Santiago, quince de mayo de dos mil veinticuatro

VISTOS:

I. <u>Demanda arbitral</u>

1. Con fecha 31 de enero de 2022, los señores Xavier Marie Lortat-Jacob y Mélanie Lefebvre, en representación de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A (**<u>"Sociedad Concesionaria"</u>** o **<u>"Concesionaria" o "SC"</u>**), todos domiciliados para estos efectos en Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago, Terminal Nacional de Pasajeros, Rotonda Oriente, Piso 4, comuna de Pudahuel, interponen **demanda de cumplimiento de contrato** en contra del Ministerio de Obras Públicas (**<u>"MOP"</u>**), representado por la Directora General de Concesiones de Obras Públicas (**<u>"DGC"</u>**), doña Marcela Hernández Meza, ambos domiciliados en Merced N° 753, comuna de Santiago a fin que la H. Comisión Arbitral declare la pérdida de conmutatividad del Contrato de Concesión de la obra pública fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago" (**<u>"Contrato de Concesión"</u>** o la **<u>"Concesión"</u>**) y condene al MOP a reestablecer la conmutatividad contractual.

2. La parte demandante arguye que el contrato de concesión configura un régimen conmutativo de los derechos, riesgos y obligaciones de las partes que posibilita el equilibrio económico. Según la demandante, esta conmutatividad del contrato de concesión fue quebrada por la pandemia de COVID-19, cuyas consecuencias constituirían un riesgo no asumido por la Concesionaria en el contrato. Por tanto, en virtud de las obligaciones asumidas por las partes y la naturaleza del contrato de concesión, el MOP debe restablecer la conmutatividad contractual, cuestión que a la fecha la demandada se ha negado. Para restaurar la

conmutatividad del contrato, el demandante solicita en su acción principal que la parte demandada, adapte el Contrato de Concesión otorgando un mayor plazo a la Concesionaria, de modo tal que las consecuencias económicas producidas por la pandemia sean distribuidas equilibradamente entre las partes.

3. La Sociedad Concesionaria comienza su libelo explicando que el contrato de concesión configura un régimen conmutativo de los derechos, riesgos, y obligaciones de las partes que posibilita el equilibrio económico. En este régimen, destaca, citando a doctrina nacional (Claudio Moraga, Dolores Rufián y José Antonio Ramírez, entre otros), que las partes establecen un sistema de riesgos compartidos regido por el principio de equilibrio financiero. Por tanto, afirman que es consustancial al Contrato de Concesión la necesidad de instaurar y mantener su equilibrio económico, definido como la capacidad de los ingresos de la concesión de cubrir los gastos para el cumplimiento de sus obligaciones, entregando una rentabilidad razonable para la concesionaria, equilibrio que debe mantenerse a lo largo de toda la vigencia del Contrato de Concesión.

4. Según la parte demandante, una premisa básica para alcanzar y resguardar el equilibrio económico se encuentra en la conmutatividad contractual, la que implica que lo que una de las partes se obliga a dar o hacer "se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez", conforme al artículo 1441 del Código Civil. En el caso del Contrato de Concesión, las obligaciones de construcción y explotación de la Concesionaria son miradas como equivalentes a la obligación del Estado de concederle la explotación de la obra (en concreto, a una fracción de los Ingresos Totales) durante el plazo del Contrato de Concesión.

5. La Concesionaria relata que el año 2013 el MOP inició la licitación de la segunda Concesión del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de

Santiago (AMB), con el propósito de duplicar su capacidad para enfrentar una creciente demanda de pasajeros. En esta, el MOP licitó las obras para la ampliación y remodelación del Edificio Terminal Existente y construcción de un Nuevo Edificio Terminal. De los antecedentes entregados por la autoridad durante el proceso de licitación, el demandante destaca tres: 1) El Anteproyecto Referencial Ampliación y Mejoramiento Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago (el **"Anteproyecto Referencial"**), que contenía las definiciones y requerimientos mínimos de la obra; 2) La Actualización del Plan Maestro Fase 2A (el **"Plan Maestro")**, que contenía el plan de desarrollo y requerido para que el aeropuerto AMB responda correctamente a la demanda de pasajeros proyectada; y 3) el **Estudio de Demanda**, que incluía una proyección de la demanda.

6. En el Estudio de Demanda se hizo un modelo que tuvo como resultado una proyección conservadora, otra tendencial y otra optimista del tráfico de pasajeros, con tasas de crecimiento anual que variaban entre un 8,35% y un 2,90% para el tráfico nacional y entre un 6,88% y un 2,39% para el tráfico internacional. Así, en un escenario tendencial, el Estudio de Demanda preveía una continua expansión en el tráfico de pasajeros, proyectando que el mismo prácticamente se duplicaría entre 2012 y 2025. Esta tendencia era coincidente con la presentada en el Plan Maestro de Transporte de Santiago 2025, de febrero de 2014, dirigido y consensuado por un comité técnico integrado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y el MOP. En este documento se expresa que la proyección de demanda optimista de pasajeros alcanzaría al 2028 los 60 millones de pasajeros y al 2035, los 110 millones de pasajeros, mientras que en la proyección intermedia la demanda de pasajeros alcanzaría los 45 millones de pasajeros en 2028 y 63 millones de pasajeros en 2035. Destaca la demandante que era tal la confianza del MOP respecto del alza en el tráfico aéreo que experimentaría el Aeropuerto Internacional AMB durante los años

venideros, que en la sección 1.15 de las BALI se regula la posibilidad de ampliar aún más la infraestructura existente para asegurar el cumplimiento de los estándares de servicio definidos, en el caso que la demanda por el tráfico aéreo aumentara considerablemente.

7. Indica la parte demandante que para la ejecución de estas obras de remodelación y ampliación del Aeropuerto Internacional AMB, el MOP diseñó un modelo económico en el cual la construcción, la operación de los servicios concesionados y el mantenimiento de la infraestructura, serían de cargo exclusivo del futuro concesionario (sin subsidio ni aporte del Estado o valor residual al término del Contrato de Concesión), tal como se señala en el artículo 1.7.2 de las BALI. Como contrapartida, el concesionario tendría el derecho a recibir una remuneración consistente en el remanente del Porcentaje de Ingresos Totales que el adjudicatario hubiera ofrecido compartir con el Estado, que constituía el único factor de la licitación –y que no podía ser inferior al 60%-, durante un plazo de concesión de 240 meses.

8. La licitación llevada a cabo por el MOP culminó con la adjudicación de la Concesión al Grupo Nuevo Pudahuel, el cual presentó la mejor oferta económica (compartir con el Estado 77,56% de los Ingresos Totales de la Concesión) y la mejor oferta técnica (con un puntaje de 4.9).

9. El Contrato de Concesión redactado por el MOP estableció los derechos y obligaciones de las partes, así como una distribución de los riesgos previsibles al momento de licitarse y herramientas para abordar las circunstancias imprevisibles al momento de contratar. En este contrato, señala el demandante, la Concesionaria asumió la obligación de construir, operar y mantener la infraestructura, y prestar los servicios concesionados, a su costo, asumiendo los riesgos previsibles del negocio

aeroportuario. A cambio, la Concesionaria recibe una remuneración equivalente a un porcentaje de los **Ingresos Totales de la Concesión** que no comparte con el Estado (22,44%), que debe mirarse como equivalente a los riesgos y obligaciones asumidos.

10. Los Ingresos Totales de la Concesión están constituidos por la suma de los Ingresos Comerciales (ingresos devengados a favor de la Concesionaria por la prestación de los servicios concesionados) y los Ingresos por Pasajero Embarcado. De los Ingresos Totales de la Concesión, aproximadamente el 94% depende únicamente del tráfico de pasajeros, de manera directa o indirecta. La remuneración que la Concesionaria obtiene dependerá del desarrollo de las variables cuyos riesgos son asumidos por ella, que son aquellos que constituyen el *alea normal* del negocio aeroportuario y todos aquellos riesgos previsibles que se incorporaron en el contrato dentro de sus responsabilidades. Por lo tanto, según la parte demandante, la remuneración de la Concesionaria no contempla soportar las consecuencias de aquellas circunstancias imprevistas y no asumidas por ella en el Contrato de Concesión, sobre todo cuando su ocurrencia pudiera alterar su conmutatividad.

11. El MOP, por su parte, entregó en concesión el Aeropuerto Internacional AMB para que la Concesionaria lo construyera, operara y mantuviera, recibiendo al término de la Concesión una nueva y moderna infraestructura, y asumiendo explícitamente una serie de riesgos que contribuían a otorgar ciertas certezas a su contraparte privada, estableciéndose además diversas potestades de modificación y ajuste del Contrato de Concesión para resguardar su conmutatividad frente a hechos sobrevinientes.

12. Respecto a la distribución de riesgos, la Concesionaria recalca los artículos 1.11 y 1.12 de las BALI, que regulan los casos de la Suspensión de la Concesión y el

Cese Temporal y Total de las Operaciones Aéreas Comerciales en el Aeropuerto por Requerimientos del Estado, respectivamente. La Suspensión de la Concesión procede en los casos previstos en el artículo 26 de la Ley de Concesiones; en estos casos, el Contrato de Concesión establece que se procederá a una evaluación de los daños y a una determinación de la forma "en que concurrirán las partes a subsanarlos", lo cual podría expresarse en un aumento del plazo de la Concesión, aportes del Estado, incrementos tarifarios o la modificación de cualquier factor del régimen económico del Contrato de Concesión. Por su parte, el Cese Temporal y Total de las Operaciones Aéreas Comerciales es decretado por la autoridad, sin que se contemplen causales específicas para ello; en este caso, la Concesionaria tiene derecho a que se le compense íntegramente la pérdida de ingresos sufrida a partir de una fórmula establecida.

13. Además, la parte demandante menciona que el artículo 71 del Reglamento de la Ley de concesiones, aplicable al Contrato en virtud del artículo 1.2.1 de las BALI, indica que *"Las bases de licitación establecerán la forma y el plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, por causas sobrevinientes que así lo justifiquen, pudiendo modificar uno o varios de esos factores a la vez"*, norma cuya aplicación fue confirmada por el MOP en la Serie de Preguntas y Respuestas contenida en la Circular Aclaratoria N° 8. A este derecho de la Concesionaria le corresponde la potestad y competencia de la autoridad para modificar el Contrato de Concesión, en aquellos casos en que las circunstancias sobrevinientes así lo requieran; es más, enfatiza que el artículo 1.18.16 establece como potestad del Director General de Concesiones, la *"revisión del sistema tarifario, de su fórmula de ajuste o del plazo de concesión por causas sobrevinientes que así lo justifiquen"*, concordante con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

14. Todas estas disposiciones, acorde a la Concesionaria, establecen la competencia del MOP para adecuar los términos del Contrato de Concesión con el objeto de mantener la conmutatividad contractual cuando un hecho sobreviniente así lo justifica, como lo fue el COVID.

15. Según la actora, esta equivalencia entre los derechos, obligaciones y riesgos asumidos por las partes permite satisfacer los intereses de ambas y cumplir con las finalidades propias del Contrato de Concesión. Esta es la equivalencia de las prestaciones que fue intentada y querida por la Concesionaria y el MOP al momento de celebrar el Contrato de Concesión, intención y voluntad que estaba destinada a mantenerse durante todo el plazo de su vigencia.

16. Enfatiza el demandante dos cuestiones fundamentales, a su criterio: primero, que esta cuidadosa distribución de derechos, obligaciones y riesgos contractuales entre las partes solo se refiere a aquellas circunstancias previsibles al momento de contratar. Así, si acaece un hecho imprevisible, cuyas consecuencias no han sido contractualmente asumidas por ninguna de las partes, pero en los hechos son soportadas exclusiva o preeminentemente por una de ellas, entonces se desnaturaliza el Contrato de Concesión , y lo convierte en un contrato aleatorio para la parte que debe asumir las consecuencias de un riesgo que no asumió en el Contrato de Concesión ni era una circunstancia previsible al celebrarlo. La segunda, es que las partes están obligadas a tomar las medidas para distribuir equitativamente las consecuencias de aquellas circunstancias que el Contrato de Concesión no pudo prever, a través de las herramientas contractuales que se dispuso para ello.

17. La parte demandante sigue su razonamiento afirmando que el COVID-19 quebró la conmutatividad del Contrato de Concesión.

18. Arguye la Concesionaria que la magnitud, extensión y duración de sus efectos hacen al Covid-19 un hecho único, sin precedentes, ajeno a la voluntad de las partes, y por ello, totalmente imprevisible, lo que habría sido reconocido por el MOP en la audiencia pública ante el Panel Técnico en el marco de la Discrepancia, señalando que *"cuando viene el COVID, obviamente genera un perfil de riesgos, mostró riesgos que no se habían producido antes."* Según la actora, la pandemia es un hecho imprevisible que ha alterado la industria aeroportuaria en general y generado consecuencias catastróficas para el Contrato de Concesión. Afirma que la disminución radical del tráfico de pasajeros, sumado a la proyección de una lenta recuperación, y de un posible cambio permanente en el comportamiento de la demanda, tienen como consecuencia que se ha producido y se continuará produciendo una disminución sustantiva e irreversible en los ingresos provenientes de la explotación de la Concesión, que constituyen la única remuneración de la Concesionaria.

19. Previo al inicio de la pandemia, el tráfico aéreo confirmó e incluso superó las proyecciones de la Concesionaria. En efecto, las cifras del tráfico de pasajeros medidas por la Junta de Aeronáutica Civil ("JAC") entre octubre de 2015 (cuando la Concesionaria asumió la operación del Aeropuerto Internacional AMB) y diciembre de 2019, superaron las proyecciones que el MOP incluyó el Anteproyecto Referencial y estuvieron en línea con las que el Grupo Nuevo Pudahuel consideró para la elaboración de su oferta. Según el demandante, esta situación pone de relieve tres consideraciones importantes: 1) muestra la seriedad de las proyecciones realizadas por el Grupo Nuevo Pudahuel al momento de elaborar su oferta; 2) que el aumento del tráfico no fue obra del azar, sino fruto de un trabajo constante y serio de la Concesionaria, que trabajó con los principales actores del sector, con el objeto de abrir nuevas rutas y atraer nuevos operadores, logrando que el Aeropuerto

Internacional AMB superara a sus competidores directos en cuanto al aumento de rutas directas y nuevas líneas áreas que operan en él; y 3) todo esto tuvo como resultado una mayor y mejor oferta, produciendo beneficios para los usuarios, el Estado y la Concesionaria.

20. La pandemia de COVID-19 tuvo extendidos y profundos efectos en la industria aérea y aeroportuaria a nivel mundial. En el año 2020 se produjo una detención de toda la actividad económica a nivel global y paralización del tráfico de pasajeros. Durante el año 2021, la aparición de nuevas variantes del virus provocaron que la recuperación sea más lenta de lo inicialmente previsto, de manera que a la fecha de la presentación de la demanda, los niveles de tráfico estaban lejos de los alcanzados durante el año 2019. Esto afectó profundamente a las aerolineas y aeropuertos de todo el mundo.

21. En efecto, según datos del Airports Council International (ACI) publicados en julio de 2021, citados en la demanda, a nivel global la pandemia tuvo como consecuencia que el año 2020 se produjo una baja estimada de 5,9 mil millones de pasajeros, en comparación con las proyecciones realizadas antes de ella. Esto significó una baja total de un 62,3% en el tráfico de pasajeros respecto de las proyecciones, y un 61% si se compara con el tráfico del 2019. Esta baja fue todavía más profunda en el caso del tráfico internacional, llegando a 73,7%, toda vez que, aun cuando muchos países levantaron las cuarentenas, permanecieron cerradas sus fronteras o con restricciones severas para el ingreso de extranjeros. La misma entidad proyecta bajas, en menor magnitud, los años siguientes a la pandemia (baja de 5,2 mil millones de pasajeros [baja de 53,2%] en 2021 y 3,6 mil millones de pasajeros [baja de 35,5%] en 2022 respecto a las proyecciones previas a la pandemia).

22. La disminución en el tráfico aéreo ha originado un "efecto en cadena", disminuyendo los ingresos de los aeropuertos y creando una crisis financiera sin precedentes en la industria aeroportuaria mundial. La baja del tráfico generada por la pandemia provocó a nivel mundial una disminución de ingresos aproximada de USD 129 mil millones durante el año 2020 para los aeropuertos (disminución del 64,7% comparado con proyección). Para el año 2021, se estimaba que los ingresos de los aeropuertos descenderían USD 111 mil millones en comparación con las proyecciones previas a la pandemia (baja del 57,2%) y para el año 2022 los ingresos de la industria aeroportuaria se verán rebajados en USD 78,6 mil millones.

23. Por otro lado, indica el demandante, los aeropuertos tienen importantes costos fijos asociados con la provisión y mantenimiento de infraestructura y servicio; más aún, ante una situación como la provocada por el COVID-19 generaron la necesidad de adoptar medidas sanitarias y de higiene adicionales, que a su vez aumentaron los costos por pasajero transportado.

24. Las proyecciones hacia el futuro de la ACI sugieren que el tráfico global de pasajeros retomará sus niveles de 2019 recién hacia comienzos de 2024, impulsado fundamentalmente por el tráfico nacional, lo que según la actora será así para aquellos países en los cuales el tráfico nacional constituye una proporción significativa del tráfico aéreo. La Concesionaria sostiene que la recuperación en el tráfico aéreo será una realidad tremendamente heterogénea y variará de país en país, lo cual dependerá de las características propias del mercado aeroportuario en ese lugar y de las restricciones adoptadas por las autoridades locales para el control de la pandemia en el futuro; resalta que la ACI sostiene que es posible que el tráfico de pasajeros tarde más de dos décadas en volver a las proyecciones realizadas antes de la pandemia producto de los cambios estructurales en el comportamiento de los pasajeros. Añade la parte demandante que la pandemia de COVID-19 ha sido un

evento único en la historia, con consecuencias mayores a cualquier otra crisis previa, y que seguirá teniendo repercusiones a futuro.

25. Respecto al caso chileno, la Concesionaria sostiene que el Aeropuerto Internacional AMB ha sido severamente impactado por la pandemia, alterándose la distribución de riesgos, derechos y obligaciones del Contrato de Concesión. Las consecuencias de la pandemia en el tráfico aéreo nacional han sido particularmente graves considerando las estrictas y duraderas medidas tomadas por la autoridad, incluyendo: cierre de fronteras por más de ocho meses, desde el 16 de marzo de 2020, y el "Plan Fronteras Protegidas" que limitó el ingreso de extranjeros no residentes, flexibilizado el 1 de noviembre de 2021; la declaración de un estado de excepción constitucional de catastrofe por calamidad pública desde el 18 de marzo de 2020 hasta el 30 de septiembre de 2021; las cuarentenas y restricciones a la libertad personal en el país, etc.

26. La pandemia, según relata la parte demandante, ha causado un impacto gravísimo en el tráfico de pasajeros del Aeropuerto Internacional AMB, con la consecuente disminición de los ingresos de la Concesionaria. En efecto, conforme a los datos de la Junta de Aeronáutica Civil (JAC), durante los primeros 12 meses de la pandemia (marzo 2020–febrero 2021), el Aeropuerto Internacional AMB recibió 5 millones de pasajeros en lugar de los 26,7 millones que se esperaban, mientras que en el mismo periodo un año antes, transitaron por el Aeropuerto 24,7 millones de pasajeros. Respecto al segundo trimestre de 2021, el Informe Trimestral de Concesiones para el periodo abril-junio 2021, preparado por la Dirección General de Concesiones en base a información de la JAC, señala que en este periodo transitaron por el Aeropuerto Internacional AMB 551.764 pasajeros nacionales y 121.294 pasajeros internacionales, lo que representa una caída del 62,9% y 95,4%, respectivamente, en relación a igual periodo del año 2019. El tráfico del año 2021

apenas alcanzó los 10 millones de pasajeros, lo que equivale a niveles del año 2008, observándose además una gran disparidad entre la evolución del tráfico doméstico, que alcanzó los 7,9 millones de pasajeros (comparable al año 2012) y el tráfico internacional, que apenas sobrepasó los 2 millones de pasajeros (niveles inferiores a los del año 1995).

27. Destaca el demandante que a tal punto será lenta la recuperación del tráfico de pasajeros, que la Dirección de Aeropuertos del MOP, al exponer la última actualización al Plan Maestro del Aeropuerto Internacional AMB, proyectó que recién el 2027 se alcanzaría el tráfico de pasajeros observado el año 2019, independientemente de si se observa un escenario base, optimista o pesimista.

28. En adición, indica la Concesionaria que un informe preparado por un asesor independiente (Econsult), cuantifica que en el periodo marzo 2020–septiembre 2021 dejaron de utilizar el Aeropuerto Internacional AMB 31,8 millones de pasajeros (aproximadamente 15,4 millones de tráfico doméstico y 16,4 millones de tráfico internacional), lo que ha implicado una pérdida de ingresos por pasajero embarcado e ingresos comerciales equivalente a UF 2.145.000, y se calcula que, hacia el fin de la Concesión, se habrán perdido un total de 143,7 millones de pasajeros, en comparación a un escenario sin COVID, lo que equivale a cerca de un cuarto del total de pasajeros proyectados para el total de su duración (22%). De estos 143,7 millones de pasajeros perdidos, 67,5 millones corresponden a tráfico doméstico, y 76,2 millones a tráfico internacional. Como consecuencia de la baja en la demanda de pasajeros, se produce una disminución igualmente dramática en los ingresos de la Concesionaria.

29. Ante este escenario, la Concesionaria afirma que ha debido soportar un fuerte aumento en sus costos de operación por pasajero, porque los costos del Aeropuerto

Internacional AMB son mayoritariamente fijos y no dependen del tráfico. De esta forma, la remuneración de la Concesionaria ha sufrido un doble revés durante la pandemia: ingresos altamente elásticos respecto al tráfico, y costos altamente inelásticos respecto al tráfico. Arguye el demandante que los efectos del COVID-19, dada su magnitud y duración, y dado el plazo de la Concesión, serán irreversibles para la Concesionaria, independientemente de la evolución del tráfico de pasajeros en el Aeropuerto una vez superada esta crisis.

30. Según la proyección de la demandada, el COVID-19 provocará una disminución de Ingresos Comerciales y de Ingresos por Pasajero Embarcado hacia el fin de la Concesión equivalente a más de UF 7.741.000. Por su parte, la pérdida de Ingresos por Pasajero Embarcado y Comerciales producida sólo entre el 1 de marzo de 2020 hasta el 30 de septiembre de 2021 alcanza los UF 2.145.000. La pérdida de ingresos es calculada en base a la diferencia entre los Ingresos Totales que es posible estimar conforme a las proyecciones de tráfico de pasajeros actuales (escenario factual, con COVID) y las estimaciones de Ingresos Totales conforme las proyecciones de tráfico de pasajeros que se tenían antes del COVID-19 (escenario contrafactual).

31. Los efectos de la pandemia, según la actora, ponen en riesgo la supervivencia de la Concesionaria, cuyo deterioro puede observarse en la evolución de sus estados financieros. Al 31 de diciembre de 2019 la Concesionaria contaba con activos totales valorizados en $712,212 mil millones, mientras que en 2020 se redujo a $447,107 mil millones, y un patrimonio neto que disminuyó desde $134,660 mil millones al 31 de diciembre de 2019 a -$216,432 mil millones al 31 de diciembre de 2020. Así, el año 2020 la Concesionaria presentó una pérdida de $358,901 mil millones, y una rentabilidad del patrimonio de -165,83% pese a que se registró un ingreso por aporte de accionistas por $22,014 mil millones durante el año 2020. Asevera el demandante

que, sin una modificación de la Concesión o un importante aporte de recursos, la Concesionaria entrará en insolvencia durante el primer semestre de 2022.

32. La gravedad de su situación financiera, refiere la Concesionaria, se explica al considerar las características de una empresa concesionaria desde el punto de vista económico; el principal activo de la Sociedad es el Contrato de Concesión, activo que tiene un plazo determinado (20 años), y no tiene tiempo suficiente para recuperarse en caso de una circunstancia sobreviniente como la del COVID-19. Así, argumenta el demandante que la pandemia, un hecho sobreviniente cuyas consecuencias no fueron asumidas contractualmente por la Concesionaria, sumada a las condiciones de plazo fijo del Contrato de Concesión, produjo –y lo seguirá haciendo– la pérdida de conmutatividad del contrato y la insolvencia de la empresa.

33. En adición a lo dicho, indica la demandante, al termino del Contrato de Concesión, el Estado de Chile recibirá de todas formas la infraestructura construida por la Concesionaria, por el cual no realiza desembolso alguno por su construcción y operación, mientras que la Concesionaria no alcanzará a recuperar su inversión, que asciende a alrededor de USD 1.000 millones. Afirma la actora que no es cierto que el Estado de Chile asuma el 77,56% de las consecuencias de la pandemia y la Concesionaria un 22,44%, por la aplicación del mecanismo de distribución de los Ingresos Totales de la Concesión, ni es efectivo que sea Estado de Chile el contratante que se ha visto más perjudicado producto de la pandemia. Es la Concesionaria quien está soportando de manera predominante los efectos del COVID-19, precisamente porque con el 22,44% de los Ingresos Totales de la Concesión, debe financiar la totalidad de las obras, su mantenimiento y operación, con inversiones que ascienden a USD 1.000 millones. Recalca la Concesionaria que el mecanismo de distribución de los Ingresos Totales de la Concesión no constituye en ningún caso la distribución del riesgo de demanda de tráfico entre las partes, sino que determina la remuneración

que la Concesionaria estimó como equivalente a la inversión necesaria para la construcción, operación y mantenimiento del Aeropuerto Internacional AMB durante 20 años.

34. Según la parte demandante, el MOP, al negarse a modificar el Contrato de Concesión ante estas circunstancias sobrevinientes, a pesar de estar obligado a ello, lo desnaturaliza, convirtiéndolo en un contrato aleatorio y ruinoso para la Concesionaria; beneficiándose únicamente el Estado de Chile.

35. Además, advierte la Concesionaria que su ruina a causa de la pérdida de conmutatividad del Contrato de Concesión es una realidad actual; según cálculos de la parte demandante, es posible estimar una disminución de ingresos de UF 2.145.000 a septiembre de 2021, pérdida que asciende a UF 7.741.000 si se considera la pérdida de ingresos totales que se producirá hasta el año 2035.

36. A criterio de la parte demandante, la magnitud, extensión global y larga duración de los efectos de la pandemia la convierten en un evento totalmente imprevisible. Respalda su posición citando el Dictamen N° 3610-2020, de 17 de marzo de 2020 de la Contraloría General de la Republica y el ORD. 394-2020, de fecha 20 de marzo de 2020 de la Dirección General de Concesiones, que califican la situación derivada del COVID-19 como caso fortuito. Debido a su carácter de caso fortuito, es decir, imprevisible, irresistible y externo a las partes, este es un riesgo que no fue asumido por la Concesionaria en el Contrato de Concesión. Por ello, afirma el demandante, carecería de sentido la posición del MOP, quien afirma que el COVID es de cargo de la Concesionaria porque ella tiene el riesgo de la demanda; posición que, además, fue abordada y rechazada por el Panel Técnico en su Recomendación.

37. Destaca la Concesionaria que prueba de que el COVID no estaba previsto dentro del riesgo de demanda de tráfico es que, una vez que los efectos del COVID en la economía y en el tráfico aéreo comenzaron a evidenciarse, el propio MOP modificó las bases de licitación de la concesión Red Aeroportuaria Austral (que abarca los aeropuertos de Punta Arenas y Balmaceda) y del aeropuerto La Florida de La Serena, que en su versión original eran prácticamente idénticas a las del Aeropuerto Internacional AMB, adoptando un modelo de plazo variable en base al valor presente de los ingresos.

38. Por otro lado, hace referencia a la Recomendación del Panel Técnico, que calificó la pandemia de causa sobreviniente justificada y afirmó que "con un análisis sistémico multidimensional, la pandemia ha sido también calificada por el MOP como un evento imprevisible y por tanto no se puede exigir a los gestores que la contemplaran en las evaluaciones de los proyectos económicos, en particular cuando, visto ex post se verifica una profunda incertidumbre debido a que las probabilidades no se pueden definir."

39. A mayor abundamiento, indica la Concesionaria, citando doctrina al efecto, que los contratos de concesión son "contratos incompletos", pues es imposible que en ellos las partes regulen todas las circunstancias que pueden afectar a la concesión. Y que desde un punto de vista económico, podría sostenerse que la pandemia constituye un evento "incognoscible," es decir, circunstancias futuras que no pueden ni siquiera ser definidas *ex ante*, no existiendo conocimiento sobre eventos de esta naturaleza, y que por lo mismo sus consecuencias no pueden ser asignadas, cubiertas o gestionadas *ex ante*.

40. En virtud de lo señalado, el demandante sostiene que ante estas excepcionales circunstancias es obligación del MOP adoptar las medidas que sean necesarias para

distribuir equitativamente las consecuencias de un hecho sobreviniente y, mediante la modificación de la convención, restaurar la conmutatividad del Contrato de Concesión. Esta obligación se deriva de principios constitucionales, las estipulaciones del Contrato de Concesión, la Ley de Concesiones y su Reglamento y la interpretación del Contrato de Concesión conforme a los requerimientos de la buena fe. Analizando los principios constitucionales y administrativos de contratación, la Concesionaria afirma que el MOP está obligado a abordar las consecuencias de la pandemia en el Contrato de Concesión.

41. En primer lugar, la parte demandante revisa los principios constitucionales y administrativos de contratación, en particular los principios de subsidiariedad y autonomía de los cuerpos intermedios que rigen a la actuación del Estado y la contratación administrativa, así como en la garantía constitucional para desarrollar cualquier actividad económica, en las que encuentran su justificación las atribuciones del Estado para modificar el Contrato de Concesión con el objeto de resguardar la conmutatividad. En un Contrato de Concesión, el Estado se asocia con un particular para la satisfacción de una necesidad pública, y asume una posición de garante frente al particular, debiendo reconocer y amparar a su contraparte contractual y garantizarle su adecuada autonomía en el cumplimiento de sus propios fines específicos.

42. Por tanto, sostiene la Concesionaria, enfrentadas las partes del Contrato de Concesión a una situación imprevisible, que causa efectos económicos devastadores y sin precedentes en la industria aeroportuaria, y que ha privado a la contraparte privada de recibir su legítima remuneración, el Estado Administrador no puede ni debe permanecer como espectador. Su razón de ser y su misión lo obligan a actuar, ejerciendo aquellas potestades que el Derecho le confirió para que, en la ruta hacia el bien común, se respeten los derechos contractuales de la Concesionaria y se le

garantice su adecuada autonomía para el libre ejercicio de su actividad económica. Esto se traduce en el contexto del Contrato de Concesión, en la modificación de este para distribuir de forma equitativa las consecuencias provocadas por el hecho sobreviniente que es la pandemia, de manera que se produzca la restauración de la equivalencia entre las prestaciones asumidas por las partes, en términos tales que se otorgue a la Concesionaria la posibilidad de obtener el fin legítimo para el cual contrató con el Estado, sobre la base de la asignación de riesgos y beneficios acordada.

43. En segundo lugar, analizando el Contrato de Concesión, la Concesionaria asevera que este contempla expresamente la obligación del MOP de modificar su contenido ante el acaecimiento de hechos sobrevinientes. Este Contrato se compone por una serie de instrumentos que, en conjunto, contienen las distintas estipulaciones que obligan a las partes; estos son: 1) Las BALI, 2) Las Circulares Aclaratorias; 3) Las Ofertas Técnicas y Económicas presentadas por el Grupo Nuevo Pudahuel; 4) La Ley de Concesiones, su Reglamento, la Ley Orgánica del MOP, la Ley de Caminos, y la Ley Orgánica de la DGAC y sus normas complementarias. Asimismo, el Contrato de Concesión se sujeta a la ley chilena. Todos estos instrumentos establecen distintos mecanismos para la restauración de la conmutatividad del Contrato, según desarrolla la actora en su libelo.

44. El Reglamento de la Ley de Concesiones, en su artículo 71, otorga a la Concesionaria el derecho a requerir la modificación del sistema tarifario y del plazo de la Concesión en caso de hechos sobrevinientes que así lo justifiquen; en el caso concreto, arguye la parte demandante que, como la pandemia es un riesgo no asumido por la Concesionaria en el Contrato de Concesión, por no ser un acontecimiento previsible para las partes y constituir un hecho o causa sobreviniente, atendidos sus excepcionales y graves efectos sobre la conmutatividad

contractual, se justifica la modificación del contrato. Sostiene el demandante que la Administración debe garantizar a los cuerpos intermedios con los que se asocia la debida autonomía en el desarrollo de su iniciativa económica, y no instrumentalizarlos sin considerar sus propios fines específicos. Asimismo, en ejercicio de la función administrativa, el Estado está al servicio de la persona y de la sociedad, debiendo, por tanto, atender siempre a la satisfacción de una necesidad pública de forma constante, eficiente y permanente, lo cual claramente no se consigue si es que la Administración opta por abandonar al particular con el que se asoció frente a las consecuencias de la pandemia. Recalca la parte demandante que el MOP, durante la fase de consultas y respuestas del procedimiento de licitación del Contrato de Concesión declaró y validó expresamente la aplicación del artículo 71 del Reglamento a esta Concesión.

45. La demanda se refiere también al artículo 19 de la Ley de Concesiones, en el que el MOP se ha basado para desconocer la eficacia del artículo 71 del Reglamento citado. Según la Concesionaria, el artículo 19 de la Ley de Concesiones no agota las causas y remedios frente a hechos que alteren la equivalencia entre las prestaciones de las partes; así lo confirman las modificaciones introducidas a esta misma Ley en virtud de la Ley N°20.410, que reguló la posibilidad de solicitar una compensación por actos de autoridad, dejando a la regulación específica de las bases de licitación o a la decisión de las comisiones arbitrales con arreglo a derecho, la posibilidad de que se modifiquen los contratos de concesión cuando ocurren otros hechos sobrevinientes que así lo justifiquen. Ello, indica la actora, habría sido reconocido por el Panel Técnico en su Recomendación, que indica que el artículo 19 excluye o prohíbe el pago de compensaciones o indemnizaciones a una sociedad concesionaria por hechos sobrevinientes distintos de los contemplados en el inciso primero, y el

inciso segundo autoriza a que contractualmente se pueda regular la materia, en caso de situaciones excepcionales, remitiendose a las BALI.

46. En virtud a los artículos y documentos analizados, la parte demandante concluye que tanto el Reglamento de la Ley de Concesiones como las cláusulas expresas de las BALI reconocen el derecho de la Concesionaria a demandar una modificación de Contrato de Concesión frente a un evento sobreviniente.

47. Por otra parte, declara el demandante que las BALI y el Reglamento de Concesiones confieren al MOP y al DGC las potestades necesarias para modificar el Contrato de Concesión frente a hechos sobrevinientes. En particular, la letra d) del artículo 1.8.16 de las BALI y la letra d) del artículo 44 del Reglamento, concordantes con el artículo 71 del Reglamento, confieren al Fisco las potestades necesarias para modificar las condiciones del Contrato de Concesión frente a hechos sobrevinientes.

48. Esta potestad sería, a juicio del demandante, un poder-deber de los órganos del Estado, en cuya virtud la administración no solo está autorizada a actuar, sino que debe hacerlo una vez se han verificado los presupuestos fácticos que activan el ejercicio de la correspondiente potestad: (i) la verificación de una causa sobreviniente e imprevista; (ii) que rompa gravemente la conmutatividad contractual; y (iii) que la Concesionaria solicite el restablecimiento de la conmutatividad mediante la modificación de ciertas cláusulas del Contrato de Concesión; presupuestos que se habrían cumplido en el presente caso.

49. No obstante, según la actora, durante la Discrepancia el MOP interpretó la potestad comentada como una atribución discrecional. Afirma la Concesionaria que la discrecionalidad administrativa no equivale a libertad desnuda o mera arbitrariedad, sino que es apreciación razonada, objetiva y fundada; las potestades discrecionales simplemente otorgan cierto margen de apreciación dentro de los

límites impuestos por la Constitución y las leyes. Recalca que el MOP es un órgano estatal, que por mandato constitucional se encuentra en una especial posición de garante frente a la comunidad, en general, y a la Concesionaria, en particular; adoptar la pasividad como política estatal es desconocer ese mandato.

50. Otro argumento que el MOP esgrimió durante la Discrepancia al que hace referencia la demanda es afirmar que la atribución contenida en la letra d) de la cláusula 1.8.16 "hay que entenderla en el marco legal completo ", que solo si el Contrato lo permite la puede ejercer, que sería una "reiteración" de una "facultad tipo" que está repetida en "muchos otros contratos" y que esta disposición no determina el contenido de la facultad. Arguye el demandante que pretender sustraerse de los efectos jurídicos de una cláusula que el mismo MOP redactó bajo dichas excusas equivale a prescindir de la juridicidad y, en última instancia, del Estado de Derecho, pues la autoridad sería libre de decidir, a su placer, cuando se ajusta a las normas jurídicas y cuando no. Recalca el MOP es un contratante que debe actuar conforme lo obliga la ley del contrato porque, como lo dispone el artículo 1545 del Código Civil, lo pactado obliga.

51. Concluyendo el análisis del Contrato de Concesión, la parte demandante, para ilustrar que el Contrato de Concesión busca resguardar la conmutatividad de las prestaciones, menciona que existe otro mecanismo que, frente a un hecho sobreviniente, da derecho a la Concesionaria a solicitar que se restaure la equivalencia de las prestaciones, el artículo 1.10.10 letra C.11 de las BALI, que permite solicitar *"la revisión de las tarifas tanto de los Servicios Aeronáuticos como de los No Aeronáuticos, fijadas en las presentes Bases de Licitación, o cualquiera de sus condiciones, regulaciones o modalidades de explotación"*. Esta cláusula confirmaría: (i) que SCNP tiene derecho a que riesgos no asignados sean redistribuidos de un modo equitativo (en este caso, modificándose ciertas condiciones económicas relativas a la prestación

de servicios concesionados); y, en consecuencia, (ii) que el Contrato de Concesión no es rígido ni inmutable.

52. En tercer lugar, realizando una interpretación del Contrato de Concesión conforme a los requerimientos de la buena fe, la Concesionaria alega que la buena fe también obliga a restablecer la conmutatividad del contrato mediante su modificación; la buena fe impone a las partes un especial deber de cooperación, en cuya virtud la protección y satisfacción del interés de una parte no es ni puede ser indiferente a la otra.

53. La Concesionaria comienza su analisis haciendo hincapié en que el artículo 1546 del Código Civil es aplicable a los contratos administrativos, y que la jurisprudencia administrativa y de las Comisiones Arbitrales son contestes en afirmar que este tipo de contratos debe ejecutarse e interpretarse de buena fe.

54. Continúa indicando que, en su rol integrador, la buena fe impone al MOP el deber de cooperar con la Concesionaria en la satisfacción de sus legítimos fines contractuales. La ejecución de buena fe del contrato exige, tal como lo dispone el artículo 1546 del Código Civil, observar determinados deberes de conducta que van más allá de los expresamente convenidos por las partes o establecidos por la ley, entre los que se encuentra el deber de un contratante de cooperar con su contraparte en la satisfacción de su propio interés.

55. El deber de cooperación es, según la demanda, una consecuencia lógica y necesaria del reconocimiento del ordenamiento jurídico de que los contratos no son sólo acuerdos de voluntades, sino que también, son mecanismos económico-jurídicos de intercambio y satisfacción de intereses mediante la colaboración. Tanto así que la legislación civil reconoce como integrante de la estructura de todo contrato aquello que constituye el motivo que indujo a cada parte a contratar, esto es, la causa

(artículo 1467 de Código Civil). El cumplimiento del deber de cooperación permite la realización del propósito práctico que sirvió de motor para la voluntad de las partes, y que dio origen al contrato.

56. En el caso del Contrato de Concesión, lo que motivó al MOP a celebrar el contrato era la necesidad de aumentar la capacidad de la infraestructura del Aeropuerto para enfrentar una creciente demanda de pasajeros (satisfacer una necesidad pública), y para la Concesionaria, el desarrollo de una actividad económica para la obtención de una justa ganancia. El deber de cooperación del MOP, según el demandante, se traduce en la obligación de adoptar aquellas modificaciones contractuales que permitan a la Concesionaria tener la posibilidad de ejecutar la convención sin que se torne ruinosa para ella y acceder a un justo retorno sobre la inversión.

57. Citando a la Excma. Corte Suprema, el demandante subraya que la jurisprudencia ha sido uniforme, reconociéndose de manera sistemática, desde el año 2011 y hasta la fecha, el rol de la buena fe y el alcance del deber de cooperación como mecanismos de integración de los contratos.

58. A mayor abundamiento, señala la parte demandante que el deber de cooperación y las exigencias de la buena fe, obligan al MOP a modificar el Contrato de Concesión para así reestablecer su conmutatividad. A este respecto, cobra relevancia el hecho de que el Contrato de Concesión se caracteriza por ser bilateral, oneroso y conmutativo; como consecuencia, el Contrato de Concesión tiene una especial lógica económica a ojos del legislador.

59. El que sea conmutativo implica que la equivalencia se funda en el equilibrio entre las prestaciones recíproca; dicho en otros términos, lo que se mira como equivalente son las cosas que configuran el objeto de la obligación que cada

contratante asume en favor de la otra. Esta presunción de equivalencia que efectúa el legislador se funda en el principio de autorresponsabilidad privada: al contraer una obligación, cada contratante acepta asumir un riesgo en vista del beneficio que previsiblemente espera obtener como consecuencia de la ejecución del contrato, teniendo, por lo mismo, el deber de soportar las consecuencias patrimoniales de una eventual falta de equivalencia efectiva entre las prestaciones que se encontraban en condiciones de prever.

60. No obstante, previene la actora, esto no significa que un contratante deba asumir en su patrimonio todos los escenarios en que se produce un desequilibrio real de las prestaciones que las hacen más onerosas, sino que sólo aquellos que provienen del *alea normal* del negocio o de los riesgos asumidos por él en virtud del contrato. Por ello es que, tanto en la Ley como en las BALI, se reconocen supuestos en que la Concesionaria no puede ni debe soportar la mayor onerosidad sobreviniente. Se trata de supuestos en que un hecho sobreviniente e imprevisto y ajeno a las partes, altera la conmutatividad contractual, esto es, que excede el alea normal del contrato, siendo el límite de la responsabilidad de la Concesionaria bajo el principio de autorresponsabilidad. Así, en virtud del artículo 1546 del Código Civil, el MOP tiene la obligación de modificar el Contrato de Concesión sobre la base de los riesgos que sí fueron asumidos por las partes y los beneficios acordados, pues tiene el deber de cooperar con la Concesionaria, que se extiende necesariamente a la restauración de la conmutatividad contractual perdida por hechos ajenos al alea normal del negocio.

61. En adición, afirma el demandante que la obligación de cooperación y ejecutar el contrato de buena fe es concordante con el mandato constitucional de los artículos 1° y 19 N°21 de la Constitución: el Estado no puede, en el desarrollo de su cometido, sacrificar al particular con el que se asoció, pues ello sería negarle su autonomía para

la consecución de sus fines y para el desarrollo de su legítima actividad empresarial, ambos valores que el Estado Administrador debe resguardar y proteger.

62. Reitera la Concesionaria que los contratos de concesión son contratos incompletos, en el cual los vacíos de los contratos deben completarse por las partes en concordancia con la naturaleza y finalidad de estos, la modificación de un contrato de concesión es consustancial al mismo, de modo que lo relevante es que cualquier modificación o cambio que se introduzca tenga en miras la mantención de la naturaleza conmutativa del contrato respectivo.

63. Destaca el demandante que la demanda solo busca que los efectos de la pandemia en el Contrato de Concesión sean repartidos entre las partes de un modo que refleje la distribución entre derechos, obligaciones y riesgos, así como la conmutatividad contractual que las partes previeron al contratar. Obligar al demandado a cooperar con la Concesionaria en modo alguno "desfigura" la esencia de Contrato de Concesión, como ha arguído el MOP, al contrario, la protege y permite su cumplimiento fiel, pues con ella se reestablece la asignación de riesgos y beneficios conmutativa que las partes sí previeron y podían prever para el desarrollo de una actividad que satisface una necesidad pública.

64. Tras el análisis de las normas aplicables al contrato y su interpretación, resalta la Concesionaria que el Panel Técnico emitió una Recomendación que reconoce las facultades del MOP y la necesidad de adaptar el Contrato de Concesión.

65. Resume la Concesionaria que el Panel Técnico declaró que la pandemia es, al tenor del artículo 71 del Reglamento y de lo dispuesto por las BALI, un hecho sobreviniente de la naturaleza, que escapa al alea normal por el cual la Concesionaria es responsable y debe soportar, frente al cual el MOP está atribuido de las potestades públicas necesarias para ajustar las condiciones del Contrato de Concesión y que

"estas atribuciones entregadas al MOP son facultades que han de ejercerse porque para ello el ordenamiento jurídico las puso bajo la esfera de su competencia." Adicionalmente, el Panel Técnico reconoció que la obligación de ejecutar el Contrato de Concesión de buena fe, constituye un fundamento adicional del deber de MOP de ajustarlo de forma tal de abordar las consecuencias de la pandemia, fundado en el deber especial de cooperación.

66. En conclusión, señala la demanda, a pesar de no recomendar adoptar las medidas propuestas por la Concesionaria, el Panel Técnico sí declaró y recomendó que "[e]l marco contractual habilita al MOP para sostener conversaciones, con el propósito de revisar o flexibilizar el contrato de concesión, de común acuerdo con su contraparte, por causa sobreviniente justificada."

67. Finalizando su análisis sobre los derechos y deberes de las partes del Contrato de Concesión, la Concesionaria afirma que el derecho a solicitar la restauración de la conmutatividad contractual es actualmente exigible.

68. A este respecto, el Panel Técnico estimó que para apreciar los efectos de la pandemia el momento sería "prematuro", pues el impacto real de este hecho sería incierto cuando terminara la pandemia, debiendo, por lo mismo, considerarse los restantes 15 años de la Concesión, lo que a juicio del demandante significaría esperar al fin de la Concesión en 2035 para evaluar si se produjo una pérdida de la conmutatividad contractual.

69. La Concesionaria objeta la conclusión del Panel Técnico, afirmando que no procede esperar al fin del Contrato de Concesión para disponer la revisión de las condiciones económicas por un hecho sobreviniente.

70. Arguye, en primer lugar, que de esperarse hasta el año 2035 para dicha revisión, la acción de la Concesionaria para reclamar su derecho a restablecer la

conmutatividad del contrato nacería prescrita, pues el artículo 36 bis de la Ley de Concesiones establece un breve plazo para que los concesionarios formulen sus reclamaciones: 2 años a contar de la puesta en servicio definitiva de la obra (si el hecho ocurrió durante la etapa de construcción) o desde la fecha en que el hecho ocurrió o se tuvo conocimiento de este, plazo que estaría vencido al término de la Concesión.

