el Estado cuando establece un plazo variable en función del ITC. En opinión de uno de los entrevistados, la SC debe hacerse cargo en forma integral del proyecto, por ello el Estado se desprende de la obra y el concesionario la asume, el privado desarrolla la ingeniería pensando

en optimizar su negocio y cumplir los estándares, por lo que debe tener la decisión en toda la cadena del proyecto y asumir la responsabilidad.

7.5 Síntesis

En resumen, las propuestas de mejoras dicen relación con aspectos institucionales, con la organización administrativa y la gestión propia del MOP, con el diseño de los contratos, con el modelo de negocio y la distribución de riesgos.

Asimismo, las entrevistas muestran que las soluciones para mejorar el sistema de concesiones y reducir la litigiosidad dice relación con tener contratos que permitan adaptarse a las nuevas circunstancias, mediante cláusulas flexibles, robustecer la Inspección Fiscal, tener contratos de plazos variables con ITC, reforzar la institucionalidad del PTC en aspectos presupuestarios y procedimentales y consolidar el mecanismo de solución de controversias en un solo organismo como el PTC.

8. CONCLUSIONES

- 1) La discusión doctrinaria apunta a los siguientes problemas o causas de las discrepancias presentadas por las sociedades concesionarias:
 - a. El quiebre del equilibrio económico-financiero del contrato suele ser un motivo de controversias, tal vez, es éste el más invocado, el cual se funda en los principios de la conmutatividad de los contratos onerosos, la buena fe, el principio colaborativo o de cooperación que debe existir en los contratos de concesión, así como del interés público. Sin embargo, no puede ser objeto de compensación cualquier desequilibrio en el régimen económico, sólo será procedente cuando es significativo y tenga por causa un hecho o culpa de la contraparte.

- b. La distribución de riesgos y, particularmente, el riesgo de demanda que asume la SC, en base a la tensión existente entre los principios “*pacta sun servanda*” y “*rebus sic stantibus*”, subyace como causa de las discrepancias.
- c. Los modelos de negocio en base a plazos fijos, es una importante causa de discrepancias debido a que si ocurren circunstancias no previstas y ajenas a la voluntad de las partes que hagan excesivamente oneroso el cumplimiento de las obligaciones, genera también dificultades porque la SC aspira a ser indemnizada, a pesar que la aplicación de la teoría de la imprevisión no se encuentra recogida en la actual regulación. De los 30 contratos de concesión bajo la competencia del Panel hasta diciembre de 2020, 10 de ellos son a plazo fijo.
- d. La renegociación de los contratos es un aspecto que se ha criticado por la academia, porque se presta para malos manejos, sospechas de malos negocios para el fisco, carencia de competencia y mayores costos para la sociedad. Sin embargo, ello produce rigidez contractual lo que ha sido establecido por las personas entrevistadas como una causa relevante de la mayor litigiosidad. Más aun, se ha propuesto que se introduzcan cláusulas que permitan la revisión de los contratos en forma regular. En consecuencia, es importante un adecuado balance entre impedir las renegociaciones que pueden estar transfiriendo rentas a las SSCC y la capacidad contractual de adaptarse a los cambios de circunstancias por motivos justificados, evitando comportamientos oportunistas.
- e. La ambigüedad de las BALI, en particular la poca claridad en la definición del objeto del contrato, debido al carácter referencial de los antecedentes con

los cuales se licitan las obras, suele mencionarse como un factor que genera discrepancias, por lo que resulta altamente conveniente efectuar una reingeniería de las BALI, que apunte a eliminar las grietas por donde se introducen las discrepancias.

- f. En los aspectos institucionales, la doctrina apunta a los problemas que se generan entre la Contraloría y el MOP, en cuanto la primera tiende a inmiscuirse en aspectos técnicos o de mérito de las decisiones que adopta el MOP, lo que es causa de controversias con las SSCC.
 - g. La debilidad institucional de la Dirección General de Concesiones y de la institución del Inspector Fiscal, debido a la multiplicidad de roles que asume, unido al sistema burocrático, suele presentar problemas debido a las demoras del MOP lo cual impacta en el desenvolvimiento de los contratos.
- 2) Existe un importante grado de litigiosidad en el sistema de concesiones de obras públicas, lo cual trae como consecuencia mayores costos para el país, principalmente en términos de encarecimiento de las obras y postergación de la satisfacción de necesidades públicas que busca satisfacer. Lo anterior, queda en evidencia al constatar que el 47% de los contratos sometidos a la competencia del Panel en el período en estudio han presentado reclamos, así como se desprende de las opiniones que se han vertido tanto en los medios de prensa como por las personas entrevistadas. Sólo el 2020, el PTC recibió 15 presentaciones por un total reclamado de UF 2,5 millones y que en todo el período en estudio las partes efectuaron 55 presentaciones por UF12,5 millones reclamados, conteniendo 103 discrepancias.
- 3) Del estudio de los expedientes de las discrepancias planteadas hasta diciembre de 2020, se puede concluir que las materias reclamadas en un 75% corresponden a

sobrecostos y las causas por las que se reclaman corresponden en primer lugar a obras adicionales y en segundo lugar a incumplimientos del MOP, sin perjuicio de otras causas pero de menor incidencia, como la concurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor, pérdidas de ingresos comerciales y aumentos de plazo.

- 4) Las causas de las discrepancias a la luz de los resultados de las entrevistas, son las siguientes:
 - a. La rigidez de los contratos de concesión, asociado a la imposibilidad de prever todas las situaciones que se pueden presentar.
 - b. Desfase entre la preparación de los AR y el llamado a licitación
 - c. Debilidad institucional del IF y de la Dirección General de Concesiones.
 - d. Acumulación de reclamos para etapas finales del contrato.
 - e. Falta de coordinación al interior del MOP y con otros ministerios mandantes.
 - f. Falta de cooperación del Estado con el concesionario para la obtención de los permisos que el mismo Estado debe otorgar.
 - g. Intervenciones extemporáneas de la Contraloría General de la República.
 - h. La coexistencia de dos mecanismos de solución de controversias.
 - i. Tendencia al *claim* o la existencia de una industria del reclamo.
- 5) Los criterios adoptados por el PTC para resolver las discrepancias, se clasifican en:
 - i) criterios jurídicos/regulatorios, ii) Criterios económicos, y iii) Criterios técnicos, todos los cuales interactúan para resolver una discrepancia en particular. Dichos criterios iluminan para detectar las deficiencias y causas de las controversias entre las SSCC y el MOP. La interpretación de estos criterios permite confirmar las causas de las discrepancias antes señaladas.

6) Con relación a las propuestas de mejoras, la investigación efectuada arroja los siguientes resultados, que se resumen a continuación:

a. Aspectos institucionales:

- i. Reforzamiento del Inspector Fiscal
- ii. La Asesoría de la Inspección Fiscal podría incorporarse y dejar de ser externa, pero sus beneficios no son muy claros.
- iii. Reforzar la Dirección General de Concesiones, dotándola de mayor personal
- iv. Diferenciar los roles del Inspector Fiscal y la Contraloría
- v. Reforzamiento del PTC, en cuanto a dotarla de mayor soporte técnico. Asimismo, darle valor vinculante o bien valor probatorio a las recomendaciones del Panel en la instancia jurisdiccional.
- vi. Concentrar en el PTC el mecanismo de solución de controversias
- vii. Creación de una Comisión Nacional de Infraestructura que tenga por misión fundamental la planificación y promoción de las obras de infraestructura concesionada.

b. Organización administrativa y gestión del MOP

- i. Resolver oportunamente el desfase del Antecedente Referencial con el proceso de licitación, asignando por parte del MOP toda la ingeniería a una sola empresa.
- ii. Reingeniería de las BALI, eliminando ambigüedades y definiendo claramente los estándares técnicos de construcción y de la prestación de los servicios propios de la concesión.

iii. Eliminar trabas burocráticas a los acuerdos entre el MOP y las SSCC, agilizando su materialización.

iv. Mejorar calidad de los proyectos antes de la licitación.

c. Diseño contractual

i. Precisar el objeto del contrato y que el Antecedente Referencial sea veraz, de modo que las SSCC puedan confiar en ellos.

ii. Los contratos a plazo fijos sólo se deben mantener para casos específicos, privilegiando los contratos de plazo variable.

iii. Introducir cláusulas en las BALI que permitan flexibilizar algunos aspectos frente a eventos extraordinarios, imprevistos y ajenos a la voluntad de las partes.

d. Modelos de negocio y distribución de riesgos

i. Definir un valor representativo o uno o más criterios para establecer cuando ha existido una alteración significativa del equilibrio económico-financiero del contrato.

ii. En los contratos de plazo fijo, cuando se otorga un aumento de plazo en la etapa de construcción debe traducirse en aumento de plazo en la etapa de explotación, salvo en los casos en que coexisten la construcción y la explotación.

iii. Los riesgos deben ser asumidos por la SC o por el Estado, dependiendo quien tiene el mejor control del riesgo.