71. En segundo lugar, afirma el demandante que existe certeza de la pérdida de la conmutatividad a la fecha de presentación de la demanda, por los efectos ya experimentados por la pandemia y los que se prevén -fundada y racionalmente- en el corto y mediano plazo, como fue desarrollado en el libelo. Además, los efectos negativos de la pandemia no podrán ser simplemente borrados una evolución favorable del tráfico de pasajeros en el Aeropuerto; los especialistas reconocen que el COVID-19 ha producido un cambio estructural en el tráfico aéreo, y que se trata de una crisis existencial de la industria, por lo que independiente de ciertas eventuales señales positivas tras los procesos de vacunación, sigue siendo indispensable para la restauración de la industria y de la conmutatividad del contrato una política estatal razonable y colaborativa.

72. En tercer lugar, la Concesionaria subraya que, a la fecha, se encuentra, en los hechos, asumiendo los efectos de una circunstancia que, como se reconoce en la propia Recomendación del Panel Técnico, al no haber sido prevista por las partes, no fue contemplada en la distribución de derechos y obligaciones, ni tampoco constituye un riesgo asumido por la Concesionaria en el Contrato. Por tanto, la Concesionaria se encontraría ejecutando un contrato en que se ha alterado la conmutatividad contractual, asumiendo la mayor onerosidad de esta situación, en infracción a todas las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y contractuales aplicables.

73. Por último, como cuarto punto, el demandante reitera que la actual situación patrimonial y financiera de la Concesionaria se ha visto estresada al máximo por efecto de la pandemia; y, si esto se mantiene sin adoptar medida alguna hasta el 2035 o cuando la pandemia haya terminado la Concesionaria se encontrará en situación de insolvencia, lo que ocurrirá en los próximos meses.

74. Pese a la exigibilidad del derecho de la Concesionaria, la demandante sostiene que el MOP se ha negado a cumplir con su obligación, lo que permite a la Concesionaria demandar su cumplimiento en calidad de acreedora.

75. La Concesionaria sostiene que ha utilizado todas las herramientas contractuales a su alcance para abordar colaborativamente las consecuencias generadas por el COVID-19 en el Contrato de Concesión, sin obtener respuesta adecuada por parte del MOP.

76. El 25 de agosto de 2020, a instancia de la Concesionaria, las partes se reunieron y acordaron la formación de tres grupos de trabajo para discutir los asuntos ligados a la Concesión, a la construcción y a la explotación del Aeropuerto, para afrontar la crisis. Mediante ORD. 1155, de fecha 24 de septiembre de 2020, el MOP limitó el alcance de los grupos de trabajo, cerrando de plano la posibilidad de conversar sobre el modo de ejecutar de buena fe el Contrato de Concesión en las circunstancias producidas por la pandemia; además, las otras dos mesas destinadas a resolver temas de construcción y explotación, cayeron en la inactividad.

77. El 20 de mayo de 2021, luego de la Recomendación, la Concesionaria indica que solicitó la reactivación de las mesas de trabajo de construcción y explotación, así como la creación de la mesa de trabajo relativa a la Concesión, esta última con el objeto de revisar el Contrato de Concesión y adoptar las medidas urgentes que permitieran su flexibilización y adaptación. El MOP se mostró abierto a reiniciar las

mesas de trabajo de construcción y operación, pero negándose a la formación de una mesa relativa a la Concesión. A la fecha, afirma la actora, las mesas siguen inactivas y no existe diálogo con el MOP sobre cómo afrontar conjuntamente los efectos de la pandemia en la Concesión. Esta actitud, según la demanda, es contraria al Contrato de Concesión y a la experiencia mundial, dando ejemplos de la respuesta de otros países para enfrentar las consecuencias negativas de la pandemia en la industria aeroportuaria.

78. Hace presente la Concesionaria que en este caso estamos ante una obligación de hacer, ante cuyo incumplimiento, conforme al artículo 1553 del Código Civil el acreedor puede pedir, entre tres opciones, la ejecución del hecho convenido. En el presente caso, se está ejerciendo una acción por la cual se solicita a esta H. Comisión Arbitral que condene al MOP a cumplir con sus obligaciones contractuales, adaptando el Contrato de Concesión para que se restaure la conmutatividad contractual perdida, por la vía de otorgar un aumento de plazo suficiente para que se puedan recuperar parte de los daños causados por la pandemia.

79. En esta linea, subraya el demandante que el artículo 71 del Reglamento de la Ley de Concesiones señala -de un modo no taxativo- distintas alternativas de modificación para que el Estado de Chile cumpla con su obligación de adaptar el Contrato de Concesión frente a hechos sobrevinientes: i) Revisar el sistema tarifario; ii) Revisar la fórmula de reajustes; o, iii) Modificar el plazo de la Concesión.

80. Por medio de la demanda presentada, la Concesionaria solicita que el MOP cumpla con su obligación de reestablecer la conmutatividad contractual perdida por los efectos del COVID-19, por la vía de adoptar un mecanismo que los distribuya de forma equitativa; en particular, esto requiere que se extienda el plazo de Concesión de modo tal que la Concesionaria pueda recuperar parte del daño causado por la

pandemia, restableciendo así la equivalencia de las prestaciones del Contrato de Concesión.

81. El demandante aborda en su escrito (1) cómo debería distribuirse equitativamente el daño entre la Concesionaria y el Estado; (2) cómo debiera ajustarse el Contrato de Concesión para que la Concesionaria recupere el daño que no debe asumir, conforme a la naturaleza conmutativa del Contrato de Concesión y la colaboración entre las partes; y (3) por qué una distribución de los daños y una forma de recuperación como la propuesta restituye la conmutatividad contractual y satisface los requerimientos del Panel Técnico de Concesiones.

82. En primer lugar, sobre la distribución del daño, la Concesionaria sostiene que una distribución razonable de los efectos del COVID-19 implica que la Concesionaria tiene derecho a recuperar la pérdida de ingresos por los efectos de la pandemia hasta la reactivación del tráfico a niveles de 2019, asumiendo los efectos de los cambios estructurales en el tráfico de pasajeros a largo plazo.

83. Para estos efectos, la Concesionaria indica que puede estimarse que el impacto inmediato de la pandemia se producirá entre el mes de marzo de 2020 (cuando los efectos del COVID-19 comenzaron a experimentarse) y la fecha en la que el tráfico de pasajeros vuelva a niveles prepandemia. Ello implica que el tráfico de pasajeros vuelva a niveles equivalentes al promedio de tráfico de pasajeros de los 12 meses previos a la pandemia**,** tomando en consideración la proporcionalidad entre las tarifas por pasajero embarcado doméstico e internacional. El momento en que ello ocurre puede ser definido como momento "t". Esto puede formularse señalando que el momento "t" se alcanzaría el último día del mes "m" en el cual se verifique que:

$$\textbf{Tráfico ajustado}_{m} \geq \textbf{Tráfico ajustado base}$$

Donde:

Tráfico ajustado*m* corresponde a la sumatoria de los doce meses móviles de los valores de tráfico doméstico e internacional, ponderados por las tarifas por pasajero embarcado doméstico e internacional vigentes para cada uno de los meses objeto del cálculo, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\sum_{k=m-11}^{m} \frac{Tráfico\ domestico_k \times Tarifa\ doméstica_k + Tráfico\ internacional_k \times Tarifa\ internacional_k}{Tarifa\ doméstica_k + Tarifa\ internacional_k} X\ 2$$

Y

Tráfico ajustado base, corresponde a la sumatoria de los valores de tráfico doméstico e internacional observados entre el 1 de marzo de 2019 y el 29 de febrero de 2020, ponderados por las tarifas por pasajero embarcado doméstico e internacional vigentes durante dicho lapso de tiempo, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\sum_{k=\ marzo\ 2019}^{febrero\ \ 2020} \frac{Tráfico\ domestico_k \times Tarifa\ doméstica_k + Tráfico\ internacional_k \times Tarifa\ internacional_k}{Tarifa\ doméstica_k + Tarifa\ internacional_k} X\ 2$$

donde:

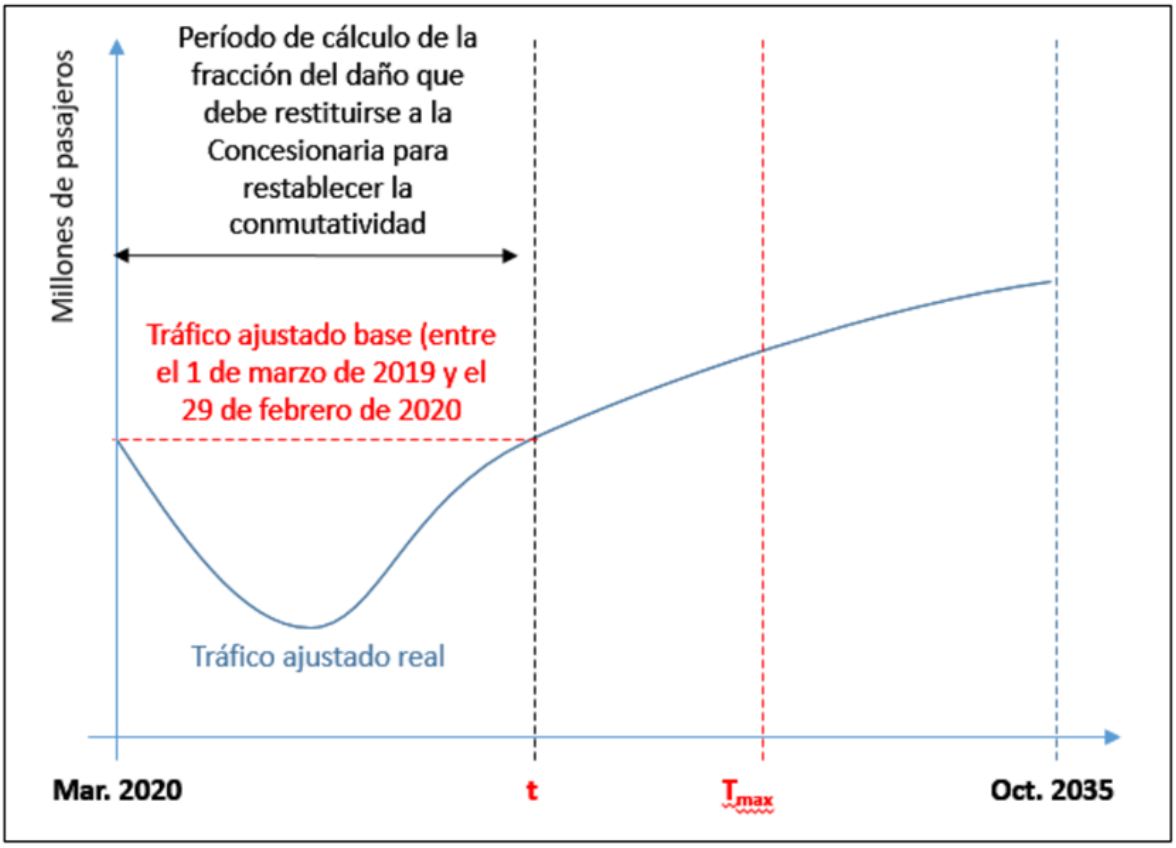
- **Tráfico doméstico k** corresponde al tráfico doméstico del mes k;
- **Tráfico internacional k** corresponde al tráfico internacional del mes k;
- **Tarifa doméstica k** corresponde a la tarifa por pasajero embarcado doméstico vigente en el mes k, en pesos chilenos;
- **Tarifa internacional k** corresponde a la tarifa por pasajero embarcado internacional vigente en el mes k, llevada a pesos chilenos.

84. Aclara la demandante que la necesidad de ajustar los valores de tráfico ponderándolos por las respectivas tarifas por pasajero embarcado doméstico e internacional, responde a que las tarifas por pasajero embarcado internacional representan el triple de las tarifas por pasajero embarcado doméstico y, por lo tanto, en términos económicos y de ingresos, para la Concesionaria no es indiferente que en la recuperación del tráfico predomine el tráfico doméstico o el tráfico internacional.

85. Por otra parte, indica la demanda, es posible fijar un momento máximo para que la Concesionaria comience a asumir completamente los efectos del COVID-19, independientemente del tráfico real observado (momento "Tmax"), otorgando precisión y certeza a la distribución de las consecuencias de la pandemia entre las partes, y fijando un límite a la porción del riesgo asumido por el Estado. Siendo así, la Concesionaria es quien asume el riesgo por la baja estructural en el tráfico aéreo con posterioridad a esa fecha, disminución que ha sido proyectada por la unanimidad de los expertos mundiales (tales como la IATA, que agrupa a las líneas aéreas del mundo, la Organización de Aviación Civil Comercial, OACI, la ACI, que agrupa a los Aeropuertos alrededor del mundo, entre otros). La Concesionaria considera que el momento Tmax debe ser fijado en diciembre de 2027, que coincide con la estimación actual de la propia Dirección de Aeropuertos para la recuperación del tráfico aéreo a los niveles de 2019. Bajo esta metodología, el tráfico podría recuperarse antes (y por lo tanto la disminución de ingresos a compensar será menor), pero si tarda más en recuperarse de lo que se estima hoy, ello no tendrá consecuencias a efectos de la demanda.

86. De esta manera, la parte demandante arguye que una distribución equilibrada, equitativa y razonable de los efectos de la pandemia que tome en

consideración los riesgos asumidos por las partes implica que la Concesionaria tiene derecho a recuperar los daños causados por el COVID-19 hasta el momento t o Tmax, lo primero que ocurra. Los efectos del COVID- 19 en el Contrato de Concesión que ocurran con posterioridad a esta fecha serían asumidos por la Concesionaria y pasarían a formar parte de su alea normal contractual. Refleja esto en el siguiente gráfico:



87. Recalca la Concesionaria que la mantención de la conmutatividad del Contrato de Concesión implica que las consecuencias del COVID-19 sean distribuidas de forma equilibrada, fijando límites objetivos para ello. En el presente caso, ese equilibrio se manifiesta por la asunción que hace la Concesionaria de aquellas consecuencias estructurales en el tráfico de pasajeros que ha causado y que causará la pandemia, asumiendo su contraparte (el Estado) únicamente los efectos

inmediatos. Reitera, además, que esta fórmula significa determinar de modo objetivo ese momento, y que la Concesionaria asume aquellas circunstancias que se extiendan más allá de diciembre de 2027, independientemente de cuando se restaure el tráfico a niveles de 2019.

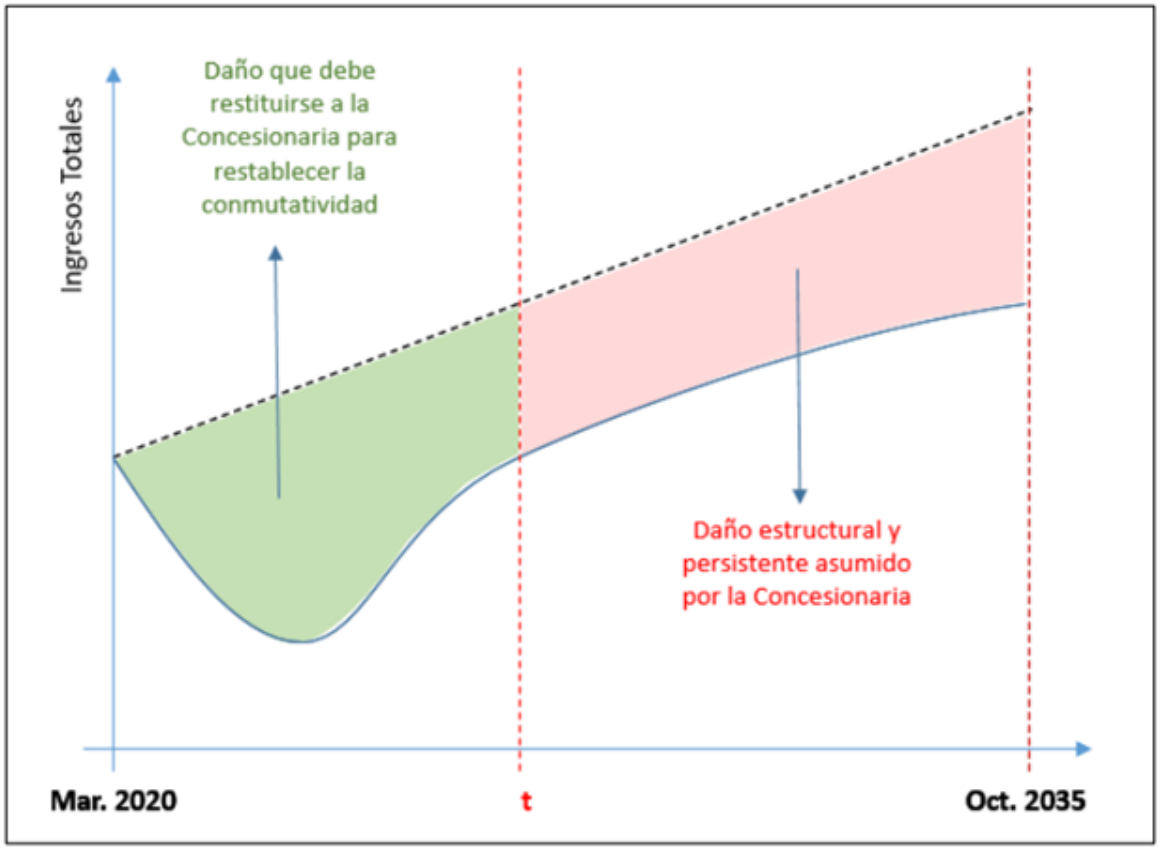
88. Respecto a los daños a recuperar, la Concesionaria sostiene que están determinados por la pérdida de ingresos por pasajero embarcado y de ingresos comerciales de la Concesión, o subsidiariamente, por los ingresos por pasajero embarcado, hasta el momento t o Tmax.

89. En concreto, afirma, la disminución de ingresos causada por la pandemia está constituida por la diferencia entre (i) el valor presente de los ingresos por pasajero embarcado reales y los ingresos comerciales reales de la Concesionaria que se van a obtener hasta el momento t o Tmax en las circunstancias actuales, luego de la compartición de ingresos; y (ii) el valor presente de los ingresos por pasajero embarcado y los ingresos comerciales estimados que se hubieran obtenido hasta el momento t o Tmax en un escenario contrafactual en que no se produjo el COVID, luego de la compartición de ingresos, de acuerdo a proyecciones de tráfico aéreo que no consideren la pandemia (ingresos referenciales).

90. En su cálculo, la Concesionaria indica que los costos de operación y de capital son de magnitudes similares en la estimación de ingresos en el escenario factual (i) y en la estimación de ingresos en el escenario contrafactual (ii). Por lo tanto, el factor de los costos en el análisis y estimación de la disminución de los flujos de ingresos generados por la Concesión no tiene incidencia o tiene una incidencia mínima, de modo que es un factor que puede ser omitido. En otros términos, se ha omitido el factor de los costos en los flujos generados por la explotación del Aeropuerto

Internacional AMB y también la variación de las inversiones, al no ser factores relevantes.

91. Así, refleja la disminución de ingresos totales en el siguiente gráfico:



La línea verde punteada representa los ingresos en un escenario contrafactual; la curva azul representa los ingresos en un escenario con COVID; la zona verde corresponde a aquella disminución de ingresos que la Concesionaria tiene el derecho a recuperar conforme la metodología expuesta; la zona rosada corresponde a la disminución de ingresos ocurrida después del momento t o Tmax, y que será asumida por la Concesionaria.

92. Para la medición de la disminución de ingresos, la Concesionaria propone definir Ingresos Totales ("IT") para cada mes k desde marzo de 2020 hasta el fin del contrato de Concesión, en los escenarios sin COVID (IT de referenciak) y con Covid

(IT realk), a partir de la estimación de Ingresos Comerciales e Ingresos por Pasajero Embarcado. Esto puede ser traducido en la siguiente fórmula:

$$(2)\ V.A.Daño = \sum_{k=Mar.\ 2020}^{Mar.\ 2020 + \min(t;t_{max})} \left(\frac{IT\ de\ referencia_k - IT\ real_k}{(1+r)^k}\right)$$

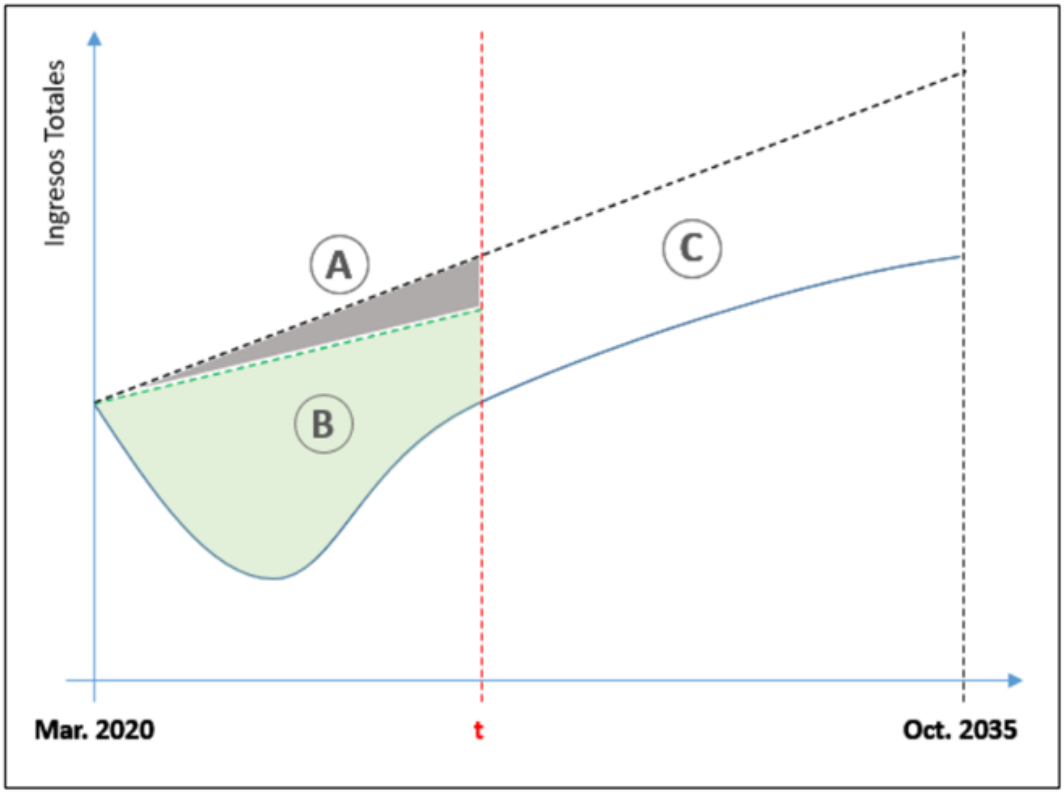
93. Para ilustrar, la demanda propone como escenario supuesto que el momento t ocurriría en enero de 2025, es posible estimar que la diferencia entre el valor presente de los ingresos totales referenciales en un escenario contrafactual sin que se hubiera producido el COVID, en comparación con un escenario que considere el COVID asciende a la suma de UF 4.601.000 hasta esa fecha; trayendo esos montos a valor presente usando una tasa de descuento en pesos nominales de 10,69%, la cual refleja las características de riesgo para las proyecciones de flujo de caja en el horizonte del Contrato de Concesión, y que es la calculada conforme los parámetros previstos en la sección 1.13.2.3 de las BALI. Por otra parte, la disminución de ingresos producida a contar del momento t (en este caso, enero de 2025) y hasta el 1 de octubre de 2035 (fecha de término actual de la Concesión), puede ser estimado en UF 3.140.520, con la misma tasa de descuento. Este último monto, equivalente a aproximadamente el 41% de la disminución de ingresos causada por los efectos del COVID-19 en el Contrato de Concesión, sería asumido por la Concesionaria.

94. Esta es la metodología y fórmula que, a juicio de la Concesionaria, refleja de manera más fiel la disminución completa causada por el COVID-19 en los ingresos de la Concesión.

95. **Subsidiariamente**, a efectos de dar otra alternativa, la Concesionaria propone que para estimar la evolución de los ingresos totales de referencia en el escenario

contrafactual sin COVID, puede utilizarse la misma fórmula mostrada más arriba, pero en lugar de utilizar proyecciones de los Ingresos Totales (es decir, la suma de los Ingresos por Pasajero Embarcado y de los Ingresos Comerciales) de acuerdo a la evolución del tráfico estimada antes de la pandemia, puede estimarse la evolución de esos ingresos a contar de 2020 de acuerdo a la tasa de crecimiento anual compuesta que ellos tuvieron históricamente entre marzo de 2016 y febrero de 2020 (es decir, los 4 años anteriores a la pandemia en que el Contrato de Concesión estaba vigente). Esta tasa, calculada a partir de reportes de ingreso informados periódicamente por la Concesionaria al MOP y debidamente auditados por terceros independientes, es de UF +5,5% anual**.**

96. La diferencia entre las dos alternativas propuestas puede graficarse del siguiente modo:



La línea negra punteada corresponde a la estimación de ingresos por pasajero embarcado y de ingresos comerciales en un escenario contrafactual (sin COVID), de acuerdo a las proyecciones de tráfico realizadas con datos a febrero de 2020; la línea verde punteada corresponde a la estimación de esos mismos ingresos en un escenario contrafactual, pero proyectando las tasas históricas de crecimiento observadas los 4 años anteriores a la pandemia; la línea azul corresponde a los ingresos por pasajero embarcado y a los ingresos comerciales reales en un escenario con COVID.

97. De acuerdo con el gráfico, la disminución total de ingresos causada por el COVID- 19 corresponde a la zona A + B + C. La zona C (en blanco), corresponde a la pérdida de ingresos de largo plazo que la Concesionaria asumirá como parte de los cambios estructurales producida por la pandemia. La zona A (en gris) + B (en verde) corresponde a la pérdida de ingresos por pasajero embarcado y de ingresos comerciales que la Concesionaria tiene derecho a recuperar conforme a la metodología de restablecimiento de la conmutatividad acá explicada. La zona B, por último, corresponde a la disminución de ingresos por pasajero embarcado y de ingresos comerciales que, subsidiariamente, debe ser compensada a la

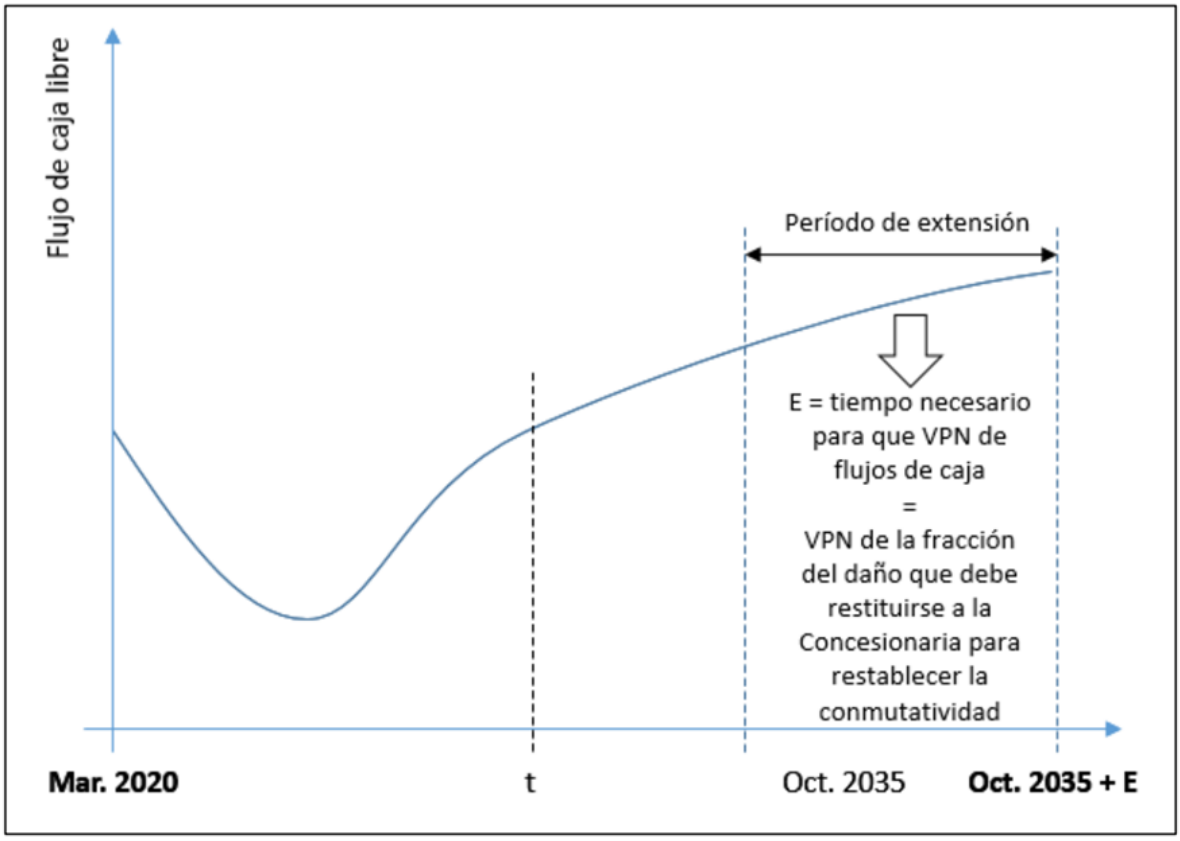
Concesionaria. Esta última, según la parte demandante, constituye un mínimo indiscutido, calculada de acuerdo con parámetros históricos previstos en el propio Contrato de Concesión para casos en que se establece una compensación para la Concesionaria.

98. Esta alternativa de cálculo de Ingresos Totales excluye en un escenario contrafactual como pretensión de la Concesionaria el cambio estructural que se producirá en el tráfico de pasajeros después de que se recupere el tráfico a niveles de 2019 (momento *t*), que corresponde a la zona C del gráfico anterior; así como un crecimiento de los ingresos en un escenario contrafactual que es menor al previsto. A modo meramente ilustrativo, ejemplifica la demanda, utilizando estas tasas de crecimiento anual compuesto en los ingresos por pasajero embarcado y en los ingresos comerciales para determinar el escenario contrafactual sin COVID-19 y asumiendo la misma fecha para el momento t (enero de 2025), la disminución de ingresos que sufrirá la Concesionaria hasta esa fecha se estima en UF 3.680.000 (zona B del gráfico anterior). Este último monto representa aproximadamente un 48% del total de la disminución de ingresos hacia el fin de la Concesión, equivalente a UF 7.741.000.

99. Tras la propuesta sobre la distribución y cálculo del daño, la Concesionaria se refiere a la forma en que este daño debe ser recuperado. La parte demandante sostiene que este daño debe ser recuperado por medio de un aumento de plazo. Así, el Contrato de Concesión debe ser extendido a partir de octubre de 2035 (fecha de término actual de la Concesión) por un periodo de tiempo "E", y que corresponde a la extensión necesaria para que los ingresos provenientes de los flujos de caja libres de la Concesionaria sean suficientes para compensar la disminución de ingresos sufrida hasta el momento t o Tmax.

100. Para estos efectos, el flujo de caja libre de la Concesionaria es el flujo antes del financiamiento, lo que significa que incluye los ingresos, los costos operacionales, los costos de capital, la variación neta del capital de trabajo, impuestos y los gastos de mantenimiento mayor de la infraestructura.

101. La Concesionaria refleja este aumento en el siguiente gráfico:



102. Lo anterior, explaya, puede ser formulado de la siguiente manera:

$$\sum_{k=MAr.2020}^{Oct.\ 2035+E} \frac{FCL_k}{(1+r)^k} \geq V.A.\ Daño$$

Con $FCL_k = 0, para\ k < octubre\ 2035.$

En que:

- FCL_k: Flujo de caja libre mensual en UF del mes i, que corresponde a: Ingresos Totales menos costo de operación, mantenimiento mayor, capital de trabajo neto, impuestos y costo de capital, y $FCL_k = 0, para\ k < octubre\ 2035$.
- r: Tasa de descuento nominal anual de 10,69%.
- $V.A.\ Daño$: Valor actualizado a febrero de 2020 de la disminución de ingresos

103. De este modo, señala la parte demandante, la metodología propuesta permite traducir la disminución de ingresos sufrida por la Concesionaria hasta el momento en que el tráfico recupere los niveles observados en 2019 a una extensión de plazo necesario para recuperar esa disminución de ingresos. Efectivamente, la Concesionaria necesariamente se enfrentará a costos de capital, operacionales y de mantenimiento adicionales a los ya contemplados hasta septiembre de 2035, cuando termine el plazo contractual original. Por ello, la recuperación de los ingresos perdidos por la Concesionaria como consecuencia de la pandemia no puede dejar de considerarlos.

104. Subsidiariamente, para efectos de simplificar el análisis y posterior aplicación de esta metodología, el demandante propone que pueden estimarse valores pro forma de los costos operacionales, que ambas partes pueden definir de común acuerdo.

105. A modo meramente ilustrativo, asumiendo que el momento t ocurre en enero de 2025, la Concesionaria estima en base a la fórmula propuesta que la recuperación de UF 4.601.000 producto de la disminución de ingresos, según calculado previamente, implicaría la extensión del Contrato de Concesión por un plazo

adicional de 86 meses, plazo que podría ser menor, dependiendo del momento en que se recupere el tráfico de pasajeros para alcanzar niveles observados en 2019, teniendo siempre como límite el momento Tmax (diciembre 2027).

106. En tercer lugar, afirma que un aumento de plazo que busque recuperar la pérdida de ingresos inmediata causada por el COVID-19 restablece la conmutatividad contractual y satisface los requerimientos del Panel Técnico

107. En efecto, arguye la demandante que esta vía tiene una serie de virtudes, y acoge lo expresado por el Panel Técnico en la Recomendación, ya que:

- Distribuye las consecuencias de la pandemia entre las partes, de modo tal que la Concesionaria asume las consecuencias de largo plazo a contar de aquel momento en que el tráfico de pasajeros alcanza los niveles pre pandemia, así solo se extiende el Contrato de Concesión para poder recuperar los ingresos perdidos por los efectos inmediatos del COVID-19
- El daño a compensar estaría definido por factores objetivos y acotados
- El plazo de extensión (E) sería el estrictamente necesario para recuperar la disminución de ingresos
- El MOP no asume el riesgo de aumento o disminución del tráfico aéreo;
- La Concesionaria asume los costos operacionales y financieros del Aeropuerto, dado que el Contrato de Concesión solo se extiende en la medida que sea necesario para recuperar la pérdida de ingresos por los efectos inmediatos;
- El MOP no tiene la necesidad de efectuar ningún desembolso o inversión monetaria;

- No implica que el MOP deba asumir el riesgo por la operación adecuada y eficiente del Aeropuerto internacional AMB, manteniéndose en la Concesionaria, ni asume la autoridad costo alguno por la pandemia;
- No garantiza un nivel de rentabilidad mínimo a la Concesionaria por su inversión, ya que esta seguirá asumiendo los riesgos estructurales y persistentes de demanda y de gestión a largo plazo de los efectos del COVID

108. En definitiva, sintetiza la Concesionaria, su demanda se sustenta en los principios que informan el Contrato de Concesión, particularmente una distribución adecuada de los derechos, obligaciones y riesgos de las partes que permitan establecer una conmutatividad contractual; permite abordar las consecuencias de un hecho cuya ocurrencia no era un riesgo asumido por la Concesionaria; exige el cumplimiento y ejercicio de las potestades públicas que el propio Contrato de Concesión le otorga al MOP para el caso de ocurrencia de un hecho sobreviniente; y constituye un reclamo amparado por el principio de buena fe que rige la ejecución del Contrato de Concesión.

109. Concluye pidiendo que se tenga por interpuesta la demanda de cumplimiento de contrato en contra del MOP, acogiéndola en todas sus partes y resolviendo:

1) Declarar que la pandemia del COVID-19 constituye un hecho sobreviniente.
2) Declarar que, en su calidad de hecho sobreviniente, la pandemia del COVID-19 ha provocado la pérdida de conmutatividad del Contrato de Concesión en perjuicio de la Concesionaria.
3) Declarar que la demandada ha incumplido su obligación de reestablecer la conmutatividad contractual, de manera que pueda la Concesionaria

amortizar económicamente por completo su inversión, mediante una modificación del Contrato de Concesión, obligación que es actualmente exigible.

4) Condenar a la demandada al cumplimiento de su obligación de restablecer la conmutatividad contractual, ordenando una modificación del Contrato de Concesión en el sentido de adoptar un mecanismo que extienda el periodo de la Concesión por el término necesario para recuperarla pérdida de ingreso sufrida por la Concesionaria entre el 1°de marzo de 2020 y hasta el momento "t" o el momento "Tmax" (según se define en la demanda), lo primero que ocurra, de acuerdo a la diferencia entre tales ingresos de acuerdo a las proyecciones de la Concesionaria con la información disponible a marzo de 2020 y los ingresos reales, conforme lo indicado en el capítulo VII de la demanda.
5) En subsidio de lo pedido en el numeral 4 anterior, condenar a la demandada al cumplimiento de su obligación de restablecer la conmutatividad contractual, ordenando una modificación del Contrato de Concesión en el sentido de adoptar un mecanismo que extienda el periodo de la Concesión por el término necesario para recuperar la pérdida de ingreso sufrida por la Concesionaria entre el 1°de marzo de 2020 y hasta el momento "t" o el momento "Tmax", lo primero que ocurra, de acuerdo a la diferencia entre tales ingresos de acuerdo a las proyecciones que es posible realizar conforme las tasas de crecimiento históricas observadas entre marzo de 2016 y febrero de 2020 y los ingresos reales, conforme lo indicado en el capítulo VII de la demanda.
6) Condenar en costas a la demandada en caso de oposición

110. En el primer otrosí del escrito de demanda, la Concesionaria interpone en subsidio, **demanda arbitral de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual,** en contra del MOP, a fin que la H. Comisión Arbitral declare la pérdida de conmutatividad del Contrato de Concesión, y condene al Fisco a indemnizar los perjuicios causados por la demandada por incumplir su obligación de restablecer la conmutatividad del Contrato de Concesión.

111. Por razones de economía procesal, la demanda subsidiaria se remite íntegramente a la exposición de los antecedentes, consideraciones de hecho y de derecho expuestas en lo principal. No obstante, reitera una idea central que justifica esta petición subsidiaria: el Contrato de Concesión no es una convención común y corriente, sino que se trata de una especial asociación público-privada de larga duración, cuya celebración obedece al propósito de satisfacer una necesidad pública –la creciente demanda de pasajeros que hizo insuficiente la infraestructura del Aeropuerto– con el debido amparo y protección al legítimo interés económico del particular con el cual el Estado se asocia, y que se estructura sobre la base de una equivalencia o conmutatividad entre las prestaciones asumidas por cada contratante, sobre la base del principio de autorresponsabilidad. Así, el Contrato de Concesión se encuentra sujeto a un marco jurídico que reconoce el rol esencial que cumple la conmutatividad de las prestaciones.

112. En particular, la forma en que el marco regulatorio del Contrato de Concesión reacciona frente a un hecho sobreviniente como la pandemia es estableciendo, por un lado, la obligación del MOP de actuar frente a ese evento, adoptando medidas concretas para restablecer la conmutatividad perdida, y, por el otro, el derecho correlativo de la Concesionaria a exigir del MOP la satisfacción de dicha prestación.

113. En este escenario, el marco jurídico que regula el Contrato de Concesión e impone al MOP la obligación de restaurar la conmutatividad contractual frente a un hecho sobreviniente como la pandemia, distribuyendo equitativamente sus efectos entre las partes, sobre la base de la asignación de riesgos y beneficios acordada. En específico, destaca la parte demandante:

a. El mandato constitucional de garantizarle a la Concesionaria la necesaria autonomía para cumplir con sus propios fines específicos, así como el respeto al derecho fundamental de la Concesionaria de desarrollar, de forma libre su actividad económica**,** de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 1° y por el N°21 del artículo 19, ambos de la Constitución.

b. Las disposiciones legales, reglamentarias y contractuales que confieren al MOP, a la DGC y al Inspector Fiscal las competencias y potestades necesarias para que ante la ocurrencia de un hecho sobreviniente que rompe la conmutatividad del contrato, se revisen sus condiciones económicas y, como consecuencia de ello, se reestablezca la equivalencia de las prestaciones entre las partes del Contrato de Concesión, siendo el ejercicio de estas atribuciones imperativo para el MOP.

c. La obligación del MOP de ejecutar el Contrato de Concesión de buena fe, y que impone, a su vez, el deber de cooperar con la Concesionaria; esto se traduce en un imperativo de actuación.

114. Resalta la demanda que la actuación del MOP es actualmente exigible, sin que existan condiciones o plazos pendientes, habiéndose cumplido plenamente los supuestos de hecho que justifican la aplicación de las normas citadas arriba, sin ser

necesario esperar al término del Contrato para constatar que la pandemia ha causado la pérdida de conmutatividad del contrato.

115. Alega la parte demandante que el MOP incumplió su obligación de adaptar las condiciones del Contrato de Concesión para restablecer su conmutatividad, que es una obligación de hacer; por tanto, conforme al artículo 1553 N°3 del Código Civil, la Concesionaria puede demandar directamente la indemnización de los perjuicios.

116. En este caso, apunta la Concesionaria, se cumplen todos los requisitos para que nazca la obligación de indemnizar los perjuicios derivados de un incumplimiento contractual: i) Existencia de un vínculo contractual; ii) Infracción de una obligación derivada del contrato; iii) Que dicha infracción sea imputable a dolo o culpa; iv) Que la parte que reclama la indemnización haya sufrido un perjuicio; v) Que entre el incumplimiento y los perjuicios exista una relación de causalidad; y vi) Que el contratante incumplidor se encuentre constituido en mora. Asimismo, menciona que el derecho a la indemnización de perjuicios es plenamente aplicable a los contratos, como una garantía de los particulares frente a las potestades de la administración, y en virtud del denominado principio de "*equivalencia prestacional*."

117. En primer lugar, afirma el demandante, el MOP se ha negado de forma contumaz a cumplir con su obligación de restaurar la conmutatividad del Contrato.

118. Como se desarrolló en la demanda principal, el 25 de agosto de 2020 las partes del Contrato se reunieron y acordaron la formación de tres grupos de trabajo ligados a la Concesión, construcción y explotación del Aeropuerto para evaluar las medidas para afrontar la crisis provocada por la pandemia de COVID-19. No obstante, mediante ORD. 1155, de fecha 24 de septiembre de 2020, el MOP limitó el alcance de los grupos de trabajo, cerrando de plano la posibilidad de conversar sobre el modo de adaptar de buena fe el Contrato de Concesión en las circunstancias producidas

por la pandemia, justificando que sería irrelevante el concepto de "equilibrio económico del contrato"; por su parte, el Inspector Fiscal por medio de ORD. N° 388 de 5 de febrero de 2021, señaló que "*no existe deber ni facultad alguna del Estado de Chile de compensar al Concesionario ni adecuar el contrato frente a eventos que afecten los ingresos de este último o el primero, no siendo relevante para estos efectos el concepto de equilibrio económico del contrato.*"

119. Ante la negativa del MOP de abordar los efectos de la pandemia, la Concesionaria presentó la Discrepancia 02-202-16 ante el Panel Técnico. En su Recomendación, el Panel Técnico calificó la pandemia como un "hecho sobreviniente", que escapa del riesgo natural, racional y previsible por la Concesionaria, por tanto no podría ser una alea asumida por esta, e indicó que el Reglamento de la Ley de Concesiones y las BALI contemplan la posibilidad de solicitar la revisión de ciertas condiciones contractuales en caso de hechos sobrevinientes que así lo justifiquen.

120. El 20 de mayo de 2021, según refiere la actora, la Concesionaria solicitó la reactivación de las mesas de trabajo de construcción y explotación, así como la creación de la mesa de trabajo relativa a la Concesión, esta última con el objeto de revisar el Contrato de Concesión. El MOP se mostró abierto a reiniciar las mesas de trabajo de construcción y operación, pero negándose a la formación de una mesa de trabajo relativa a la Concesión, por cuanto, a su juicio, "*no corresponde revisar el régimen económico del contrato.*" De este modo, a criterio del demandante, incluso después de la Recomendación, el MOP ha insistido en que la pandemia es un riesgo de la Concesionaria o que carece de facultades para acordar las adaptaciones que sean necesarias para restablecer la conmutatividad contractual, incumpliendo su obligación de hacer.

121. En segundo lugar, sostiene la Concesionaria que el incumplimiento del MOP es imprudente. Conforme al inciso 3° del artículo 1547 del Código Civil, verificado un incumplimiento se presume que este es imputable a culpa del deudor, de modo que es el MOP quien tendrá la carga de acreditar en este juicio que empleó el cuidado que le era contractualmente exigible.

122. A mayor abundamiento, desarrolla el demandante que el MOP no ha actuado con el grado de diligencia que le exige el Contrato de Concesión. Siendo indiscutido que el Contrato de Concesión fue suscrito para beneficio de ambas partes, el MOP debía actuar con un grado de diligencia *ordinario* o *mediano*¸de conformidad al artículo 1547 citado. No obstante, la negativa de actuar frente a la pandemia, a sabiendas de que ello acarreará la ruina de su contraparte, sería irracional e imprudente, según el demandante. Más grave aún, considerando que la Concesionaria presta y explota un servicio de utilidad pública para toda la comunidad, por lo que el MOP atentaría contra la satisfacción de la necesidad pública que está obligado a cumplir.

123. Continua la demanda indicando que la inacción del MOP jamás podría ajustarse al estándar de cuidado que le era exigible, en un Estado de Derecho, pues significaría validar una conducta contraria a la Constitución y a la Ley; al negarse a actuar frente a la pandemia provoca la instrumentalización de la Concesionaria, transgrede el deber de cooperación impuesto por la buena fe al no colaborar con la Concesionaria en la consecución del fin económico del contrato restaurando la equivalencia de las prestaciones, y desconoce el carácter imperativo –en virtud del principio de juridicidad– que tiene el ejercicio de una potestad cuando se verifican los presupuestos fácticos para su actuación. Esta imprudencia se vería agravada por el hecho de que el Panel Técnico, de forma unánime, emitió una recomendación declarando que la pandemia es un hecho sobreviniente y que el MOP tiene las

potestades necesarias para abordarlo, no obstante lo cual la demandada ha insistido en su negativa.

124. Por tanto, señala el demandante, la demandada deberá demostrar como su incumplimiento no infringiría el marco contractual, legal y constitucional que lo obligaba a actuar frente a la pandemia y cómo ello podría constituir una conducta diligente en un Estado de Derecho.

125. En tercer lugar, la Concesionaria se refiere a los perjuicios que ha sufrido producto del incumplimiento del MOP.

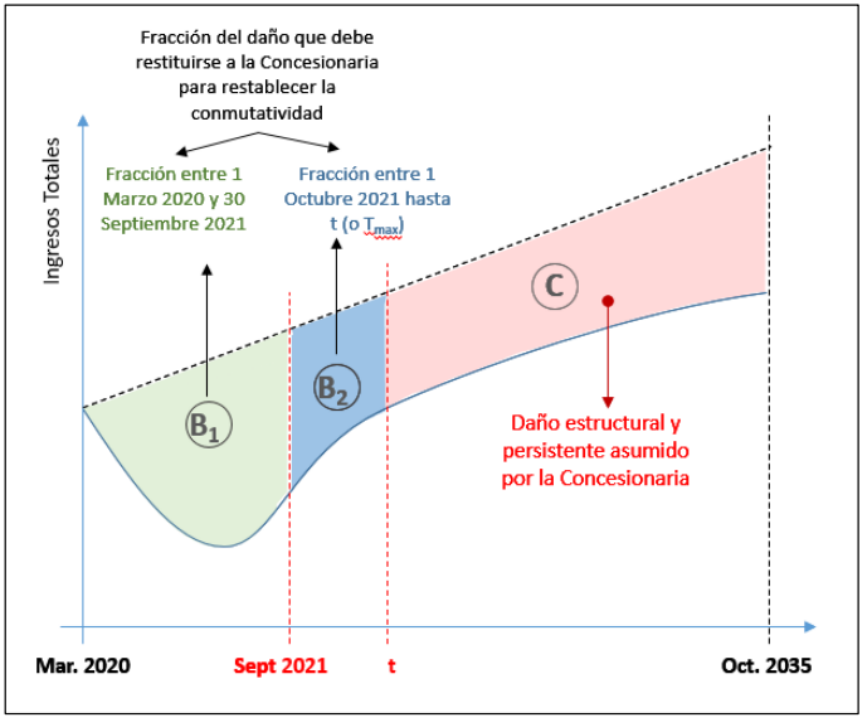
126. Según explicó en la demanda principal, el daño sufrido por la Concesionaria como consecuencia del COVID-19 está constituido por la diferencia en los Ingresos por Pasajero Embarcado y los Ingresos Comerciales de la Concesionaria a partir de marzo de 2020, comparando un escenario actual (factual) con un escenario que no considere el acaecimiento de la pandemia (contrafactual); asimismo, una distribución equitativa de los efectos de la pandemia implica que la Concesionaria pueda recuperar la pérdida de los Ingresos Comerciales y de Ingresos por Pasajero Embarcado entre marzo de 2020 y la fecha en la que el tráfico vuelva a los niveles anteriores a la pandemia. Realizando este cálculo, la parte demandante afirma que al 30 de septiembre de 2021, los perjuicios causados a la Concesionaria ascienden a **UF 2.145.000**.

127. Subsidiariamente, si la evolución de los Ingresos Totales a partir de marzo de 2020 se proyecta conforme a la tasa de crecimiento anual compuesta que ellos tuvieron históricamente entre marzo de 2016 y febrero de 2020 para determinar el escenario contrafactual sin la crisis del COVID-19 (que equivale al UF + 5,5% anual), la diferencia entre los ingresos totales de la Concesión hasta el 30 de septiembre de

2021 con el escenario factual con la crisis del COVID-19 asciende a **UF 2.136.000**, según el cálculo del demandante.

128. Finalmente, en subsidio de todo lo anterior, arguye la Concesionaria que el incumplimiento del MOP la ha privado de su derecho de obtener, a lo menos, la posibilidad o chance de que ella recuperara los ingresos perdidos como consecuencia de la pandemia. Esta chance se evalúa prudencialmente en un 90% del daño señalado anteriormente, por lo que el daño causado a la Concesionaria asciende a **UF 1.922.400**.

129. Respecto a los daños producidos entre el 1 de octubre de 2021 y el momento "t" (o el momento "Tmax", de ocurrir primero), si bien son ciertos, según la Concesionaria, no pueden ser precisamente determinados en su monto a la fecha de presentación de la demanda, por lo que el demandante se reserva la discusión y prueba respecto a su naturaleza y monto para un juicio posterior o para la ejecución del fallo que se pronuncie sobre la presente demanda, conforme lo dispone el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil. Estos daños corresponden a lo indicado con la letra B2 en el siguiente gráfico:



En verde, el daño provocado hasta el 30 de septiembre de 2021, que asciende a UF 2.145.000 si se calcula respecto de una proyección de ingresos formulada por la Concesionaria con información disponible en febrero de 2020. En azul, los daños producidos entre el 1 de octubre de 2021 y el momento "t" o "T_{max}", lo que ocurra primero, respecto a los cuales esta Concesionaria se reserva su discusión y prueba conforme el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil. En rosado, los daños a largo plazo hacia el fin de la Concesión, que asume la Concesionaria conforme la metodología propuesta.

130. Como cuarto punto, la Concesionaria afirma que los perjuicios sufridos por esta son consecuencia necesaria y directa del incumplimiento del MOP. Si el MOP hubiera ejercido sus facultades contractuales para adaptar aquellas medidas que hubieran permitido distribuir equitativamente los efectos del COVID-19 entre las partes, no se habrían provocado los perjuicios cuya compensación se demandan.

131. Por último, el MOP se encuentra constituido en mora desde el momento en que ha sido requerido judicialmente por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, según lo dispone el N°3 del artículo 1551 del Código Civil

132. En virtud de lo expuesto, la Concesionaria solicita al tribunal que se tenga por interpuesta la demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad

contractual, con el carácter de subsidiaria a la deducida en lo principal, en contra del MOP, admitirla a tramitación y,

1) Declarar que la pandemia del COVID-19 constituye un hecho sobreviniente.
2) Declarar que, en su calidad de hecho sobreviniente, la pandemia del COVID-19 ha provocado la pérdida de la conmutatividad del Contrato de Concesión en perjuicio de la Concesionaria.
3) Declarar que la demandada incumplió imputablemente su obligación de reestablecer la conmutatividad, de manera que pueda la Concesionaria amortizar económicamente por completo su inversión, mediante una modificación del Contrato de Concesión, obligación que es actualmente exigible y, por lo tanto, se le condena:

    3.1) A indemnizar a la Concesionaria por los perjuicios causados hasta el 30 de septiembre de 2021, ascendentes al equivalente en pesos en moneda nacional a UF 2.145.000, por la diferencia entre los ingresos reales y aquellos que era posible proyectar por la Concesionaria con la información disponible en febrero de 2020, o la suma mayor o menor que esta H. Comisión Arbitral determine con arreglo a derecho y al mérito del proceso.

    3.2) En subsidio del numeral 3.1 anterior, a indemnizar a la Concesionaria por los perjuicios causados hasta el 30 de septiembre de 2021, ascendentes al equivalente en pesos en moneda nacional a UF 2.136.000, por la diferencia entre los ingresos reales y aquellos que se pueden estimar proyectando las tasas reales de crecimiento de los ingresos observadas entre marzo de 2016 y febrero de 2020, o la suma

mayor o menor que esta H. Comisión Arbitral determine con arreglo a derecho y al mérito del proceso.

3.3) En subsidio de los numerales 3.1 y 3.2 anteriores, a indemnizar a la Concesionaria por los perjuicios causados hasta el 30 de septiembre de 2021, ascendentes al equivalente en pesos en moneda nacional a UF 1.922.400 por la pérdida de la chance u oportunidad de recuperar ingresos por la suma indicada anteriormente, o la suma mayor o menor que esta H. comisión Arbitral determine con arreglo a derecho y al mérito del proceso.

3.4 A indemnizar a la Concesionaria por los perjuicios causados entre el 1 de octubre de 2021 y el momento en que tráfico ajustado de pasajeros alcance los niveles observados antes de la pandemia (momento "t"), o el 31 de diciembre de 2027 (momento "Tmax"), lo que ocurra primero, perjuicios cuya determinación de su naturaleza y monto se reservan el derecho a discutir y acreditar para la etapa de ejecución del fallo o para un juicio diverso, conforme lo dispone el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil.

4) Condenar en costas a la demandada en caso de oposición

133. En el **segundo otrosí**, **en subsidio de todo lo anterior,** la Concesionaria interpone **demanda arbitral de cumplimiento de contrato** en contra del MOP, para que la demandada reestablezca la conmutatividad contractual mediante una modificación del Contrato de Concesión.

134. Nuevamente, y por razones de economía procesal, la Concesionaria se remite ntegramente a la exposición de los antecedentes, consideraciones de hecho y de derecho expuestas en lo principal de la demanda.

135. Según fue explicado en detalle en la demanda principal, el marco jurídico que regula el Contrato de Concesión frente a un hecho sobreviniente como la pandemia, le impone al MOP la obligación de modificar el Contrato de Concesión, sobre la base de la asignación de riesgos y beneficios acordada para restaurar la conmutatividad perdida por la pandemia, y la Concesionaria tiene el derecho a exigirlo.

136. La obligación del MOP, que es actualmente exigible según la actora, emana de las normas constitucionales, principios administrativos, disposiciones reglamentarias y contractuales que regulan la Concesión. A este respecto, la demanda se remite a lo expuesto en lo principal, reiterando que la existencia de la obligación del MOP de restablecer la equivalencia de las prestaciones del Contrato se acredita a partir de: 1) el mandato constitucional de garantizarle a la Concesionaria la necesaria autonomía para cumplir con sus propios fines específicos, así como el respeto al derecho fundamental de la Concesionaria de desarrollar, de forma libre su actividad económica; 2) Las disposiciones legales, reglamentarias y contractuales que confieren al MOP, al DGC y al Inspector Fiscal las competencias y potestades necesarias para que ante la ocurrencia de un hecho sobreviniente que rompe la conmutatividad del contrato, se revisen sus condiciones económicas y, como consecuencia de ello, se reestablezca la equivalencia de las prestaciones entre las partes del Contrato de Concesión; 3) La obligación del MOP de ejecutar el Contrato de buena fe.

137. En concordancia con el marco jurídico expuesto, la Concesionaria sostiene que las partes deben acordar de buena fe la modificación del Contrato de Concesión para restablecer su conmutatividad. Esta obligación de negociar frente a la pérdida de la conmutatividad contractual tiene su origen en el deber de colaboración y el principio de buena fe contractual, consagrado en nuestro derecho en el artículo 1546 del Código Civil, ya referido. Citando al efecto doctrina de autores nacionales,

sostiene el demandante que la buena fe es el fundamento que permite entender el nacimiento de la obligación de renegociar cuando la ejecución del contrato se torna en exceso perjudicial para el obligado, negociación que debe ser guiada por el deber de cooperación.

138. Continúa la Concesionaria exponiendo que la obligación del MOP es actualmente exigible, dado que concurren los presupuestos de todas las normas jurídicas que establecen esta obligación: 1) conforme al artículo 71 del Reglamento de la Ley de Concesiones, ha acaecido un hecho sobreviniente (pandemia COVID-19), existiendo así causas justificadas que obligan a la revisión y modificación del Contrato; 2) conforme a la letra d) del artículo 44 del Reglamento de la Ley de Concesiones, y de la letra d) del artículo 1.8.16 de las BALI, es una materia que cae dentro de la competencia de la DGC y del MOP; y 3) ha ocurrido un hecho ajeno al alea normal de la Concesión que, por lo mismo, no cae dentro del ámbito de responsabilidad de la Concesionaria, rompiendo su conmutatividad. No obstante, afirma la demanda, a la fecha, el MOP se ha negado a cumplir su obligación.

139. Finalmente, la Concesionaria recalca que sus condiciones apremiantes, previamente desarrolladas, exigen una negociación en un marco de tiempo razonable que restablezca la conmutatividad de la Concesión, de modo que se hace necesario que sea esta H. Comisión Arbitral la que obligue a que las partes acuerden el modo concreto de restablecer la conmutatividad contractual que permita a la Concesionaria amortizar económicamente por completo su inversión, y fije un marco temporal para ello. Este plazo debe ser razonable, considerando por un lado las variables implicadas y por el otro lo apremiante de la situación para la Concesionaria; la parte demandante sugiere para ello que el **plazo no sea superior a 6 meses**, sin perjuicio de la posibilidad de que sea prorrogado de común acuerdo por las partes.

140. Concluye pidiendo que se tenga por interpuesta la demanda de cumplimiento, con el carácter de subsidiaria a las deducidas en lo principal y primer otrosí, en contra del Ministerio de Obras Públicas, admitirla a tramitación, y en definitiva

1) Declarar que, en virtud de los antecedentes de hecho y de derecho expuestos, la pandemia del COVID-19 constituye un hecho sobreviniente.
2) Declarar que, en su calidad de hecho sobreviniente, la pandemia del COVID-19 ha provocado la pérdida de la conmutatividad del Contrato de Concesión en perjuicio de la Concesionaria.
3) Declarar que, como consecuencia de lo anterior, la demandada tiene la obligación de reestablecer la conmutatividad contractual, mediante una modificación del Contrato de Concesión, y la Concesionaria tiene el derecho a exigirlo.
4) Declarar que la obligación de la demandada de restablecer la conmutatividad contractual, de manera que pueda la Concesionaria amortizar económicamente por completo su inversión, mediante una modificación del Contrato de Concesión, es actualmente exigible.
5) Condenar a la demandada al cumplimiento de su obligación de restablecer la conmutatividad contractual, por los efectos perjudiciales producidos por la pandemia para la Concesionaria, para lo cual las partes deberán sostener una negociación de buena fe con el objeto de acordar la mejor forma de adaptar el Contrato de Concesión, de acuerdo con los derechos, obligaciones y riesgos asumidos originalmente, de manera que pueda la Concesionaria amortizar económicamente por completo su inversión.
6) Declarar que las conversaciones señaladas en el N° 5 anterior deberán efectuarse dentro de un período máximo de 6 meses desde que fuere

notificada la sentencia en la presente discrepancia, sin perjuicio de que las partes puedan de común acuerdo prorrogar este plazo tantas veces como estimen suficiente.

7) Condenar en costas a la demandada en caso de oposición.

141. En el cuarto otrosí de la demanda, la Concesionaria acompaña los siguientes documentos, con citación:

1) Resolución DGOP N°33 del 13 de junio de 2014 que aprueba las Bases de Licitación de la obra pública fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago".
2) Circular Aclaratoria N°1 de las Bases de Licitación de la obra pública fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago" del 30 de junio de 2014.
3) Circular Aclaratoria N°2 de las Bases de Licitación de la obra pública fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago" del 26 de agosto de 2014.
4) Circular Aclaratoria N°3 de las Bases de Licitación de la obra pública fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago" del 20 de octubre de 2014.
5) Circular Aclaratoria N°4 de las Bases de Licitación de la obra pública fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago" del 24 de octubre de 2014.
6) Circular Aclaratoria N°5 de las Bases de Licitación de la obra pública fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago" del 27 de octubre de 2014.

7) Circular Aclaratoria N°6 de las Bases de Licitación de la obra pública fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago" del 3 de noviembre de 2014.
8) Circular Aclaratoria N°7 de las Bases de Licitación de la obra pública fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago" del 28 de noviembre de 2014.
9) Circular Aclaratoria N°8 de las Bases de Licitación de la obra pública fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago" del 9 de diciembre de 2014.
10) Circular Aclaratoria N°9 de las Bases de Licitación de la obra pública fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago" del 15 de diciembre de 2014.
11) Circular Aclaratoria N°10 de las Bases de Licitación de la obra pública fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago" del 15 de diciembre de 2019.
12) Acta de Adjudicación de la obra pública fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago" del 13 de febrero de 2015.
13) Publicación en el Diario Oficial del Decreto Supremo N°105 del 12 de marzo de 2015 que adjudica el contrato de concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago".
14) Recomendación dictada por el H. Panel Técnico de Concesiones el 13 de mayo de 2021, en la Discrepancia D02-2021-6.

II. Con fecha 7 de marzo de 2022, se celebró la primera sesión de la Comisión Arbitral, teniendo por presentada la demanda principal y las acciones subsidiarias, dando traslado para la contestación.

III. <u>Contestación de las demandas</u>

1. Por medio de escrito de fecha 25 de abril de 2022, Ruth Israel López, abogada, en representación del Ministerio de Obras Públicas, evacuó la contestación de las demandas arbitrales interpuestas, solicitando su rechazo total, con costas.

2. Tras un resumen ejecutivo de la demanda y los principales argumentos de la contestación, el MOP comienza su alegación afirmando que la Concesionaria y sus accionistas han iniciado juicios paralelos para discutir lo mismo; como explicó en el incidente de previo y especial pronunciamiento presentado el 5 de abril de 2022 rechazado por la H. Comisión Arbitral, el 5 de agosto de 2021, los Accionistas presentaron una Solicitud de Arbitraje ("Solicitud") en contra de la República de Chile ante el CIADI, dando origen a la causa ADP International S.A. y Vinci Airports S.A.S. c. La República de Chile (Caso CIADI No. ARB/21/40), en que la base fáctica de los reclamos es la misma: ambas se basan en los efectos de la pandemia del Covid-19 en el Contrato de Concesión del Aeropuerto AMB y la supuesta ruptura del equilibrio económico del Contrato de Concesión.

3. En su contestación, el MOP responde los argumentos esgrimidos por la Concesionaria en su escrito de evacúa traslado sobre el incidente de fecha 13 de abril de 2022. Arguye que la demanda ante el Tribunal CIADI no es un hecho futuro e incierto, pues su presentación depende precisamente de las Accionistas (ADP y Vinci), quienes operan de manera concertada con la Concesionaria. Adicionalmente, reitera que la eventual excepción a la luz del artículo 8 del APPRI que el MOP podrá oponer ante el tribunal que corresponda no supone una triple identidad y recalca que la contraria ha reconocido de manera expresa que el derecho de la demandada de formular la objeción a la jurisdicción que corresponda con posterioridad a la Contestación de la Demanda, y una vez presentada la Demanda ante el tribunal del

CIADI, está a salvo; de modo que el MOP se reserva el derecho de presentar la eventual objeción de jurisdicción una vez que se encuentre en posición de hacerlo.

4. Adentrándose en el contenido de la demanda, la parte demandada se refiere en primer lugar al Contrato de Concesión, haciendo un breve resumen del proyecto que lo motivó. El proyecto sobre el Aeropuerto Internacional AMB, indica el MOP, consistió principalmente en: a) La remodelación y ampliación del Edificio Terminal de Pasajeros existente (en adelante, "Terminal T1"), destinado a la atención de vuelos nacionales; b) La construcción y habilitación de un nuevo Terminal de Pasajeros (en adelante, "Terminal T2"), destinado a la atención de vuelos internacionales; c) El mantenimiento de todas las obras preexistentes y nuevas que debe ejecutar el Concesionario; d) La explotación, operación y administración de las obras; y e) La prestación y explotación de los servicios aeronáuticos, servicios no aeronaúticos no comerciales, servicios no aeronáuticos comerciales y servicios no aeronáuticos comerciales facultativos a los usuarios del Aeropuerto.

5. El MOP continúa refiriéndose a la Ley de Concesiones, citada por la demanda, en su versión modificada por la ley N°20.410 del año 2010. Según indica la parte demandada, el tiempo, la praxis y la experiencia mostraron la necesidad de realizar ajustes progresivos al marco regulatorio de los contratos de concesión de obra pública, para incorporar los aprendizajes obtenidos tanto en los procesos de estructuración y licitación de los proyectos a concesionar, así como durante la ejecución de los contratos de concesión. Especial discusión cobró en ese entonces el fenómeno relativo a las constantes y numerosas renegociaciones y revisiones de contrato, resultando en la gran mayoría de dichos casos una importante pérdida de recursos por parte del Estado a favor de las concesionarias. Por tanto, resalta el MOP, es posible identificar en el mensaje presidencial de la ley que, al menos en lo que a objetivos de política pública a que la ley se refiere, se propuso aumentar la

transparencia de los contratos y perfeccionar el mecanismo de resolución de conflictos y controversias, regulando con especial cuidado las hipótesis de indemnización en favor de las concesionarias con motivo de renegociaciones.

6. En atención a la fecha de su adjudicación, y según dispuso el D.S. MOP N°105 (decreto N°4), así como las Bases de Licitación (art. 1.2.1), afirma la demandada que es un hecho no discutido que el Contrato de Concesión se rige por la Ley de Concesiones y su Reglamento, en su versión modificada por la Ley N°20.410 del año 2010. En esta norma modificada se fijó la redacción del actual artículo 19, el que establece que las concesionarias tendrán derecho a reclamar indemnización por un acto sobreviniente de autoridad, "sólo cuando", es decir, única y exclusivamente, cuando se verifiquen los siguientes requisitos copulativos: (i) que el acto se produzca con posterioridad a la adjudicación de la licitación de la concesión; (ii) no haya podido ser previsto al momento de la adjudicación; (iii) no constituya norma legal o administrativa con efectos generales, que exceda el ámbito de la industria de la concesión de que se trate, y finalmente (iv), que altere significativamente el régimen económico del contrato. Sobre el sistema de solución de controversias, menciona la demandada, se creó el Panel Técnico, que no ejerce jurisdicción y cuyas recomendaciones no son vinculantes, y se estableció que los árbitros de la Comisión Arbitral tendrían el carácter de árbitro arbitrador respecto del procedimiento pero de derecho en cuanto al fallo.

7. La contestación hace también referencia a la regulación contenida en el Contrato de Concesión en que se basa la demanda. Indica que las Bases de Licitación establecen en su artículo 1.14 que el Contrato tendrá un plazo fijo, por un período de 20 años. Considerando que el plazo es fijo, recalca el MOP que en la eventualidad de que la Concesionaria recupere la totalidad de la inversión antes del vencimiento de la Concesión, tiene derecho a retener los ingresos que perciba con posterioridad

durante el plazo remanente, pero el costo o contrapartida de este derecho, significa que el concesionario está obligado a soportar las pérdidas si llegado el vencimiento del plazo no logra recuperar la inversión.

8. Por otra parte, detalla el MOP, las condiciones económicas de la Concesión se configuran a través de los siguientes elementos, conocidos por las partes al momento de contratar:

i. Compartición de ingresos entre el Estado y la Concesionaria: En función del monto del Porcentaje de los Ingresos Totales de la Concesión (en adelante, "PIT"), establecido libremente por el adjudicatario en su oferta económica, se estableció que mensualmente se hará una liquidación para determinar los pagos que correspondan a la Concesionaria o a la Dirección General de Aeronáutica Civil, según corresponda, en virtud de la compartición de ingresos con el Estado; el PIT se aplica sobre los ingresos totales de la Concesión (ingresos comerciales obtenidos sumado a los ingresos por pasajero embarcado). Asimismo, se fijó la base de actualización de la tarifa por pasajero embarcado hasta la puesta en servicio provisoria de las instalaciones existentes, se estableció que una vez autorizada la puesta en servicio provisoria de las obras existentes, entrarían en vigencia las tarifas reajustadas y se determinó que las tarifas por pasajero embarcado en pesos chilenos se ajustarán cada $1 al alza (si remanente es mayor o igual a $0,5) o a la baja (si remanente es menor a $0,5), en caso de que éstas, por el mecanismo de reajuste queden fraccionadas. Todo esto conforme a fórmulas acordadas por las partes.

ii. Compensaciones y liquidación de saldos a pagar por la Concesionaria o bien por la Dirección General de Aeronáutica Civil, determinado según las fórmulas pactadas entre las partes.

iii. Pagos de la Concesionaria: Dentro de las condiciones económicas establecidas en el contrato, se señaló que la Concesionaria debe realizar pagos al Estado por concepto de administración y control del Contrato de Concesión (pago anual de UF 52.000; para período entre inicio Concesión y puesta de servicio provisoria de totalidad de obras: UF 545.000); por concepto de estudios (UF 188.000 por estudios más UF 36.000 por actualizaciones); y por concepto de obra artística cultural (máximo UF 20.000)

iv. Eventuales nuevas inversiones: si durante la vigencia de la concesión se modificaran las características de las obras y servicios contratados, por iniciativa del MOP o de la Dirección General de Aeronáutica Civil a través del MOP, o en acuerdo con la Concesionaria, según corresponda, se procederá conforme a lo señalado en los arts. 19 o 20 de la Ley de Concesiones, según sea el caso, y aplicando en caso que corresponda, la opción del Estado de ampliación del Aeropuerto, regulada en el art. 1.15 de las Bases de Licitación

9. Destaca el demandado que estas son las únicas condiciones económicas del Contrato de Concesión que se establecieron en las Bases de Licitación, entregadas en el proceso de licitación a todos los participantes. De modo que no sería correcto señalar que durante la licitación el MOP hubiese entregado a los licitantes una estimación de demanda oficial incorporada en dichas condiciones, siendo dicho

cálculo de exclusiva responsabilidad de la Concesionaria y sus accionistas en su calidad de expertos y partes sofisticadas.

10. A mayor abundamiento, sostiene el MOP que no existen estimaciones de demanda oficiales y vinculantes que el MOP hubiese entregado durante la licitación; afirma que el estudio de demanda de la Dirección de Aeropuertos del MOP no fue entregado en la licitación, de modo que lo alegado por la Concesionaria en este sentido es falso, y las demás estimaciones a las cuales hace referencia la demandante son irrelevantes, porque son ajenas al proceso de licitación. En este sentido, durante la fase precontractual, existe registro de que el MOP realizó presentaciones a los licitantes, en que hizo referencia a las "certezas del modelo", no a estimaciones de demanda. Éstas certezas se refirieron exclusivamente a dos aspectos: (1) bajo la concesión de plazo fijo la Concesionaria no tendría el riesgo de que se acortara el plazo del contrato, fenómeno que sí ocurría en concesiones de plazo variable bajo la modalidad de "Valor Presente de los Ingresos" o "VPI", y (2) en caso de aumento de la demanda, el MOP tenía la opción de ampliar la infraestructura, indemnizando por ello a la Concesionaria.

11. Destaca que en la Circular Aclaratoria N°3, consulta N°27, ante la pregunta sobre la existencia de una estimación total de los ingresos de la concesión durante su vigencia, se responde que "La evaluación económica del proyecto es responsabilidad individual de cada licitante y grupo licitante." Sería así claro que MOP señaló a la Concesionaria que la evaluación económica, o la "estimación del total de los ingresos de la concesión", era de exclusiva responsabilidad de cada uno de los participantes en la licitación.

12. En el caso de las estimaciones de ingreso realizadas por la Concesionaria, indica que, siendo su estimación de ingresos 43% más alto que los estimados por el

grupo licitante "Consorcio AMB" y 50% más alto que los estimados por "Grupo Pudahuel", se puede concluir que la oferta de la Concesionaria fue excesivamente optimista, y la demandante habría sido negligente al preparar su oferta. Afirma la parte demandada que las optimistas estimaciones de pasajeros alegadas por la Concesionaria obligan a concluir que la demanda debe ser rechazada: si la Concesionaria hubiese considerado las proyecciones de la Dirección de Aeropuertos del MOP, que no se entregó en la licitación, no habría presentado una oferta tan agresiva como la que presentó.

13. Reitera que el Contrato tiene un plazo fijo de 20 años, de modo que el MOP no tiene ninguna obligación de ajustar el plazo en función del número de pasajeros y tampoco tiene una obligación de otorgar a la Concesionaria ingresos mínimos garantizados.

14. Sobre la oferta económica del grupo de la Concesionaria, el MOP recuerda que el artículo 7 de las BALI dispone que el factor de licitación que definirá la oferta económica, serán los pagos ofrecidos al Estado, expresado como porcentaje de los ingresos totales de la Concesión que el licitante o grupo licitante prometiera entregar al Estado. Así, el Grupo de la Concesionaria se adjudicó el contrato de concesión ofreciendo al Estado el 77,56% de los ingresos totales, reteniendo el 22,44%. Los restantes oferentes ofrecieron compartir el 67,91% (Consorcio AMB); el 67,53% (Grupo Aeropuerto de Santiago); y el 65,02% (Grupo Pudahuel); es decir, el oferente que hizo la segunda mejor oferta pidió 43% más ingresos que el grupo licitante de la Concesionaria. Estas ofertas, según la parte demandada, demuestran en los hechos que las proyecciones del resto de los oferentes eran menos optimistas y más realistas que las de la Concesionaria por un amplio margen. A juicio de la parte demandada, las actuales proyecciones de la Concesionaria siguen siendo excesivamente optimistas, exagerando de forma irreal el efecto del Covid-19, de modo que las

dificultades económicas que pudiese estar atravesando la Concesionaria son consecuencia de que presentó una oferta demasiado agresiva en la licitación y no del Covid-19.

15. Para terminar su análisis del Contrato de Concesión, el MOP se refiere a la distribución de riesgos asumidos por las partes conforme al contrato. El demandado conceptualiza el contrato de concesión como un contrato administrativo celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y un particular en virtud del cual este último asume a su cuenta y riesgo, la ejecución, conservación y reparación de la obra pública fiscal, a cambio del derecho a explotar dicha obra y a recuperar la inversión mediante el cobro de la tarifa pactada. Destaca que este contrato se adjudica como resultado de una competencia o licitación entre postores, de modo que modificar el contrato después de su celebración, importa faltar radicalmente al principio básico de igualdad de los proponentes; además, que un principio básico que rige en las concesiones, es la ausencia de toda obligación por parte del Estado de otorgar al Concesionario una "garantía general" que importe transferirle fondos o rentas para la ejecución de las obras. Por último, recalca que las partes distribuyen los riesgos del contrato, los cuales deben estar incorporados en la oferta económica, y que no pueden ser alterados bajo la excusa de la buena fe contractual.

16. La demanda, señala el MOP, alega que la crisis causada por el Covid-19 es la materialización de un riesgo que las partes no anticiparon y, por tanto, no estaría regulado por el contrato; esta situación obligaría al MOP a renegociar el contrato bajo términos en que el Fisco, junto con soportar la pérdida del 77,56% de los ingresos que por contrato esperaba percibir, debería además soportar la disminución de ingresos de la Concesionaria. A criterio del MOP, lo que la Concesionaria denomina "restablecer el equilibrio económico del contrato" es en

realidad traspasar al Fisco el 100% de la disminución de ingresos causada por el Covid-19.

17. Destaca el MOP que a lógica económica del contrato define una distribución de riesgos que constituye la regla general, conforme a la cual, cada parte soporta todos los riesgos que impactan sus ingresos. La excepción requiere de una regla especial expresa. El Contrato de Concesión se pactó como un contrato de plazo fijo sin garantías de ingreso mínimo; esto significa que el diseño del contrato atribuye a la Concesionaria el riesgo de demanda de pasajeros y de los eventos de todo tipo que afecten a esta variable.

18. Reitera que la Ley de Concesiones, tras la modificación del año 2010, dispone que, por regla general, todos los riesgos sobrevinientes sean de cargo de la Concesionaria. Solo excepcionalmente permite al Concesionario reclamar una indemnización del MOP, limitando esta excepción expresamente a aquellos actos sobrevinientes de autoridad con potestad pública "sólo cuando", cumplan de forma copulativa los requisitos previstos en el artículo 19. A mayor abundamiento, el MOP hace referencia a la historia fidedigna de la ley, citando al entonces Ministro de Obras Públicas, don Eduardo Bitrán, que recalcó que se cambió la Ley para que tanto ella como el contrato delimitaran claramente qué riesgos debía asumir el Estado. Así, los riesgos por los cuales la Concesionaria tiene derecho a ser indemnizada quedan delimitados en la Ley de Concesiones y mediante lo que dispongan las Bases de Licitación. Asimismo, y según el MOP, se zanjó la discusión sobre la teoría de la imprevisión, quedando fuera de la ley.

19. Por tanto, subraya la parte demandada que una caída de la demanda, por grande que sea y aun si se debe a una causa sobreviniente, no otorga derecho a la Concesionaria para renegociar el contrato de concesión o pedir modificar su plazo.

20. Menciona además que existen argumentos económicos que aconsejan no renegociar ante eventos inesperados, pues las renegociaciones anulan las ganancias de eficiencia que prometen las concesiones. Si se admitieran las renegociaciones como la solicitada por el demandante, las concesionarias no tendrán incentivos para estudiar con cuidado los proyectos durante la etapa precontractual, porque su falta de diligencia no tendría consecuencias para ellas.

21. No obstante, indica el demandado que el hecho de que estemos ante un contrato de plazo fijo, no significa que todo el riesgo se le traspase a la Concesionaria. Al existir repartición de ingresos, el riesgo de la demanda ya está compartido en la misma proporción en que las partes se reparten los ingresos (77,56% Fisco vs. 22,44% Concesionaria), de modo que una parte del riesgo sí se queda con el Fisco. Así, el contrato de concesión sí cubre un evento como la crisis causada por el Covid-19 y es más, obliga a la demandante a asumir su parte de la pérdida, que es menor a la del Fisco.

22. Por lo tanto, sostiene el demandado, una renegociación como la que pide la demanda alteraría la distribución de riesgos del contrato sin justificación, dañando todo el sistema de concesiones, vulnerando el contrato y generando un resultado injusto donde el Fisco debería soportar el 100% de las consecuencias del Covid-19 y la Concesionaria ninguna

23. Argumenta el MOP que la Concesionaria confunde el insumo con el producto. En efecto, la infraestructura es un insumo, y genera beneficios solamente en la medida en que ésta les genere servicios a usuarios que estén dispuestos a pagar por ellos. Así, el Fisco no se beneficia por recibir una infraestructura, sino por los flujos de caja que la infraestructura genere. Por tanto, los ingresos que obtendrá el Fisco con el Contrato de Concesión serán menores que los ingresos que hubieran

obtenido si es que no hubiese existido el Covid-19 y en un porcentaje mucho mayor que la Concesionaria.

24. Reitera el demandado que al momento de contratar las partes previeron que podían existir hechos sobrevinientes y, en conocimiento de esa situación, acordaron que el único caso en que el MOP estaría obligado a indemnizar a la Concesionaria con motivo de un hecho sobreviniente, sería la situación prevista en el art. 19 inc. 1° de la Ley de Concesiones. Si un evento, desconocido cuando la Concesionaria consintió en la convención, hiciera caer los ingresos de ambas partes, el contrato y la Ley de Concesiones son claros: se debe repartir de acuerdo con los porcentajes de repartición de ingresos que la propia Concesionaria ofreció en la licitación, que es lo que ha ocurrido a la fecha.

25. Aduce el MOP que lo que la Concesionaria demanda es, en los hechos, el reconocimiento de una garantía de ingreso mínimo que el contrato no contempla, que cambiaría la distribución de riesgos pactada en el contrato, traspasa pérdidas al Fisco en exceso de lo pactado y aumenta el valor presente esperado del ingreso de la Concesionaria.

26. Enfocándose en la pandemia del COVID-19 y sus efectos, el MOP comienza su defensa afirmando que la ocurrencia de una pandemia durante la vigencia de la licitación no era impredecible; al contrario, en los siglos recientes han existido numerosas pandemias y en la época de la licitación ya existían reportes que alertaban sobre los efectos de una pandemia sobre el turismo a nivel internacional.

27. El MOP reconoce que la pandemia de Covid-19 ha tenido efectos perjudiciales en prácticamente todos los ámbitos del quehacer diario de la humanidad, impactando la economía a nivel mundial y la calidad de vida de todas las personas. Asimismo, hace referencia a las numerosas medidas tomadas por la autoridad

nacional para el control de la pandemia y la recuperación económica del país, incluyendo la declaración de estado de excepcion constitucional de catástrofe por calamidad pública y medidas sanitarias de carácter general dirigidas a restringir el desplazamiento y contacto entre las personas.

28. Frente a este escenario, el MOP acepta que la pandemia tuvo efectos sobre la industria aeroportuaria y las aerolineas, dado que el tráfico de pasajeros a nivel mundial se vio fuertemente impactado el primer año de la pandemia, llegando en el año 2020 a niveles no vistos desde el año 1997. De acuerdo al análisis realizado por la Organización de Aviación Civil Internacional, el año 2020 la industria sufrió una reducción del 50% de los asientos ofrecidos por las aerolíneas, se perdieron 2,7 mil millones de pasajeros (un -60 %), y las aerolíneas sufrieron una pérdida de aproximadamente 372 mil millones de dólares en ingresos por pasajeros. El año 2021, la situación a nivel mundial comenzó a mejorar lentamente en comparación con el año 2020; respecto al año 2019, los niveles de asientos ofrecidos por las aerolíneas alcanzaron a un 40% menos, el tráfico de pasajeros llegó a 2,2 mil millones de pasajeros menos (-49%) y las pérdidas de las aerolíneas por ingresos de pasajeros fueron calculadas en 324 mil millones de dólares respecto a dicho año.

29. Ahora bien, debido al gran porcentaje de vacunación a nivel mundial y la disminución de restricciones, se observa que el proceso de recuperación de la industria mundial ha ido mejorando notablemente hasta la fecha y con proyecciones que resultan bastante alentadoras según reconocen desde la misma industria. Así, para el 2022 la Organización de Aviación Civil Internacional proyectaba una disminución en el flujo de pasajeros de un 26% a 30%. Según el MOP, el mercado aeronáutico ha mostrado una recuperación a pasos agigantados, dando cuenta de su resiliencia para superar eventos adversos como la pandemia. En Chile, la Junta de Aeronáutica Civil informó en febrero de 2022 que, en lo que va del año, la

recuperación del tráfico aéreo frente al 2021 se mantuvo en aumento, especialmente en vuelos nacionales acercándose a niveles pre pandemia, pero destacando también el crecimiento de los vuelos internacionales, sumado a la reapertura de algunas rutas que habían suspendido sus operaciones en el país. Esta recuperación lleva a que el ACI proyecte a nivel mundial, bajo las circunstancias globales actuales y considerando incluso los impactos de ómicron, una recuperación de los niveles de tráfico mundial de pasajeros pre pandemia para comienzos de 2024.

30. La parte demandada continúa su análisis refiriendose a los efectos del Covid-19 en el Contrato de Concesión; en particular, sus efectos sobre la industria de la construcción, la operación del aeropuerto y los efectos económicos para las partes del contrato.

31. En primer lugar, sobre los efectos de la pandemia en la industria de la construcción, el MOP hace referencia a la discrepancia rol D05-2021-16 presentada por la Concesionaria, en que reclama la supuesta obligación del MOP de compensarla por las consecuencias económicas que la pandemia habría provocado en la construcción de las obras de la concesión. La pandemia no hizo imposible de forma absoluta la construcción de las obras, pero si impidió su ejecución en los plazos pactados por razones no imputables a la Concesionaria, razón por la cual el MOP desde un inicio se mostró disponible a otorgar un aumento de los plazos para cumplir los hitos de construcción, lo que en definitiva se concretó mediante Resolución (E) DGC N°1303 de 31 de mayo de 2021, en línea con lo establecido en el art. 1.9.8 de las BALI, por estimar que existió una imposibilidad de cumplir con la ejecución de las obras en los plazos acordados. Según el MOP, esto prueba que actuó de buena fe.

32. De manera previa, mediante oficio Ord. DGC N°394 de 20 de marzo de 2020, y con carácter general, la Dirección General de Concesiones señaló respecto de la situación derivada del Covid-19, que ésta presentaba las características del caso fortuito. Sin embargo, inmediatamente añadió que los efectos del caso fortuito debían ser analizados en cada contrato de concesión, con especial atención a las afectaciones particulares de cada caso, debiendo en todo caso cada concesionaria presentar los antecedentes que acrediten el impacto en el contrato a través del Inspector Fiscal. En el mismo sentido, mediante el oficio Ord. N°1094/2020, de 30 de marzo de 2020, el Inspector Fiscal del contrato señaló, en lo relativo a la calificación del Covid-19 como caso fortuito o fuerza mayor, lo siguiente: *"las obras de este Contrato de Concesión, se han de efectuar a entero riesgo de esa Concesionaria, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos sean precisos hasta su total tramitación, 'ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor o de cualquier otra causa.'"* Así, el MOP afirma que en la etapa de construcción de la obra, el único efecto del caso fortuito o fuerza mayor que operaba en favor de la Concesionaria, era el previsto en el art. 1.9.8 de las BALI que regula la "Modificación del plazo de puesta en servicio provisoria de las obras," y, según se señaló y es un hecho no controvertido, el MOP, en aplicación del contrato, otorgó el aumento de plazo solicitado por la Concesionaria.

33. Relata el demandado que la Concesionaria planteó ante el H. Panel Técnico, mediante la discrepancia rol D05-2021-16, la pretensión de que se le otorgue una indemnización que compense los mayores costos de construcción que habría debido soportar como consecuencia del Covid-19, pretensión que fue rechazada inmediatamente por el MOP por ser contraria al contrato, la ley y porque supondría otorgar en forma arbitraria y discriminatoria un beneficio económico a un particular, a costa de todos los contribuyentes. Reafirma que los artículos 22 N°2 y 19 inc. 1° de la Ley de Concesiones, así como las BALI, disponen que el riesgo de construcción es

de cargo del concesionario, debiendo soportar todos los desembolsos necesarios para la terminación de las obras, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor o cualquier otra causa. El Panel Técnico en su Recomendación indicó que los costos incurridos con motivo de la pandemia generada por el Covid-19 en la *etapa de construcción* corresponde sean asumidos única y exclusivamente por la Concesionaria.

34. En segundo lugar, respecto de los efectos de la pandemia sobre la *operación del Aeropuerto*, en atención al impacto de la pandemia en el tráfico de pasajeros del Aeropuerto AMB, la Concesionaria planteó al MOP una serie de ajustes en la operación del aeropuerto, con la intención de rebajar los costos de explotación, en atención a que gran parte de la infraestructura no estaba siendo utilizada. Indica el demandado que, mediante una actitud colaborativa ajustada a la buena fe, el Inspector Fiscal del contrato accedió a diversas peticiones de la Concesionaria en orden a reducir los costos de explotación del Aeropuerto con motivo de la pandemia; en efecto, como relató la Concesionaria en la Discrepancia rol D05-2021-16, en conjunto con el MOP se permitió el cierre de una serie de infraestructuras para evitar que la Concesionaria asumiera costos operacionales innecesarios, permitiendo reducir sus costos operacionales totales en torno al 12%.

35. Por último, respecto a los efectos económicos del Covid-19 para las partes del contrato, el MOP destaca que por aplicación de las reglas establecidas en el contrato el Fisco ha sufrido un impacto más severo; afirma que dada la oferta que la Concesionaria presentó en la licitación, el Fisco resentirá dichas pérdidas no en un 22,44% como ocurre con la Concesionaria, sino que en un 77,56% de los ingresos totales de la concesión.

36. En la sección V del escrito de contestación, el MOP desarrolla la improcedencia de la demanda conforme a la Ley de Concesiones, las normas de derecho común y la regulación sectorial aplicable al Contrato de Concesión, el Contrato de Concesión en sí, sus cláusulas específicas y el principio de buena fe, los que fueron esgrimidos por la Concesionaria para fundar las pretensiones de su demanda.

37. En primer lugar, el MOP analiza la Ley de Concesiones, arguyendo que el "hecho del príncipe" regulado en el artículo 19 inc. 1° no se verifica en este caso. Indica que la única posibilidad que tiene la Concesionaria para satisfacer su pretensión sería fundarse en dicho artículo, sin embargo, los requisitos para que dicha indemnización proceda no se verifican en la disputa de autos.

38. Reitera el demandado que la distribución de riesgos establecida en el contrato sólo se podría ver alterada en aquellos casos en que el mismo contrato o la Ley han establecido expresamente un derecho de la Concesionaria a ser indemnizada por el Fisco. Como el contrato no contempla una garantía de ingresos mínimos, las únicas hipótesis en que podría tener lugar una indemnización corresponden a casos de disminución de ingresos causados por actos de autoridad pública sobrevinientes, que reúnan los requisitos del inciso primero del art. 19 de la Ley de Concesiones, y en la medida que dichos actos se hayan dictado en el marco del ejercicio de la facultad del Estado de modificar las características de las obras y servicios del contrato, según el tenor literal de la norma. Subraya que la modificación al art. 19 de la Ley de Concesiones acotó el supuesto de hecho que permite al concesionario reclamar una indemnización; la distribución de riesgos debe establecerse claramente en el contrato y en el marco jurídico. Por tanto, sería contrario a la historia de la Ley 20.410 afirmar que, a falta de estipulación expresa sobre un riesgo específico, el MOP entendiera que debía ser asumido por el Estado.

39. Asimismo, subraya que la Ley 20.410 excluyó la teoría de la imprevisión del sistema de concesiones, mediante la derogación del art. 19 inciso 3º y el rechazo unánime de una indicación que pretendía establecerla expresamente. Esto lleva a la conclusión de que la Concesionaria carece de un derecho para obtener una compensación o la revisión del contrato aun ante riesgos imprevisibles, los que en consecuencia son asumidos por ésta como parte del riesgo residual del proyecto.

40. Revisando el inciso primero del artículo 19, que regula el derecho a compensación de la Concesionaria, el MOP sostiene que no se cumplen los requisitos establecidos por la ley para que proceda su aplicación; estos requisitos son:

a. Se debe producir un acto de autoridad con posterioridad a la adjudicación de la licitación de la concesión.
b. No pudo ser previsto al tiempo de la adjudicación.
c. No constituya una norma legal o administrativa dictada con efectos generales, que exceda el ámbito de la industria de la concesión de que se trate.
d. Cause una alteración significativa del régimen económico del contrato; explica el MOP que, respecto a este requisito, la Concesionaria no tiene derecho a que se le indemnicen todos los daños que sufra sin importar la causa, sino que exclusivamente aquellos causados de forma directa por el acto sobreviniente de autoridad con efectos específicos.

41. El MOP afirma que la pretensión de la Concesionaria no tiene asidero en la actual regulación, enfocándose en dos requisitos que no se cumplirían en el caso de autos: primero, las medidas de la autoridad dictadas en el contexto de pandemia son de carácter general y exceden el ámbito de la industria de la concesión; segundo, estos actos no causaron la alteración del régimen económico, pues aún sin estas

medidas el tráfico de pasajeros de igual forma habría disminuido como consecuencia del temor a los contagios, la crisis económica y las restricciones de países extranjeros.

42. Analizando, en segundo lugar, las normas de derecho común y la regulación sectorial aplicable al Contrato de Concesión, el MOP afirma que las teorías presentadas por la Concesionaria son una reclamación encubierta de la teoría de la imprevisión, que no es aplicable a las concesiones.

43. La parte demandada define la teoría de la imprevisión como aquella conforme a la cual los contratos deben revisarse cuando durante su ejecución se verifican circunstancias imprevisibles a la época de la contratación, que hacen particularmente más difícil el cumplimiento de las obligaciones o disminuyen notablemente el beneficio obtenido de la contraparte. Esto requiere: (i) Obligaciones de tracto sucesivo o de ejecución diferida; (ii) que las prestaciones estipuladas sufran una alteración sustancial haciéndose más gravosas, como consecuencia de hechos imprevistos e irresistibles, verificados después de celebrado el contrato y pendiente su cumplimiento; (iii) que el hecho imprevisto, irresistible y sobreviniente sea ajeno a las partes; (iv) que la obligación se pueda cumplir, pero con un sacrificio mayor que no se pudo prever al contratar; y, (v) que de haberse tenido el hecho en consideración, las partes no se habrían obligado o lo hubiesen hecho en otros términos

44. Citando diversos párrafos de la demanda, el MOP arguye que la alegación sobre la pérdida de conmutatividad del contrato esgrimida por la Concesionaria es en realidad una reclamación de un caso de teoría de la imprevisión. Hace presente además que la conmutatividad es una característica de un negocio que atiende al momento de la celebración del contrato y no a su ejecución.

45. Adicionalmente, sostiene el MOP que la alegación del demandante de un supuesto riesgo no distribuido en el contrato, desarrollado en el capítulo IV de la demanda, es en realidad una reclamación encubierta de teoría de la imprevisión. Reitera que en un contrato no existen riesgos no distribuidos, pues el contrato es por definición un mecanismo de distribución de riesgos. Además, de acuerdo al art. 1.7.7.2. de las BALI, la Concesionaria es siempre responsable del cumplimiento cabal, íntegro y oportuno del contrato de concesión. De esta manera, cualquier riesgo aparentemente "no distribuido" por las partes, recae siempre de manera residual en la Concesionaria.