Finalmente, deseo destacar dos ideas. La primera es que existe una notoria correspondencia entre las causas y alternativas de mejoras que surgen del marco teórico, con las que emergen del análisis de los datos recogidos del estudio efectuado de las discrepancias y con las opiniones de los entrevistados, todo lo cual permite confirmar las hipótesis planteadas en este trabajo. La segunda, es que desde el punto de vista de la preparación de un plan de implementación de las mejoras, es destacable que la gran mayoría de los cambios que se requieren se pueden realizar con decisiones administrativas o modificaciones reglamentarias.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

Bermúdez, Jorge (2014). Derecho Administrativo General. Santiago, Chile, Legal Publishing, Thomson Reuters.

Celis, Gabriel (2016) Contratos Administrativos. El Jurista, Ediciones Jurídicas.

Coordinación de Concesiones de Obras Públicas. (2016). Concesiones de Obras Públicas en Chile. 20 años. Santiago, Chile: División de Estudios y Análisis Financiero, CCOP-MOP.

Figueroa, Juan Eduardo. (2019). Construcción y Arbitraje. Santiago, Chile: Ediciones DER.

Mankiw, Gregory (2004). Principios de Economía. McGraw-Hill.

Molina, Carlos y Ríos, Víctor. (2016). Derecho de la Construcción. Santiago, Chile: O'Print Impresores S.A.

Rufián, Dolores. (2018). Manual de Concesiones de Obras Públicas. Santiago, Chile: COPSA.

Soto Kloss, Eduardo (2010). Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. Legal Publishing, Abeledo Perrot.

Tarziján y Paredes (2006). Organización Industrial para la Estrategia Empresarial. Pearson Educación, México.

Artículos:

Barros, Enrique. (2012). Innovaciones a la legislación sobre concesiones de obras públicas. Concesiones: El esperado relanzamiento, 1, L & D, Copsa, 143-161.

Bitran, Eduardo y Villena, Marcelo. (2010). El Nuevo desafío de las concesiones obras públicas en Chile hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional. Estudios Públicos, 117, 175-217.

Callis, Axel y Aboitiz, Gonzalo. (2017). Nuestra industria y su entorno: un estudio cuantitativo/cualitativo. Concesiones: un ejercicio de confianza para Chile. pp. 279-296.

Ciminelli, Darío, (2017), "Régimen de los contratos de participación público-privada. Un nuevo desafío para el derecho argentino". Revista Anales de la Legislación Argentina, ADLA2017-6, 3. AR/DOC/904/2017.

Conejero, Enrique (2016). Innovación Social y Nuevos Modelos de Gobernanza para la provisión de bienes y servicios públicos. Revista Estado, Gobierno y Gestión Pública. Pp. 5-39.

Engel, Fischer, Galetovich. (1996). Licitación de carreteras en Chile. Centro de Estudios Públicos, 61, 5-37.

Engel, Fischer, Galetovich. (2000). El Programa Chileno de Obras de Infraestructura: Evaluación, Experiencias y Perspectivas. La Transformación Económica de Chile, Centro de Estudios Públicos, 6, 202-245.

Fischer, Ronald. (2012). Financiamiento de Concesiones de Infraestructura. Concesiones: El esperado relanzamiento, 1, 113-123.

Flores, Juan Carlos. (2018). El objeto en los contratos de concesión de obra pública. Cuadernos de Extensión Jurídica U Andes, 31, 19-35.

García, José Francisco. (2012). Algunas amenazas a la institucionalidad de las concesiones de obras públicas. Concesiones: El esperado relanzamiento, 1, 47-59.

Gonzalez, Aldo. Demandas por pérdidas de Ingreso en las concesiones de obras públicas en Chile. Revista de Regulación e Infraestructura de Transporte, N°6, 2011, 135-164.