46. Asimismo, afirma el demandado que la reclamación de la Concesionaria relativa a la buena fe es también una reclamación encubierta de la teoría de la imprevisión. Recalca que la buena fe no permite reescribir el contrato ni adecuar las obligaciones principales de las partes; la buena fe en su función integradora, cuando mucho, permite la creación de deberes secundarios, pero en ningún caso puede servir como fundamento para modificar las prestaciones principales libremente acordadas entre dos partes.

47. Revisando la demanda, el MOP arguye que lo realmente solicitado por la Concesionaria es que la H. Comisión Arbitral aplique la teoría de la imprevisión. En efecto, la Concesionaria habría desarrollado cada uno de sus requisitos en su libelo: (i) la Concesionaria sostiene que su prestación principal ha sufrido una alteración, siendo más gravoso el cumplimiento de la obligación como consecuencia de un hecho imprevisto e irresistible (p. 27, 48, 50 y 58); (ii) el Covid-19 sería un hecho imprevisto, irresistible y ajeno a las partes (p. 58, 83 y 85); (iii) la Concesionaria sostiene que habría cumplido con su obligación, pero con un sacrificio desproporcionado (p. 49, 50 y 83); (iv) la Concesionaria sostiene que de haber previsto el hecho sobreviniente se habría obligado de una manera diferente (p. 58).

48. No obstante, destaca la parte demandada que la teoría de la imprevisión es improcedente en el derecho chileno y en la regulación sectorial de las concesiones de obra pública.

49. En efecto, cita el artículo 1545 del Código Civil que, por medio de la consagración del principio *pacta sunt servanda* y de intangibilidad o inmutabilidad del contrato, rechaza en general la teoría de la imprevisión. El mencionado artículo busca entregar certeza jurídica y predictibilidad, de modo que un un hecho ajeno, imprevisto e irresistible que transforma la prestación en excesivamente onerosa, no es ni puede ser una causal de modificación del contrato. En línea con esta postura, la doctrina nacional ha sostenido que el artículo 1545 impide la aplicación de doctrinas modificatorias del contrato, como lo es la teoría de la imprevisión, ya que al no encontrarse estas consagradas en el ordenamiento jurídico nacional, no pueden ser consideradas causas legales al tenor del artículo tantas veces citado.

50. A mayor abundamiento, indica el MOP que en virtud del artículo 1545 los jueces y árbitros que fallan conforme a derecho no pueden modificar el contrato; respecto a la buena fe, que es el fundamento de la teoría de la imprevisión, si bien el artículo 1546 permite la creación de ciertos deberes secundarios que emanan de la naturaleza de la obligación, en ningún caso permite al juez modificar las obligaciones principales de un acuerdo válidamente celebrado.

51. En el mismo sentido, la jurisprudencia nacional también ha rechazado en general la aplicación de la teoría de la imprevisión. Sin perjuicio de esto, el MOP hace referencia a una sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 20 de marzo de 2020 (Rol N°28122-2018), en que el máximo tribunal reconoce la existencia a nivel doctrinal de la teoría de la imprevisión, pero rechaza su aplicación en el caso concreto, estableciendo un requisito adicional para su aplicación: que quien la alega

no haya conocido ni asumido los riesgos que luego reclama. En el caso de autos, el MOP hace presente que el riesgo en el cual la demandante funda todo su caso –el Covid-19– sí se encuentra distribuido, como fue previamente explicado en la contestación.

52. Reitera además, que la Ley 20.410, que modificó la Ley de Concesiones, excluyó la teoría de la imprevisión de dicha norma. El demandado destaca dos modificaciones relevantes para los efectos de la presente disputa: (i) la Ley N°20.410 zanjó de manera definitiva la eventual procedencia de la teoría de la imprevisión en la Ley de Concesiones; y (ii) se modificó la naturaleza jurídica del arbitraje, desde un arbitraje de equidad a un arbitraje mixto

53. Revisando la historia de la Ley 20.410, sostiene el MOP que en la discusión relativa a la derogación del art. 19 inciso tercero de la Ley de Concesiones, y la inclusión del actual art. 19 inciso primero se dejó particularmente clara la intención del legislador de eliminar la interpretación por parte de algunos concesionarios de que la ley consagraba la teoría de la imprevisión. Citando la exposición del entonces Ministro de Obras Pública, destacan que según este el propósito de la modificación legal *"es generar un esquema muy claro, no ambiguo, transparente y preciso sobre qué riesgos va a asumir el Estado y cuáles los particulares."* Además, recalcan que las indicaciones de un Senador para incluir la teoría de la imprevisión fueron rechazadas por unanimidad tanto en la Comisión de Obras Públicas como en la Comisión de Hacienda. Ante la claridad que entrega la historia de la Ley N°20.410, afirma la demandada, la argumentación de la Concesionaria, correspondiente a una teoría de la imprevisión disfrazada de la teoría económica de los "contratos incompletos", resulta del todo impertinente

54. La segunda modificación relevante, a criterio del demandado, modificó las facultades de la H. Comisión Arbitral de resolver las controversias de acuerdo a las reglas establecidas para los árbitros arbitradores a resolver de acuerdo a las facultades de los árbitros mixtos, debiendo resolver la controversia de acuerdo a la ley, lo que contribuye a la certeza jurídica. Afirma, revisando la historia de la ley, que la Ley N°20.410 buscó incorporar certidumbre, evitando los incentivos perversos de las concesionarias a litigar con la finalidad de modificar los contratos por la flexibilidad que la equidad le otorgaba al antiguo mecanismo de solución de controversias.

55. Sintetizando su análisis sobre las normas de derecho común, el MOP afirma que la Concesionaria ha presentado un abanico de teorías que, de acuerdo a la realidad de las cosas, no es sino la teoría de la imprevisión encubierta; alega que por un hecho sobreviniente, la prestación de la concesionaria se habría vuelto excesivamente onerosa, más no imposible. Sin embargo, el artículo 1545 del Código Civil no permite que la teoría sea recepcionada, y Ley N°20.410 eliminó la posible aplicación de esta teoría en los contratos de concesión.

56. En tercer lugar, el MOP analiza en Contrato de Concesión, alegando la inexistencia de un deber de restablecer la conmutatividad contractual o el equilibrio económico en este contrato.

57. Indica el demandado que según la Concesionaria, la necesidad de instaurar y mantener su equilibrio económico sería consustancial a todo contrato de concesión; dicho equilibrio estaría dado por la conmutatividad contractual, en virtud de la cual las prestaciones del MOP y la Concesionaria se miren como equivalentes durante toda la ejecución del contrato. Así, el contrato de concesión le habría asegurado la conmutatividad contractual durante 20 años y a todo evento a través del

establecimiento de cierta distribución equitativa de derechos, obligaciones y riesgos entre las partes; sin embargo, con ocasión del Covid-19, el MOP habría impuesto a la Concesionaria la asunción de un riesgo imprevisto, cuestión que habría afectado irremediablemente la conmutatividad del contrato de concesión. A juicio del MOP, esto no sería correcto, y no existe ningún deber del MOP de restablecer el equilibrio económico.

58. Como cuestión preliminar, el MOP destaca que la conmutatividad del contrato solo atiende al momento de su celebración; este es el momento en el cual se establece cuál es la distribución de riesgos, derechos y obligaciones bajo la cual éstas deciden comprometerse libremente, y en que las prestaciones de las partes pueden o no mirarse como "equivalentes." Así, se trata de un pronóstico apriorístico, cuestión que diferencia a los contratos conmutativos de los contratos aleatorios.

59. Contrario a lo alegado por la parte demandante, el MOP sostiene que un contrato conmutativo no degenera en un contrato aleatorio ni se puede desnaturalizar; el hecho que existan riesgos e incertidumbres inherentes asociados a un contrato y que éstos puedan o no materializarse durante su ejecución o a la extinción del íter contractual, no altera la naturaleza conmutativa de un acuerdo, ni lo convierte en un contrato aleatorio. Afirma que la conmutatividad contractual no es una cualidad dinámica de un acuerdo, sino que de una caracterización que, conforme al art. 1441 del Código Civil, sólo debe existir a la época de celebración del contrato y no durante toda su vigencia. De lo contrario, se produciría el absurdo de que cada vez que un contrato resulte no ser tan conveniente como esperaba el deudor, éste siempre podría negarse a cumplirlo alegando su supuesta desnaturalización sobreviniente.

60. En el caso de autos, aduce el MOP, la conmutatividad del contrato de concesión estuvo determinada por la posibilidad efectiva que tuvieron ambas partes –la Concesionaria y el Fisco– de hacer un pronóstico ex ante de los resultados y beneficios que esperaban obtener de la concesión de la obra, por un lado, y de la construcción y explotación del aeropuerto, por el otro. Según el demandado, si dichas proyecciones se cumplieron o no ex post, se trata de una cuestión de hecho que escapa a la naturaleza conmutativa del acuerdo y que no resulta relevante en la presente discusión. El contrato de concesión no consagró en favor de la demandante ni del Fisco una garantía de ingreso mínimo ni tampoco un derecho que le asegurase obtener los ingresos proyectados durante el período de licitación. Por lo tanto, el eventual no cumplimiento de las proyecciones de ingresos por concepto de la explotación del aeropuerto, en ningún caso puede suponer un quiebre en el equilibrio contractual o en la conmutatividad del acuerdo. Ni el Covid-19, ni ningún otro hecho sobreviniente, pudieron haber afectado la conmutatividad del contrato de concesión, más aún cuando el Covid-19 se trató de un riesgo que, conforme a la distribución de riesgos, derechos y obligaciones previstos en el Contrato, recayó en la Concesionaria.

61. Sin perjuicio de esto, indica el MOP que, incluso si se aceptara en los hechos la existencia de un desequilibrio económico sobreviniente, no existe ninguna norma constitucional, legal, reglamentaria o contractual que obligue o faculte al MOP a renegociar el Contrato de Concesión, garantizándole a la Concesionaria el cumplimiento de las estimaciones de ingreso proyectadas al momento en que ofertó.

62. Indica el demandado, además, que los ingresos cuya disminución reprocha la Concesionaria se deben bajo condición; la contraprestación a la que la Concesionaria tiene derecho en virtud del contrato, en aquella parte que tiene su origen en los pasajeros embarcados (que es la más importante), se debe sujetar al hecho futuro e

incierto de que los pasajeros efectivamente se embarquen, es decir, se debe bajo condición. El riesgo de aumento o disminución del valor de la cosa debida bajo condición es del acreedor.

63. Sobre el deber de revisión del contrato por un desequilibrio económico sobreviniente, el MOP insiste en que la Ley N°20.410 excluyó cualquier deber de revisar el contrato, fuera de lo dispuesto en el inciso primero del art. 19 de la Ley de Concesiones, para dar certeza y establecer claramente los riesgos que asumía el Fisco. La nueva Ley N°20.410 recogió la postura mayoritaria formada en el Congreso a propósito de las posibilidades de indemnización para las concesionarias, disponiendo en definitiva que la única hipótesis de revisión del contrato se contemplará, como regla general, a propósito del art. 19 de dicha Ley, y siempre y cuando se verifiquen sus requisitos de manera copulativa.

64. Asimismo, argumenta el demandado que tampoco se puede sostener un deber de revisión del contrato por un desequilibrio económico sobreviniente basado en el artículo 71 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

65. Previo a referirse a este punto, el MOP aclara que las BALI fueron aprobadas el 17 de febrero de 2014; la oferta de la Concesionaria fue formulada el 30 de diciembre de 2014, y el decreto de adjudicación del contrato a la demandante fue publicado el 21 de abril de 2015. Por tanto, el Contrato de Concesión se celebró con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley N°20.410. Además, destaca el principio de irretroactividad de la ley, como regla general del derecho nacional, y la institución de la derogación regulada en los artículos 52 y 53 del Código Civil.

66. Sobre la aplicación temporal de la Ley N°20.410, menciona el MOP que el artículo primero transitorio de la Ley estableció un criterio general de aplicabilidad temporal para los contratos de concesión resultantes de procesos de licitación,

conforme al cual la ley aplicable es la ley vigente al momento de la presentación de la oferta. La Ley N°20.410 no estableció reglas especiales para la entrada en vigencia de sus disposiciones. Con todo, dado que en varias de sus normas ella se remitió a la regulación complementaria por el Reglamento, la dictación del respectivo Reglamento representó una condición práctica de operatividad del cambio legal; ello tuvo lugar con el Decreto Supremo N°215 de 2010, del Ministerio de Obras Públicas, que introdujo modificaciones al Decreto Supremo N°956 de 1997. El Decreto Supremo N°215 de 2010 no sustituyó el reglamento preexistente por un nuevo reglamento, si no que se limitó, primero, a introducir un nuevo capítulo, regulando las materias respecto de las cuales la Ley N°20.410 se remitía a su complemento reglamentario (arts. 100-110). La aplicabilidad temporal de los arts. 100 a 110 depende de la aplicabilidad temporal de los artículos de la Ley de Concesiones N°20.410 que complementan, lo que a su vez depende del derecho transitorio establecido por el artículo primero transitorio de dicha Ley; el artículo 4 transitorio del DS N°215 de 2010 indica que los contratos de concesión resultantes de procesos de licitación cuyas ofertas se hayan presentado con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley N° 20.410, se regirán por las normas contenidas en los Títulos I al XV del Reglamento, en cuanto no fueren contrarias a dicha ley ni al Título XVI del Reglamento.

67. La Concesionaria hace referencia al Reglamento de la Ley de Concesiones para sostener que el art. 19 de la Ley de Concesiones no es la única norma que autoriza a las concesionarias a solicitar que se modifique el contenido del contrato de concesión frente a la ocurrencia de actos o hechos sobrevinientes. En efecto, la demanda invoca el art. 71 del Reglamento de la Ley Concesiones, anterior a la Ley N°20.410, que se refiere a la revisión del sistema tarifario.

68. Esto sería, a juicio del demandado, un error, ya que el artículo 71 del Reglamento se encuentra actualmente vigente sólo para los contratos de concesión celebrados antes de la dictación de la Ley N°20.410. Prueba de esto sería que la redacción de dicho artículo hace referencia al artículo 36 de la Ley de Concesiones, que fue modificado por la Ley 20.410, que reemplazó las Comisiones Conciliadoras por el Panel Técnico. El antiguo art. 36 de la Ley de Concesiones establecía una regla amplia de competencia por razón de materia de la Comisión Conciliadora, mientras que el actual artículo regula la competencia por razón de materia del Panel Técnico mediante una enumeración taxativa de materias, entre las que no está comprendida la solicitud de revisión del sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, por causas sobrevinientes que así lo justifiquen.

69. Antes de la entrada en vigor de la Ley N°20.410, el art. 71 del Reglamento reproducía a nivel reglamentario las disposiciones contempladas a nivel legal en los incisos 3° y 4° del antiguo art. 19 de la Ley de Concesiones. Luego, la Ley 20.410 sustituyó el artículo 19, y el texto vigente hoy no contempla una disposición semejante al antiguo inciso tercero.

70. Recalca el MOP que lo sostenido por la Concesionaria en cuanto a la aplicación del art. 71 del Reglamento va en contra de todo nuestro derecho vigente, al menos, por las siguientes consideraciones:

- El art. 71 del Reglamento no forma parte integrante del contrato
- El art. 19 inciso tercero del Decreto Supremo N°900 de 1996 no autoriza una integración del contrato mediante la recepción de la teoría de la imprevisión;
- La derogación del inciso tercero del art. 19 del Decreto Supremo N°900 de 1996 posee un sentido sistemático profundo: basándose en antecedentes de la historia fidedigna de la Ley N°20.410, existe un rechazo expreso a la teoría de

la imprevisión, lo cual constituye el trasfondo del sentido de la sustitución del art. 19 del Decreto Supremo N°900 de 1996 por el actual art. 19 de la Ley N°20.410.

- En este orden de ideas, el art. 71 del Reglamento no es aplicable a los contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20.410; ello, porque dada su incompatibilidad con la derogación efectuada mediante la Ley N°20.410 del inciso tercero del art. 19 del Decreto Supremo N°900 de 1996, debe entenderse que esa norma es inaplicable conforme a lo dispuesto por el art. 4° transitorio del Reglamento.

71. La parte demandada se refiere además a la expresión "causas sobrevinientes que así lo justifiquen" mencionada en la demanda. Según explica, en el contexto dado por el inciso tercero del antiguo art. 19 de la Ley de Concesiones, la expresión tenía el sentido de un supuesto de hecho genérico, que alude a una clase o categoría general de situaciones posibles, sin identificar sub-clases o sub-categorías específicas. Por el contrario, en el contexto establecido por la Ley N°20.410 del año 2010, el uso de la expresión –que es ajena al texto legal– sólo puede tener el sentido de una denominación genérica de un conjunto taxativo de clases específicas de situaciones que hacen posible solicitar una compensación. Esas situaciones son: (i) la prevista en el inciso primero del art. 19 vigente: un acto sobreviniente de autoridad con potestad pública que así lo justifique, sólo cuando, copulativamente, cumpla los requisitos establecidos en la ley; (ii) las previstas para casos excepcionales en cláusulas de las bases de licitación respectivas; y finalmente, (iii) las previstas por otras normas de la Ley, como lo es la señalada en el inciso tercero del art. 19 vigente: la modificación por el MOP de las características de las obras y servicios contratados a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, o por otras razones de interés público

debidamente fundadas. Todas estas categorías específicas son categorías nominativas, es decir, necesariamente vinculadas a supuestos de hecho de normas legales o contractuales individualizables.

72. El MOP distingue tres situaciones, conforme al artículo 1° transitorio de la Ley N°20.410 y el artículo 4° transitorio del Reglamento:

a. Los contratos de concesión de obras públicas celebrados con anterioridad al 20 de enero de 2010: estos contratos se sujetan a las normas del Decreto Supremo N°900 de 1996 y el Decreto Supremo N°956 de 1997;
b. Los contratos de concesión de obras públicas celebrados con anterioridad al 20 de enero de 2010, en los que las partes concesionarias hayan ejercido la opción de hacer aplicables con efecto retroactivo los arts. 36 y 36 bis actualmente vigentes: en estos contratos la referencia al art. 36 que efectúan el art. 19 del Decreto Supremo N°900 de 1996 y el art. 71 del Decreto Supremo N°956 de 1997, debe entenderse efectuada al art. 36 actualmente vigente;
c. Los contratos de concesión de obras públicas celebrados con posterioridad al 20 de enero de 2010: estos contratos se sujetan a las normas de la Ley y Reglamento vigentes, en la medida en que las normas reglamentarias de este último, relativas a los títulos I a XV, no sean contrarias a la Ley ni al Título XVI del Reglamento

73. La tercera situación, en concepto del MOP, plantea la cuestión de si el artículo 71 del Reglamento, invocado por el demandante, es o no contrario a la Ley de Concesiones, específicamente al texto actual del artículo 19. Según el demandado, en el nivel de referencia dado por el art. 19 actual y vigente, la contrariedad supone considerar a ese precepto como un conjunto de disposiciones que establecen

implícitamente que la concesionaria no podrá solicitar compensación por una causa sobreviniente durante la explotación de la concesión distinta de las señaladas en dicho artículo. Esa suposición se basa en dos clases de consideraciones: una sistemática y otra teleológica. Sobre el análisis sistemático, señala que la regla general establecida en el artículo 11 de la Ley de concesiones restringe las compensaciones debidas a las concesionarias "–única compensación"– por los servicios prestados al precio, tarifa o subsidio convenidos y los otros beneficios adicionales expresamente estipulados; el artículo 19 concede una excepción a la regla general, que no contempla una condición abierta o indeterminada como una "causa sobreviniente que así lo justifique." Respecto a la consideración teleológica, el fundamento de la supresión de la posibilidad de revisión por "causas sobrevinientes que así lo justifiquen" tenía por función clarificar que la legislación de concesiones de obras públicas no admitía la integración del contrato mediante la teoría de la imprevisión

74. Así, para evitar la contrariedad entre el art. 71 del Reglamento y el art. 19 de la actual Ley de Concesiones, el MOP indica que existen dos soluciones: 1) Seguir la regla de inaplicabilidad establecida en el art. 4° transitorio del Reglamento y considerar que su art. 71 no es aplicable a los contratos celebrados con posterioridad al día 20 de enero de 2010, ni a los contratos celebrados con anterioridad en que las concesionarias hayan ejercido la opción de sujetarse al cambio legal introducido por la Ley N°20.410; 2) Interpretar la expresión "causas sobrevinientes que así lo justifiquen" como una referencia a alguna de las tres categorías específicas y nominativas señaladas por la Ley de Concesiones N°20.410.

75. Afirma el demandado que, en sus efectos prácticos, las dos soluciones son equivalentes, pues la segunda hace redundante al art. 71: la Concesionaria tiene el derecho a solicitar la revisión allí señalada cuando tiene ese derecho conforme a la

ley. Por esa razón, sostiene el MOP, la solución metodológicamente correcta es la primera: de no ser redundante, el art. 71 interpretado como autorización de la integración del contrato conforme a la teoría de la imprevisión contraría lo dispuesto por el art. 19 actualmente vigente. En consecuencia, si se asigna a la expresión "causas sobrevinientes que así lo justifiquen" el sentido que ella tenía bajo la vigencia del art. 19 del Decreto Supremo N°900 de 1996, el art. 71 es contrario al art. 19 actualmente vigente y por lo tanto no resulta aplicable a contratos celebrados con posterioridad al 20 de enero de 2010, conforme al art. 4° transitorio del Reglamento, y si se le asigna el sentido que corresponde bajo la actual Ley de Concesiones, entonces la regla es redundante y carece de efecto práctico

76. Continua indicando que la suposición de que la expresión "causas sobrevinientes que así lo justifiquen" mantiene el sentido que ella tenía bajo la vigencia del art. 19 del Decreto Supremo N°900 de 1996 y que al mismo tiempo es aplicable a los contratos celebrados con posterioridad al 20 de enero de 2010 implicaría atribuir al art. 4° transitorio del Reglamento un efecto sistemático consistente en mantener en el nivel reglamentario la vigencia de la norma establecida por el inciso tercero del art. 19 del Decreto Supremo N°900 de 1996 respecto de esos contratos, pese a su derogación en el nivel legal. Así, el art. 4° transitorio sería ilegal como regla de incorporación de la norma legalmente derogada en el nivel reglamentario: la ley 20.410 no efectuó una delegación a la potestad reglamentaria para introducir en el nivel reglamentario una norma equivalente al inciso tercero del art. 19 del Decreto Supremo N°900 de 1996 y la potestad reglamentaria de ejecución conferida al Presidente de la República por el art. 32 N°6 de la Constitución Política de la República no lo faculta sino para dictar normas que crea convenientes para la ejecución de las leyes.

77. Destaca que el artículo 1.2.1 del contrato, a propósito de la legislación aplicable establece que *"En todo caso, ante cualquier discrepancia en la interpretación de los documentos que conforman las Bases de Licitación y la normativa vigente que sea aplicable al Contrato de Concesión, primará lo dispuesto en dicha normativa"*. Así, la conclusión es la misma, respecto al contrato, el art. 71 del Reglamento no es aplicable para acoger las pretensiones solicitadas por la demandante.

78. El MOP sigue su defensa declarando que tampoco se puede sostener un deber de revisión del contrato por un desequilibrio económico sobreviniente conforme a las Bases de Licitación, como ha pretendido la Concesionaria.

79. Indica el demandado que el argumento de la Concesionaria se basa en dos artículos de las BALI: (i) el artículo 1.8.16 que otorga al Director General de Obras Públicas la facultad de "*proponer al Ministro de Obras Públicas la aceptación o rechazo de la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de ajuste o del plazo de concesión por causas que así lo justifiquen"*, lo que sería una obligación al constituir un poder-deber; (ii) el artículo 1.10.10 que permite a la Concesionaria *"solicitar al Inspector Fiscal, por causas sobrevinientes que así lo justifiquen, la revisión de las tarifas tanto de los Servicios Aeronáuticos como de los No Aeronáuticos fijadas en las presentes Bases de Licitación, o cualquiera de sus condiciones, regulaciones o modalidades de explotación"*, que equivaldría a un derecho de la Concesionaria a ser indemnizada por los perjuicios sufridos en caso de ocurrencia de hechos sobrevinientes.

80. Revisando ambos artículos, el MOP sostiene que el argumento de la Concesionaria es falaz e incorrecto a la luz de la normativa vigente y del texto del Contrato de Concesión.

81. En primer lugar, analizando el artículo 1.8.16 letra d) de las BALI, alega el MOP que del otorgamiento de una facultad al Director General de Concesiones de

Obras Públicas no se sigue un derecho correlativo de la Concesionaria para forzar el ejercicio de esa facultad en contra de la voluntad de ese Director. Este argumento, además, choca con otra de las facultades del Director prevista en la letra c) del mismo artículo, que lo faculta a proponer al Ministro de Obras Públicas "las modificaciones al contrato que sean necesarias por razones de interés público, conforme al artículo 19º de la Ley de Concesiones, así como las indemnizaciones o compensaciones que procedan en caso de perjuicio"; afirma el MOP que, de seguirse la interpretación de la Concesionaria, esta facultad le impondría al Director la obligación de proponer tales modificaciones al Ministro de Obras Públicas cuando alguien estime que así lo exige el interés público.

82. El demandado sostiene que las disposiciones de las letras c) y d) otorgan un ámbito de discrecionalidad al Director General de Concesiones de Obras Públicas, que ha de apreciar si a su juicio existe interés público en una modificación del contrato o se encuentra justificada una revisión del sistema tarifario, su fórmula de reajuste o el plazo de la concesión. Éstas atribuciones estarían establecidas en pos del interés público, no en beneficio de la Concesionaria. Además, el Director solo puede ejercer estas atribuciones en concordancia con la Ley de Concesiones y la distribución de riesgos del contrato, que atribuyen los riesgos residuales del proyecto a la Concesionaria. A mayor abundamiento, afirma el MOP que la redacción de la sección 1.8.16-d) es un remanente de formulaciones contractuales surgidas bajo el imperio de la redacción original de la Ley de Concesiones. El sentido y alcance de esa cláusula, bajo la actual Ley de Concesiones exige correlacionarla con alguna de las tres categorías específicas y nominativas señaladas a propósito del art. 19 actualmente vigente.

83. Revisando el artículo 1.10.10.C.11 de las BALI, afirma el MOP que es aplicable todo lo señalado respecto al artículo 1.8.16, y que no es efectivo que la Ley de

Concesiones haya mantenido abierta la posibilidad de revisar el contrato ante la ocurrencia de hechos sobrevinientes distintos de los contemplados actualmente en el art. 19 inc. 1° de la Ley de Concesiones.

84. Reitera el MOP que las facultades que otorgan al Director General de Concesiones de Obras Públicas y al Inspector Fiscal los arts. 1.8.16 y 1.10.10 C.11 de las BALI son atribuciones y no obligaciones, que deben ser ejercidas en beneficio del interés público y no como una forma de renegociar el contrato para eximir a la Concesionaria de cumplir lo acordado a costa del Fisco.

85. Por último, el MOP sostiene que no se puede sostener un deber de revisión del contrato por un desequilibrio económico sobreviniente conforme a las normas generales aplicables a la administración del Estado. Afirma que la administración no tiene un deber general de restablecer el equilibrio económico de un contrato administrativo. Así fue resuelto expresamente en una sentencia internacional dictada con fecha 11 de enero de 2021 en el marco de un juicio en que el Estado de Chile fue demandado por un inversionista extranjero ante el CIADI, fallo que reconoce que además de las hipótesis contempladas en los art. 19 y 20 de la Ley de Concesiones no existe en el ordenamiento jurídico nacional una norma de alcance general que imponga a la administración del Estado un deber de restablecer el equilibrio económico de un acuerdo de concesión o de cualquier contrato administrativo.

86. Como cuarto elemento, el MOP se refiere al principio de buena fe invocado por la demanda para sostener sus pretensiones. Afirma el demandado que es improcedente fundar un deber de modificar el contrato o indemnizar al concesionario en el principio de la buena fe.

87. Refiere el demandado que la Concesionaria sostiene en su demanda que, en su rol integrador, la buena fe impondría al MOP el deber de "cooperar" con ella para satisfacer sus fines contractuales, lo que se traduciría en la obligación de modificar el Contrato de Concesión a fin de restablecer la conmutatividad contractual perdida por efecto de la pandemia. Según el demandado, por medio de este argumento la Concesionaria pretende indebidamente extender el alcance y los efectos del principio de buena fe contractual.

88. Como cuestión preliminar, el MOP se refiere al alcance de la buena fe contractual. Indica que buena fe constituye un principio general del derecho privado, que adopta su forma jurídica en una cláusula general de naturaleza indeterminada (art. 1546 Código Civil), la que solo impone el deber genérico de comportarse de manera leal y honesta durante el desarrollo de la relación contractual, pero sin determinar su contenido específico. La tradición legal nacional distingue diferentes funciones de la buena fe contractual, entre las que se incluye una función de interpretación, una función de integración, una función de limitación y una función de corrección o modificación de contenido del contrato; el MOP se enfoca en las primeras dos.

89. Citando el artículo 1546, recalca el demandado que la aplicación de la buena fe está circunscrita siempre a la naturaleza de la obligación y la ley. Por tanto, para aplicar la buena fe objetiva el intérprete debe comenzar estableciendo el contenido del acuerdo, la naturaleza de las obligaciones asumidas por las partes y su regulación legal. Sin embargo, la Concesionaria buscaría darle un campo de acción al principio de buena fe sin considerar estos elementos. Recalca que el Contrato de Concesión y la ley disponen que el concesionario percibirá como única compensación los beneficios expresamente estipulados, refiriéndose de forma expresa a la contraprestación que el concesionario tiene derecho a recibir. Por tanto,

la interpretación del contrato según la buena fe necesariamente lleva a concluir que la contraprestación económica siempre debe estar expresamente estipulada, siendo esta la única compensación a la cual tiene derecho el concesionario.

90. En síntesis, indica, lo que argumenta la demandante es que debido a la pandemia no podrá obtener los ingresos que esperaba, y como su mera expectativa se vería frustrada, invoca la buena fe como una excusa para intentar que el Estado de Chile satisfaga esas meras expectativas o bien le garantice un ingreso mínimo, lo que no forma parte del contrato de concesión. Esto no tendría cabida en nuestro ordenamiento jurídico pues estas disputas deben ser resueltas conforme a derecho por la H. Comisión Arbitral y acoger la pretensión de la Concesionaria significaría permitir la vulgarización del derecho, esto es, el abandono de las reglas acordadas para reemplazarlas por la subjetividad y el entusiasmo de quien alega interpretarlas.

91. Continúa su análisis afirmando que la buena fe no puede fundar un deber jurídico de cooperación como el pretendido por la Concesionaria. Señala que una correcta comprensión del alcance de la función integradora de la buena fe requiere, en primer lugar, considerar la distinción entre obligaciones principales y accesorias que nacen de un contrato; estas últimas se distinguen entre aquellas de finalidad aseguradora (ej., cauciones) y las de finalidad complementaria (ej., deberes de conducta). Así las cosas, sostiene el demandado, la función integradora de la buena fe, cuando complementa el contrato con obligaciones que no fueron expresamente pactadas, sólo permite agregar al contrato obligaciones accesorias con la finalidad de complementar una obligación principal. Jamás permiten agregar nuevas obligaciones principales o modificar elementos esenciales del contrato. De lo contrario, se atentaría contra la naturaleza de la obligación y la ley. La función integradora de la buena fe nunca puede operar como una excusa para modificar, en

contra de la voluntad de una de las partes, elementos esenciales del contrato como son en este caso el precio y plazo.

92. Por tanto, arguye el MOP, la pretensión de la Concesionaria no es jurídicamente atendible y supone una comprensión errada de la función integradora de la buena fe en los contratos.

93. Según el MOP, la Concesionaria sostiene que el deber de cooperar no se trata simplemente de una prestación accidental o accesoria, basado en la noción de causa. Esto sería errado, pues se denomina deber de cooperación porque se discute son obligaciones o meros deberes de conducta incluidos dentro de una obligación, justamente porque son aspectos accesorios que complementan a otras obligaciones, que forman parte de la naturaleza de estas últimas, pero que jamás permiten modificar los elementos esenciales del contrato.

94. En adición a lo dicho, indica el demandado, la Concesionaria sostiene que el deber de cooperación obligaría al MOP a restablecer la conmutatividad contractual mediante la modificación de sus condiciones, para lo cual cobraría relevancia que el contrato de concesión es bilateral, oneroso y conmutativo. Reitera que del carácter "bilateral, oneroso y conmutativo" no se sigue ninguna consecuencia práctica para estos efectos, pues la conmutatividad se determina al momento de contratar, con todos los riesgos que las partes asumieron. La conmutatividad no supone que el contrato asegure una equivalencia material de las prestaciones, ni menos que garantice un mínimo de ingresos durante la ejecución del acuerdo.

95. En tercer lugar, el MOP se refiere a los pronunciamientos de la Contraloría citados por la Concesionaria en su demanda, según los cuales los Contratos de Concesión serían contratos incompletos y ante hechos no contemplados por las partes al momento de celebrarlo, y cuya verificación altera la estructura esencial del

contrato, es necesaria una adecuación de este. No obstante, recalca el MOP que el contrato de concesión de obra pública corresponde a un contrato administrativo y, como tal, su contenido sólo puede ser definido dentro de los límites establecidos por el legislador; en este contexto, el espacio para la integración por el principio de la buena fe queda reducido: primero, porque la consideración de elementos no contenidos expresamente en la ley o en el contrato que refiere el art. 1546 del Código Civil no puede constituir una fuente de obligaciones. Segundo, porque las obligaciones quedan especialmente vinculadas a la ley y la función que ésta les otorga, quedando con esto especificado aquello que constituye su naturaleza

96. Por lo demás, indica el demandado, el MOP forma parte del Fisco y en tal calidad, se financia conforme a la ley de presupuesto que se emite cada año, rigiéndose en lo relativo a sus finanzas por las reglas del régimen presupuestario del Estado. Esto significa que la interpretación o integración del contrato por medio de la buena fe, no puede usarse para generar desembolsos sobre la base de obligaciones que no están expresamente pactadas.

97. Afirma el MOP que la Concesionaria pretende utilizar la buena fe como elemento integrador, en circunstancias que la Ley de Concesiones regula expresamente el objeto de la controversia. Todo esto hace concluir necesariamente que el elemento integrador debe ceder frente al texto expreso de la ley vigente y aplicable al caso concreto

98. Finalmente, vuelve a indicar que la pretensión de la Concesionaria es una auténtica alegación de imprevisión, que intenta pasar como una alegación de buena fe. Así lo prueba su solicitud de modificar los términos del contrato, sumado a que la situación de hecho en que surge la discrepancia es un caso de onerosidad sobreviviente y que los principios alegados de buena fe y enriquecimiento sin causa

han sido sistemáticamente esgrimidos como fundamento de la imprevisión. Como desarrolló en su escrito, reitera el MOP que la teoría de la imprevisión no es aplicable al Contrato de Concesión que motiva estos autos.

99. Como quinto elemento, el MOP alega la improcedencia de fundar un deber de modificar el contrato o indemnizar al concesionario en las cláusulas del Contrato de Concesión. Indica el demandado que la Concesionaria, en un último intento por justificar su pretensión, funda su reclamo en un deber general de renegociación que estaría contenido en los artículos 1.11 y 1.12 de las BALI, que regulan los casos de la Suspensión de la Concesión y el Cese Temporal y Total de las Operaciones Aéreas Comerciales en el Aeropuerto por Requerimientos del Estado, respectivamente.

100. Respecto a la suspensión de la concesión del artículo 1.11, esta procede en los casos previstos en el art. 26 de la Ley de Concesiones (guerra, conmoción interior o fuerza mayor que impida la prestación del servicio; y destrucción de las obras que haga inviable su utilización por un periodo de tiempo). En estos casos, el contrato establece que se procederá a una evaluación de los daños y a una determinación de la forma "en que concurrirán las partes a subsanarlos", lo cual podría expresarse en un aumento del plazo de la concesión, aportes del Estado, incrementos tarifarios o la modificación de cualquier factor del régimen económico del contrato. Por su parte, el artículo 1.12 se refiere al caso en que el cese temporal y total de las operaciones aéreas comerciales es decretado por la autoridad, que da a la Concesionaria el derecho a que se le compense íntegramente la pérdida de ingresos sufrida.

101. Según el MOP, estas cláusulas sólo ratifican que se requiere una regla expresa –y aplicable para los casos específicos que contemplan– para modificar la distribución de riesgos resultante de las reglas de negocio del contrato.

102. Aun no existiendo la obligación de modificar el contrato, el MOP clarifica que la experiencia comparada citada por la Concesionaria en su demanda no es asimilable al caso chileno. La Concesionaria cita los casos de Colombia, Japón, México, España, Argentina, Bélgica y Alemania, en que los gobiernos o entidades estatales habrían acordado o adoptado ciertas "medidas colaborativas" con la industria o agentes aeroportuarios a propósito de la pandemia, para argumentar que la actitud del MOP se contracice con la experiencia mundial.

103. El demandado sostiene que esta alegación debe ser rechazada, pues el MOP si ha tenido una actitud de colaboración con la Concesionaria, y ha actuado de buena fe, pero siempre ajustado al contrato y la ley; y una revisión de cada uno de los países da cuenta que su situación no es asimilable al caso chileno. Señala que en la mayoría de los casos mencionados por la Concesionaria (Colombia, México, Argentina, España y Alemania) su legislación difiere notoriamente de la chilena, según analiza en detalle en su presentación. En concreto, son legislaciones que contemplan de cierta manera la posibilidad de revisar y modificar los contratos a partir de hechos imprevistos o para el restablecimiento del equilibrio económico. Además, varios de los casos mencionados por la Concesionaria consisten en medidas adoptadas e implementadas mediante actos de ley, con efectos generales, sin que se trate de modificaciones introducidas por una autoridad estatal a un contrato de concesión específico en favor de una sociedad concesionaria puntual.

104. Tras cerrar su análisis sobre la improcedencia de las pretensiones de la demandada en virtud de la legislación vigente y lo pactado en el Contrato de Concesión, el MOP afirma que, incluso bajo la teoría del caso de la Concesionaria, solo al finalizar el plazo del Contrato de Concesión podría evaluarse un eventual desequilibrio económico; de este modo, la demanda es prematura, ya que quedan varios años de vigencia del Contrato.

105. Además, recalca que el Panel Técnico en su Recomendación indicó que la evaluación debe ser realizada respecto de la totalidad del contrato, y que *"[l]a pandemia es la causa de las perniciosas consecuencias económicas para la SC y el MOP cuya duración y profundidad es enteramente incierta por cuanto aún está en curso… no corresponde determinar la procedencia de una compensación económica en tanto dichos efectos no sean de tal significancia que comprometan la conmutatividad del contrato."*

106. Afirma el MOP que la pretensión de la Concesionaria es esencialmente arbitraria; acoger la demanda podría derivar en un enriquecimiento injusto de la Concesionaria a costa del MOP; y el daño alegado por la Concesionaria sería eventual y, por tanto, no indemnizable.

107. En primer lugar, sobre la arbitrariedad de la pretensión de la Concesionaria, insiste el demandado que la conmutatividad de un contrato debe analizarse al momento de su celebración; si se aceptara, necesariamente habría que hacer un ejercicio comparativo de la conmutatividad en dos momentos: 1) al celebrarse el contrato y 2) al terminar su vigencia. Una comparación entre la conmutatividad original y cualquier otro momento en el íter contractual será necesariamente arbitraria y, en todo caso, inútil para determinar una posible alteración al equilibrio del contrato pues cualquier revisión que se haga de la conmutatividad en un momento distinto del inicio o el final de la vigencia del contrato, quedará obsoleta tan pronto se desplace nuevamente el balance de las prestaciones. En el caso de autos, la Concesionaria elige el "peor" momento para hacer el análisis de conmutatividad y compararlo con las proyecciones de tráfico aéreo de pasajeros que se hacían al inicio de la Concesión; quiere tomar una "fotografía" de su realidad y suponer que esa imagen es perenne e inmutable, lo que es errado, dado que las proyecciones estiman que la industria aeronáutica se recuperará, por lo que en el

futuro la "fotografía" de la Concesionaria puede demostrar una realidad diametralmente opuesta.

108. En segundo lugar, sostiene el MOP que acoger la demanda en este punto podría derivar en un enriquecimiento injusto de la Concesionaria. En efecto, si se toma una decisión en base a la distribución actual de las prestaciones entre las partes, por ejemplo, extendiendo el plazo del Contrato de Concesión, es plausible que, durante los casi 15 años de vigencia que restan, puedan ocurrir circunstancias que desplacen el balance de las prestaciones hacia el otro lado, como lo sería un aumento exponencial en el tráfico aéreo de pasajeros. En ese caso la causa o justificación que llevó a ordenar una extensión del plazo de la Concesión, generando un evidente enriquecimiento para la Concesionaria, desaparecería, no existiendo razón alguna para tal enriquecimiento.

109. En base a la sentencia de la Excma. Corte Suprema, de fecha 7 de marzo de 2016, el MOP extrae los requisitos del enriquecimiento injusto: (i) la existencia de un enriquecimiento de un sujeto; (ii) el empobrecimiento correlativo de otro; y (iii) la ausencia de una causa que justifique el enriquecimiento; indica que una postura más moderna sostiene que no es indispensable el elemento del empobrecimiento (causa Rol Nº 4588-2015).

110. Afirma el MOP que en este caso se verificaría un enriquecimiento sin causa adoptando la tesis tradicional y la tesis moderna: la Concesionaria se enriquecería puesto que estaría disfrutando de un tiempo adicional de la Concesión al plazo originalmente pactado, al MOP se le privaría el derecho de disponer del aeropuerto después de 20 años de la concesión, produciendo un empobrecimiento, y las pretensiones carecen de causas legítimas puesto que ni el contrato ni la ley amparan

una renegociación del contrato de concesión en los términos solicitados por la Concesionaria.

111. En tercer lugar, el MOP arguye que el daño alegado por la Concesionaria es eventual y, por tanto, no es indemnizable. En efecto, uno de los requisitos esenciales del daño, como elemento de la responsabilidad civil, es que éste debe ser cierto. Afirma el demandado que el daño debe ser cierto, real y efectivo, no se indemniza el daño incierto, hipotético o eventual; se puede indemnizar el daño futuro, pero solo en la medida en que, al momento que se dicta la sentencia haya certeza de que necesariamente sobrevendrá. Respecto a la pretensión del demandante, alega el demandado que la existencia de una alteración al equilibrio del contrato de concesión, en este punto, es todavía eventual; no se sabe si al finalizar la concesión se habrá mantenido el equilibrio de las prestaciones o no. Afirma que siendo esa alteración del equilibrio contractual el fundamento mismo del daño que alega haber sufrido la Concesionaria, estamos ante un daño claramente eventual y no cierto, lo que determina que no se trata de un daño indemnizable ni que pueda motivar una sentencia favorable a la Concesionaria.

112. Refiriendose a los argumentos expuestos por la Concesionaria para intentar rebatir la extemporaneidad de su reclamo, afirma el MOP que serían improcedentes.

113. Primero, la Concesionaria se refiere al artículo 36 bis de la Ley de Concesiones, que exige que los concesionarios formulen sus reclamaciones dentro del plazo de 2 años a contar de la puesta en marcha del servicio, y de esperarse al fin de la Concesión, la acción nacería prescrita. Declara el demandado que este argumento es falaz, pues descansa sobre la existencia de una acción como la que ejerce en este procedimiento. Alega el MOP que si procediera bajo nuestro derecho una acción de restablecimiento de conmutatividad contractual, entonces el

legislador tendría que asegurar un plazo suficiente para poder evaluar la conmutatividad en todo el contrato; que tal regulación no exista contribuye a probar que la acción intentada no se encuentra amparada por el ordenamiento jurídico.

114. Segundo, la Concesionaria asegura, que *"existe certeza de la pérdida de la conmutatividad a la fecha de presentación de esta demanda"* y que no es cierto que los efectos negativos puedan ser compensados en el futuro. No obstante, destaca el MOP que la Concesionaria no puede asegurar esto a futuro; una situación de alteración del equilibrio económico del contrato de concesión en contra de la Concesionaria es esencialmente eventual, puesto que pueden ocurrir hechos que hagan mejorar muy significativamente los ingresos del Aeropuerto.

115. Tercero, la Concesionaria insiste en señalar que la pandemia es un hecho que no fue previsto por las partes y, por tanto, no se contempló en la distribución de derechos y obligaciones, ni tampoco es un riesgo asumido por la Concesionaria bajo el contrato de concesión, argumento que no guarda relación con lo prematuro del reclamo según el MOP.

116. Por último, advierte el MOP que la Concesionaria dirige una amenaza en orden a que, si el MOP no accede a sus demandas, caerá en una situación de insolvencia, lo que no puede considerarse un argumento jurídico y serio. Indica que el MOP no podría ser responsabilizado por una posible insolvencia de la demandante, respecto de la cual no tiene ningún poder ni un deber de prevenir.

117. En la última sección de su presentación, el MOP vuelve sobre la improcedencia de las pretensiones de la Concesionaria. Según desarrolla, todo lo señalado en la presentación permite concluir que no existe ninguna norma constitucional, legal, reglamentaria y/o contractual que obligue o faculte al MOP a renegociar el contrato de concesión sobre la base de un supuesto desequilibrio

económico sobreviniente que se habría producido como consecuencia del Covid-19. De esta forma, la Concesionaria no puede tener derecho ni a un aumento del plazo del contrato de concesión, a una indemnización de perjuicios, ni puede obligar al MOP a negociar una modificación del Contrato de Concesión.

118. En primer lugar, se refiere a la improcedencia de la demanda de la Concesionaria relativa al aumento de plazo del Contrato de Concesión. Según la demanda, el mecanismo más idóneo para restablecer la conmutatividad del contrato de concesión y re-distribuir de manera equitativa los efectos del Covid-19, sería la ampliación del plazo de la Concesión del Aeropuerto, en base a una serie de fórmulas propuestas por la demandante. Según el MOP, la metodología propuesta para calcular el plazo de extensión de la concesión contiene una serie de errores e imprecisiones que deben llevar a su total rechazo: subestima el valor por pasajero embarcado en vuelos nacionales, no explica si los ingresos por pasajeros embarcados reales y los ingresos comerciales obtenidos hasta el momento en que se retome el tráfico aéreo pre-Covid-19, serían calculados ex ante o ex post, no corresponde que la Concesionaria utilice una tasa de descuento nominal, en circunstancia que parte de sus ingresos se encuentran indexados al IPC y que su flujo de caja libre del periodo de extensión solicitado estaría determinado en UF, no explica cómo determina los ingresos del escenario que denomina como "contra factual", y el cálculo del valor presente de los flujos futuros del periodo cuya extensión solicita la Concesionaria adolece de importantes inconsistencias.

119. En segundo lugar, alega la improcedencia de la indemnización de perjuicios pedida en subsidio de la demanda principal. El demandado reitera que no existe una obligación de rango constitucional, legal, reglamentario y/o contractual que permita fundar una acción de incumplimiento contractual; por lo tanto, al no existir el primer elemento que requiere todo juicio de responsabilidad civil –una obligación–, en la

especie no se pueden verificar ninguno de los restantes presupuestos alegados por la Concesionaria para que el MOP sea condenado.

120. Por otra parte, señala el MOP, en cuanto a los daños alegados y, sin perjuicio de su total improcedencia, su determinación adolece de una serie de errores e imprecisiones: la Concesionaria no explica cómo se calcularían los ingresos correspondientes al escenario "contra factual"; lo único que indica la demandante es que este monto se habría calculado considerando estimaciones y proyecciones del tráfico aéreo existentes en febrero de 2021, sin ser posible ponderar el valor de dichas proyecciones, y establecer si estas fueron razonables. Además, no existe ninguna razón económica o jurídica para que el MOP deba indemnizar a la Concesionaria sobre la base de meras proyecciones o estimaciones inoponibles a su parte. En cuanto al "escenario factual subsidiario" la tasa de crecimiento de ingresos del 5,5% correspondiente a los años 2016 a 2020 de la concesión no es replicable necesariamente a los años siguientes, debido a que este porcentaje respondió al impacto inicial de la oferta de vuelos low cost a nivel domésticos y a la apertura de nuevas rutas internacionales.

121. Por último, el MOP sostiene que es improcedente la pretensión subsidiaria de negociar una modificación del Contrato de Concesión. Reitera que no existe una obligación del MOP de negociar con el objeto de modificar el Contrato de Concesión y tampoco es jurídicamente procedente otorgarle al principio de buena fe la aplicación que pretende la Concesionaria. Subraya que no es jurídicamente correcto derivar una obligación de negociar para lograr una modificación contractual de la aplicación del principio de buena fe contractual y del deber de colaboración, en inobservancia de lo acordado por las partes y de la propia regulación de los Contratos de Concesión. Afirma que en circunstancias en que el contrato ofrece una respuesta expresa mediante la distribución de ingresos acordada, e igualmente se

quiera hacer uso de la buena fe como elemento integrador, la incerteza jurídica se transforma en un problema.

122. El demandado menciona que, dentro de las funciones de la buena fe contractual, la función de corrección o modificación del contenido del contrato es una de las más problemáticas y su aplicación es absolutamente excepcional en el derecho de contratos, limitándose a un supuesto particular: un conflicto contractual en que, por razones extraordinarias y anormales, se produce una verdadera ruptura del contrato, deviniendo en absolutamente insostenible e irracional económicamente para uno de los contratantes; en definitiva, se trata de la teoría de la imprevisión, que no tiene cabida en contratos de concesión regidos por la Ley de Concesiones en su versión modificada por la Ley N°20.410, como es el caso. Destaca la contestación que la regla general en el derecho de contratos es que la buena fe contractual no puede servir de antecedente para corregir, rectificar o modificar la distribución de riesgos y, en general, el contenido de las estipulaciones contractuales válidamente acordadas.

123. Por otra parte, sobre la petición de la Concesionaria a la H. Comisión Arbitral *"a que obligue a que las partes acuerden el modo concreto de restablecer la conmutatividad contractual"*, recuerda el MOP que el principio de buena fe jamás podrá servir de excusa para que el juez modifique arbitrariamente los elementos de la esencia de un contrato; la aplicación de la buena fe objetiva siempre está circunscrita a la naturaleza de la obligación y la ley. En el derecho nacional no existe una norma de carácter general que permita al juez corregir los términos del contrato recurriendo a la buena fe. Además, subraya que conforme a la actual ley de concesiones, la H. Comisión solo puede fallar conforme a derecho, no en base a la equidad o a nociones de justicia, como pretendería en el fondo la Concesionaria.

124. En mérito de lo expuesto, la demandada solicita a la H. Comisión tener por contestadas las demandas presentadas por la Sociedad Concesionaria y rechazarlas con costas.

125. En el segundo otrosí, el MOP solicita a la H. Comisión que ordene a la Concesionaria exhibir todos y cada uno de los antecedentes contractuales, financieros y/u operativos sobre la base de cuales la demandante calculó sus perjuicios.

IV. En Sesión de la Comisión N°6, de fecha 26 de abril de 2022, la H. Comisión proveyó la contestación de las demandas, dando traslado para la réplica. Al segundo otrosí, la H. Comisión ordenó a la parte demandada especificar los documentos cuya exhibición se solicita.

V. Por medio de escrito de fecha 18 de mayo de 2022 los representantes legales de la demandante presentaron escrito de réplica, solicitando a la H. Comisión Arbitral tener por evacuado en tiempo y forma el trámite de réplica conferido, y rechace íntegramente la contestación del MOP, confirmando las razones que se contemplan en la demanda para fundamentar sus peticiones.

VI. En Sesión de la Comisión N°10, de fecha 19 de mayo de 2022, la H. Comisión proveyó la réplica, dando traslado para la dúplica.

VII. Por medio de escrito de fecha 2 de junio de 2022, los representantes legales de la demandada presentaron escrito de dúplica, en la cual la demandada vuelve a refutar las afirmaciones y razonamientos de la actora, solicitando a la H. Comisión Arbitral rechace la demanda, con costas.

VIII. En Sesión de la Comisión N°12, de fecha 6 de junio de 2022, se tiene por evacuada la dúplica.

IX. En Sesión de la Comisión N°14, de fecha 13 de junio de 2022, se señala que ha concluido la etapa de discusión, y se recibe la causa a prueba.

X. En Sesión de la Comisión N°19, de fecha 19 de julio de 2022, acogiendo parcialmente las reposiciones presentadas por las partes a la resolución de la Sesión de la Comisión N°14 que recibió la causa a prueba, la H. Comisión reformuló los hechos sobre los que debe rendirse prueba. Se fijan como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes:

1. Efectividad de haberse alterado la conmutatividad de las prestaciones del Contrato de Concesión como consecuencia de los efectos del Covid-19.
2. Efectividad de haber sido asignado en el Contrato de Concesión el riesgo de los efectos de la pandemia derivada del Covid-19.
3. Efectividad de haber el Ministerio de Obras Públicas ("MOP"), durante el año 2020, modificado las bases de licitación de los aeropuertos de Punta Arenas, Balmaceda y La Serena.
4. Existencia de la obligación contractual del MOP de consentir en una modificación del Contrato de Concesión para restaurar la conmutatividad del mismo alterada por los efectos del Covid-19.
5. En la afirmativa, efectividad de haber el MOP cumplido dicha obligación.
6. En la negativa del punto anterior, especie, naturaleza y monto de los perjuicios causados a la Sociedad Concesionaria ("SC") derivados del incumplimiento de la referida obligación.
7. Extensión del aumento del plazo del Contrato de Concesión, en su caso, para que la SC recupere el daño estimado de los efectos en el tráfico aéreo, causado por el Covid-19.

XI. En sesión de la Comisión N°22, de fecha 11 de agosto de 2022, la Comisión tuvo por acompañadas las declaraciones juradas de los testigos de la Sociedad

Concesionaria, señores Xavier Lortat-Jacob, Mélanie Lefebvre, Jaime Casanova Toledo, Maximiliano Bohn Rodríguez, Sebastián Cerda Norambuena, Gonzalo Sanhueza Dueñas, y Guillermo Larraín Ríos.

Asimismo, la H. Comisión tuvo por acompañadas las declaraciones juradas de los testigos del Consejo de Defensa del Estado, señores Felipe Antonio Gajardo Jimenez, Germán Rodrigo Moncada Orellana, María Ignacia Cabrera Etchepare, Jorge Enrique Jaramillo Selman, Eduardo Nesim Bitran Colodro, Alfredo Germán Moreno Charme, Eduardo Martín Rodolfo Engel Goetz, Ronald David Fischer Barkan, Cristina Alejandra Holuigue Miranda, Jorge Fernando Maureira Frazier, Juan Pablo Montero Ayala, y Fernando Coloma Ríos.

XII. 1. En sesión de la Comisión N°24, de fecha 19 de agosto de 2022, la Comisión tuvo por acompañado con citación o bajo el apercibimiento legal del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, los siguientes documentos presentados por **la Sociedad Concesionaria** como elementos de prueba documental:

<u>Antecedentes de licitación: Acompañados bajo apercibimiento del artículo 346 N°3 del CPC</u>

- Presentación Anteproyecto referencial Ampliación y mejoramiento Aeropuerto Arturo Merino Benítez elaborado por la Dirección de Aeropuertos del Ministerio de Obras Públicas.
- Brochure Licitación Internacional Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago, elaborado por la Coordinación de Concesión del Ministerio de Obras Publicas con fecha julio de 2014.
- Presentación "Relicitación Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago (AMB) Modelo de Negocio", elaborado por Ministerio de Obras Públicas con fecha julio de 2014.

Antecedentes de otras licitaciones: Acompañados con citación

Licitación Obra Pública Fiscal "Aeropuerto La Florida de La Serena"

- Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Aeropuerto La Florida de la Serena", a ejecutar por el sistema de concesiones, aprobadas mediante Resolución DGOP N° 0054, de fecha 04 de octubre de 2019
- Circular Aclaratoria N° 1 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Aeropuerto La Florida de la Serena", aprobada mediante Resolución DGOP N° 0076, de fecha 19 de diciembre de 2019
- Circular Aclaratoria N° 2 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Aeropuerto La Florida de la Serena" aprobada mediante Resolución DGOP N° 0004, de fecha 27 de febrero de 2020, con citación.
- Circular Aclaratoria N° 3 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Aeropuerto La Florida de la Serena", aprobada mediante Resolución DGOP N° 010, de fecha 23 de abril de 2020.
- Circular Aclaratoria N° 4 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Aeropuerto La Florida de la Serena", aprobada mediante Resolución DGOP N° 035, de fecha 06 de agosto de 2020.
- Circular Aclaratoria N° 5 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Aeropuerto La Florida de la Serena", aprobada mediante Resolución DGOP N° 050, de fecha 21 de octubre de 2020.
- Circular Aclaratoria N° 6 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Aeropuerto La Florida de la Serena", aprobada mediante Resolución DGOP N° 058, de fecha 19 de noviembre de 2020.
- Oficio de Contraloría General de la República E58363/2020 de fecha 9 de diciembre de 2020 que cursa con alcances de la Resolución N°058 de 2020 de la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas.

- Circular Aclaratoria N° 7 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Aeropuerto La Florida de la Serena", aprobada mediante Resolución DGOP N° 066, de fecha 16 de diciembre de 2020.
- Circular Aclaratoria N° 8 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Aeropuerto La Florida de la Serena", aprobada mediante Resolución DGOP N° 002, de fecha 10 de enero de 2021.
- Decreto Supremo N°79 de fecha 30 de abril de 2021 que adjudica contrato de concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la Obra Pública Fiscal denominada "Aeropuerto La Florida de la Serena", a ejecutar por el sistema de concesiones.
- Publicación en el Diario Oficial de fecha 11 de agosto de 2021, Cuerpo II-2, del Decreto de Adjudicación del Contrato de Concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la Obra Pública Fiscal denominada "Aeropuerto La Florida de la Serena"

Licitación Obra Pública Fiscal "Red Aeroportuaria Austral"

- Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Red Aeroportuaria Austral", a ejecutar por el sistema de concesiones, aprobadas mediante Resolución DGC N° 0032 de fecha 25 de junio de 2019
- Circular Aclaratoria N° 1 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Red Aeroportuaria Austral", aprobada mediante Resolución DGC N° 0055, de fecha 08 de octubre de 2019.
- Circular Aclaratoria N° 2 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Red Aeroportuaria Austral", aprobada mediante Resolución DGC N° 0059, de fecha 08 de noviembre de 2019.

- Circular Aclaratoria N° 3 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Red Aeroportuaria Austral", aprobada mediante Resolución DGC N° 82, de fecha 26 de diciembre de 2019.
- Circular Aclaratoria N° 4 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Red Aeroportuaria Austral" aprobada mediante Resolución DGC N° 006, de fecha 20 de marzo de 2020, junto con Oficio de Contraloría General de la República de fecha 3 de abril de 2020, que cursa con alcances de la Resolución N°6 de 2020 de la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas.
- Circular Aclaratoria N° 5 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Red Aeroportuaria Austral", aprobada mediante Resolución DGC N° 009, de fecha 23 de abril de 2020.
- Circular Aclaratoria N° 6 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Red Aeroportuaria Austral", aprobada mediante Resolución DGC N° 1157, de fecha 01 de junio de 2020.
- Circular Aclaratoria N° 7 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Red Aeroportuaria Austral", aprobada mediante Resolución DGC N° 0027, de fecha 24 de julio de 2020.
- Circular Aclaratoria N° 8 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Red Aeroportuaria Austral", aprobada mediante Resolución DGC N° 039, de fecha 03 de septiembre de 2020.
- Circular Aclaratoria N° 9 de las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Red Aeroportuaria Austral", aprobada mediante Resolución DGC N° 043, de fecha 14 de septiembre de 2020.
- Decreto Supremo N°8 de fecha 22 de enero de 2021, que adjudica contrato de concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la

Obra Pública Fiscal denominada "Red Aeroportuaria Austral", a ejecutar por el sistema de concesiones.

- Publicación en el Diario Oficial de fecha 22 de marzo de 2021, Cuerpo II-2, del Decreto de Adjudicación (Publicado en el Diario Oficial) del Contrato de Concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la Obra Pública Fiscal denominada "Red Aeroportuaria Austral".

Otros Aeropuertos de Chile

- Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Aeropuerto Chacalluta de Arica", de fecha julio de 2018.
- Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Aeropuerto Cerro Moreno de Antofagasta", de fecha enero de 2011.
- Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Aeropuerto El Loa de Calama", de fecha enero de 2010.
- Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Nuevo Aeropuerto Regional de Atacama, Tercera Región", de fecha octubre de 2001.
- Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Aeropuerto Diego Aracena de Iquique", de fecha marzo de 2016.
- Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Aeropuerto Carriel Sur de Concepción", de fecha diciembre de 2015.
- Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Nuevo Aeropuerto Región de La Araucanía", de fecha diciembre de 2008.
- Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Aeropuerto El Tepual de Puerto Montt", de fecha 17 de agosto de 2017.

<u>Antecedentes sobre otras Discrepancias ante H. Panel Técnico de Concesiones: con citación</u>

- Escrito Discrepancia presentado ante el H. Panel Técnico de Concesiones en Discrepancia Rol D04-2022-21 con fecha 27 de mayo de 2022.
- Recomendación dictada por el H. Panel Técnico de Concesiones el 26 de julio de 2022, en la Discrepancia D04-2022-21.
- Escrito Discrepancia presentado ante el H. Panel Técnico de Concesiones en Discrepancia Rol D01-2021-11 con fecha 3 de febrero de 2021.
- Recomendación dictada por el H. Panel Técnico de Concesiones el 5 de abril de 2022, en la Discrepancia D01-2021-11.

<u>Otros documentos</u>

- Presentación inicial de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. ante H. Panel Técnico de Concesiones, Discrepancia D-02-2021-16, de fecha 15 de abril de 2021, con citación.
- Presentación de réplica de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. ante H. Panel Técnico de Concesiones, Discrepancia D-02-2021-16, de fecha 15 de abril de 2021, con citación.
- Informe final Diagnóstico y análisis del Aeropuerto Arturo Merino Benítez, elaborado por Ministerio de Planificación y Cooperación MIDEPLAN con fecha diciembre de 1998, con citación.
- Resolución DGC N°569/(exenta) de la Dirección General de Concesiones de fecha 24 de febrero de 2020, con citación.
- Decreto N°49 de 2020 del Ministerio de Obras Públicas de fecha 31 de marzo de 2020, con citación.
- Resolución DGC N°1374/(exenta) de la Dirección General de Concesiones de fecha 9 de julio de 2020, con citación.

- Actualización de Plan Maestro Fase 2A, elaborado por Dirección de Aeropuertos con fecha 20 de abril de 2012, bajo apercibimiento del artículo 346 N°3 del CPC

Convenios complementarios primera concesión Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez: Con citación

- Convenio Complementario N°1 que modifica el Contrato de Concesión de la obra pública fiscal Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez (primera concesión), de fecha 20 de abril de 2001.
- Convenio Complementario N°2 que modifica el Contrato de concesión de la obra pública fiscal Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez (primera concesión), de fecha 23 de agosto de 2004.
- Convenio Complementario N°3 que modifica el Contrato de Concesión de la obra pública fiscal Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez (primera concesión), de fecha 19 de marzo de 2008.
- Convenio Complementario N°4 que modifica el Contrato de Concesión de la obra pública fiscal Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez (primera concesión), de fecha 18 de junio de 2012.

Aumento de capital e inyección de fondos de SCNP: Con citación

- Senior Dual Currency Loan Agreement, suscrito entre Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., Crédit Agricole Corporate and Investment Bank, Banco Santander-Chile, Banca IMI S.P.A.-London Branch, Banco Santander S.A., Caixabank S.A., Société Générale, Banco Bice y Banco de Crédito e Inversiones, con fecha 20 de julio de 2016, con sus anexos y su respectiva traducción.

- Acta de Junta Extraordinaria de Accionistas de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. de fecha 7 de julio de 2020.
- Acta de Sesión de Directorio 40° de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. de fecha 21 de julio de 2020.
- Reducción a Escritura Pública de Acta de Junta Extraordinaria de Accionistas de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. de fecha 22 de julio de 2020 otorgada ante la Notario Público doña Linda Scarleth Bosch Jiménez, bajo el Repertorio N°2055-2020.
- Copia de Inscripción Fojas 46080 Número 21963 del Registro de Comercio de Santiago del año 2020, de fecha 30 de julio de 2020.
- Copia de Publicación en Diario Oficial de Extracto en Sección de Constituciones, Modificaciones y disoluciones de Sociedades y Cooperativas, N°42.721 de fecha 3 de agosto de 2020, CVE 1794391.
- Acta de Junta Ordinaria de Accionistas de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. de fecha 14 de abril de 2021.
- Acta de 58° Sesión de Directorio de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. de fecha 29 de julio de 2022.
- Equity Confirmation and Equity Call, Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., de fecha 12 de enero de 2021 y su respectiva traducción.
- Equity Confirmation and Equity Call, Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., de fecha 11 de febrero de 2021 y su respectiva traducción.
- Equity Confirmation and Equity Call, Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., de fecha 15 de marzo de 2021 y su respectiva traducción.
- Equity Confirmation and Equity Call, Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., de fecha 14 de abril de 2021 y su respectiva traducción.
- Equity Confirmation and Equity Call, Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., de fecha 10 de mayo de 2021 y su respectiva traducción.

- Equity Confirmation and Equity Call, Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., de fecha 11 de junio de 2021 y su respectiva traducción.
- Equity Confirmation and Equity Call, Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., de fecha 13 de julio de 2021 y su respectiva traducción.
- Equity Confirmation and Equity Call, Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., de fecha 4 de agosto de 2021 y su respectiva traducción.
- Equity Confirmation and Equity Call, Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., de fecha 15 de octubre de 2021 y su respectiva traducción.
- Equity Confirmation and Equity Call Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahue S.A., de fecha 9 de diciembre de 2021 y su respectiva traducción.
- Amendment N°1 to the amended and restated equity contribution agreement, suscrito entre Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., Crédit Agricole Corporate and Investment Bank, Banco Santander-Chile, Aéroports de Paris International S.A., VINCI Airports S.A.S. y Astaldi Concessioni S.p.A., de fecha 5 de mayo de 2020 y su respectiva traducción.
- Waiver and amendment N°6 to the common terms agreement and amendment N°2 to the senior dual currency loan agreement, suscrito entre Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., Crédit Agricole Corporate and Investment Bank y Senior Lenders, de fecha 5 de agosto de 2020 y su respectiva traducción de páginas 1 a 7 y 23.
- Common terms agreement, suscrito entre Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., Banca IMI S.p.A.-London Branch, Banco Bice, Banco de Crédito e Inversiones, Banco Santander S.A., Banco Santander-Chile, Caixabank S.A., Crédit Agricole Corporate and Investment Bank, Sociéte Génerale, Crédit Agricole Corporate and Investment Bank, Banco Santander-Chile y Senior Lender, de fecha 20 de julio de 2016 y la traducción de las secciones 3.3.e, 3.3.f, 3.3.h, 4.7, 5.22, 6.16, 7.1 y 72.

Informes de Ingresos: Con citación

- Copia de Ordinario AMB N° 424/2016 de fecha 11 de febrero de 2016 enviado por Claudio Asenjo Schultz, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°1.
- Copia de Ordinario AMB N° 488/16 de fecha 3 de marzo de 2016 enviado por Claudio Asenjo Schultz, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°2.
- Copia de Ordinario AMB N° 546/16 de fecha 22 de marzo de 2016 enviado por Claudio Asenjo Schultz, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°3.
- Copia de Ordinario AMB N° 986/16 de fecha 25 de julio de 2016 enviado por Claudio Asenjo Schultz, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°4.
- Copia de Ordinario AMB N° 1017/16 de fecha 1 de agosto de 2016 enviado por Claudio Asenjo Schultz, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°5.
- Copia de Ordinario AMB N° 1037/16 de fecha 3 de agosto de 2016 enviado por Claudio Asenjo Schultz, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°6.
- Copia de Ordinario AMB N° 1042/16 de fecha 5 de agosto de 2016 enviado por Claudio Asenjo Schultz, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°7.
- Copia de Ordinario AMB N° 1118/16 de fecha 22 de agosto de 2016 enviado por Claudio Asenjo Schultz, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°8.

- Copia de Ordinario AMB N° 1241/2016 de fecha 15 de septiembre de 2016 enviado por Claudio Asenjo Schultz, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°9.
- Copia de Ordinario AMB N° 1488/16 de fecha 4 de noviembre de 2016 enviado por Claudio Asenjo Schultz, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°10.
- Copia de Ordinario AMB N° 1716/16 de fecha 19 de diciembre de 2016 enviado por Claudio Asenjo Schultz, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°11.
- Copia de Ordinario AMB N° 1738/2016 de fecha 21 de diciembre de 2016 enviado por Claudio Asenjo Schultz, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°12.
- Copia de Ordinario AMB N° 139/17 de fecha 31 de enero de 2017 enviado por Claudio Asenjo Schultz, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°13.
- Copia de Ordinario AMB N° 237/17 de fecha 10 de febrero de 2017 enviado por Claudio Asenjo Schultz, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°14.
- Copia de Ordinario AMB N° 515/17 de fecha 10 de abril de 2017 enviado por Claudio Asenjo Schultz, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°15.
- Copia de Ordinario AMB N° 568/17 de fecha 26 de abril de 2017 enviado por Claudio Asenjo Schultz, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°16.
- Copia de Ordinario AMB N° 645/17 de fecha 12 de mayo de 2017 enviado por Claudio Asenjo Schultz, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°17.

- Copia de Ordinario AMB N° 814/2017 de fecha 12 de junio de 2017 enviado por Claudio Asenjo Schultz, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°18.
- Copia de Ordinario AMB N° 1041/2017 de fecha 1 de agosto de 2017 enviado por Claudio Asenjo Schultz, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°19.
- Copia de Ordinario IF AMB N° 1062/2017 de fecha 3 de agosto de 2017 enviado por Andrés Pozo Lobos, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°20.
- Copia de Ordinario IF AMB N° 1307/2017 de fecha 21 de septiembre de 2017 enviado por Andrés Pozo Lobos, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°21.
- Copia de Ordinario IF AMB N° 1472/2017 de fecha 19 de octubre de 2017 enviado por Andrés Pozo Lobos, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°22.
- Copia de Ordinario IF AMB N° 1638/2017 de fecha 15 de noviembre de 2017 enviado por Andrés Pozo Lobos, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°23.
- Copia de Ordinario IF AMB N° 1917/2017 de fecha 14 de diciembre de 2017 enviado por Andrés Pozo Lobos, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°24.
- Copia de Ordinario IF AMB N° 0146/2018 de fecha 29 de enero de 2018 enviado por Andrés Pozo Lobos, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°25.
- Copia de Ordinario IF AMB N° 0379/2018 de fecha 07 de marzo de 2018 enviado por Andrés Pozo Lobos, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°26.

- Copia de Ordinario IF AMB N° 0427/2018 de fecha 14 de marzo de 2018 enviado por Andrés Pozo Lobos, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°27.
- Copia de Ordinario IF AMB N° 0640/2018 de fecha 20 de abril de 2018 enviado por Andrés Pozo Lobos, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y sus adjuntos Certificado de Ingresos y Garantías N°28 y Factura Electrónica N°6626, de fecha 15 de marzo de 2018.
- Copia de Ordinario IF AMB N° 0716/2018 de fecha 07 de mayo de 2018 enviado por Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y sus adjuntos Certificado de Ingresos y Garantías N°29 y Factura Electrónica N°7198, de fecha 14 de abril de 2018.
- Copia de Ordinario IF AMB N° 0841/2018 de fecha 29 de mayo de 2018 enviado por Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y sus adjuntos Certificado de Ingresos y Garantías N°30 y Factura Electrónica N°7409, de fecha 14 de mayo de 2018.
- Copia de Ordinario IF AMB N° 1257/2018 de fecha 01 de agosto de 2018 enviado por Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y sus adjuntos Certificado de Ingresos y Garantías N°31 y Factura Electrónica N°7656, de fecha 14 de agosto de 2018.
- Copia de Ordinario IF AMB N° 1517/2018 de fecha 13 de septiembre de 2018 enviado por Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y sus adjuntos Certificado de Ingresos y Garantías N°32 y Factura Electrónica N°7918, de fecha 13 de julio de 2018.
- Copia de Ordinario IF AMB N° 1582/2018 de fecha 25 de septiembre de 2018 enviado por Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y sus adjuntos Certificado de Ingresos y Garantías N°33 y Factura Electrónica N°7953.

- Copia de Ordinario IF AMB N° 1680/2018 de fecha 08 de octubre de 2018 enviado por Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°34.
- Copia de Ordinario IF AMB N° 1926/2018 de fecha 06 de noviembre de 2018 enviado por Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°35.
- Copia de Ordinario IF AMB N° 2180/2018 de fecha 29 de noviembre de 2018 enviado por Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°36.
- Copia de Ordinario IF AMB N° 0174/2018 de fecha 22 de enero de 2019 enviado por Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y sus adjuntos Certificado de Ingresos y Garantías N°37 y Factura Electrónica N°9160, de fecha 14 de diciembre de 2018.
- Copia de Ordinario IF AMB N° 0347/2019 de fecha 11 de febrero de 2019 enviado por Valeria Bruhn Cruz, Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria, y sus adjuntos Certificado de Ingresos y Garantías N°38 y Factura Electrónica N°9800, de fecha 15 de enero de 2019.
- Copia de Ordinario IF AMB N°0724/2019 de fecha 21 de marzo de 2019 enviado por Inspector Fiscal a Gerente General de la Concesionaria y sus adjuntos Certificado de Ingresos y Garantías N°39 y Factura Electrónica N°10038, de fecha 15 de febrero de 2019.
- Copia de Ordinario IF-EX AMB N° 1015/2022 de fecha 11 de mayo de 2022 enviado por Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N° 75 correspondiente al mes de diciembre 2021, N°76 correspondiente al mes de enero de 2022, y N°77 correspondiente al mes de febrero de 2022.

- Copia de Ordinario IF-EX AMB N° 1162/2022 de fecha 2 de junio de 2022 enviado por Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°78
- Copia de Ordinario IF-EX AMB N° 1454/2022 de fecha 18 de julio de 2022 enviado por Juan Carlos Figueroa, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación a Gerente General de la Concesionaria, y su adjunto Certificado de Ingresos y Garantías N°79.

Memorias Anuales: Con citación

- Memoria Anual 2015 de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. de fecha 23 de marzo de 2016.
- Memoria Anual 2016 de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. de fecha 27 de marzo de 2017.
- Memoria Anual 2017 de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. de fecha 26 de marzo de 2018.
- Memoria Anual 2018 de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. de fecha 25 de marzo de 2019.
- Memoria Anual 2019 de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. de fecha 20 de marzo de 2020.
- Memoria Anual 2020 de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. de fecha 23 de marzo de 2021.
- Memoria Anual 2021 de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. de fecha 23 de marzo de 2022.

Medidas adoptadas por la Concesionaria: Con citación

- Contrato de prestación de servicios de mantenimiento y reparación N°4324 (int) o N°40002416 (SAP) celebrado con fecha 1 de octubre de 2015 entre Comercial Kaufmann S.A. y Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., y su Adenda N°5 de fecha 1 de abril de 2020, Adenda N°6 de fecha 1 de diciembre de 2020, Adenda N°7 de fecha 28 de mayo de 2021, Adenda N°8 de fecha 2 de agosto de 2021, Adenda N°9 de fecha 1 de octubre de 2021, Adenda N°10 de fecha 30 de marzo de 2022.
- Contrato de prestación de servicios de mantenimiento preventivo y correctivo del sistema CCTV proyecto y control acceso del terminal de pasajeros y carga del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago, celebrado con fecha 24 de enero de 2017 entre Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. e Ingeniería Ikusi Chile Limitada, y su Adenda N°3 de fecha 6 de abril de 2020, Adenda N°4 de fecha 14 de julio de 2020, Adenda N°6 de fecha 2 de febrero de 2021 y Adenda N°7 de fecha 29 de septiembre de 2021.
- Contrato de prestación de servicios de operación y mantenimiento del sistema de manejo de equipaje de llegada y salida del edificio terminal de pasajeros T1, celebrado con fecha 29 de septiembre de 2017 entre Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. y Glidepath Limited Chile Limitada, y su Adenda N°1 de fecha 27 de abril de 2020 y Adenda N°2 de fecha 15 de julio de 2020.
- Contrato de prestación de servicios de facturación y mantenimiento asociados al sistema de embarque/desembarque, celebrado con fecha 27 de agosto de 2018 entre Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. y Tianda Chile SpA, y su Adenda N°1 de fecha 20 de marzo de 2020, Adenda N°2 de fecha 8 de junio de 2021 y Adenda N°3 de fecha 1 de octubre de 2021.

- Contrato de suministro de equipos aromatizadores de ambientes para baños públicos, celebrado con fecha 30 de agosto de 2018 entre Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. y Rentokil Initial Chile SpA, y su Adenda N°2 de fecha 8 de abril de 2020.
- Contrato de mantenimiento de ascensores, escaleras mecánicas y veredas rodantes en el nuevo edificio terminal de pasajeros o "T2" e infraestructuras asociadas, celebrado con fecha 10 de diciembre de 2018 entre Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. y Ascensores Otis Chile Ltda, y su Adenda N°1 de fecha 20 de abril de 2020, Adenda N°2 de fecha 8 de febrero de 2021 y Adenda N°3 de fecha 3 de septiembre de 2021.
- Contrato de mantenimiento de ascensores, escaleras mecánicas y veredas rodantes en el edificio terminal existente o "T1" e infraestructuras asociadas, celebrado con fecha 6 de noviembre de 2018 entre Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. y Thyssenkrupp elevadores S.A., y su Adenda N°1 de fecha 24 de abril de 2020, Adenda N°2 de fecha 1 de julio de 2020, Adenda N°3 de fecha 23 de abril de 2021, Adenda N°4 de fecha 25 de enero de 2022 y Adenda N°5 de fecha 3 de agosto de 2022.
- Contrato de prestación de servicios de mantenimiento eléctrico, hvac y ccmc del aeropuerto internacional Arturo Merino Benítez de Santiago, celebrado con fecha 21 de diciembre de 2018 entre Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. y Termika Servicios de Mantención S.A., y su Adenda N°2 de fecha 13 de abril de 2020, Adenda N°3 de fecha 28 de julio de 2020 y Adenda N°4 de fecha 15 de marzo de 2022.
- Contrato de prestación de servicios de transporte de personas en plataforma en el aeropuerto internacional Arturo Merino Benítez de Santiago, celebrado con fecha 2 de abril de 2019 entre Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel

S.A. y Agencia de carga Cargomobility SpA, y su Adenda N°1 de fecha 9 de abril de 2020.

- Contrato de prestación de servicios de vigilancia y operación de sistemas de seguridad del aeropuerto, celebrado con fecha 1 de julio de 2019 entre Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. y Grupo Norte Seguridad SpA, y su Adenda N°1 de fecha 29 de abril de 2020.
- Contrato de prestación de servicios gestión de funcionamiento operacional de locatarios en el aeropuerto internacional Arturo Merino Benítez de Santiago, celebrado con fecha 1 de abril de 2020 entre Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. y Sociedad de Servicios Gestión Retail Limitada, y su Adenda N°1 de fecha 8 de abril de 2020.
- Cesión de contrato N°852 celebrado con fecha 21 de septiembre de 2015 entre SCL Terminal Aéreo Santiago S.A. Sociedad Concesionaria, Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. y Areas S.A. Chile Limitada, y su Adenda N°7 de fecha 28 de abril de 2017, Adenda N°10 de fecha 8 de junio de 2020, Adenda N°11 de fecha 5 de mayo de 2021 y Adenda N°12 de fecha 19 de noviembre de 2021.
- Cesión de contrato N°867 celebrado con fecha 15 de diciembre de 2015 entre SCL Terminal Aéreo Santiago S.A. Sociedad Concesionaria, Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. y Britt Chile Limitada, Adenda N°3 de fecha 8 de junio de 2020 y Adenda N°4 de fecha 11 de enero de 2021.
- Contrato N°3385 de subconcesión de áreas para servicio de alimentación y bebida, celebrado con fecha 22 de junio de 2016 entre Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. y Arcos Dorados Restaurantes de Chile Limitada, Adenda N°4 de fecha 9 de septiembre de 2019, Adenda N°5 de fecha 21 de junio de 2020 y Adenda N°6 de fecha 17 de mayo de 2021.

- Contrato N°3598 de arrendamiento de áreas para locales comerciales en el Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago, celebrado con fecha 23 de abril de 2018 entre Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. y Óptimas GMO Chile S.A., Adenda N°5 de fecha 8 de junio de 2020 y Adenda N°6 de fecha 7 de abril de 2021.
- Contrato N°3656 de arrendamiento, celebrado con fecha 21 de enero de 2019 entre Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. y LMS Chile S.A., Adenda N°3 de fecha 26 de junio de 2020, Adenda N°4 de fecha 20 de diciembre de 2020 y Adenda N°5 de fecha 21 de agosto de 2021.
- Documento "Gestión de los servicios comerciales/no-comerciales durante la crisis COVID.19" emitido por Marc Gordien, Gerente Comercial de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., con fecha 2 de agosto de 2022.
- Documento "Lista de Contratos de Proveedores" emitido por Aldo Olmos, Subgerente de Compras de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., con fecha 3 de agosto de 2022.
- Documento "Contratos COVID" emitido por Leonardo Ordenes, Jefe de Facturación y Cobranza de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., con fecha 2 de agosto de 2022.
- Documento "Medidas NP relacionadas con trabajadores NP, subcontratos y otros por pandemia COVID19" emitido por John Rathkamp, Gerente de Sustentabilidad de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., con fecha 2 de agosto de 2022.
- Documento "Trafico" emitido por Jaime Casanova, Gerente de Administración y Finanzas de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., con fecha 3 de agosto de 2022.

- Documento “Nuevo Pudahuel Acciones COVID Subgerencia de TI” emitido por Jorge Vera, Subgerente TI de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A
- Documento “Costos Covid Infraestructura T1” emitido por Stephane Dauba, Gerente Técnico de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., con fecha 6 de agosto de 2022.
- Documento “Manual COVID-19 Aeropuerto de Santiago de Chile” emitido por Alberto Becerra, Subgerente de Operaciones de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., con fecha 14 de julio de 2020.

<u>Otros documentos (2): Con citación</u>

- Carta SCNL/NPU/10586 de VINCI Construction Grands Projets – Astaldi Joint Venture a Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., de fecha 8 de julio de 2022, incluidos sus anexos integrantes y su respectiva traducción.
- Demanda relativa a la causa Rol N° 17-2022, que corresponde a la impugnación de la Concesionaria de multas impuestas mediante Resolución Exenta DGC N°2985 de fecha 30 de noviembre de 2021 y de las multas impuestas mediante Resolución Exenta DGC N°3246 de fecha 22 de diciembre de 2021, ambas emitidas por la Directora General de Concesiones de Obras Públicas.
- Ord. IF-EX AMB N°3284 de fecha 1 de diciembre de 2021, que notifica a la Concesionaria la Resolución Exenta DGC N°2985, de fecha 30 de noviembre de 2021, emitida por la Directora General de Concesiones de Obras Públicas.
- Ord. IF-EX AMB N°3552/2021 de 28 de diciembre de 2021, que notifica a la Concesionaria la Resolución Exenta DGC N°3246 de fecha 22 de diciembre de 2021, emitida por la Directora General de Concesiones de Obras Públicas.

- Demanda relativa a la causa Rol N° 18-2022, que corresponde a la impugnación de la Concesionaria de multas impuestas mediante Resolución Exenta DGC N°0090 de fecha 11 de enero de 2022, de las multas impuestas mediante Resolución Exenta DGC N°0144 de fecha 14 de enero de 2022, y de las multas impuestas mediante Resolución Exenta DGC N°0148 de fecha 18 de enero de 2022, las dos primeras emitidas por la Directora General de Concesiones de Obras Públicas y, esta última, emitida por el Director General de Concesiones de Obras Públicas (s).
- Ord. IF-EX AMB N°0088/2022 de fecha 14 de enero de 2022, que notifica a la Concesionaria la Resolución Exenta DGC N°0090, de fecha 11 de enero de 2022, emitida por la Directora General de Concesiones de Obras Públicas.
- Ord. IF-EX AMB N°0137/2022 de 20 de enero de 2022, que notifica a la Concesionaria la Resolución Exenta DGC N°0144 de fecha 14 de enero de 2022, emitida por la Directora General de Concesiones de Obras Públicas.
- Ord. IF-EX AMB N°0168/2022 de 20 de enero de 2022, que notifica a la Concesionaria la Resolución Exenta DGC N°0148 de fecha 18 de enero de 2022, emitida por el Director General de Concesiones de Obras Públicas (s).
- Demanda relativa a la causa Rol N° 21-2022, que corresponde a la impugnación de la Concesionaria de las multas impuestas mediante Resolución Exenta DGC N°0799 de fecha 23 de marzo de 2022, y de las multas impuestas mediante Resolución Exenta DGC N°0806 de fecha 24 de marzo de 2022, ambas emitidas por la Directora General de Concesiones de Obras Públicas.
- Ord. IF-EX AMB N°0679/2022 de 24 de marzo de 2022, que notifica a la Concesionaria la Resolución Exenta DGC N°0799 de fecha 23 de marzo de 2022, emitida por la Directora General de Concesiones de Obras Públicas.

- Ord. IF-EX AMB N°0694/2022 de 24 de marzo de 2022, que notifica a la Concesionaria la Resolución Exenta DGC N°0806 de la misma fecha, emitida por la Directora General de Concesiones de Obras Públicas.
- Demanda relativa a la causa Rol N° 22-2022, que corresponde a la impugnación de la Concesionaria de la multa impuesta mediante Resolución Exenta DGC N°0712, emitida con fecha 17 de marzo de 2022, por la Directora General de Concesiones de Obras Públicas.
- Ord. IF-EX AMB N°0642/2022 de 17 de marzo de 2022, que notifica a la Concesionaria la Resolución Exenta DGC N°0712 de la misma fecha, emitida por la Directora General de Concesiones de Obras Públicas.
- Demanda relativa a la causa Rol N° 23-2022, que corresponde a la impugnación de la Concesionaria de la multa impuesta mediante Resolución Exenta DGC N°0759, emitida con fecha 18 de marzo de 2022, por la Directora General de Concesiones de Obras Públicas.
- Ord. IF-EX AMB N°0662/2022 de 21 de marzo de 2022, que notifica a la Concesionaria la Resolución Exenta DGC N°0759 de fecha 18 de marzo de 2022, emitida por la Directora General de Concesiones de Obras Públicas.

<u>Proyecciones: Con citación</u>

- Plan Maestro de Transporte de Santiago 2025, Subsecretaría de Transportes, 2013.
- Airport Economics 2020 Report, Airports Council International (ACI), y su respectiva traducción.
- Carta suscrita por Paul Cresswell, Director de Steer, Davies y Gleave (Steer), de 21 de enero de 2021, en que certifica las proyecciones de tráfico utilizadas por el Grupo Nuevo Pudahuel, y su respectiva traducción.

<u>Informe de tráfico de pasajeros: Con citación</u>

- Informe Estadístico Transporte Aéreo Comercial en Chile de fecha 21 de febrero de 2022 elaborado por Junta Aeronáutica Civil.
- Informe Estadístico Transporte Aéreo Comercial en Chile de fecha 21 de marzo de 2022 elaborado por Junta Aeronáutica Civil.
- Informe Estadístico Transporte Aéreo Comercial en Chile de fecha 21 de abril de 2022 elaborado por Junta Aeronáutica Civil.
- Informe Estadístico Transporte Aéreo Comercial en Chile de fecha 20 de mayo de 2022 elaborado por Junta Aeronáutica Civil.
- Informe Estadístico Transporte Aéreo Comercial en Chile de fecha 22 de junio de 2022 elaborado por Junta Aeronáutica Civil.
- Informe Estadístico Transporte Aéreo Comercial en Chile de fecha 21 de julio de 2022 elaborado por Junta Aeronáutica Civil.
- Planilla de Registros de Tráfico Aéreo en Chile Diciembre 2015 elaborado por Junta Aeronáutica Civil.
- Planilla de Registros de Tráfico Aéreo en Chile Diciembre 2016 elaborado por Junta Aeronáutica Civil.
- Planilla de Registros de Tráfico Aéreo en Chile Diciembre 2017 elaborado por Junta Aeronáutica Civil.
- Planilla de Registros de Tráfico Aéreo en Chile Diciembre 2018 elaborado por Junta Aeronáutica Civil.
- Planilla de Registros de Tráfico Aéreo en Chile Diciembre 2019 elaborado por Junta Aeronáutica Civil.
- Planilla de Registros de Tráfico Aéreo en Chile Diciembre 2020 elaborado por Junta Aeronáutica Civil.
- Planilla de Registros de Tráfico Aéreo en Chile Diciembre 2021 elaborado por Junta Aeronáutica Civil.

- Planilla de Registros de Tráfico Aéreo en Chile Junio 2022 elaborado por Junta Aeronáutica Civil.
- Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, Informe Trimestral del MOP, Trimestre enero- marzo del año 2017.
- Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, Informe Trimestral del MOP, Trimestre abril- junio del año 2017.
- Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, Informe Trimestral del MOP, Trimestre julio- septiembre del año 2017.
- Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, Balance de Gestión de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas marzo 2014-marzo 2018.
- Dirección General de Concesiones, Informe Trimestral del MOP, Trimestre abril- junio del año 2018.
- Dirección General de Concesiones, Informe Trimestral del MOP, Trimestre julioseptiembre del año 2018.
- Dirección General de Concesiones, Informe Trimestral del MOP, Trimestre octubrediciembre del año 2018.
- Dirección General de Concesiones, Informe Trimestral del MOP, Trimestre enero- marzo del año 2019.
- Dirección General de Concesiones, Informe Trimestral del MOP, Trimestre abril- junio del año 2019.
- Dirección General de Concesiones, Informe Trimestral del MOP, Trimestre julioseptiembre del año 2019.
- Dirección General de Concesiones, Informe Trimestral del MOP, Trimestre octubrediciembre del año 2019.
- Dirección General de Concesiones, Informe Trimestral del MOP, Trimestre enero – marzo del año 2020.

- Dirección General de Concesiones, Informe Trimestral del MOP, Trimestre abril- junio del año 2020.
- Dirección General de Concesiones, Informe Trimestral del MOP, Trimestre julio – septiembre del año 2020.
- Dirección General de Concesiones, Informe Trimestral del MOP, Trimestre octubrediciembre del año 2020.
- Dirección General de Concesiones, Informe Trimestral del MOP, Trimestre enero- marzo del año 2021.
- Dirección General de Concesiones, Informe Trimestral del MOP, Trimestre abril- junio del año 2021.
- Dirección General de Concesiones, Informe Trimestral del MOP, Trimestre julioseptiembre del año 2021.
- Dirección General de Concesiones, Balance de Gestión 2018-201.
- Dirección General de Concesiones, Informe Trimestral del MOP, Trimestre enero- marzo del año 2022.
- Gráfico de proyección de recuperación de tráfico de pasajeros en Chile, elaborado por IATA, del mes de mayo de 2022.
- Correo electrónico enviado por Gabriela Peralta (IATA) a Maximiliano Bohn (SCNP), de fecha 18 de julio de 2022, en el que se adjunta documento sobre gráfico de proyección de recuperación de tráfico de pasajeros en Chile, correspondiente al mes de mayo de 2022.
- VINCI Airports – traffic at 30 june 2021, VINCI Airports, de 19 de julio de 2021 y su respectiva traducción.
- VINCI Airports – traffic at 30 june 2021, VINCI Airports, de 19 de julio de 2022 y su respectiva traducción.

Publicaciones y prensa: Con citación

*Salvo: Carta al Director titulada "Nuevo Pudahuel", El Mercurio, 29 de agosto de 2021

- *Concesiones Aeroportuarias y su consolidación en Latinoamérica*, AEROLATIN NEWS, 6 de septiembre de 2013.
- *Alitalia inaugura ruta directa entre Santiago y Roma y operará 5 vuelos semanales*, EMOL, 5 de febrero de 2016.
- *LATAM Airlines Group anuncia vuelo directo entre Santiago y Orlando para este verano*, Latam, 25 de agosto de 2016.
- *British Airways aterriza en Chile con primer vuelo directo entre Santiago y Londres*, La Tercera, 4 de enero de 2017.
- *LATAM Airlines comienza 2017 anunciando vuelos a nuevos destinos internacionales*, Latam, 4 de enero de 2017.
- *Aerolínea Emirates llega a Chile con vuelo Santiago-Dubai a contar de julio*, 24 Horas, 31 de enero de 2018.
- *Latam anuncia vuelos sin escalas entre Santiago y Quito*, Diario Financiero, 30 de octubre de 2018
- *LATAM Airlines inaugura vuelo directo entre Santiago y Brasilia*, Nuevo Pudahuel, 15 de octubre de 2019.
- *6ta ruta a directa a Europa desde Santiago: LATAM lanza primer vuelo sin escalas a Frankfurt*, Nuevo Pudahuel, 7 de febrero de 2020
- *ACI Advisory Bulletin. The impact of COVID-10 on the airport business. ACI Calls for strengthened cooperation between airports, airlines, and regulators*, ACI, 10 de marzo de 2020 y su respectiva traducción.
- *Vuelos nacionales e internacionales en principales aeropuertos del país bajaron más de 40% en la última semana*, La Tercera, 23 de marzo de 2020.

- *COVID-19: Impact on Travel & Hospitality. Travel, Logistics, and Infrastructure Practice*, McKinsey & Company, 25 de marzo de 2020 y su respectiva traducción.
- *Negative Rating Actions Taken On European Airports Due To COVID-19 Restrictions*, S&P Global, 26 de marzo de 2020.
- *La demanda de pasajeros cae en las restricciones de viaje de COVID-19*, IATA, 2 de abril de 2020.
- *Fitch Downgrades Aeroports de Paris SA to 'A'; Outlook Stable*, FitchRatings, 6 de abril de 2020 y su respectiva traducción.
- *Fitch Revises Vinci Outlook to Stable from Positive, Affirms at 'A-', 15 p*, FitchRatings, 6 de abril de 2020 y su respectiva traducción.
- *Aviation Covid-19 Briefing. Latin American & Caribbean Airports*, ALG Transport & Infrastructure, de fecha 6 de abril de 2020 y su respectiva traducción.
- *Aeropuertos: Expertos apoyan terminar obras en Santiago y MOP aplaza planes en regiones*, El Mercurio, 23 de abril de 2020.
- *Avianca se acoge al capítulo 11 de la Ley de Quiebras de EE.UU*, Volavi, 10 de mayo de 2020.
- *Lufthansa acuerda con el Estado alemán ayuda de 9.000 millones de euros*, DW, 25 de mayo de 2020.
- *Latam se acoge al Capítulo 11 de Ley de Quiebras de EE.UU. para su reorganización financiera*, El Pulso, 26 de mayo de 2020.
- *Licitaciones aeroportuarias: el otro dolor de cabeza del MOP*, Pulso, La Tercera, 7 de junio de 2020.
- *Aeroméxico se acoge al Capítulo 11 de EU para reestructurarse financieramente*, El Financiero, 30 de junio de 2020.
- *OO.PP. cambia modelo de negocio para concesiones de aeropuertos por covid-19*, El Mercurio, 30 de julio de 2020.