Ibarra-Coronado, Rafael. La ley de concesiones de obras públicas chilena en el tiempo, 19, International Law, Revista Colombiana de derecho internacional, 183-222, (2011) .

Loo, Martín (2015). Las Asociaciones Público-Privadas en la Unión Europea: Elementos para un análisis sobre la concesión de obra pública en Chile. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLV, pp. 313-337.

Pallavicini, Julio. (2017). Visión Jurídica sobre el rol de la Inspección Fiscal. Concesiones, un ejercicio de confianza para Chile, 1, 241-250.

Rivas, Jorge. (2017). La Mirada de las concesionarias. Concesiones, un ejercicio de confianza para Chile, 1, 256-259.

Rivera, Eugenio. (2008). La regulación económica como complemento de las licitaciones de obras públicas. Revista de la Cepal, 95, 51 y ss.

Saavedra, Eduardo. (2018). 25 años de concesiones (y renegociaciones) de infraestructura de transporte en Chile. Cuadernos de Extensión Jurídica U Andes, 31, 71-93.

Torres, Pablo (2013). La distribución de riesgos en el contrato de concesión de infraestructura de transporte -sector vial- como consecuencia de la expedición de la ley 1150 de 2007 –años 2009 y 2010. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho Administrativo. Bogotá, 2013. En:https://www.academia.edu/18709367/Distribucion_de_riesgos?email_work_card=thumbnail.

Artículos de prensa:

- El Mercurio 20/12/2020, pag. 2, Cuerpo A, comentario de Eduardo Engel sobre el caso de Nuevo Pudahuel. En: <https://www.elmercurio.com/blogs/2020/12/20/84385/Nuevo-Pudahuel-y-el-futuro-de-las-concesiones.aspx>

- El Mercurio, 10/01/2021, pág. 6, Cuerpo B “Economía y Negocios)
<https://digital.elmercurio.com/2021/01/10/B/7A3TCQL7>
- La Tercera 21/11/2020: <https://www.latercera.com/pulso/noticia/mop-saca-a-carlos-pena-de-arbitraje-con-autopistas-por-desestimar-reclamacion-contraconcesionarias/JED34J4GPRGJHNCN5LZ3OYG34M/>
- La Tercera 10/12/2020. <https://www.latercera.com/opinion/noticia/atentado-contrala-institucionalidad-del-arbitraje/SU4DOJQSPFAOPEAZNJMC6BQKXY/>
- EMOL. 26/11/2020.
<https://merreader.emol.cl/2020/11/26/B/OI3SMF3I/light?gt=050001>
- El Mercurio 07/02/2, 2021, página B5, en:
<https://digital.elmercurio.com/2021/02/07/A/BL3TS3B7#zoom=page-width>
- Actualidad Jurídica. Columna de opinión de Ponce de león, Sandra (2020), en <https://actualidadjuridica.doe.cl/efectos-de-medidas-de-la-autoridad-para-combatir-el-covid-19-en-el-equilibrio-economico-de-los-contratos-de-concesion-de-obras-publicas/>

Otros documentos:

- Historia de la Ley 20.410. En:
<https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3925/1/hdl-20410.pdf>
- Normas de Funcionamiento del Panel. En: www.panelconcesiones.cl
- Ley de Concesiones, contenida en el DFL MOP N° 900, del año 1996, modificado en diversas oportunidades y cuya última modificación se introdujo con la ley 20.410 del año 2010.
- Reglamento de la Ley de Concesiones, contenido en el Decreto Supremo MOP N° 956 de 1999.
- Código Civil chileno
- La Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

SIGLAS:

APP = Asociación Público-Privada

AR = Antecedente Referencial

BALI = Bases de Licitación

IF = Inspector Fiscal

ITC = Ingresos Totales de la Concesión

PTC = Panel Técnico de Concesiones, Panel de Concesiones o Panel.

LC = Ley de Concesiones de Obras Públicas, contenida en el decreto supremo N°900, Ministerio de Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial el 18/12/1996, que fijó el texto refundido, sistematizado y coordinado del DFL MOP N° 164, de 1991.

MVPI = Mínimo Valor Presente de la Inversión

SC = Sociedad Concesionaria

SSCC = Sociedades Concesionarias

ANEXOS CONFIDENCIALES

- Correos electrónicos con invitación a las entrevistas y respuestas positivas de los entrevistados.
- Grabaciones de las entrevistas.