- *Sky Airline despide a 100 personas y prepara plan con BTG para fortalecer operación*, Diario Financiero, 5 de agosto de 2020.
- *State Aid: Commission approves German aid scheme to support airports affected by the coronavirus outbreak*, Comisión Europea, 11 de Agosto de 2020, y su respectiva traducción.
- *Qantas blames coronavirus for $2bn loss in worst financial result for a century*, The Guardian, 20 de Agosto de 2020 y su respectiva traducción.
- *Los datos de ACI World muestran el efecto dramático de COVID-19 en el tráfico aéreo internacional*, ACI, 28 de agosto de 2020.
- *ACI Advisory Bulletin, The impact of COVID-19 on the Airport business*, ACI, 31 de agosto de 2020.
- *Gobierno prevé que recién en 2024 se alcanzará el tráfico aéreo previo a la pandemia,* La Tercera, 21 de septiembre de 2020.
- *Inside the airline industry's meltdown*, The Guardian, 29 de septiembre de 2020 y su respectiva traducción.
- *Hasta 46 millones de puestos de trabajo en riesgo debido a la recesión de la aviación COVID-19,* ACI, 30 de septiembre de 2020.
- *Almost 200 European airports facing insolvency in coming months*, ACI, 27 de octubre de 2020 y su respectiva traducción.
- *Air Passenger Forecasts: Looking beyond the current crisis*, IATA, del mes de octubre de 2020 y su respectiva traducción de página 14.
- *Airports set out plan for urgent EU and Government support as financial crisis worsens*, ACI, 5 de noviembre de 2020 y su respectiva traducción.
- *Flujo por autopistas urbanas llega a cifras prepandemia y el tráfico aéreo sigue repuntando*, La Tercera, 17 de noviembre de 2020.

- *Grupo Aeroportuario del Pacífico Anuncia Conclusión del Proceso de Revisión Extraordinaria del Programa Maestro de Desarrollo para los Aeropuertos en México*, 27 de noviembre de 2020.
- *ACI Advisory Bulletin. The impact of COVID-19 on the airport business. Faltering traffic recovery, deepening revenue shortfall, but strong hopes for a vaccine,* ACI, 8 de diciembre de 2020 y su respectiva traducción.
- *Air Passenger Market Analysis. Passenger volumes did not improve in December,* IATA, diciembre 2020 y su respectiva traducción.
- *State of the region: The Americas*, IATA, diciembre 2020 y su respectiva traducción.
- *Airlines Financial Monitor*, IATA, de enero-febrero de 2021 y su respectiva traducción.
- *Turismo en pandemia*, El Pulso, 9 de enero de 2021.
- *Conflicto MOP y Aeropuerto de Santiago: negociaciones en punto muerto, privados se alistan para artillería legal y el Ciadi asoma como opción,* Curador News, 11 de enero de 2021.
- *IATA Economics' Chart of the Week. Near-term outlook remains challenging despite vaccine progress*, IATA, 15 de enero de 2021 y su respectiva traducción.
- *Airports & tourism organisations urge revision of 'wholly inadequate" state aid rules, as new forecast shows industries in systemic collapse*, ACI, 20 de enero de 2021 y su respectiva traducción.
- *¿Qué pasaría si Nuevo Pudahuel se declara en insolvencia?,* La Tercera, 20 de enero de 2021
- *MOP acusa a concesionaria del Aeropuerto de hacer lobby con autoridades y no cede a cambios en contrato: "No nos van a mover de esa posición"*, La Tercera, 20 de enero de 2021

- *Aeropuerto de Santiago: gobierno responde a controladores franceses de Nuevo Pudahuel tras comunicar intención de ir al Ciadi,* La Tercera, 20 de enero de 2021.
- *IATA Economics' Chart of the Week. Airline shares becalmed following vaccine rally,* ACI, 22 de enero de 2021 y su respectiva traducción.
- *Future of aviation is on the line as urgent support is needed, says ACI,* ACI, 27 de enero de 2021 y su respectiva traducción.
- *Vaccines and tests together need to be used as a tool to guide recovery, ACI World Director Generaltells Davos Agenda,* ACI, 28 de enero de 2021 y su respectiva traducción.
- *IATA Economics' Chart of the Week. Travel restrictions rise amidst new COVID variants,* IATA, 29 de enero de 2021 y su respectiva traducción.
- *Air Passenger Market Analysis. Passenger traffic deteriorates as domestic markets weaken,* IATA, del mes de enero de 2021 y su respectiva traducción.
- *COVID-19. Weak year end for air travel and outlook is deteriorating,* IATA, 3 de febrero de 2021 y su respectiva traducción.
- *MOP enfrenta nuevo conflicto con un aeropuerto: concesionario de El Tepual pide millonaria compensación*, La Tercera, 4 de febrero de 2021.
- *Berlín: 1.700 millones de subvención para el aeropuerto,* Preferente, 2 de febrero de 2022.
- *Según IATA, el tráfico aéreo de 2021 será equivalente al 50% de los niveles de 2019,* Travel2Latam, 4 de febrero de 2021.
- *IATA Economics's Chart of the Week. New Covid variants pose a risk to air travel recovery*, IATA, 5 de febrero de 2021 y su respectiva traducción.
- *MOP Y EL CONFLICTO CON NUEVO PUDAHUEL: "Nuestro objetivo es cuidar los recursos de todos los chilenos, que no les corresponde tener que apoyar a una empresa cada vez que le va mal"*, El Mercurio, 7 de febrero de 2021.

- *Cinco aeropuertos de América Latina fueron galardonados por su trato al pasajero,* Consejo Políticas de Infraestructura, 11 de febrero de 2021.
- *COVID-19. Airline industry cash burn now expected to continue through 2021,* IATA, 24 de febrero de 2021 y su respectiva traducción.
- *Air Passenger Market Analysis. Air passenger markets remain weak in February,* IATA, del mes de febrero de 2021 y su respectiva traducción.
- *IFC Survey Reveals Extent of COVID-19 Pandemic's Impact on Global Trade Finance*, International Finance Corporation, World Bank Group, de fecha 24 de marzo de 2021 y su respectiva traducción.
- *Pandemic's dramatic impact on aviation endures but signs of recovery emerge. Safe travel requires interoperable health data-sharing framework, says ACI,* ACI, de fecha 25 de marzo de 2021 y su respectiva traducción.
- *Pandemia arrastra a seis aeropuertos concesionados del país a cerrar balance 2020 con pérdidas*, Diario Financiero, 6 de abril de 2021.
- *ACI World data reveals COVID-19's impact on world's busiest airports. Preliminary global results for passenger and cargo traffic show dramatic impact,* ACI, de fecha 22 de abril de 2021 y su respectiva traducción.
- *Airlines Financial Monitor*, IATA, del mes de mayo de 2021 y su respectiva traducción.
- *El MOP activa un histórico plan de licitaciones en 2021,* Pulso, La Tercera, 14 de junio de 2021.
- *Estudio muestra que contratos de obras públicas tienen mayor impacto por la pandemia,* Diario Financiero, 16 de junio de 2021.
- *The impact of COVID-19 on the airport business and the path to recovery,* ACI, de fecha 14 de julio de 2021 y su respectiva traducción.

- *Presidente del gremio de aerolíneas: "Plan de apertura de fronteras del gobierno no tendrá un impacto relevante en la reactivación de la industria"*, Diario Financiero, 23 de julio de 2021.
- *Una aerolínea boliviana vende sus acciones por efectos de la pandemia,* Diario Financiero, 11 de agosto de 2021.
- *Vuelos internacionales desde y hacia Chile suben ocupación a niveles de 40%,* Diario Financiero, 12 de agosto de 2021.
- *Ex presidenta del Panel Técnico de Concesiones: "El ministro Moreno no ha tenido un ánimo colaborativo, y eso le hace daño a la institucionalidad"*, Pulso, La Tercera, 27 de agosto de 2021.
- *Carta al Director titulada "Nuevo Pudahuel",* El Mercurio, 27 de agosto de 2021.
- *Carta al Director titulada "Nuevo Pudahuel",* El Mercurio, 29 de agosto de 2021, se acompaña bajo el apercibimiento del artículo 346 N°3 del Código de Procedimiento Civil.
- *What is the future for the economic regulation of airport charges and can LATAM learn any insights from Europe?*, ALG Newsletter, de fecha 31 de agosto de 2021 y su respectiva traducción.
- *Grupo Aeroportuario Del Caribe Presenta Arbitraje En Colombia*, Ciar Globa, 8 de septiembre de 2021.
- *Drástica caída de pasajeros registró El Tepual producto de la pandemia,* El Llanquihue, 17 de septiembre de 2021.
- *COVID-19. Airline industry outlook,* IATA, de fecha 4 de octubre de 2021 y su respectiva traducción.
- *El Gobierno Español aprueba el Documento de Regulación Aeroportuaria para el periodo de 2022-2026*, Aviacionline España, 5 de octubre de 2021.
- *El aeropuerto de Sevilla no recuperará los siete millones de pasajeros hasta 2026,*
- ABCdesevilla, 6 de octubre de 2021.

- *Los viajes retornan con más fuerza en la región de América Latina y el Caribe*, Martes Financiero, 18 de octubre de 2021.
- *El aeropuerto de Asturias no se recupera: bajan los viajeros respecto a 2019,* Cope, 18 de octubre de 2021.
- *Aeropuerto de Punta Arenas ha movilizado más de 140 mil pasajeros en lo que va año*, El Magallánico, 21 de octubre de 2021.
- *El Aeropuerto Internacional de Incheon reporta una fuerte recuperación en el flujo de viajeros en los 2 últimos meses*, Agencia de Noticias Yonhap, 22 de octubre de 2021.
- *Ryanair reduce sus pérdidas un 88% pero avisa de que habrá que mantener las tarifas bajas,* El País, 1 de noviembre de 2021.
- *ACI's World Airport Traffic Report reveals domestic traffic leading recovery,* ACI, de fecha 9 de noviembre de 2021 y su respectiva traducción.
- *El tráfico de pasajeros en los aeropuertos de Aena alcanza 17,3 M en octubre (-30% vs octubre 2019,* Consenso del Mercado, 15 de noviembre de 2021.
- *Avianca salió del Capítulo 11 con deuda reducida y US$1.000 millones en liquidez,* LR La República, 2 de diciembre de 2021.
- *Recuperación desigual del turismo afectará a aeropuertos y soberanos regionales,* Bnamericas, 8 de diciembre de 2021.
- *El aeropuerto de Sevilla recupera en el Puente el 84% de los vuelos precovid,* Sevilla ABC, 9 de diciembre de 2021.
- *Covid: ómicron obliga a cancelar miles de vuelos en todo el mundo e impide las tradicionales reuniones familiares por Navidad,* BBC News Mundo, 24 de diciembre de 2021.
- *Freno en viajes aéreos por aumento de casos de Covid-19 modera precio del petróleo en EEUU,* Diario Financiero, 27 de diciembre de 2021.

- *La Covid crea aeropuertos 'zombie': hay un 60% de pasajeros menos que en 2019,* La Información, 2 de enero de 2022.
- *Ómicron provoca 8.888 cancelaciones de vuelos en el arranque del nuevo año,* La Información, 3 de enero de 2022.
- *Aeroméxico canceló 260 vuelos tras brote de Covid en el aeropuerto del Distrito Federal,* iProfesional, 10 de enero de 2022.
- *American Airlines registró sus ingresos más altos de la pandemia en el cuarto trimestre, pero no sale de las pérdidas por ómicron,* Diario Financiero, 20 de enero de 2022.
- *Tercera ola de COVID-19: Aerolíneas Argentinas tiene 1.200 empleados en aislamiento y tuvo que cancelar 6 vuelos este lunes,* Infobae, 10 de enero de 2022
- *'La Paloma' no ha recuperado ni la mitad de los pasajeros de antes del covid,* Deia, 12 de enero de 2022.
- *Ómicron ya ha llevado a cancelar 1.825 vuelos y estas son las aerolíneas más afectadas,* Semana, 3 de febrero de 2022.
- *Sector de turismo chileno pide eliminar pruebas de COVID-19 al ingresar al país,* América Economía, 16 de febrero de 2022.
- *Aeropuerto de Santiago anotó en enero mayor número de pasajeros desde antes de la pandemia,* Pulso, La Tercera, 17 de febrero de 2022.
- *The impact of COVID-19 on the airport business-and the path to recovery,* ACI, de fecha 24 de febrero de 2022 y su respectiva traducción.
- *Ministro de OO-PP. Y siguiente fase de litigio con concesionaria del aeropuerto: "Los resultados van a ser los mismos porque (al Estado) le asiste la razón",* El Mercurio, 27 de febrero de 2022.
- *Carta al Director titulada "El turismo aún no puede ver la luz",* El Mercurio, 5 de marzo de 2022.

- *Aeroméxico finaliza su reestructuración y sale del Capítulo 11 con un plan de US$ 5.000M,* América Economía, 17 de marzo de 2022.
- *Tráfico de pasajeros sigue mejorando en Aeropuerto de Santiago, pero aún lejos del nivel prepandemia,* La Tercera, 17 de marzo de 2022.
- *Gatwick reabre terminal tras 2 años cerrada por la pandemia,* DW, 27 de marzo de 2022.
- *Gremios del turismo lanzan nueva campaña que busca terminar con la homologación de vacunas,* Diario Financiero, 28 de marzo de 2022.
- *State of the Region: The Americas*, IATA, marzo de 2022 y su respectiva traducción.
- *Carta al Director titulada "Chile no puede esperar"*, La Tercera, 27 de marzo de 2022.
- *Un centenar de vuelos de easyJet fueron cancelados por covid*, Independent, 3 de abril de 2022.
- *La pandemia convierte al boyante aeropuerto de Hong Kong en "pueblo fantasma"*, EFE, 12 de abril de 2022.
- *Carta al Director titulada "Exigencias de ingreso a turistas frenan la actividad"*, La Tercera, 13 de abril de 2022.
- *Aeropuerto londinense augura pérdidas este año, Prensa Latina,* 26 de abril de 2022.
- *Los nuevos bloqueos de COVID de China afectan los viajes aéreos nacionales,* IATA, 29 de abril de 2022.
- *Carta al Director titulada "Chile: caso de estudio"*, El Mercurio, 8 de mayo de 2022.
- *IFC Advises on New Deal to Rebalance Madinah Airport Concession Hit by the Pandemic*, Internacional Finance Corporation, Wold Bank Group, de fecha 9 de mayo de 2022 y su respectiva traducción.

- *Aeropuerto Concepción abre pugna con el MOP por efecto económico de la pandemia,* El Mercurio, 31 de mayo de 2022.
- *Covid-19: ¿En qué consiste el Pase de Movilidad Temporal para extranjeros y qué dice la industria del turismo?,* Radio Duna, 6 de junio de 2022.
- *El Gobierno autoriza la inyección de 200 millones en la aerolínea Volotea*, La Vanguardia, 7 de junio de 2022.
- *Bruselas aprueba el plan portugués de 453 millones para reestructurar la aerolínea SATA Azores*, Europapress, 7 de junio de 2022.
- *Latam Airlines con luz verde para salir de capítulo 11: Tribunal de Estados Unidos aprueba plan de reorganización*, Diario Financiero, 18 de junio de 2022.
- *The impact of COVID-10 on airports-and the path to recovery,* ACI, de fecha 28 de junio de 2022 y su respectiva traducción.
- *Fronteras chilenas y el Covid: de las más estrictas de la región al relajo*, La Tercera, 8 de julio de 2022.
- *Tráfico del Aeropuerto de Santiago subió 164% en primer semestre, pero aún no llega al nivel prepandemia,* 19 de julio de 2022.
- *Eduardo Ortiz, CEO de JetSMART: "Chile se ha quedado descompetitivo frente a otros países"*, Aeronaves, de fecha 7 de agosto de 2022.
- *Tráfico del aeropuerto de Santiago en julio marca peak en 29 meses, pero aún representa menos del 75% de su nivel prepandemia,* El Pulso, 17 de agosto de 2022.
- *Air Traveler Response to COVID-19. An 11-Country Survey. Wave III,* IATA y su respectiva traducción.
- *ACI Airport Traffic Forecasting Manual: A practical guide addressing best practices,* ACI, del mes de junio de 2011 y su respectiva traducción de páginas 23, 24, 25, 26, 27 y 28.
- *Is there a relationship between airport passenger traffic growth and GDP growth?*, World Report, ACI, del mes de septiembre de 2016 y su respectiva traducción.

- *Global Air Passenger Markets: Riding Out Periods of Turbulence.* Chapter 1.4., David Oxley y Chaitan Jain, IATA, del año 2015 y su respectiva traducción.
- *Effects of Novel Coronavirus (COVID-19) on Civil Aviation: Economic Impact Analysis,* ICAO, 8 de marzo de 2022 y su respectiva traducción de página 4.
- *Manual on Air Traffic Forecasting,* ICAO, año 2006.
- *Air Traffic Forecasting Methodology by IATA, Appendix 2.1*, 2014, Mott MacDonald y su respectiva traducción de página 5.
- *2015 ACI Airport Economics Report,* ACI.
- *Airport Economics, 2017 Report,* ACI.
- *WATR 2017 Annual World Airport Traffic Report,* ACI.
- *Taking America Beyond the Horizon. The Economic Impact of U.S. commercial Airports in 2017.* November 2018, ACI.
- *Airport Economics, 2018 Report*, ACI.
- *WATR 2018 Annual World Airport Traffic Report,* ACI.
- *Airport Economics, 2019 Report,* ACI.
- *WATR 2019 Annual World Airport Traffic Report,* ACI.
- *Informe de percepciones de negocios*, Agosto 2020, Banco Central de Chile.
- *Informe de percepciones de negocios*, Noviembre 2020, Banco Central de Chile.
- *Price Level Targeting: The Fed Has It About Right*, 4 de octubre de 2012, James Bullard y su respectiva traducción de página 26.
- *Airport Coronavirus Response Grant Program. Airports*, 2 de marzo de 2021, Administración Aviación Federal.
- *2020 CARES Act Grants. Airports,* 1 de marzo de 2021, Administración Aviación Federal.
- *World Economic Outlook. Global Manufacturing Downturn,* Rising Trade Barriers, octubre de 2019, Fondo Monetario Internacional.

- *IMF Working Paper. Hysteresis and Business Cycles,* mayo de 2020, Fondo Monetario Internacional.
- *World Economic Outlook. A Long and Difficult Ascent,* octubre de 2020, Fondo Monetario Internacional.
- *The importance of Air Transport to Chile,* 2019, IATA.
- *Economic Performance of the Airline Industry,* 24 de noviembre de 2020, IATA.
- *IATA Economics' Chart of the Week. Passenger confidence is fundamental to the recovery in air travel,* 26 de junio de 2020, IATA.
- *IATA Economics' Chart of the Week. Restoring confidence will be key for recovery in air travel demand,* 14 de Agosto de 2020, IATA.
- *Temporary Aviation Charges Measures,* 2020, IATA.
- *Public Private Partnership (PPP) – Case study, Brazil*, 2015, ICAO.
- *Public Private Partnership (PPP) – Case study, China*, 2015, ICAO.
- *Public Private Partnership (PPP) – Case study, France*, 2015, ICAO.
- *Public Private Partnership (PPP) - Case study, United States*, 2015, ICAO.
- *Effects of Novel Coronavirus (COVID-19) on Civil Aviation: Economics Impact Analysis*, 20 de enero de 2021, ICAO.
- *The Journey Ahead: How the Pandemic and Technology Will Change Airline Business Travel – Report*, 1 de diciembre de 2020, IdeaWorks.
- *Government support for Kansai International Airport renovation*, 2020, Japan's Daily Newspaper.
- *LATAM Airlines, 2Q20 Results. Weak Figures Despite Positive Surprise on Cargo. Focus Remains on Ch.11,* 18 de Agosto de 2020, J.P. Morgan.
- *Lineamientos para la respuesta del Estado frente a los potenciales impactos generados por la pandemia del Covid-19 en proyectos de asociación público-privada,* Ministerio de Economía y Finanzas de Perú, 2020.

- *Are Schocks to Air Passenger Traffic Permanent or Transitory? Implications for LongTerm Air Passenger Forecasts for the UK,* mayo de 2006, Nenad Njegovan y su respectiva traducción de páginas 318, 319, 320, 321, 322, 323 y 324.
- *Covid-19 will challenge airlines for years,* 2020, Oliver Wyman.
- *Anticipating the travel recovery. Traveler sentiment survey, edition 2,* 2020, Oliver Wyman.
- *Informe de percepciones de negocios*, agosto de 2021, Banco Central de Chile.
- *Effects of Novel Coronavirus (COVID-19) on Civil Aviation: Economics Impact Analysis,* 1 de septiembre de 2021, ICAO.
- *Travel recovery: delayed. Traveler Sentiment Survey, edition 3*, 2021, Oliver Wyman y su respectiva traducción de página 7

<u>Comunicaciones entre la Concesionaria y el MOP: Con citación</u>

- Copia de Carta NP-ADM-XLJ-SV-BL-2020-711 de fecha 17 de marzo de 2020, enviada por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. a Hugo Vera Vengoa, Director General de Concesiones de Obras Públicas.
- Copia de Ordinario N° 0394/2020 de fecha 23 de marzo de 2020 enviado por Hugo Vera Vengoa, Director General de Concesiones.
- Copia de Carta NP-ADM-XLJ-SV-BL-2020-788 de fecha 26 de marzo de 2020, enviada por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. a Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación.
- Copia de Ordinario N° 1094/2020 de fecha 30 de marzo de 2020 enviado por Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación, a Gerente General de la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A.
- Copia de Carta NP-ADM-XLJ-SV-BL-2020-837 de fecha 31 de marzo de 2020, enviada por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. a Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación y sus documentos

adjuntos “Nuevo Pudahuel. Gestión de crisis – Covid 19 Cierre Espigones C-E” y Ordinario N° 1084 de fecha 26 de marzo de 2020.

- Copia de Carta NP-XL-CTO-VH-2020-0980 / NPU-MOP-LET-6678 de fecha 16 de abril de 2020, enviada por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación.
- Copia de Carta NP-ADM-XJ-SV-BL-2020-1032 de fecha 23 de abril de 2020, enviada por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. a Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación.
- Copia de Ordinario N° 1453/2020 de fecha 7 de mayo de 2020, enviado por Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación, a Gerente General de la Concesionaria, y sus adjuntos copia de Ordinario N° 1094/2020 de fecha 30 de marzo de 2020 y copia de Carta NP-ADM-XLJ-SV-BL-2020-1032 de fecha 23 de abril de 2020.
- Copia de Carta NP-COO-XL-FS-MM-2020-1296 de fecha 2 de junio de 2020, enviada por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. a Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación, y su anexo integrante titulado “Medidas implementadas Crisis Covid-10, 01-06-2020”.
- Copia de Carta NP-ADM-ZLJ-SV-BL-2020-1364 de fecha 11 de junio de 2020, enviada por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. a Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación.
- Copia de Ordinario N° 1882/2020 de fecha 23 de junio de 2020 enviado por Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación, a Gerente General de la Concesionaria.
- Copia de Carta NP-ADM-XLJ-SV-BL-2020-1647 de fecha 21 de julio de 2020, enviada por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. a Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación.

- Copia de Carta NP-ADM-XLJ-SV-BL-2020-1721 de fecha 30 de julio de 2020 enviada por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. a Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación.
- Copia de Carta NP-ADM-XLJ-SV-BL-2020-1843 de fecha 19 de agosto de 2020, enviada por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. a Alfredo Moreno C., Ministro de Obras Públicas, y su anexo integrante correspondiente a impresión de correo electrónico.
- Copia de Carta NP-GEN-XLJ-2020-1971 de fecha 2 de septiembre de 2020, enviada por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. a Alfredo Moreno C., Ministro de Obras Públicas, y su anexo integrante correspondiente a impresiones de cadenas de correos electrónicos.
- Copia de Ordinario N° 1155/2020 de fecha 24 de septiembre de 2020 enviado por Alfredo Moreno Charme, Ministro de Obras Públicas, a Gerente General de la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. y su anexo integrante correspondiente a certificado de correos de Chile.
- Copia de Carta NP-XLJ-SV-BL-2020-2206 de fecha 6 de octubre de 2020 enviado por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. a Alfredo Moreno C., Ministro de Obras Públicas.
- Copia de Ordinario N° 1311/2020 de fecha 30 de octubre de 2020 enviado por Alfredo Moreno C., Ministro de Obras Públicas, a Gerente General de la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., y sus anexos integrantes.
- Copia de Carta NP-ADM-XLJ-SV-JC-2020-2561 de fecha 23 de noviembre de 2020 enviado por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. a Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación y sus anexos N°1, 2, 3, y 4, además del anexo Ordinario N°2458/2020 de fecha 27 de agosto de 2020.

- Copia de Carta NP-XL-CTO-JP-2020-2720 / NPU-MOP-LET-7767 de fecha 16 de diciembre de 2020 enviada por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. a Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación.
- Copia de Ordinario N°154/2021 de fecha 15 de enero de 2021, enviado por Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación, a Gerente General de la Concesionaria.
- Copia de Carta NP-ADM-XLJ-SV-BLL-JE-2021-171 de fecha 20 de enero de 2021 enviado por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. a Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación y sus anexos integrantes correspondiente a fotografía de CD adjunto y Ordinario N°109/2021 de fecha 14 de enero de 2021.
- Copia de Carta NP-ADM-XLJ-FS-SV-BLL-2021-337 de fecha 4 de febrero de 2021 enviado por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. a Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación, y su anexo integrante correspondiente a impresión de cadena de correo electrónico.
- Copia de Ordinario N°388/2020 de fecha 5 de febrero de 2021, enviado por Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación, a Gerente General de la Concesionaria.
- Copia de Ordinario N°587/2021 de fecha 26 de febrero de 2021, enviado por Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación, a Gerente General de la Concesionaria.
- Copia de Ordinario N°684/2021 de fecha 8 de marzo de 2021, enviado por Jorge Maureira Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación, a Gerente General de la Concesionaria.
- Copia de Carta NP-ADM-XLJ-SV-BLL-2021-652 de fecha 12 de marzo de 2021 enviado por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. a Jorge Maureira

Frazier, Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación, y su anexo integrante correspondiente a Ordinario N°388/2020 de fecha 5 de febrero de 2021.

- Copia de Carta NP-ADM-XLJ-SV-BLL-2021-1229 de fecha 20 de mayo de 2021 enviada por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. a Marcela Hernández M., Directora General de Concesiones de Obras Públicas (S) y sus anexos N°1, 2, 3, 4, 5 y 6
- Copia de Ordinario N° 0581/2021 de fecha 23 de junio de 2021 enviado por Marcela Hernández, Directora General de Concesiones (S), a Gerente General de la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. y su anexo integrante correspondiente a impresión de correo electrónico.

<u>Correspondencia entre la Concesionaria y subcontratistas-proveedores: con citación</u>

- Copia de Carta NP-COM-XLJ-RB-MM-CL-2020-862 de fecha 2 de abril de 2020, enviada por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. a Martin Vicherat, Transportes Centropuerto LTDA, y sus anexos integrantes.
- Copia de Carta NP-COM-XLJ-RB-MM-CL-2020-863 de fecha 2 de abril de 2020, enviada por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. a Denise Gárate, Empresa Transportes Rurales SpA, y sus anexos integrantes.
- Copia de Carta NP-COM-XLJ-RB-MM-CL-2020-929 de fecha 13 de abril de 2020, enviada por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. a Dagoberto Valderas, Presidente del Sindicato de Taxis Turismo.
- Copia de Carta enviada por Dagoberto Valderas Barría, Presidente Sindicato de Trabajadores Independientes de Taxis de Turismo, Aeropuerto Comodoro Arturo Merino Benítez N°1 a Gerente General de la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A.
- Correo electrónico enviado por Dagoberto Valderas Barria (Presidente del Sindicato de Trabajadores Independientes de Taxis de Turismo, Aeropuerto

Comodoro Arturo Merino Benítez N°1), a Xavier Lortat-Jacob (Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A.), de fecha 5 de abril de 2020, en el cual se adjunta carta en formato PDF.

Otros documentos¨(3): Con citación

- Copia de Carta NP-RRII-XLJ-FS-JR-2020-2769 de fecha 23 de diciembre de 2020, enviada por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. a Raul Jorquera Conrads, Director General de Aeronáutica Civil, y sus anexos integrantes.
- *Aeropuerto de Santiago seguirá a media máquina: anticipan menos pasajeros este verano que en 2019*, Diario Financiero, 6 de enero de 2022.
- *Carta al Director titulada "Aeropuerto de Santiago",* La Tercera, 1 de septiembre de 2021.
- Declaración jurada de exactitud de traducción libre de documentos, de conformidad al artículo 29.3 del Acta de Fijación de Bases del Procedimiento Arbitral.

Decretos de Estados de Excepción Constitucional de Chile: Con citación

- Decreto N°104 que declara Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, de fecha 18 de marzo de 2020.
- Decreto N°269 que prorroga declaración de Estado de Excepción Constitucional de catástrofe, de fecha 16 de junio de 2020.
- Decreto N°400 que prorroga declaración de Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, de fecha 12 de septiembre de 2020.
- Decreto N°646 que prorroga declaración de Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, de fecha 12 de diciembre de 2020.

- Decreto N°72 que prorroga declaración de Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, de fecha 13 de marzo de 2021.
- Decreto N°153 que prorroga declaración de Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, de fecha 30 de junio de 2021.

Decretos de cierre de fronteras de Chile: Con citación

- Decreto N°102 que dispone cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 17 de marzo de 2020.
- Decreto N°116 que extiende vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 1 de abril de 2020.
- Decreto N°180 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 8 de abril de 2020.
- Decreto N°181 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 15 de abril de 2020.
- Decreto N°186 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 22 de abril de 2020.
- Decreto N°191 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 29 de abril de 2020.
- Decreto N°199 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 6 de mayo de 2020.

- Decreto N°202 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 13 de mayo de 2020.
- Decreto N°205 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 20 de mayo de 2020.
- Decreto N°240 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 27 de mayo de 2020.
- Decreto N°254 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 3 de junio de 2020.
- Decreto N°259 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 10 de junio de 2020.
- Decreto N°273 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 17 de junio de 2020.
- Decreto N°283 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 24 de junio de 2020.
- Decreto N°288 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 1 de julio de 2020.
- Decreto N°290 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 8 de julio de 2020.

- Decreto N°292 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 15 de julio de 2020.
- Decreto N°311 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 30 de julio de 2020.
- Decreto N°319 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 13 de agosto de 2020.
- Decreto N°344 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 28 de agosto de 2020.
- Decreto N°399 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 11 de septiembre de 2020.
- Decreto N°435 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 26 de septiembre de 2020.
- Decreto N°455 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 10 de octubre de 2020.
- Decreto N°482 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 28 de octubre de 2020.
- Decreto N°500 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 12 de noviembre de 2020.

- Decreto N°71 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 12 de marzo de 2021.
- Decreto N°152 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 30 de junio de 2021.
- Decreto N°275 que extiende la vigencia del Decreto N°102 que dispone el cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, de fecha 30 de octubre de 2021.

<u>Otras medidas adoptadas por Chile: Con citación</u>

- Decreto N°4 que decreta alerta sanitaria por el período que se señala y otorga facultades extraordinarias que indica por emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) por brote del nuevo coronavirus (2019-NCOV), de fecha 8 de febrero de 2020.
- Decreto N°77 que modifica reglamento para la tramitación y otorgamiento de permisos de operación de casinos de juego, de fecha 20 de febrero de 2021.
- *SCJ oficializa la extensión de plazos para Enjoy por obras en el Casino en Viña del Mar,* Diario Financiero, 29 de abril de 2021.
- Sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique, Rol de Ingreso N°337- 2021, de fecha 29 de junio de 2021.
- Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, Rol de Ingreso N°44867-2021 de fecha 22 de julio de 2021
- *Suprema ratifica fallo que permite modificación de plazos para casinos municipales,* Diario Financiero, 30 de julio de 2021.
- *Ratifican prórroga para la construcción de casinos en Chile*, Focus Latinoamérica, 30 de julio de 2021.

- *Regulador da luz verde a Enjoy para extender plazos de obras de dos casinos municipales,* Diario Financiero, 20 de agosto de 2021.
- Resolución N°023 de que complementa y modifica Resolución DGOP N°080 de 19 de noviembre de 2021, sobre mecanismo de reajuste de los Contratos de Obra Pública del MOP, de fecha 22 de junio de 2022.
- *MOP alista decreto para nuevo mecanismo de reajuste en función de alza de materiales de construcción,* Diario Financiero, 6 de julio de 2022.
- Plan seguimos cuidándonos, paso a paso, elaborado por el Ministerio de Salud, de fecha 15 de julio de 2022.

Medidas restrictivas de movilidad adoptadas por otros países: Con citación

- *COVID – 19 RELATED TRAVEL RESTRICTIONS A GLOBAL REVIEW FOR TOURISM SECOND REPORT AS OF 28 APRIL 2020*, World Tourism Organization, 28 de abril de 2020, y su respectiva traducción.
- *COVID – 19 RELATED TRAVEL RESTRICTIONS A GLOBAL REVIEW FOR TOURISM TENTH REPORT AS OF 5 JULIO 2021,* World Tourism Organization, 5 de julio de 2021, y su respectiva traducción.
- Tabla de restricciones y requisitos sanitarios de ingreso para pasajeros, elaborado por IATA, con fecha 9 de julio de 2021, y su respectiva traducción.
- Correo electrónico enviado por Gabriela Peralta (IATA) a Maximiliano Bohn (SCNP), de fecha 28 de julio de 2022, en el que se adjunta tabla de restricciones y requisitos sanitarios de ingreso para pasajeros, correspondiente al 9 de julio de 2021

Medidas de ayuda entregadas por los Estados: Con citación

- Panorama de la ayuda estatal a los aeropuertos, ACI, actualización de fecha 13 de

- noviembre de 2020.

2. Adicionalmente, la Concesionaria reiteró como medios de prueba documental, todos aquellos documentos que fueron acompañados por esta parte durante la tramitación del presente juicio, incluidos aquellos que fueron acompañados en la solicitud de medida precautoria interpuesta, todos los cuales ya se encuentran incorporados al expediente arbitral.

3. Asimismo, tuvo por acompañados con citación, los informes en derecho elaborados por los profesores (i) Víctor Vial del Río, de fecha 21 de septiembre de 2020; (ii) Claudio Moraga Klenner, de fecha 8 de marzo de 2021.

4. Por último, a solicitud de la parte demandante, a fin de acreditar el punto de prueba N°6 de la resolución que recibió la causa a prueba, en particular, el aumento de los costos en los que ha incurrido la Concesionaria durante la fase de construcción de las obras del Contrato de Concesión, con ocasión de las medidas restrictivas impuestas por la autoridad a causa de la pandemia, se tiene a la vista el expediente arbitral Rol N°20-2022 seguido ante esta misma H. Comisión, y el expediente de la tramitación ante el H. Panel Técnico de Concesiones en la Discrepancia D02-2021-16 que antecedió al presente arbitraje.

5. En la misma Sesión se tuvo por acompañados con citación los siguientes documentos presentados por el **Consejo de Defensa del Estado** en representación del Ministerio de Obras Públicas, teniendo presente que se reitera en parte de prueba los documentos ya acompañados:

<u>Documentos reiterados acompañados en el traslado de la medida precautoria</u>:

- Copia del informe en derecho confeccionado por los profesores de derecho procesal Cristian Maturana Miquel y Javier Maturana Baeza

- Copia del informe del profesor y economista, Alexander Galetovic, titulado "Un análisis económico de la discrepancia entre la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. y el MOP"
- Recomendación del H. Panel Técnico de Concesiones en la Discrepancia D02-2021-16, de fecha 13 de mayo de 2021
- Laudo de fecha 11 de enero de 2021 en el caso CIADI No. ARB/17/16, Carlos Ríos and Francisco Ríos c. La República de Chile
- Noticia IATA Press Report No: 21. "Passenger Traffic Recovery Continues in March" de fecha 4 de mayo de 2022, y su respectiva traducción libre
- Noticia de la Agencia Reuters. "Airline body IATA now sees industry recovery in 2023" de fecha 9 de mayo de 2022 y su respectiva traducción
- Declaración jurada de veracidad de traducciones, exigida por las normas de
- procedimiento.

<u>Documentos acompañados en la reposición de la resolución que recibió la causa a prueba</u>

- Bases de Licitación del Aeropuerto Red Aeroportuaria Austral, de agosto de 2019.
- Circular Aclaratoria N°1 de las Bases de Licitación del Aeropuerto Red Aeroportuaria Austral, de 8 de octubre de 2019.
- Circular Aclaratoria N°2 de las Bases de Licitación del Aeropuerto Red Aeroportuaria Austral, de 8 de noviembre de 2019.
- Circular Aclaratoria N°3 de las Bases de Licitación del Aeropuerto Red Aeroportuaria Austral, de 26 de diciembre de 2019.
- Circular Aclaratoria N°4 de las Bases de Licitación del Aeropuerto Red Aeroportuaria Austral, de 20 de marzo de 2020.

- Circular Aclaratoria N°5 de las Bases de Licitación del Aeropuerto Red Aeroportuaria Austral, de 23 de abril de 2020.
- Circular Aclaratoria N°6 de las Bases de Licitación del Aeropuerto Red Aeroportuaria Austral, de 1 de junio de 2020.
- Circular Aclaratoria N°7 de las Bases de Licitación del Aeropuerto Red Aeroportuaria Austral, de 24 de julio de 2020.
- Circular Aclaratoria N°8 de las Bases de Licitación del Aeropuerto Red Aeroportuaria Austral, de 3 de septiembre de 2020.
- Circular Aclaratoria N°9 de las Bases de Licitación del Aeropuerto Red Aeroportuaria Austral, de 14 de septiembre de 2020.
- Decreto Supremo N°8, de 22 de enero de 2021, por el cual se adjudica el contrato de concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada "Red Aeroportuaria Austral", a ejecutar por el sistema de concesiones.
- Publicación en el Diario Oficial del D.S. N°8, por el cual se adjudica el contrato de concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada "Red Aeroportuaria Austral", de fecha 22 de marzo de 2021.
- Bases de Licitación del Aeropuerto "Tercera Concesión Aeropuerto La Florida de La Serena".
- Circular Aclaratoria N°1 de las Bases de Licitación de la Tercera Concesión Aeropuerto La Florida de La Serena, de 19 de diciembre de 2019.
- Circular Aclaratoria N°2 de las Bases de Licitación de la Tercera Concesión Aeropuerto La Florida de La Serena, de 27 de febrero de 2020.
- Circular Aclaratoria N°3 de las Bases de Licitación de la Tercera Concesión Aeropuerto La Florida de La Serena, de 23 de abril de 2020.

- Circular Aclaratoria N°4 de las Bases de Licitación de la Tercera Concesión Aeropuerto La Florida de La Serena, de 6 de agosto de 2020.
- Circular Aclaratoria N°5 de las Bases de Licitación de la Tercera Concesión Aeropuerto La Florida de La Serena, de 21 de octubre de 2020.
- Circular Aclaratoria N°6 de las Bases de Licitación de la Tercera Concesión Aeropuerto La Florida de La Serena, de 19 de noviembre de 2020.
- Alcance de la Circular Aclaratoria N°6 de las Bases de Licitación de la Tercera Concesión Aeropuerto La Florida de La Serena, de 9 de diciembre de 2020.
- Circular Aclaratoria N°7 de las Bases de Licitación de la Tercera Concesión Aeropuerto La Florida de La Serena, de 16 de diciembre de 2020.
- Circular Aclaratoria N°8 de las Bases de Licitación de la Tercera Concesión Aeropuerto La Florida de La Serena, de 13 de enero de 2021.
- Decreto Supremo N°79, de 30 de abril de 2020, mediante el cual se adjudica el contrato de concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada "Aeropuerto La Florida de La Serena", a ejecutar por el sistema de concesiones.
- Publicación del D.S. N°79 en el Diario Oficial, mediante el cual se adjudica el contrato de concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada "Aeropuerto La Florida de La Serena", de fecha 11 de agosto de 2021.

<u>Documentos que se acompañan, con citación</u>

A. Bases de licitación y relacionados

- Llamado a "Precalificación-Registro Especial Internacional para la Re-licitación del Proyecto de Concesión Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez", publicado en el Diario Oficial el 19 de febrero de 2013.

- Copia de las Bases de Licitación del contrato "Concesión Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago", de febrero 2014. Aprobadas por la resolución DGOP N°33, tramitada el 13 de junio de 2014.
- Copia de la Circular Aclaratoria N° 1, de fecha 30 de junio de 2014. Aprobada por la Resolución DGOP N°108, tramitada el 3 de julio de 2014.
- Copia de la Circular Aclaratoria N° 2, de fecha 26 de agosto de 2014, Aprobada por la Resolución DGOP N°141, tramitada el 23 de septiembre de 2014.
- Copia de la Circular Aclaratoria N°2, de fecha 26 de agosto de 2014, timbrada por el Ministerio de Hacienda.
- Copia de la Circular Aclaratoria N° 3, de fecha 20 de octubre de 2014. Aprobada por la Resolución DGOP N°4000, tramitada el 20 de octubre de 2014.
- Copia de la Circular Aclaratoria N° 4, de fecha 24 de octubre de 2014. Aprobada por la Resolución DGOP N°195, tramitada el 20 de noviembre de 2014.
- Copia de la Circular Aclaratoria N° 5, de fecha 27 de octubre de 2014. Aprobada por la Resolución DGOP N°4113, tramitada el 27 de octubre de 2014.
- Copia de la Circular Aclaratoria N°6, de fecha 3 de noviembre de 2014. Aprobada por la Resolución DGOP N°205, tramitada el 4 de noviembre de 2014.
- Copia de la Circular Aclaratoria N°7, de fecha 28 de noviembre de 2014. Aprobada por la Resolución DGOP N°226, tramitada el 15 de diciembre de 2014.

- Copia de la Circular Aclaratoria N°8, de fecha 9 de diciembre de 2014. Aprobada por la Resolución DGOP N°4915, tramitada el 9 de diciembre de 2014.
- Copia de la Circular Aclaratoria N°9, de fecha 15 de diciembre de 2014. Aprobada por la Resolución DGOP N°246, tramitada el 17 de diciembre de 2014.
- Copia de la Circular Aclaratoria N°10, de fecha 15 de diciembre de 2014. Aprobada por la Resolución DGOP N°4997, tramitada el 15 de diciembre de 2014.
- Copia Bases de Licitación del contrato "Concesión Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago", texto refundido (no oficial), que incluye Circulares Aclaratorias N°s 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10.
- Llamado a licitación pública internacional, el cual fue publicado en el diario El Mercurio con fecha 20 de junio de 2014

B. Antecedentes de adjudicación

- Copia de la Oferta Económica de Nuevo Pudahuel presentada en el proceso de licitación del contrato.
- Copia de la Declaración Jurada de Responsabilidad de Nuevo Pudahuel, de fecha 9 de diciembre de 2014, contenida en Anexo 2, Formulario N° 1 de su oferta técnica.
- Copia del Acta de Recepción y Apertura de Ofertas Técnicas del proceso de licitación del contrato, de fecha 30 de diciembre de 2014.
- Copia del Acta de Evaluación Oferta Técnica del proceso de licitación del contrato, de fecha 2 de febrero de 2015.
- Copia del Acta de Apertura Oferta Económica del proceso de licitación del contrato, de fecha 4 de febrero de 2015.

- Copia del Acta de Adjudicación del proceso de licitación del contrato, de fecha 13 de febrero de 2015.
- Copia del Decreto Supremo MOP N°105, de 12 de marzo de 2015, por el cual se adjudica el contrato de concesión.
- Copia de la publicación del Decreto de Adjudicación en el Diario Oficial, de 21 de abril de 2015.

C. Comunicaciones

- Carta N°2020-0263296, enviada por la embajada de Francia en Chile, a través del embajador Roland Dubertrand, al entonces Ministro de Obras Públicas, don Alfredo Moreno Charme, de fecha 23 de junio de 2020 y el anexo adjunto (1a) a la carta individualizada titulado "Caso concesión aeropuerto de Santiago (NPU)".
- Carta de 6 de noviembre de 2020, enviada por el Ministro delegado de Comercio Exterior y Atractivo, dependiente del Ministro para Europa y de Asuntos Exteriores de la República de Francia, Sr. Franck Reister, al entonces Ministro de Obras Públicas, enviada mediante la Carta conductora de 17 de noviembre de 2020.
- Carta N° NP-ADM-XLJ-SV-BL-2020-1843 enviada por la Concesionaria el 19 de agosto de 2020 al Ministro de Obras Públicas.
- Carta N°NP-GEN-XLJ-2020-1971 enviada por la Concesionaria al Ministerio de Obras Públicas, de fecha 2 de septiembre de 2020.
- Carta N°NP-XLJ-SV-BL-2020-2206, enviada por la Concesionaria al Ministro de Obras Públicas de fecha 6 de octubre de 2020.
- Carta N°NP-GG-XLJ-2020-2416, enviada por la Concesionaria, de fecha 4 de noviembre de 2020, al Ministro de Obras Públicas.
- Oficio Ord. N°1155, de fecha 24 de septiembre de 2020, enviado por el Ministro de Obras Públicas a la Concesionaria.

- Oficio Ord. N°1311, de fecha 30 de octubre de 2020, enviado por el Ministro de Obras Públicas a la Concesionaria.
- Oficio Ord. N°1414, de fecha 26 de noviembre de 2020, enviado por el Ministro de Obras Públicas a la Concesionaria.
- Carta enviada por ADP International y Vinci Airports S.A.S al Presidente de la República de Chile, de fecha 18 de enero de 2021.
- Oficio Ord. DGC N°394 de 20 de marzo de 2020 de la Dirección General de Concesiones, con carácter general.
- Oficio Ord. N°1094/2020, de 30 de marzo de 2020, mediante el cual el Inspector Fiscal se dirige a la Concesionaria.
- Oficio Ord. N°1697/2020, de 2 de junio de 2020, enviado por el Inspector Fiscal a la Concesionaria.
- Oficio Ord. N°2458/2020, de 27 de agosto de 2020, enviado por el Inspector Fiscal a la Concesionaria.
- Oficio Ord. N°1084/2020, de 26 de marzo de 2020, enviado por el Inspector Fiscal a la Concesionaria.
- Carta N°NP-ADM-XLJ-SV-BL-2020-752, enviada por la Concesionaria al Inspector Fiscal de fecha 20 de marzo de 2020.
- Oficio Ord. N°1189/2020, de 8 de abril de 2020, enviado por el Inspector Fiscal a la Concesionaria.
- Oficio Ord. N°1527/2020, de 15 de mayo de 2020, enviado por el Inspector Fiscal a la Concesionaria.
- Oficio Ord. N°1882/2020, de 23 de junio de 2020, enviado por el Inspector Fiscal a la Concesionaria.
- Oficio Ord. N°388/2020, de 5 de febrero de 2021, enviado por el Inspector Fiscal a la Concesionaria.

- Carta N°NP-ADM-XLJ-SV-BL-2020-1364, de 11 de junio de 2020, enviada por la Concesionaria al Inspector Fiscal.
- Carta N° NP-ADM-XLJ-SV-BL-2020-1721, de 30 de julio de 2020, enviada por la Concesionaria al Inspector Fiscal.
- Carta N°NP-ADM-XLJ-SV-SL-2020-1647, de 21 de julio de 2020, enviada por la Concesionaria al Inspector Fiscal.
- Carta N°NP-ADM-XLJ-SV-JC-2020-1879, de 24 de agosto de 2020, enviada por la Concesionaria al Inspector Fiscal.
- Carta N°NP-ADM-XLJ-FS-SV-JC- -2020-2121, de 23 de septiembre de 2020, enviada por la Concesionaria al Inspector Fiscal.
- Carta N°NP-ADM-XLJ-SV-JC-2020-2348, de 26 de octubre de 2020, enviada por la Concesionaria al Inspector Fiscal.
- Carta N° NP-ADM-XLJ-SV-JC-2020-2561, de 23 de noviembre de 2020, enviada por la Concesionaria al Inspector Fiscal.
- Carta N° NP-ADM-XLJ-SV-JC- -2021-591, de 3 de marzo de 2021, enviada por la Concesionaria al Inspector Fiscal.
- Carta NP-ADM-XLJ-SV-JC-2021-829, de 6 de abril de 2021, enviada por la Concesionaria al Inspector Fiscal.
- Carta NP-ADM-XLJ-SV-JC-2021 -1133, de 7 de mayo de 2021, enviada por la Concesionaria al Inspector Fiscal

D. Normativa relacionada

- Ley N°2068, decretada por el Congreso de Colombia, de fecha 31 de diciembre de 2020.
- Ley N°1508, de 10 de enero de 2012, sobre asociaciones públicas privadas de Colombia.
- Ley Nº 80/1993 de 28 de octubre de 1993, de Colombia, que establece el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

- Ley de Aeropuertos de México, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de diciembre de 1995.
- Real Decreto-Ley N°5/2021 de 12 de marzo, España.
- Real Decreto-Ley 8/2020 de 17 de marzo, España.
- Ley 9/2017 de 8 de noviembre de 2017, España.
- Ley contra las restricciones a la competencia (GWB) - Parte 4, §132, Alemania, cuya entrada en vigencia comenzó el 18 de abril de 2016. Se acompaña traducción al español. Se acompaña traducción simple al español en la última página del documento y la declaración jurada es individualizada en el N°11.
- Directivas sobre contratos públicos de cuarta generación, N°2014/23/CE, del parlamento europeo y del consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
- Directivas sobre contratos públicos de cuarta generación, N°2014/24/CE, del parlamento europeo y del consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la directiva 2004/18/ce.
- Declaración jurada de veracidad de la traducción del documento "Ley contra las restricciones a la competencia (GWB) - Parte 4, §132", exigida por las normas de procedimiento.

E. Noticias

- "Las aerolíneas esperan una rápida recuperación tras un 2021 complicado", de La Vanguardia, publicada el 26 de enero de 2022.
- "El transporte aéreo se recupera de la pandemia más rápido de lo esperado", de Diario Financierio, de 25 de octubre de 2021.
- "Vuelos nacionales mantienen recuperación en el inicio de 2022", del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 18 de febrero de 2022.

- “Nuevo Pudahuel y el futuro de las concesiones”, de Eduardo Engel, de fecha 21 de diciembre de 2020, publicado en la página web del Consejo de Políticas de Infraestructura.
- “IVA en tiquetes aéreos bajarán del 19% al 5%”, publicado en la página web de Portafolio, con fecha 3 de diciembre de 2020.
- “Renovación de la Terminal 1 del aeropuerto de Kansai, medio apoyada por la respuesta del gobierno Corona”, publicado en la página web de Nikkei con fecha 15 de diciembre de 2020, traducido al español a través de la plataforma “Google Translate”.
- “El aeropuerto de Osaka Kansai inicia una renovación a gran escala de 70.000 millones de yenes”, publicado en la página web de Asahi Shimbun Digital el 29 de mayo de 2021, traducido al español a través de la plataforma “Google Translate”.
- “Dueños de Nuevo Pudahuel se abren a frenar disputa con Chile en el CIADI tras avance en relación con el MOP”, publicado en el Diario El Mercurio, de fecha 26 de marzo de 2022.
- “Tráfico del aeropuerto de Santiago en julio marca peak en 29 meses, pero aún representa menos del 75% de su nivel prepandemia” publicado en el diario La Tercera con fecha 16 de agosto de 2022.
- “Aeropuerto de Santiago recibió más de 4,6 millones de pasajeros en el primer trimestre del año” publicado en el sitio web de Cooperativa con fecha 15 de Abril de 2022.
- “El verano reactiva los aeropuertos: cierran julio rozando niveles de 2019”, publicado en el sitio web de El Economista con fecha 12 de agosto de 2022.
- “VINCI Airports se transforma en el principal accionista de 13 aeropuertos de México” publicado en el sitio web de Aviación On Line con fecha 1 de agosto de 2022.

- “Aumenta número de pasajeros a nivel mundial: IATA” publicado en A21MX con fecha 5 de agosto de 2022.
- “Se termina la homologación de vacunas: gobierno confirma a hoteleros que anuncio se realizará hoy al mediodía” publicado en el diario La Tercera con fecha 12 de agosto de 2022.
- “La recuperación de la industria aeronáutica está acelerando”, publicado en el medio El Español, con fecha 10 de enero de 2022

F. Jurisprudencia

- Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, rol N°2651-2008, de 9 de septiembre de 2009.
- Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, rol N°28122-2018, de 20 de marzo de 2020.
- Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, rol N°4588-2015, de 7 de marzo de 2016.
- Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, rol N°22041-2019, de 30 de diciembre de 2021.

G. Otros documentos

- Publicación “Concesiones De Obras Públicas En Chile, 20 Años”. Primera edición: junio 2016. Dirección Editorial: División de Estudios y Análisis Financiero, CCOP-MOP.
- Publicación “La Renegociación de Concesiones y la Nueva Ley”. Eduardo Engel, Ronald Fischer, Alexander Galetovic, Manuel Hermosilla. Centro de Estudios Públicos, Puntos de Referencia. Número 297. Septiembre, 2008.
- Historia de la Ley N°20.410, a través de la cual se modifica la Ley de Concesiones de Obras Públicas y otras normas que indica. Diario Oficial 20 de enero, 2010.

- Publicación "Las asociaciones público-privadas en infraestructuras y la reforma del sistema concesional español de autopistas de peaje". Eduardo Engel, Ronald Fischer, Alexander Galetovic, Ginés de Rus. Cuadernos de extensión jurídica (U. de Los Andes), N°31, 2018.
- "Los últimos pronósticos del tráfico aéreo anuncian una recuperación alentadora y un mayor crecimiento de los viajes aéreos en el mundo" publicado en el sitio web de OACI, La Aviación Unida, Organismo especializado de las Naciones Unidas, de fecha 19 de mayo de 2022.
- Recomendación rol D05-2021-16 de fecha 20 de octubre de 2021, dictada por el H. Panel Técnico de Concesiones.
- Discrepancia rol D05-2021-16, presentada por la Concesionaria al H. Panel Técnico de Concesiones con fecha 25 de agosto de 2021.
- Resolución (E) DGC N°1303, de 31 de mayo de 2021, mediante la cual la Dirección General de Concesiones autoriza la extensión de plazos de construcción producto del impacto del Covid-19.
- Decreto supremo MOP Nº149, publicado el 31 de enero de 2020.
- Decreto Supremo MOP Nº150, publicado el 31 de enero de 2020.
- Decreto Supremo MOP Nº151, de 2019, publicado el 31 de enero de 2020.
- Decreto Supremo MOP Nº152, de 2019, publicado el 31 de enero de 2020.
- Decreto N°482, de 26 de marzo de 2020, del Ministerio de Transporte de Colombia.
- Bases de Licitación Bases de Licitación de la Segunda Concesión del Aeropuerto Carriel Sur de Concepción
- Recomendación D04-2022-21, dictada por el H. Panel Técnico de Concesiones con fecha 26 de julio de 2022, a propósito de la disminución de ingresos derivada de los efectos de la pandemia en el Aeropuerto Carriel Sur de Concepción.

- Resolución Exenta MINSAL N°807 de 15 de junio de 2022, por medio de la cual se modifica la resolución N°495 exenta, de 14 de abril de 2022, del Ministerio de Salud, que aprueba el plan de fronteras protegidas.
- Bases de Licitación de la Primera Concesión del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago.
- Bases de Licitación de la Cuarta Concesión del Aeropuerto Diego Aracena de Iquique.
- Bases de Licitación de la Cuarta Concesión Aeropuerto El Tepual de Puerto Montt.
- Bases de Licitación de la Segunda Concesión Aeropuerto Chacalluta de Arica.

5. Asimismo, tuvo por acompañados con citación, los informes en derecho elaborados por los profesores (i) Cristián Boetsch Gillet; (ii) Antonio Bascuñan Rodríguez; (iii) Hernán Corral Talciana y Gian Franco Rosso Elorriaga; y (iv) José Miguel Valdivia Olivares y Martín Loo Gutiérrez, presentados por el Consejo de Defensa del Estado en representación del MOP.

XIII. 1. En sesión de la Comisión N°27, de fecha 30 de agosto de 2022, la Comisión cita los testigos-peritos de la demandante, Srs. Sebastián Cerda Norambuena, Gonzalo Sanhueza Dueñas, y Guillermo Larraín Ríos para para ser contrainterrogados.

2. Asimismo, citó al testigo de la demandada, Sr. Alfredo Moreno Charme, a audiencia de contrainterrogación. No obstante, en Sesión de la Comisión N°30, de fecha 20 de septiembre de 2022, la Comisión tuvo presente el desistimiento de la demandante de la contrainterrogación del Sr. Moreno, dejando sin efecto su citación.

3. La audiencia de contrainterrogación del Sr. Guillermo Larraín se efectúo ante la Comisión el día 21 de septiembre de 2022. La audiencia de contrainterrogación de

los Sres. Sebastián Cerda y Gonzalo Sanhueza se llevó a cabo ante la Comisión el día 26 de octubre de 2022.

XIV. En sesión de la Comisión N°28, de fecha 7 de septiembre de 2022, la Comisión tuvo por acompañado con citación los siguientes documentos presentados por **la Sociedad Concesionaria** como elementos de prueba documental, la declaración jurada de exactitud de traducción libre de documentos respecto a los siguientes documentos.

- *"CONSENT, WAIVER AND AMENDMENT NO. 1 TO THE COMMON TERMS AGREEMENT ANDTHE SENIOR DUAL CURRENCY LOAN AGREEMENT"* de fecha 24 de mayo de 2017,
- *"WAIVER AND AMENDMENT NO. 2 TO THE COMMON TERMS AGREEMENT"* de fecha 18 de marzo de 2019,
- *"WAIVER AND AMENDMENT NO. 3 TO THE COMMON TERMS AGREEMENT"* de fecha 25 de octubre de 2019,
- *"WAIVER AND AMENDMENT NO. 4 TO THE COMMON TERMS AGREEMENT"* de fecha 29 de marzo de 2018,
- *"AMENDMENT NO.5 TO THE COMMON TERMS AGREEMENT"* de fecha 8 de mayo de 2018

XV. 1. En sesión de la Comisión N°29, de fecha 12 de septiembre de 2022, la Comisión tuvo por acompañado con citación los siguientes documentos presentados por la Sociedad Concesionaria:

- Informe Económico preparado para la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel, elaborado por Econsult Capital y suscrito por los señores Sebastián Cerda Norambuena y Gonzalo Sanhueza Dueñas, del mes de agosto de 2022, con sus anexos integrantes.

- Traducción del documento anexo del informe singularizado en el número anterior, titulado "5. Intangible asset model, IFRIC 12 Service concession arrangements. A pocket practical guide. Deloitte", del mes de febrero de 2011.
- Declaración jurada de exactitud de traducción libre del documento señalado en el numeral anterior.
- Informe económico titulado "Efectos previsibles del cobro de multas del MOP en la situación financiera de la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel", elaborado y suscrito por Guillermo Larraín Ríos, del mes de enero de 2022, con sus anexos integrantes.
- Informe económico titulado "Necesidad de ajustar transitoriamente la coparticipación en el contrato de concesión de la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel para que esta pueda enfrentar eficazmente la demanda arbitral", elaborado y suscrito por Guillermo Larraín Ríos, de fecha 6 de mayo de 2022.

2. En adición, tuvo por acompañado dos dispositivos de almacenamiento electrónico que contienen los documentos ofrecidos.

3. En la misma Sesión, se tuvo por acompañado con citación informe económico elaborado por los economistas, don Juan Pablo Montero Ayala y don Fernando Coloma Ríos, acompañados por el Consejo de Defensa del Estado. Asimismo, citó a los testigos peritos, señores Juan Pablo Montero Ayala y Fernando Coloma Ríos a exponer su informe económico de parte en la audiencia telemática de 12 de octubre de 2022, a las 16:00 hrs.

XVI. Con fecha 5 de junio de 2023, el Sr. Secretario de la Comisión Arbitral certificó que el término probatorio decretado en la causa AMB19, Rol N°2022-19, se encuentra vencido y a la fecha no existen diligencias de prueba pendientes.

XVII. En Sesión de la Comisión N°38, de fecha 5 de julio de 2023, la Comisión tuvo por efectuadas las observaciones de la prueba presentadas por el Consejo de Defensa del Estado y la Sociedad Concesionaria con fecha 28 de junio de 2023.

XVIII. En Sesión de Comisión N°40, de fecha 2 de agosto de 2023, las partes realizaron ante la H. Comisión Arbitral sus alegatos de clausura.

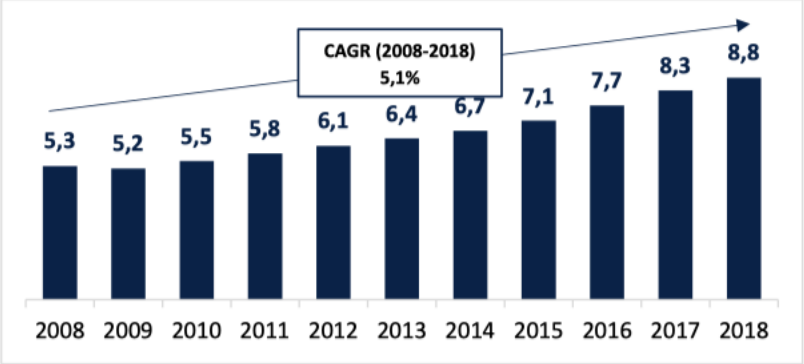
CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, para una debida contextualización de la controversia de autos, cabe referirse, someramente, al impacto que, conforme a los antecedentes allegados al proceso, tuvo la Pandemia del Covid 19 en la industria aeronáutica en general y en la SC en particular.

1. En este sentido, y según consta en el Informe de Econsult agregado al expediente y en los datos que en él se consignan, la evidencia histórica muestra que, durante la última década, los aeropuertos del mundo pudieron sostener su expansión en base a un crecimiento del tráfico de pasajeros a tasas sustancialmente más altas que el crecimiento del PIB mundial (3,0%). En efecto, el tráfico de pasajeros de la última década, a nivel global, ha crecido a una tasa de 5,1% anual (CAGR), y en 2018, el tráfico alcanzó más de 8.800 millones de pasajeros, un 66% mayor a la cantidad registrada en 2008, tal y como muestra la siguiente Figura:

Tráfico de pasajeros a nivel global

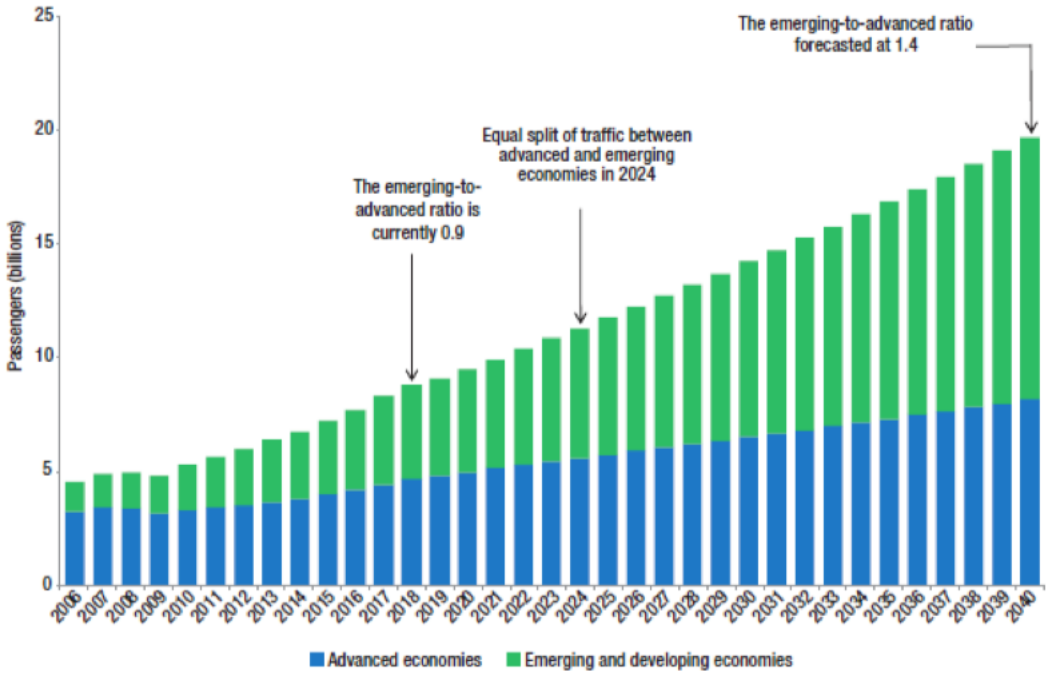
Miles de millones de pasajeros



Fuente: Econsult en base a ACI[15]

En línea con lo anterior, y justo previo a la crisis COVID-19, el pronóstico global a mediano plazo de la ACI (2019) esperaba un crecimiento del tráfico internacional de pasajeros a una tasa anualizada de 4,2% hasta 2040. En términos de regiones del mundo, la siguiente Figura muestra que, en 2018, los aeropuertos en economías emergentes representaron un 47,3% del tráfico de pasajeros a nivel mundial. Se preveía que las economías emergentes superaran a las economías avanzadas en 2024, y que esta proporción siguiera ampliándose lentamente para alcanzar una proporción de 58,4% en 2040.

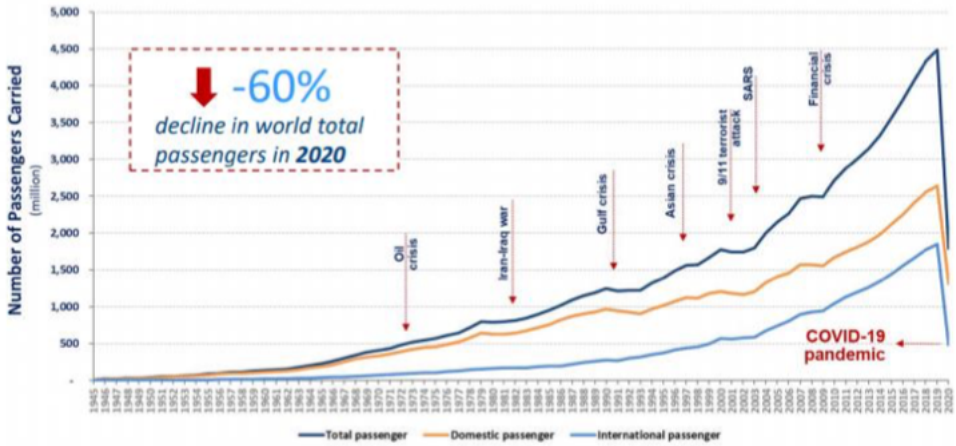
Figura 8. Proyecciones de pasajeros sin COVID-19 a nivel global (2019-2040)



Fuente: ACI (2019), *"Airport Economics, 2019 Report"*

El paradigma sobre el cual se sustentaba la industria tuvo un evidente giro negativo asociado a la crisis sanitaria. Los impactos de ésta sobre la industria aeroportuaria se han visto reflejados principalmente a través de su efecto en el tráfico de pasajeros en todo el mundo, cuyo colapso no tiene precedentes según evidencia la siguiente figura. Esta abrupta caída se explica principalmente por las medidas de contención implementadas, entre ellas, las restricciones de movilidad y los cierres de fronteras.

Evolución del tráfico de pasajeros a nivel global con COVID-19 (1945-2020)



Fuente: ICAO (2021), "Effects of Novel Coronavirus (COVID-19) on Civil Aviation: Economic Impact Analysis", January 2021.

En este contexto, en diciembre de 2020, la ACI, a diferencia de la ICAO, estima una caída de 64,2% en el tráfico de pasajeros de 2020, equivalente 6.011 millones de pasajeros, en comparación con las estimaciones previas a la crisis. Las mayores caídas se observan para Europa, con -70,8% respecto de las estimaciones sin COVID-19, seguidas por las regiones de Medio Oriente (-70,6%), África (-69,5%), Norteamérica (-63,6%), Latinoamérica y el Caribe (-61,8%) y Asia-Pacífico (-59,2%).

El escenario gatillado por la crisis COVID-19 es entonces un nuevo escenario donde los aeropuertos enfrentan niveles menores a los esperados en el volumen de pasajeros, lo cual pone en serias dudas los pilares de la sustentabilidad económica de la industria.

Tráfico de pasajeros a nivel global 2020

Estimaciones pre y post COVID-19 en millones de pasajeros

Región	Estimación sin COVID-19	Estimación post COVID-19	% Cambio
África	244	74	-69,5%
Asia-Pacífico	3.463	1.414	-59,2%
Europa	2.490	728	-70,8%
Latinoamérica y el Caribe	698	266	-61,8%
Medio Oriente	380	112	-70,6%
Norteamérica	2.092	760	-63,6%
Mundo	**9.366**	**3.355**	**-64,2%**

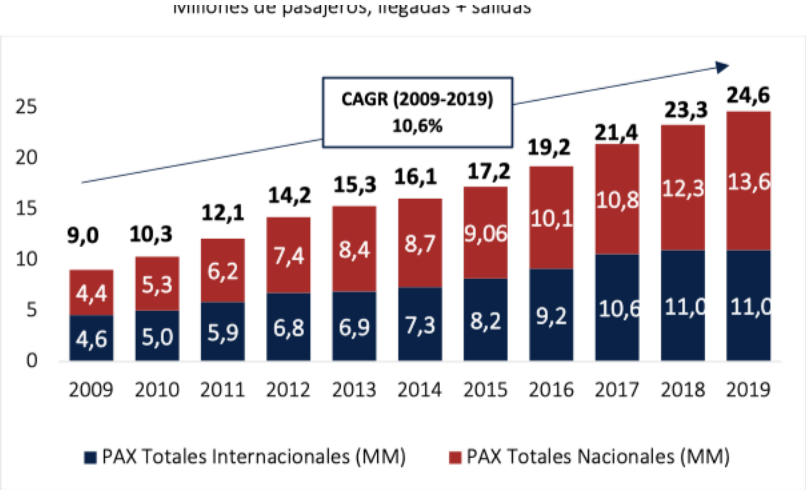
Fuente: ACI (2020), *"ACI Advisory Bulletin: The impact of COVID-19 on the airport business", December 2020*

En lo que dice relación con el tráfico de pasajeros en el Aeropuerto AMB, de manera similar a lo observado para el tráfico de pasajeros a nivel global, durante la última década, previa a la crisis sanitaria, el tráfico de pasajeros ha mantenido una tendencia creciente y mayor al crecimiento del PIB local real durante el mismo período (3,0%, de acuerdo con las cuentas nacionales elaboradas por el Banco Central de Chile).

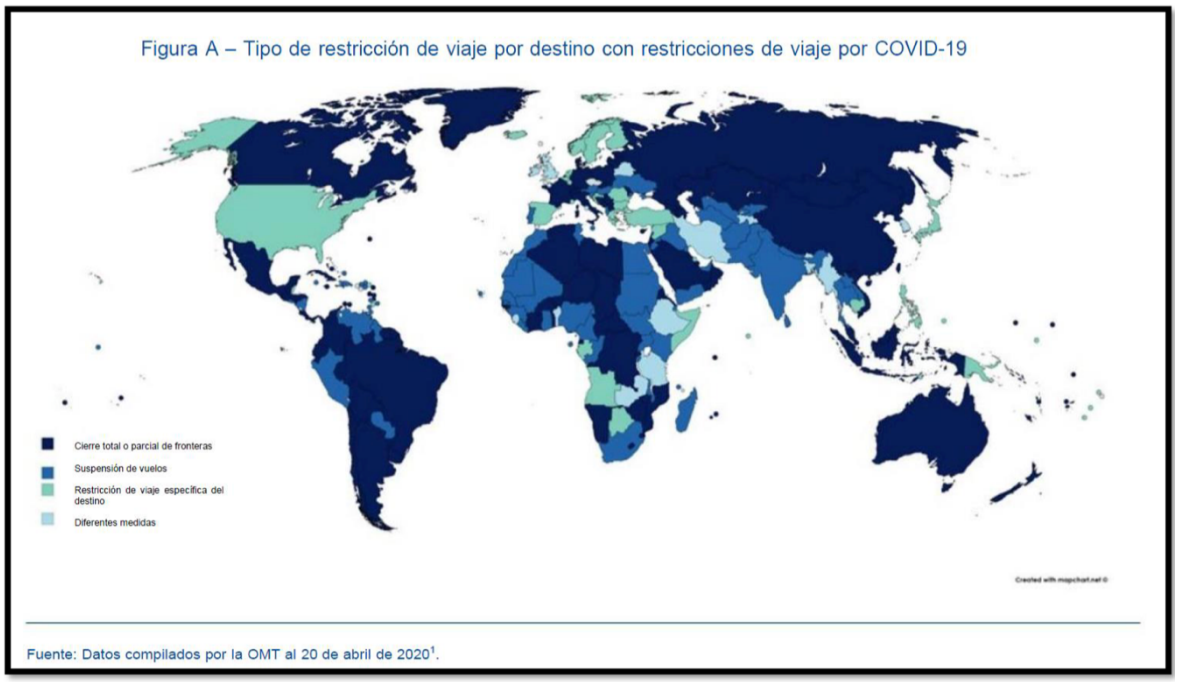
En efecto, para el período entre 2009 y 2019, se observa un crecimiento de 10,6% anual (CAGR), aproximadamente al doble de la tasa de crecimiento del tráfico de pasajeros a nivel mundial (5,1%). A nivel desagregado, en igual período, el tráfico doméstico de pasajeros creció más rápido que el tráfico internacional, con un CAGR de 11,9% y 9,1% respectivamente. Lo anterior, se explica en parte por la aparición en Latinoamérica de las aerolíneas *low cost* posterior al boom en el mundo desarrollado. En Chile, Sky Airlines comenzó a operar bajo el modelo *low cost* en 2015, mientras que en 2017 comenzó a operar JetSMART en el país. Ese mismo año, Latam Airlines, la principal aerolínea que opera en el Aeropuerto AMB, empezó a implementar esta modalidad en sus vuelos nacionales.

Tráfico de pasajeros AMB

Millones de pasajeros, llegadas + salidas

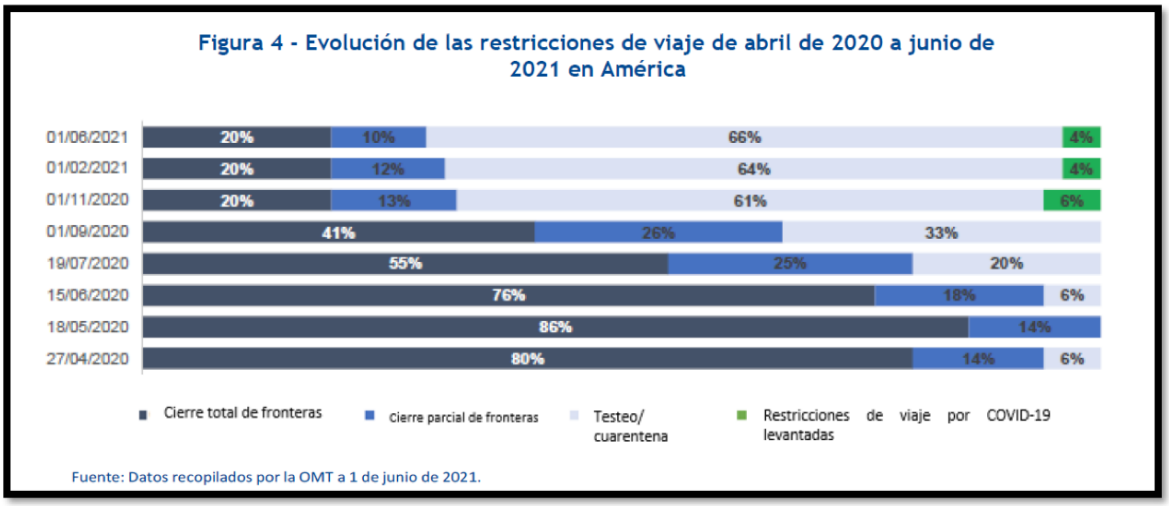


Según los datos aportados a esta causa por la SC, la Organización Mundial de Turismo ("OMT" o "WTO" por sus siglas en inglés) explicó que, al 28 de abril de 2020, nunca en la historia se habían restringido los viajes internacionales de manera tan extrema, pues el 100% de los destinos en todo el mundo tenían restricciones de viaje relacionadas con el COVID-19, como se refleja en la siguiente figura:



Esta situación de cierre de fronteras y medidas restrictivas de viajes se mantuvo a medida que aumentaban los contagiados y fallecidos por COVID-19 en el mundo. Así, al 1 de junio de 2021, "un total de 136 destinos (el 63% de todos los destinos del mundo) tenían sus fronteras completamente (63 destinos, el 29% de todos los destinos del mundo) o parcialmente (73 destinos, el 34% de todos los destinos del mundo) cerrados para el turismo internacional" (COVID – 19 RELATED TRAVEL RESTRICTIONS A GLOBAL REVIEW FOR TOURISM TENTH REPORT AS OF 5 JULY 2021, World Tourism Organization, 5 de julio de 2021.)

Conforme analizó la OMT en su reporte del 5 de julio de 2021, respecto a la evolución de las restricciones de viaje a nivel global y continental, a esa fecha, Chile pertenecía al 20% de América que permanecía con cierre total de fronteras, existiendo en el continente destinos que incluso ya habían levantado las restricciones de viaje por COVID-19, como se muestra en el siguiente gráfico:



2. Que, entre otros antecedentes acompañados al proceso por la SC y a partir de los cuales coligen las conclusiones que se indicarán, se encuentra el Anteproyecto Referencial Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago (el "Anteproyecto Referencial"). Conforme se define en las BALI, el Anteproyecto Referencial "*corresponde al Anteproyecto elaborado y entregado por el Ministerio de Obras Públicas (MOP) para la ampliación de la obra pública fiscal objeto de la licitación y entregado por el MOP, en carácter de indicativo, salvo en aquellos casos y materias en que en las Bases de Licitación se señale algo diferente, el cual se ha desarrollado a nivel de anteproyecto, conteniendo las definiciones y requerimientos mínimos de las obras a realizar, y que el Licitante o Grupo Licitante puede hacer suyo total o parcialmente en la Oferta Técnica*" (Artículo 1.2.2. 4 de las BALI).

La presentación del Anteproyecto Referencial realizada por el MOP a los oferentes consideró las estadísticas de tráfico de los últimos 30 años, indicando que, el promedio de crecimiento de los últimos 10 años es de 6,7% internacional y 12,7% doméstico, acumulando un crecimiento de 9,6% total.

Esta misma lógica, en orden a expandir las obras existentes y construir nuevas obras, se puede identificar en la Actualización del Plan Maestro Fase 2ª (el "Plan Maestro"), también entregado durante la licitación, el que, conforme se define en las BALI, *consiste en un instrumento de planificación de la Dirección de Aeropuertos del MOP ("DAP") que proporciona un marco normativo para el desarrollo futuro de la totalidad de AMB y sus ampliaciones, para los horizontes de los años 2030 a 2045*.

El Plan Maestro establece que "*Con un terminal existente diseñado para procesar 10 millones de pasajeros, la necesidad de un segundo terminal es evidente, entendiendo que esto implica la necesidad de ampliar en un 142% las capacidades actuales de procesamiento*". Así, establece que, en esta fase de Plan Maestro, el crecimiento del sistema aeroportuario se desarrollará hacia el sur, adicionando al terminal actual un segundo terminal para de esa manera desarrollar dos terminales interconectados: el T1, de 108.000 m 2 aproximados (9.000 m 2 de ampliación y 28.0000 m2 aproximados de remodelación del edificio existente), y el T2, de 154.000 m2.

El Plan Maestro se actualizó utilizando el Estudio de Demanda, que forma parte integrante del mismo. Así, en base a dicho Estudio de Demanda, el MOP determinó los requerimientos necesarios y dimensionó la necesidad de expansión del Aeropuerto, tanto desde el punto de vista operacional, con la flota proyectada de aeronaves, como para la atención de los flujos de pasajeros nacionales e internacionales.

Este Estudio de Demanda contiene un modelo que muestra una proyección conservadora, otra tendencial y otra optimista del tráfico de pasajeros, con tasas de crecimiento anual que variaban entre un 8,35% y un 2,90% para el tráfico nacional y entre un 6,88% y un 2,39% para el tráfico internacional. Así, en un escenario tendencial, el Estudio de Demanda preveía una continua expansión en el tráfico de pasajeros, proyectando que el mismo prácticamente se duplicaría entre 2012 y 2025.

Dicha tendencia es coincidente con la presentada en el Plan Maestro de Transporte de Santiago 2025 ("Plan Maestro Santiago 2025"), de febrero de 2014, dirigido y consensuado por un comité técnico integrado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y el propio MOP, entre otras reparticiones e instituciones públicas, el cual buscaba ser una "*guía para la gestión y las inversiones estratégicas en infraestructura que definan un sistema de transporte urbano orientado a satisfacer las necesidades de movilidad de las personas y mercancías en Santiago en el largo plazo*". Este reconoce que "*dado el cada vez más intenso uso del aeropuerto, existe preocupación por los niveles de congestión que presenta y los problemas de capacidad asociados, los que pueden diferenciarse en dos áreas: la capacidad del terminal para atender pasajeros y la capacidad de las pistas para atender operaciones (aterrizaje y despegue). El mayor uso del aeropuerto requiere, a su vez, inversiones para mejorar su acceso*".

En este documento se expresa que la proyección de demanda optimista de pasajeros alcanzaría al 2028 los 60 millones de pasajeros y al 2035, los 110 millones de pasajeros, mientras que en la proyección intermedia la demanda de pasajeros alcanzaría los 45 millones de pasajeros en 2028 y 63 millones de pasajeros en 2035.

A tal punto la autoridad expresaba su confianza en el crecimiento del tráfico de pasajeros –señala la SC– que el artículo 1.15 de las BALI establece que, en caso de que la cantidad de pasajeros embarcados supere la demanda de horas punta señalada en la misma norma, "*considerada para que el diseño del aeropuerto permita que el Concesionario cumpla permanentemente hasta la fecha de término de la concesión con los Niveles de Servicio y Estándares Técnicos establecidos en las presentes Bases de Licitación (…) nacerá para el MOP una opción, que podrá ejercer o no, de requerir por una sola vez a la Sociedad Concesionaria la ejecución de una ampliación de las obras del Contrato de Concesión*".

Conforme a lo que también se indica por la SC, con base en los antecedentes que se indicarán, las obras en expansión serían financiadas vía ingresos generados

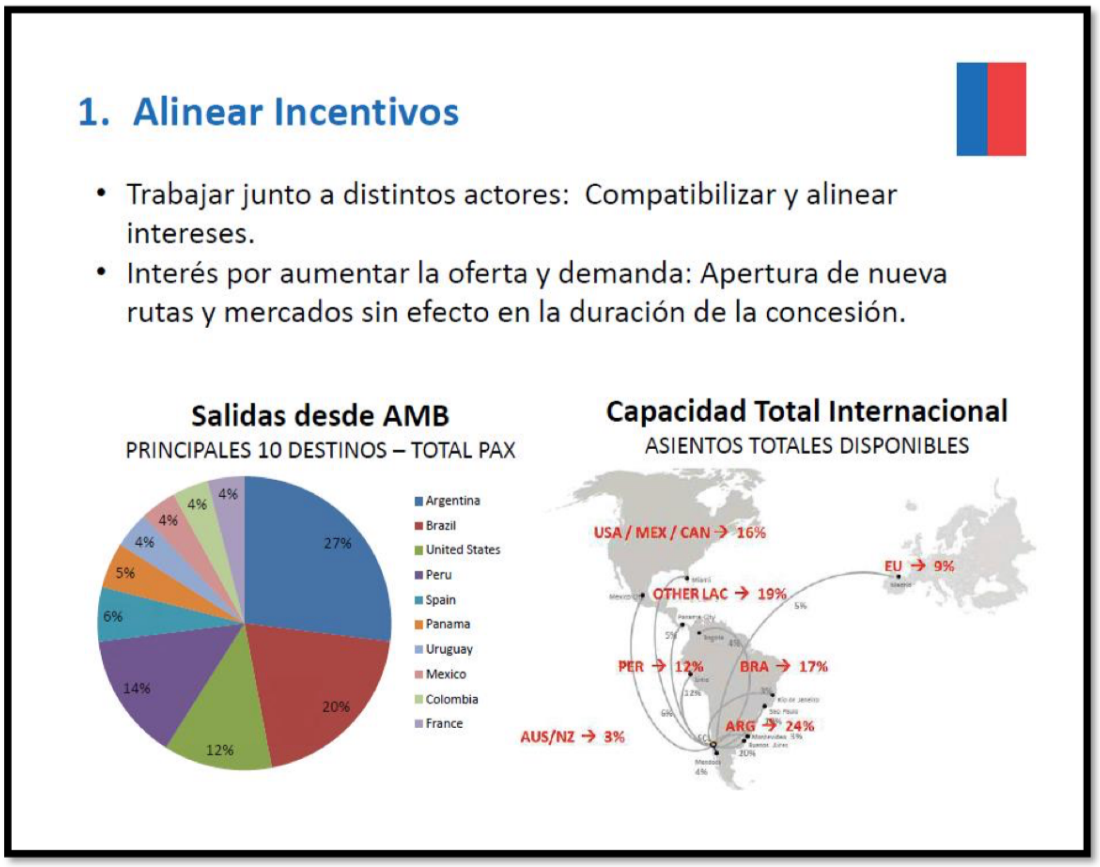
por el tráfico, lo que incentivaría a la Concesionaria a adoptar medidas para aumentarlo, tal como efectivamente ocurrió –expresa la SC– desde que SCNP asumió la Concesión.

La Licitación que definió la oferta económica del licitante consistió en los pagos ofrecidos por el oferente al Estado por la entrega de bienes o derechos para ser utilizados en la Concesión, el que se expresó como Porcentaje de los Ingresos Totales de la Concesión ("PIT"). Se estableció así un sistema de compartición de ingresos en el cual el único ingreso de la Concesionara por el cumplimiento de sus obligaciones sería aquella parte del PIT que no tuviese que entregar al Estado.

Este sistema genera incentivos en la Concesionaria para aumentar el tráfico de pasajeros y, de esa forma, aumentar los ingresos que tanto éste como el Estado pueden recibir de la Concesión. Los intereses de ambas partes, de este modo, están alineados: mientras más tráfico tenga el Aeropuerto, mayores serán los beneficios tanto para el Estado como para SC.

En este sentido, el testigo Maximiliano Bohn, Subgerente de Desarrollo de Aviación Comercial de SCNP, declaró en la causa que "*El hecho de que el factor determinante de la remuneración a la que la Concesionaria tiene derecho sea el tráfico de pasajeros, refleja el propósito de la autoridad, al momento de licitar, de que la Concesionaria tuviera incentivos para aumentar la oferta y la demanda de transporte de pasajeros, abriendo nuevas rutas y atrayendo nuevos operadores*" (Declaración testimonial Maximiliano Bohn, p. 1.)

Estos incentivos son expresamente reconocidos por el MOP en la presentación del Modelo de Negocio de la Relicitación de AMB, de fecha julio 2014, el cual indica:



Presentación del Modelo de Negocio de la Relicitación Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago, p. 4

Según los antecedentes allegados al proceso por la SC, las cifras del tráfico de pasajeros medidas por la Junta de Aeronáutica Civil ("JAC") entre octubre de 2015 y diciembre de 2019 (anterior a la aparición del COVID-19), que fueron acompañadas por esa parte a estos autos, superaron las proyecciones del Estudio de Demanda que el MOP tuvo en consideración al diseñar el Anteproyecto Referencial.

De este modo, entre el 2015 y el 2018 la tendencia de crecimiento anual experimentada en los años anteriores continuó e incluso se incrementó, con tasas de crecimiento anuales cercanas al 10%. Solo el año 2019 el tráfico real fue levemente inferior al proyectado (24,6 millones de pasajeros observados respecto a 25 millones

proyectados), lo que se debió al denominado "estallido social" ocurrido en octubre de ese año.

Con estas cifras de tráfico, entre octubre de 2015 y febrero de 2020, conforme lo dispone el artículo 1.14 de las BALI, la Concesionaria compartió el 77,56% de los Ingresos Totales de la Concesión, y el Estado recibió ingresos por aproximadamente USD 1.170 millones. ($688.910.173.353. Considerando el valor de la UF en cada mes en que la Concesionaria pagó el PIT, ello equivale a UF 25.588.943).

SEGUNDO: Que, a propósito de lo dicho, la **Recomendación del Panel Técnico de Concesiones** concluyó que "*En sus primeros años de concesión 2015 al 2019, de acuerdo con los respectivos balances, los ingresos fueron levemente superiores al escenario optimista elaborado por la DGAC.* ***Por lo tanto, ex post a la adjudicación, suponer que la SC presentó una oferta temeraria no tiene sustento***".

De esta manera, afirma la SC, las proyecciones de Nuevo Pudahuel previo a la llegada del COVID-19 fueron acertadas, presentando una variación mínima en comparación al aumento real del tráfico de pasajeros (fueron superiores en un 1,5% para el tráfico doméstico, y un 4,1% para el tráfico internacional). Así se desprende de las cifras de tráfico real de pasajeros medidas por la JAC en el período indicado, las que constan en los Informes Estadísticos Mensuales del Tráfico Aéreo y en las planillas de Registro de Tráfico de Pasajeros, que gozan de veracidad por tratarse de documentos oficiales, esto es, que emanan de un servicio público creado por Ley –la JAC– en ejercicio de las potestades que le confiere su respectiva ley orgánica.

	Tráfico Nacional		Tráfico Internacional	
Año	Proyectado	Real	Proyectado	Real
2015	8.692.000	9.058.267	8.090.000	8.172.300
2016	9.502.000	10.090.072	8.756.000	9.102.416
2017	10.748.000	10.834.849	9.510.000	10.592.022
2018	12.172.000	12.339.718	10.332.000	10.984.588
2019	13.716.000	13.630.251	11.238.000	11.000.491

Fuente: Elaboración de la SC, a partir de los Informes Estadísticos Mensuales del Tráfico Aéreo de la JAC y del Certificado de Proyección del Tráfico Aéreo de Steer, Davies & Gleave

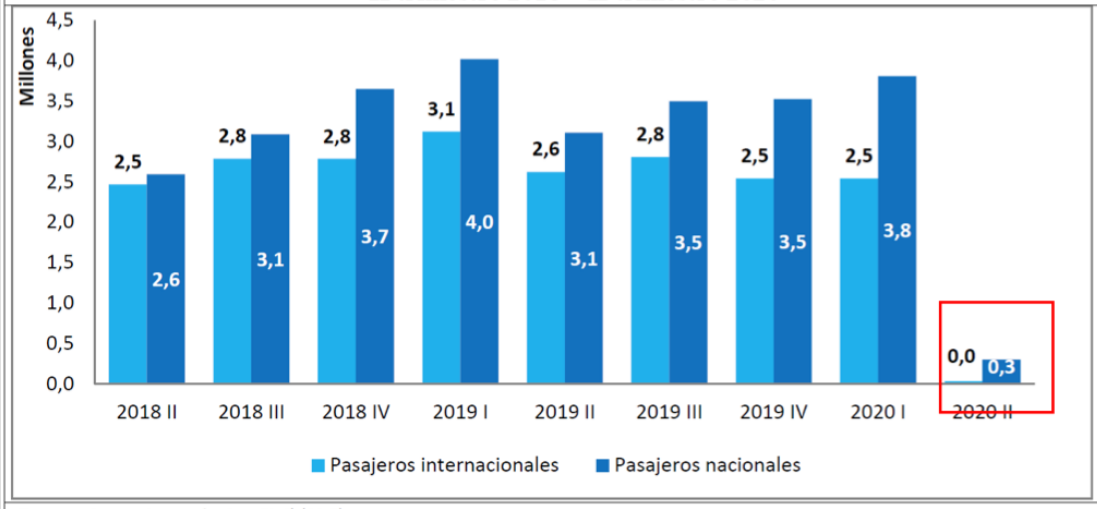
Vinculado a lo anterior, el Panel Técnico de Concesiones también concluyó que "*Es evidente que esta pandemia viene mostrando, a nivel mundial, un catastrófico efecto para algunos sectores de la economía, en comparación a las consecuencias de los tradicionales, recurrentes, conocidos y previsibles eventos de la naturaleza (…). Con un análisis sistémico multidimensional, la pandemia ha sido también calificada por el MOP como un evento imprevisible y por tanto no se puede exigir a los gestores que la contemplaran en las evaluaciones de los proyectos económicos, en particular cuando, visto ex post se verifica una profunda incertidumbre debido a que las probabilidades no se pueden definir*".

Según informó la ACI, la baja en el tráfico de pasajeros significó una disminución de ingresos aproximada de USD 129 mil millones durante el año 2020 para los aeropuertos, lo que representa una disminución del 64,7%, comparado con los ingresos proyectados antes de la pandemia. Adicionalmente, señaló que, a casi dos años del comienzo de la pandemia, ésta es una crisis existencial para los aeropuertos y aerolíneas del mundo.

En el Informe Trimestral de Concesiones correspondiente a los meses de abril-junio de 2020, el MOP informó que:

"*Los pasajeros transportados durante el segundo trimestre disminuyeron en 5,4 millones, cifra que representa una reducción de 94,1% en comparación a igual período de 2019. Esta baja se explica por la caída en un 90,3% de pasajeros nacionales y de un 98,7% en el caso de los internacionales*".

Gráfico 12
Tráfico trimestral de pasajeros nacionales e internacionales por aeropuertos concesionados, II trimestre 2018 – II trimestre 2020



Fuente: Junta Aeronáutica Civil (JAC).

Como aparece en el gráfico, el efecto de la crisis sanitaria tuvo mayor incidencia en los pasajeros internacionales durante el segundo trimestre del año: desde una cifra de 2,6 millones en el segundo trimestre de 2019 a 34.200 aproximadamente en el mismo lapso de 2020. En tanto, los pasajeros nacionales cayeron desde 3,1 millones a un orden de 301.800 en los mismos trimestres.

Según los registros de la JAC, durante los primeros 12 meses de la pandemia (marzo 2020 – febrero 2021), el Aeropuerto recibió 5 millones de pasajeros en lugar de los 26,7 millones que se esperaban, esto es, un 81% menos de lo esperado,

mientras que, entre los mismos meses del año anterior, transitaron por el Aeropuerto 24,7 millones de pasajeros.

De acuerdo con lo informado por la SC –aportando para ello los antecedentes que se indicarán– los efectos de la pandemia en el tráfico se extendieron durante todo el 2021 y 2022, continuando con cifras críticas a la baja y sin lograr recuperarse a los niveles anteriores a ella.

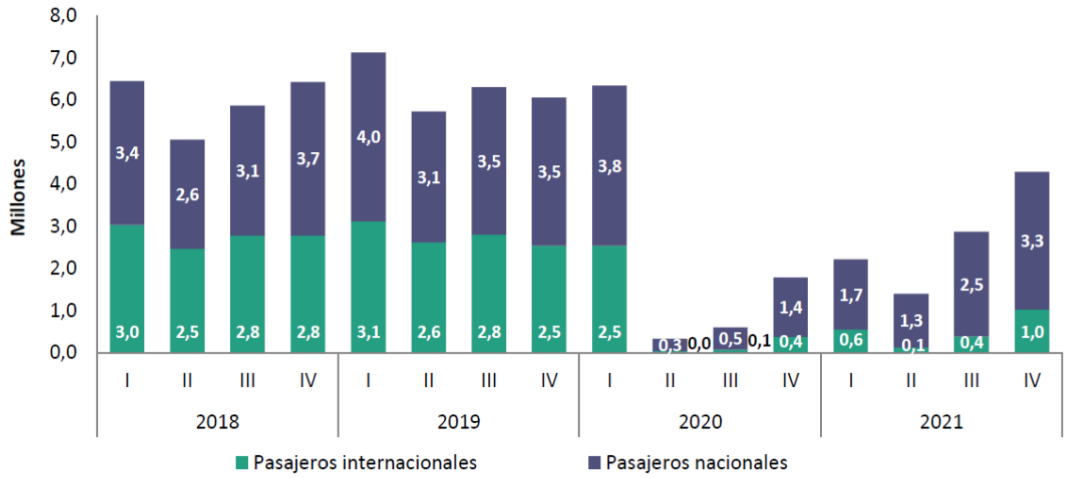
Así, el Informe Trimestral de Concesiones del periodo enero-marzo de 2021, emitido por la DGC, reconoce que, a nivel nacional:

"*Las disminuciones en el flujo de pasajeros de enero-marzo obedecen a la caída de un 56,2% de pasajeros nacionales y de un 78,3% en el caso de los internacionales, comparando los años 2021 y 2020. La caída en pasajeros internacionales supera la de nacionales, lo que guarda relación con las condiciones globales de restricción a la movilidad con otros países.*

Lo anterior también se refleja en la proporción de pasajeros internacionales sobre el total transportado".

Conforme a los registros de tráfico de la JAC y según se desprende de los informes trimestrales de concesiones, indica la SC que el tráfico del año 2021 en los aeropuertos concesionados apenas alcanzó los 10 millones de pasajeros, lo que equivale a niveles alcanzados en el año 2008, observándose además una gran disparidad entre la evolución del tráfico doméstico, que alcanzó los 7,9 millones de pasajeros –comparable al tráfico doméstico del año 2012– y el tráfico internacional, que apenas sobrepasó los 2 millones de pasajeros, lo que corresponde a niveles inferiores a los del año 1995.

Gráfico 14
Tráfico trimestral de pasajeros nacionales e internacionales en Aeropuertos concesionados, I trimestre 2018- IV trimestre 2021[16]



Fuente: Junta Aeronáutica Civil (JAC).

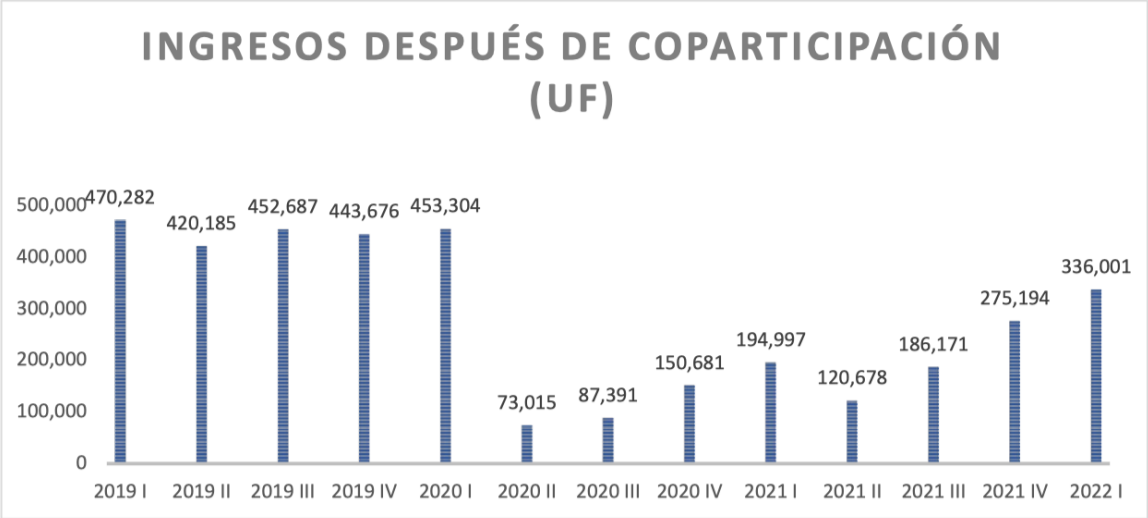
Añade la SC, que el tráfico tampoco logró recuperarse el año 2022. El informe estadístico mensual elaborado por la JAC correspondiente al mes de diciembre de 2022 para todos los aeropuertos del país, efectúa un análisis muy ilustrativo de la situación del tráfico aéreo, realizando especial comparación entre los meses de enero a diciembre del año 2022 con mismo periodo de 2021 y 2019:

Meses	PASAJEROS 2022			VAR.(%) 2022-2021			VAR.(%) 2022-2019		
	Internacional	Nacional	Total	Inter	Nac	Total	Inter	Nac	Total
Enero	488.249	1.333.533	1.821.782	139,7	132,7	134,5	-55,5	-14,5	-31,4
Febrero	465.395	1.262.159	1.727.554	157,0	108,2	119,4	-54,0	-13,0	-29,9
Marzo	482.139	1.099.526	1.581.665	188,5	87,5	109,9	-52,4	-13,8	-30,9
Abril	496.851	996.336	1.493.187	1123,9	197,3	297,4	-43,4	-12,3	-25,9
Mayo	529.680	1.021.051	1.550.731	1485,2	122,9	215,5	-40,3	-8,1	-22,4
Junio	506.947	928.514	1.435.461	943,8	73,7	146,2	-41,0	-10,0	-24,1
Julio	652.100	1.131.025	1.783.125	811,7	41,7	105,0	-34,7	-14,3	-23,1
Agosto	611.695	1.025.490	1.637.185	341,4	20,6	65,5	-34,7	-13,3	-22,8
Septiembre	614.235	1.020.257	1.634.492	246,1	5,5	42,9	-29,7	-14,0	-20,7
Octubre	681.022	1.148.419	1.829.441	185,2	5,2	37,5	-17,6	-0,7	-7,8
Noviembre	712.541	1.162.389	1.874.930	109,9	3,4	28,1	-11,1	-4,5	-7,1
Diciembre	764.837	1.209.086	1.973.923	71,0	1,6	20,6	-16,4	-10,9	-13,1
TOTAL	**7.005.691**	**13.337.785**	**20.343.476**	**235,6**	**46,3**	**81,6**	**-36,9**	**-11,0**	**-22,0**

Informe estadístico mensual JAC de diciembre de 2022

La tabla anterior demostraría que el tráfico internacional continuaba un 36,9% más bajo que el del 2019 y, a pesar de la mejoría del tráfico nacional respecto a los peores tiempos de la pandemia, el Aeropuerto en su totalidad continúa con números rojos. Así, en el periodo enero-diciembre de 2022 presentó un tráfico total 22% menor al del 2019.

TERCERO: Que, en lo referido a la evolución de la remuneración de la Concesionaria desde 2019, la SC informa una pérdida de ingresos total para el año 2020 de 57,2%, considerando que los meses de enero y febrero –la temporada alta en Chile– fueron meses de operación normal y previa a los impactos de la pandemia en nuestro país. En el periodo abril-diciembre 2020, sin embargo, la baja de los Ingresos Totales para la Concesionaria fue de 76,4% (comparado con 2019), llegando a un máximo de 83% en el mes de abril (respecto del mismo mes en 2019). En 2021, la baja de los Ingresos Totales para la Concesionaria fue de 56,5% (comparado con 2019) llegando a un máximo de 74,6% en el mes de abril (respecto del mismo mes en 2019).



Relativamente al primer trimestre de de 2023, los ingresos de la Concesionaria seguían siendo un 28,6% más bajos que los del primer trimestre de 2019, lo que, expresa la SC, provocó un riesgo real de insolvencia de la Concesionaria. La situación de déficit de liquidez fue latamente tratada por el experto económico señor Guillermo Larraín en sus informes acompañados a estos autos.

En relación con el impacto económico de la disminución del tráfico de pasajeros, el referido experto –en sus informes acompañados a estos autos– determinó, a partir de la revisión de los estados financieros, presupuestos de gastos e ingresos, y la situación de las cuentas corrientes de SCNP, entre otros, que la pandemia redujo sus ingresos netos en, aproximadamente, un 55%.

Asimismo, y tal como resume el mismo experto en la actualización de su primer informe (Informe Larraín 2), "*la duración del shock que ya se extiende hacia su tercer año mantiene deprimida la actividad del transporte aéreo. Dada la extensión fija del contrato de concesión, cada mes que se extiende la pandemia afecta negativa y crecientemente su valorización*"; agregando que "*la empresa enfrenta un déficit de liquidez importante. Este déficit no obedece, según se detalló en el informe previo, a una ineficiente gestión de la administración o a su negligencia. Si SCNP quiebra, lo más probable es que ello sea producto*

de su situación de liquidez. Esta no mejorará, mientras no se recupere el negocio operacional y ello eventualmente ocurrirá, pero requiere tiempo".

A partir de su análisis, el mismo experto concluye que *"(…) el resultado efectivo de los ejercicios 2020 y 2021 muestra fuertes pérdidas: USD 453 millones y USD 101 millones respectivamente. Es crucial entender de dónde provienen. El principal componente que explica esta pérdida es la partida llamada "Deterioro del Activo Fijo". Esta cuenta refleja la mejor estimación que puede hacer la empresa del cambio en el valor presente de los flujos que generará la concesión. Si el valor presente es inferior al valor contable, se hace una provisión llamada "Deterioro del Activo Fijo" y ello se traslada al balance como una reducción en el valor del "Activo Intangible" que es la principal cuenta del activo de SCNP.*
(…)
Las fuertes pérdidas de 2020 y 2021 han significado un brutal deterioro en el patrimonio de la empresa. En efecto, de tener un patrimonio de USD 191,6 millones en 2019, las pérdidas de 2020 hicieron que el patrimonio sea negativo en USD 273,1 millones, situación que se agudizó en 2021 con un patrimonio negativo que asciende a USD 362,2 millones.
Una empresa con patrimonio negativo quiere decir que tiene más pasivos que activos. En estricto rigor, es una empresa insolvente".

Por último, y sobre la base de los antecedentes que acompaña a estos autos, la SC explica que las predicciones entregadas durante el mes de febrero y el mes de junio de 2022 por la ACI con motivo de la pandemia determinan que en el mundo se pronostica una recuperación total a los niveles de 2019 para el año 2024, estimación que se mantuvo en el último informe publicado por dicha organización en octubre de 2022. En concreto, se espera que el tráfico nacional global de pasajeros alcance los niveles prepandemia a fines del año 2023. Sin embargo "el tráfico internacional mundial de pasajeros requerirá casi un año más para recuperarse y alcanzará los niveles de 2019 solo en la segunda mitad de 2024", lo que significa que

se espera que el tráfico global se recupere completamente recién en el año 2025. SCNP (4) N°125; https://aci.aero/2022/10/06/the-impact-of-covid-19-on-airports-and-the-path-torecovery/ Fecha de consulta electrónica: 26 de diciembre de 2022; https://aeromarket.com.ar/noticias/la-recuperacion-deltransporte-aereo-europeo/ Fecha de consulta electrónica: 3 de enero de 2023), que han sido ratificadas por esta organización en diciembre de 2022 (https://actualidadaeroespacial.com/la-recuperacion-total-del-trafico-de-pasajeros-se-retrasa-hasta-2025/ Fecha de consulta electrónica: 26 de diciembre de 2022) y a principios del año 2023 (https://aeromarket.com.ar/noticias/la-recuperacion-del-transporte-aereo-europeo/ Fecha de consulta electrónica: 3 de enero de 2023; https://aci.aero/2023/02/22/the-impact-of-covid-19-on-airportsand-the-path-to-recovery-industryoutlook-for-2023/ Fecha de consulta electrónica: 9 de junio de 2023), siendo también confirmadas en el mes de junio por la IATA (lámina 7 de la IATA titulada "Passenger traffic expected to recover in 2024": https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economic-reports/global-outlook-for-air-transport---june-2023---presentation/ Fecha de consulta electrónica: 23 de junio de 2023), indican que en el mundo el tráfico local de pasajeros podría volver a los niveles de 2019 a fines de 2023. Sin embargo, el tráfico internacional de pasajeros alcanzaría dichos niveles en el cuarto trimestre de 2024 (https://aci.aero/2023/02/22/the-impactof-covid-19-on-airportsand-the-path-to-recovery-industry-outlook-for-2023/ Fecha de consulta electrónica: 9 de junio de 2023), lo que significa que se estima que la demanda global se recuperará recién en el año 2024.

En este contexto, y apoyándose en los antecedentes que indica, la SC afirma que la realidad aeronáutica nacional va en línea con lo que pasa en el mundo. El informe de tráfico de la IATA de julio de 2022 muestra que la recuperación del tráfico de pasajeros en Chile a los niveles de 2019 ocurrirá recién a comienzos o mediados

del año 2024, recuperándose la demanda de pasajeros nacionales antes que la demanda de pasajeros internacionales.

En concordancia con lo anterior, el Informe Econsult agregado a los autos, concluye que las proyecciones de demanda de pasajeros muestran que los niveles de tráfico del año 2019 podrían recién alcanzarse a mediados del año 2024.

Sin embargo, acota la misma SC, las propias proyecciones elaboradas por la DAP del MOP muestran una perspectiva aún más sombría. En efecto, en su última actualización al Plan Maestro de AMB del mes de septiembre de 2021, se indica que recién en el año 2027 los pasajeros transportados alcanzarán el nivel registrado en diciembre de 2019, destacando que el análisis realizado por este órgano se hace con plena independencia de si el escenario sobre el cual se construye la predicción es un escenario optimista, base o pesimista, **lo que significa que, para todos los escenarios de su análisis, deberán transcurrir a lo menos 7 años para alcanzar los niveles pre pandémicos**.

Por último, y teniendo en cuenta los antecedentes aportados al proceso, la SC da cuenta del hecho de que, una vez recuperado el tráfico de pasajeros, el crecimiento de la demanda seguirá impactado al punto que entre 2020 y 2035 se perderán 135 millones de pasajeros en AMB en relación con las proyecciones que se tenían para el mismo periodo antes del COVID-19.

Para sostener lo dicho, se basa en el informe de Econsult, el cual calculó la pérdida de tráfico de pasajeros para el periodo 2020-2035 a través de la comparación de dos escenarios: escenario contrafactual (sin COVID-19) y escenario factual (con COVID-19).

Señala, a este respecto, que para su proyección, y tomando como insumo de su informe los modelos de proyección emanados de organismos internacionales expertos en tráfico y de la literatura especializada, Econsult analizó la relación que existe entre la demanda de tráfico aéreo y el nivel de actividad económica medida

principalmente por el PIB, concluyendo que la elasticidad de la demanda de tráfico aéreo depende en gran medida del aumento o disminución de la actividad económica ("aumentos del nivel de actividad económico inducen una mayor demanda por viajes aéreos"). En su informe, incorpora también como variable de análisis el cambio de comportamiento que tendrán los pasajeros debido al COVID-19.

Bajo esos presupuestos, la demanda de tráfico es modelada según su componente doméstico e internacional, ocupando la base de datos mensuales publicados por la JAC. Para el tráfico doméstico, se utilizó el PIB de Chile publicado por el Banco Central de octubre de 2019 y el precio del ticket aéreo nacional. Para el tráfico internacional, se ocupó el PIB de Latinoamérica publicado por el Fondo Monetario Internacional ("FMI") y el precio del ticket aéreo internacional. Ambos componentes presentan elasticidades en función del PIB de un promedio de 2,2%, en línea con los valores y parámetros estimados por organismos internacionales como la ACI.

A partir de lo anterior, Econsult determinó la demanda de tráfico efectivo de pasajeros entre el período de *2015-2022 (julio de 2022) y la demanda de tráfico proyectada para el período 2022, teniendo como premisa basal que "la crisis del COVID-19 provocará una caída permanente en el crecimiento tendencial del PIB, lo que queda refrendado al comparar las proyecciones realizadas por el FMI entre octubre de 2019 (escenario pre-COVID) y octubre de 2020 (escenario COVID)*". Dicha premisa se fundaría en los informes elaborados por la FMI y la IATA que demuestran que toda crisis profunda o shock económico viene seguido por "un prolongado período de crecimiento bajo lo normal", lo que en Chile se traduce –para los efectos de la proyección del tráfico de pasajeros de AMB– en una caída del crecimiento del PIB de largo plazo desde el 3,2% hasta un 2,5%.

Aplicando esta metodología, Econsult concluyó que, bajo un escenario con COVID-19, se perderán 135 millones de pasajeros acumulados entre el año 2020 y 2035 en comparación a los pasajeros que se esperaban transitar por AMB en un escenario sin COVID-19. La composición de dicho número es la siguiente: 68 millones de pasajeros representarían el tráfico doméstico y 67 millones de pasajeros representarían el tráfico internacional. Esta reducción representa un 20% menos de pasajeros de lo que SCNP estimaba tener al momento de adjudicarse la licitación.

En lo que respecta a los aspectos tratados, la SC hace ver que ninguna de estas cifras fue cuestionada ni objetadas por los informantes económicos de la contraria ni tampoco por el resto de la prueba aparejada por el MOP, al punto que alguno de los supuestos utilizados por Econsult para su estimación de tráfico de pasajeros fueron compartidos y utilizados por los propios peritos de la contraria para la elaboración de su peritaje. De hecho, en audiencia ante este Tribunal, el Sr. Fernando Coloma, experto presentado por el MOP, expresó: "*Nosotros intentamos replicar este ejercicio en base a los mismos valores que la consultora que fue contratada por Nuevo Pudahuel*". Más adelante agregó: "*Estos números son del mismo informe económico de Econsult, esto no ha sido manipulado por nosotros*" (pp. 9, 20 de su declaración testimonial).

CUARTO: Que de conformidad al artículo 36 de la Ley de Concesiones, este Tribunal puede considerar la recomendación (la "Recomendación") del Panel Técnico de Concesiones ("el Panel") *como un antecedente para la dictación de su sentencia*. Esta Comisión Arbitral, de hecho, la tomará en cuenta en tal carácter.

El Panel conoció y se pronunció los temas que se han reseñado en los motivos anteriores a través de la DISCREPANCIA D02-2021-16 S.C. NUEVO PUDAHUEL S.A. MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS "Discrepancia por alteración del equilibrio económico derivada de la pandemia" Santiago, 13 de mayo de 2021.

En su Recomendación –que en todo caso no es vinculante para este Tribunal– el Panel formuló una serie de consideraciones jurídicas que son relevantes para la controversia de autos y que, por lo mismo, se estima oportuno sintetizar a continuación.

Primeramente, en el numeral 7 de la Recomendación el Panel precisa que "*Revisadas las presentaciones de las partes, el Panel ha estimado que el* ***objeto*** *de la presente Discrepancia es: ´Determinación de si la pandemia es un hecho sobreviniente que afecta de manera sustancial y en forma duradera el equilibrio económico del contrato y razonabilidad de las propuestas efectuadas por la SC´*".

Enseguida, y en su numeral 8, expresa que "*El Panel Técnico* ***ha tenido a la vista*** *los antecedentes entregados por la SC Nuevo Pudahuel S.A. en su Discrepancia y el MOP en sus Observaciones, así como los aportados a propósito de la Audiencia Pública y con sus respectivos escritos de Observaciones a la AP. Asimismo, se analizó el marco normativo que rige las Concesiones de Obras Públicas, así como toda la documentación que forma parte del Contrato de Concesión "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago*".

En lo que dice relación con el análisis de los **fundamentos jurídicos invocados por las partes** (numeral 10.1.), el examen del Panel se inicia con el estudio de la **naturaleza del Contrato de Concesión** (numeral 10.1.1).

Sobre este particular, hace presente que "*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, lo que se tendrá en especial consideración para el análisis del Panel. Además, esta norma señala que es*

el Estado el responsable de proveer estos servicios a la ciudadanía y en otras oportunidades la infraestructura concesionada es necesaria para que pueda ejercer su misión de bien común, la que entrega a una empresa privada para que, en su reemplazo, construya, opere y mantenga la infraestructura respectiva que, de no mediar la concesión, la tendría que asumir el propio Estado. (…)

Si bien todo contrato es una ley para las partes contratantes y, por lo tanto, no se puede alterar la distribución de riesgos contenida en ella, corresponde analizar si, el presente contrato contempla el riesgo de la pandemia covid-19 dentro de dicha asignación y si bajo las circunstancias contratadas y, a la luz de los instrumentos que forman parte del contrato, incluido el ordenamiento jurídico que le resulta aplicable, procede revisarlo con motivo de la pandemia y las consecuentes medidas adoptadas por la autoridad.

La característica de tratarse de contratos onerosos y conmutativos lleva a la consideración de las prestaciones mutuas y a la equivalencia de las mismas. En este caso particular, se trata de un contrato a plazo fijo de 20 años que tiene sus propias particularidades, por ejemplo, que en esta concesión los ingresos son compartidos en la proporción 22,44% para la SC y la diferencia de 77,56% para el Estado de Chile, prorrata que fue fijada por la SC en su oferta económica. La consideración de estos dos elementos, el largo plazo y la compartición de los ingresos, resultan fundamentales para resolver la presente Discrepancia. Por una parte, el plazo remanente de este contrato es considerable, le restan 15 años, y también debe tenerse presente que los efectos de la pandemia, bajo la estricta mirada contractual, también afecta en un porcentaje relevante al propio MOP."

Tratando acerca de los **riesgos del contrato y la Discrepancia planteada,** en el 10.1.3. el Panel concluye que "*existe una discrepancia o diferencia entre las partes en cuanto a si la presente pandemia que ha afectado el tráfico aéreo y por ende los ingresos de la SC, y los del Estado puesto que existe un sistema de compartición de ingresos en una proporción de 22,4 y 77,6% respectivamente, es un hecho sobreviniente que no se encuentra cubierto por el contrato de concesión y por ende un riesgo no previsto. La posición del MOP*

es clara: la Ley de Concesiones y el Contrato no contemplan otra compensación a la SC que las expresamente previstas en el contrato – es decir aquellas contempladas en el régimen económico acordado de compartición de ingresos. La SC por su parte sostiene que el contrato si prevé la posibilidad de su revisión. (…)"

Al momento de calificar la pandemia, en su numeral 10.1.4, señala que ésta corresponde a **un hecho sobreviniente de la naturaleza**.

"*La pandemia es un hecho sobreviniente de la naturaleza, una situación extraordinaria e imprevista, totalmente ajena a la voluntad de las partes y que ha provocado no sólo efectos en múltiples esferas y actividades a nivel mundial y del país, sino que en el presente contrato de concesión una caída de los ingresos de la SC, lo que, conforme ésta señala, ha puesto en peligro la continuidad del contrato. El reconocimiento de que la pandemia es una situación imprevista ha sido dado, para efectos de los contratos de concesión de obra pública, por el propio Ministerio de Obras Públicas mediante Ordinario N°394 de 20/03/20, que señala:*

"Producto de la grave situación sanitaria generada en el país asociada al brote mundial del coronavirus-2 del síndrome respiratorio agudo grave, que produce la enfermedad de COVID-19, que dio lugar a la dictación de la alerta sanitaria y estado de catástrofe por los D.S. del Ant., se ha estimado necesario impartir instrucciones destinadas a abordar los efectos que puedan generar las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria en el normal desarrollo de los contratos de concesión de obra pública, estudios y asesorías a la inspección fiscal a cargo de esta Dirección.

Respecto de aquellas obligaciones cuyo cumplimiento pueda verse afectado por las medidas dispuestas por la autoridad, se considera necesario establecer ciertos criterios aplicables a los contratos de concesión de obra pública y consultorías contratadas por esta Dirección.

1. La situación derivada del COVID-19 presenta las características establecidas en el Art. 45 del Código Civil para atribuirle el carácter de caso fortuito, dado su carácter de derecho común

y de carácter supletorio, tal como fue reconocido por la Contraloría General de la República mediante dictamen del Ant. 2.

2. Los efectos de caso fortuito en el cumplimiento del contrato de concesión se deberán determinar en cada caso, en función de la afectación que produzca, debiendo cada concesionaria o consultora presentar los antecedentes que acrediten el impacto en el contrato a través del inspector fiscal."

*A continuación, el Ordinario se refiere a las solicitudes de aumento de plazo que pudiesen ser solicitadas por las concesionarias, disponiendo que estas serán analizadas en forma expedita. Un margen determinado de aleatoriedad es natural en cualquier contrato y lo asume o padece la parte respectiva afectada; pero la pandemia que actualmente afecta al mundo escapa del riesgo natural, racional y previsible del negocio al que alcanza la responsabilidad de la SC y por ende no podría ser una alea asumida por ésta. La misma autoridad en su Ordinario N°394, ya citado, la calificó de caso fortuito, es decir, de "imprevisto imposible de resistir", conforme la definición del artículo 1445 (**sic**) del Código Civil. (…). En consecuencia, considerando que la pandemia es un hecho imprevisto y por ende sobreviniente al normal desarrollo del contrato de concesión, corresponde revisar si en el régimen contractual del presente contrato de concesión se contempla alguna regulación en materia de hechos sobrevinientes como causal de revisión o de ajuste del contrato*."

A propósito de lo anterior, el Panel sostiene, en el numeral 10.1.5, que **el marco contractual aplicable en la especie permite la revisión del contrato.**

En este sentido expresa: "*El análisis efectuado por el Panel del marco contractual del presente contrato de concesión ha permitido identificar las siguientes normas que habilitan la revisión de este contrato. Ellas son las siguientes:*

a) *En el Reglamento de la Ley de Concesiones:*

• *El artículo 71 del Reglamento de la Ley de Concesiones se refiere a la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión y en su numeral 1 expresa:*

"1.- Las bases de licitación establecerán la forma y el plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, por causas sobrevinientes que así lo justifiquen, pudiendo modificar uno o varios de esos factores a la vez. En los casos en que las bases no contemplaren estas materias, las controversias que se susciten entre las partes se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 36° del DS MOP Nº 900 de 1996".

Las partes del contrato difieren sobre la vigencia y aplicación de esta norma. Si bien este artículo 71 del Reglamento corresponde al mismo texto del antiguo artículo 19 inciso tercero de la Ley de Concesiones, eliminado por la Ley N°20.410, sostener que esta norma también se encontraría derogada por ese solo hecho es al menos discutible y un asunto de derecho que debe ser dilucidado en definitiva por la instancia jurisdiccional correspondiente. (…)

(…) el mismo MOP ha validado y aplicado este artículo en el presente contrato de concesión. En efecto, mediante Circular Aclaratoria N°8 (AMB), contenida en la Resolución DGOP N°4915, de 09/12/14, ante una consulta sobre el alcance de la norma contenida en las BALI numeral 1.10.10. C.11 –sobre la que se volverá más adelante– el MOP respondió "Remítase a lo establecido en los artículos 36 de la Ley de Concesiones y 71 del Reglamento." Entrar en explicaciones detalladas, como hace el MOP sobre el significado y alcance de esta respuesta, no le resta valor al hecho que el MOP declaró aplicable en este contrato de concesión el artículo 71 del Reglamento. (…)

Ahora bien, a pesar de la actuación de la autoridad al respecto y la incorporación de esta norma a nivel contractual, aun cuando pudiese interpretarse que el artículo 71 del Reglamento se encuentra tácitamente derogado para el presente contrato de concesión, se encuentran vigentes otras normas en el Reglamento que hacen referencia a los "hechos sobrevinientes"

• El artículo 44 del Reglamento, que se refiere a las atribuciones del Director de Concesiones, contiene una facultad pertinente a la materia que se analiza y que se reproduce a continuación:

"d) Proponer al Ministro de Obras Públicas la aceptación o rechazo de la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de ajuste o del plazo de concesión por causas sobrevinientes que así lo justifiquen".

Esta facultad del Director tiene correlato con el artículo 71 referido, es decir, cuando ocurren causas sobrevinientes que justifiquen la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de ajuste o del plazo de concesión por causas sobrevinientes, debe proponer las medidas de adaptación del contrato de concesión a las nuevas circunstancias. (…)

b) En las BALI. (…)

Independientemente de lo anterior, se procedió a revisar si las BALI del presente contrato contemplan específicamente la materia.

• El artículo 1.8.16 de las BALI se refiere a las atribuciones del DGOP, hoy Director General de Concesiones, reiterando las normas reglamentarias correspondientes.

Dentro de las facultades que enumera, se mencionan las siguientes: "a) Recomendar al Ministro de Obras Públicas las autorizaciones que correspondan, según las solicitudes planteadas por la Sociedad Concesionaria". "d) Proponer al Ministro de Obras Públicas la aceptación o rechazo de la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de ajuste o del plazo de concesión por causas sobrevinientes que así lo justifiquen". Es decir, las BALI contienen las mismas facultades contempladas en el artículo 44 letra d) del Reglamento, utilizando la misma formulación verbal respecto de los hechos sobrevinientes, y por ende concordante con el cuestionado artículo 71 del Reglamento. La vigencia de esta norma no ha sido discutida.

• *Por su parte, el artículo 1.10.10 letra C.11 de las BALI señala: "El Concesionario podrá solicitar al Inspector Fiscal, por causas sobrevinientes que así lo justifiquen, la revisión de las tarifas tanto de los Servicios Aeronáuticos como de los No Aeronáuticos, fijadas en las presentes Bases de Licitación, o cualquiera de sus condiciones, regulaciones o modalidades de explotación". (…)*

• *A su vez, estas normas se enmarcan y no contravienen las atribuciones del DGCOP, que conforme el numeral e) del nuevo artículo 22 ter de la ley Orgánica del MOP DFL 850 de 1997, introducido por la Ley N°21.044 que crea la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas, señala: "e) Velar por el adecuado y correcto cumplimiento de los contratos de concesión en sus diferentes etapas, en virtud de lo dispuesto en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, su reglamento, el contrato de concesión, las bases de licitación y los actos administrativos que conforman el contrato de concesión, como también en las demás leyes y reglamentos que le fueren aplicables." (…)*

Cabe señalar que ha sido el propio MOP quien ha incorporado y establecido estas normas a nivel contractual, lo que es posible por cuanto no se contradicen con la Ley de Concesiones actualmente vigente, como fue analizado por este Panel en la Discrepancia D01-2021-11. Respecto a lo señalado por el Panel en dicha oportunidad, que el MOP ha rebatido en sus presentaciones en la presente discrepancia, cabe agregar que el actual artículo 19 de la Ley de Concesiones regula claramente el régimen de compensación a la SC por actos de autoridad posteriores a la adjudicación y sus requisitos (inciso primero); establece que el nivel de inversiones de la SC para cumplir los estándares de servicios comprometidos no será susceptible de compensación adicional alguna, salvo los casos excepcionales que prevean las bases de licitación (inciso segundo); regula la facultad del Ministerio de Obras Públicas de modificar las características de la obras y servicios contratados por razones de interés público (inciso tercero); para luego regular la forma en que se deben calcular y pagar dichas obras (incisos cuarto en adelante). En parte alguna del artículo 19, y a pesar de la intención del legislador reflejada en la historia de la ley, se excluye o se prohíbe el pago de compensaciones o indemnizaciones a una SC por hechos sobrevinientes distintos de los contemplados en el inciso primero, y, por el contrario, el inciso segundo hace una remisión a las BALI, y con ello autoriza a que contractualmente se pueda regular la materia, en caso de situaciones excepcionales. La expresión "situaciones excepcionales" es aún más amplia que la de "causas sobrevinientes que así lo justifiquen", razón por la cual la inclusión de tales "causas sobrevinientes" en las BALI del presente contrato, así como en el Reglamento, no resulta contradictoria con las disposiciones legales revisadas.

Más aún, el MOP ha querido interpretar que la expresión "sólo" que utiliza el legislador en el inciso primero del artículo 19 de la LC está establecida para limitar la responsabilidad del Estado exclusivamente a los hechos del príncipe, estableciendo una especie de responsabilidad residual de cargo de la SC por todo otro hecho sobreviniente. Sin embargo, es erróneo considerar que la norma no permite otras situaciones de compensación por cuanto de su lectura se desprende que ésta regula un hecho sobreviniente específico (el hecho del

príncipe) respecto del cual se establecen condiciones para que opere la compensación. La expresión "sólo" se encuentra después de señalar que el concesionario puede solicitar compensación, para el efecto de puntualizar que ello procederá sólo cuando se reúnan los requisitos copulativos que allí se indican. Norma fundamental de interpretación de la ley es aquella que señala que "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu" del artículo 19 del Código Civil. De esta manera, siendo claro lo dispuesto en la norma, debe primar la literalidad sobre el espíritu.

Adicionalmente, el MOP también señala que su interpretación del artículo 19 es la única que da sentido y la hace compatible con el artículo 11 de la misma ley. Dicha norma expresa que "El concesionario percibirá como única compensación por los servicios que preste, el precio, tarifa o subsidio convenidos y los otros beneficios adicionales expresamente estipulados". Con ello pretende reforzar su idea de la responsabilidad residual. Sin embargo, tal argumentación resulta errónea toda vez que precisamente el artículo 19 de la LC contempla excepciones a dicha regla y el artículo 11 es el mismo que regía antes de la modificación de la Ley N°20.410."

Más adelante, y concretamente referido al **artículo 71 del Reglamento,** el Panel concluye (en el numeral 10.1.6), que dicho precepto se **encuentra vigente para este contrato**. A este respecto señala:

"*Además de las razones antes anotadas, es necesario precisar los fundamentos por los cuales se estima que el artículo 71 del Reglamento se encuentra plenamente vigente para este contrato de concesión.*

a) *La más obvia de las razones es que se trata de un artículo que está incluido en el Reglamento de la Ley de Concesiones y no existe una derogación expresa de la misma.* ***La derogación tácita contenida en el artículo 4 transitorio no es concluyente, puesto que no se observa contradicción entre esta norma y la ley,*** *lo que queda refrendado con la propia aplicación que de la norma hace el MOP en las BALI de este*

contrato. b) Lo anterior cobra mayor fuerza en los actos propios de la autoridad. El propio MOP al contestar una pregunta en el proceso de licitación de este contrato de concesión hizo referencia al mismo para dar una respuesta lo que demuestra que le dio aplicación práctica y ello evidentemente genera la confianza legítima que se encuentra vigente. Sostener lo contrario es ir contra sus propios actos, lo que es rechazado por el derecho. El MOP validó su aplicación para este contrato. (el énfasis es nuestro)

b) *El anterior argumento es válido también respecto de las BALI, las que son elaboradas y redactadas por el propio Ministerio, no teniendo los licitantes injerencia alguna en su elaboración. Estas, además, están sujetas al procedimiento de toma de razón ante la Contraloría General de la República, por lo que se encuentran amparadas por el principio de legalidad. Si las BALI recogen disposiciones que ahora el MOP estima derogadas o incompatibles, no solo contraviene dicho principio sino el de confianza legítima. Si bien las BALI también señalan que en caso de contradicción entre las BALI y la ley primará la ley, mal puede el MOP alegar dicha contradicción en circunstancias que es su propia actividad la que incorporó y validó dicha normativa a nivel contractual.*

c) *El ejecutivo ha utilizado su potestad reglamentaria para modificar el Reglamento con posterioridad a la dictación de la ley N°20.410 y no ha modificado dicho artículo. En efecto, el Reglamento ha experimentado diversas modificaciones, siendo la última de fecha 21/12/16. Luego, si el ejecutivo ha mantenido el artículo 71 del Reglamento es porque ha entendido que dicha norma es compatible con la Ley de Concesiones, en particular con las modificaciones introducidas por la ley N°20.410 del año 2010. Esta se publicó en el Diario Oficial con fecha 20 de enero de 2010, en tanto que el Reglamento se modificó mediante el DS N°215, publicado en el Diario Oficial de fecha 28 de abril de 2010. Esta modificación, ni las posteriores, no incluyeron el artículo 71, el que no fue modificado ni derogado expresamente. (…)*

c) ***Todo lo anterior, unido a que normas similares se encuentran en las BALI, hace que el argumento del MOP de que dicha norma no estaría vigente carezca de fundamento.*** (el énfasis es nuestro)

d) *Independientemente de la discusión sobre la vigencia de esta norma para los contratos celebrados con posterioridad a la modificación introducida a la Ley de Concesiones por la ley N°20.410, las propias BALI de este contrato de concesión contemplan regulación expresa respecto de la revisión del sistema tarifario, de su sistema de reajuste y del plazo de la concesión por hechos sobrevinientes que así lo justifiquen, lo que además constituye una validación de la reglamentación al respecto.*

e) *Por último, y en un ámbito ajeno a este contrato, el MOP continúa utilizando las BALI tipo para los contratos aeroportuarios licitados con posterioridad a AMB, incluyendo estas mismas cláusulas, por ejemplo, en la Concesión Aeroportuaria Red Austral. La inacción del Estado para actualizar el Reglamento o revisar sus modelos de BALI es un ámbito de su exclusiva responsabilidad y no constituye un argumento válido para descartar su aplicación, menos cuando el propio MOP es quien tiene el deber de llevarlo a cabo, por tanto, los efectos no los debe soportar la contraparte.*

d) ***En consecuencia, la revisión del contrato por causas sobrevinientes no se encuentra prohibida, por el contrario, está expresamente permitida por el marco contractual. (…) De esta manera, el Panel entiende que el marco regulatorio que rige a la presente concesión del Aeropuerto Arturo Merino Benítez permite y autoriza la revisión de las condiciones del contrato de concesión por hechos sobrevinientes.*** *Más aun, el Reglamento entrega al Panel*

Técnico la facultad de intervenir en estas materias incluso cuando no estén reguladas en las Bases." (el énfasis es nuestro)

Sin perjuicio de lo señalado, el Panel también aborda –en su numeral 10.1.7– l**os principios generales del derecho que, en su opinión, permiten resolver las diferencias entre las partes**. Ello, en los siguientes términos:

"*Adicionalmente a lo señalado en el acápite precedente, corresponde revisar los principios generales del derecho, algunos invocados por las partes y otros considerados por este Panel, que informan, rigen y permiten interpretar el contrato, y que no solo refuerzan las conclusiones antedichas, sino que permiten dar respuesta jurídica a situaciones no contempladas expresamente en la regulación. La buena fe, recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1546 del Código Civil, obliga a cumplir los contratos no sólo en lo expresamente contemplado, sino en lo que emana por naturaleza de la obligación, o que por ley o costumbre le pertenecen.*

Así, se ha sostenido que la buena fe resultaría infringida si una parte exige un cumplimiento que resulta mucho más gravoso que el previsto al celebrar el contrato, "susceptible incluso de arruinarlo". Adicionalmente, el principio de la buena fe contractual implica la colaboración entre las partes con el objeto de alcanzar los resultados previstos en el contrato, lo que las obliga no solo en términos positivos de asistencia sino también los negativos, debiendo estas abstenerse de sacar provecho de la situación que pudiese afectar a una de ellas, en particular cuando podría producirse un grave desequilibrio en las prestaciones debidas.

Por otra parte, la revisión del contrato encuentra también justificación en la justicia conmutativa que guarda relación con la equivalencia de las prestaciones, ya que el contrato perdería legitimidad como instrumento de intercambio si se produjera un desequilibrio profundo en las prestaciones recíprocas. En este caso, si bien la SC y el MOP han continuado cumpliendo con sus obligaciones, de acuerdo al modelo contractual pactado, la SC se

remunera principalmente –mediante un sistema de compartición de ingresos con el MOP de la recaudación que hace por concepto de pasajeros embarcados y otros ingresos comerciales y no comerciales, todos los cuales se sustentan principalmente en el tráfico de pasajeros, los que han disminuido drásticamente como consecuencia de la pandemia y de las medidas sanitarias generales que han incluido restricciones a la movilidad de personas y cierre de fronteras por ciertos períodos de tiempo. El Estado recibe parte sustancial de dichos ingresos y además es dueño de la infraestructura concesionada y explotada, entregada en esta concesión por un período fijo de tiempo, haciéndose cargo el concesionario de prestar el servicio público al que, de no mediar la concesión, estaría obligado el Estado.

Un grave desequilibrio entre los factores antes anotados, que alteraran gravemente la conmutatividad del contrato, podría constituir una hipótesis de enriquecimiento ilícito. Tal como lo ha señalado el Panel con anterioridad, el rechazo al enriquecimiento ilícito de una parte en perjuicio de otra parte, en materia contractual, ha dado lugar a un principio general del derecho con bastante acogida en la jurisprudencia y la doctrina nacional, el cual podría tener aplicación en este caso.

Adicionalmente, existen diversos principios jurídicos que subyacen en la contratación administrativa y que tienen directa aplicación en los contratos de concesión, como son la del equilibrio económico-financiero, el principio de la colaboración o cooperación para el éxito del contrato y la satisfacción de las necesidades públicas y el interés público que existe en que la obra se realice y opere. Todos ellos permiten señalar que existe la posibilidad de revisar el contrato en aquellos casos en que los presupuestos contractuales se encuentren gravemente alterados. Más aun, el Panel estima que la colaboración entre los contratantes de los contratos de concesión de obra pública es parte de la naturaleza de las obligaciones asumidas por ellas."

Asimismo, y luego de concluir lo expuesto, el Panel concluye que **la posibilidad de revisión es coherente con el marco contractual y con los principios generales del derecho señalados, pero resulta prematuro un pronunciamiento**

sobre la eventual alteración significativa del equilibrio económico-financiero del contrato. (numeral 10.1.8).

A este respecto, expresa que "*La misma autoridad lo ha calificado de un caso fortuito o fuerza mayor, de manera que no cabe sino enfrentarlo como tal haciendo necesario y razonable adoptar medidas que permitan anticiparse y prever sus efectos ante un eventual incumplimiento contractual, lo que conllevaría consecuencias en el contrato y la operación del aeropuerto, cuya identificación y evaluación están fuera del alcance de la presente Discrepancia.*

La SC participó en un proceso de licitación y le fue adjudicado el contrato de concesión. La decisión de participar y de efectuar la oferta tuvo en consideración las prestaciones mutuas en el contrato y es evidente que espera recibir una retribución por la inversión comprometida y los servicios prestados. Esa contribución, expresión de la conmutatividad propia de estos contratos, la miró como equivalente a la inversión y costos de conservación, operación y mantenimiento que debe realizar en el aeropuerto y, sin embargo, dicha retribución se ha visto afectada por las razones ya anotadas. No existe garantía en el contrato que vaya a cubrir sus costos o que obtendrá la ganancia esperada, pero dado que el siniestro provocado por la pandemia no es de aquellos riesgos que haya podido ser previsto ni haya sido asumido por la SC, es pertinente evaluarlos. (…)"

QUINTO: Que para abordar el fondo de la controversia jurídica de autos, esta Comisión analizará, en lo esencial y entre otras cuestiones, las siguientes:

a) La naturaleza del contrato de concesión y legislación aplicable;
b) La relevancia de la "causa" como requisito de eficacia de las convenciones;
c) Las implicancias de tratarse en la especie de un contrato bilateral, oneroso y conmutativo;

d) La necesaria subsistencia de los requisitos de eficacia de la convención tratándose de contratos de tracto sucesivo;
e) Las normas que gobiernan la exégesis e integración contractual:
f) El equilibrio económico y financiero del contrato;
g) La buena fe contractual y la distinción entre el "alea normal" y el "alea anormal" del contrato y su implicancia en la distribución de los riesgos en la convención;
h) El deber de colaboración que pesa sobre los contratantes y su infracción como causal de incumplimiento contractual;
i) La doctrina de los actos propios;
j) El alcance de las potestades discrecionales de la Administración;
k) Las disposiciones particulares o específicas que regulan el contrato de autos; y,
l) Las consideraciones económicas y financieras que resultan de las probanzas aportadas al proceso.

SEXTO: Que para principiar el análisis de los aspectos jurídicos envueltos en el presente litigio, y en forma previa a la consideración, análisis y, en su caso, refutación de argumentaciones esgrimidas por las partes, este Tribunal considera oportuno referirse a cuestiones generales que dicen relación con los contratos de concesión de obra pública, la *conmutatividad* del contrato oneroso y la *causa* de este tipo de convenciones, las cuales, desde luego, permiten ilustrar y servir de marco conceptual para el examen de las pretensiones de la SC y del Fisco que se hará en otros pasajes de esta sentencia.

SÉPTIMO: Que se entiende por "contrato de concesión de obra pública" (CCOP) aquel contrato en virtud del cual el Estado encomienda a un particular la

construcción y conservación de una obra pública, recibiendo este último, como contraprestación, la facultad de cobrar tarifas a los usuarios de la misma obra, las que permiten cubrir la inversión y obtener una justa o razonable utilidad.

Acorde con la definición propuesta, se ha dicho que "(…) es materia de ley la fijación de las normas que regulen la concesión de bienes del Estado, de lo que se sigue que sólo en virtud de una normativa previa y expresa, la Administración del Estado puede entregar o cometer a un particular la construcción y/o mantenimiento de una obra de este tipo y concederle su explotación ulterior, facultándolo temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes la utilicen como medio de financiar el costo de aquélla". (RUFIÁN L., DOLORES. *Manual de Concesiones de Obras Públicas*. Fondo de Cultura Económica. Santiago, 1999, pp. 23-24).

Vargas Fritz, define el CCOP como "Un contrato administrativo celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y un particular Concesionario, en virtud del cual este último asume, a su cuenta y riesgo, la ejecución, conservación o reparación de una Obra Pública Fiscal, a cambio del derecho a explotar dicha Obra y a obtener la tarifa o peaje pactados, dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el Decreto Supremo de Adjudicación". (VARGAS FRITZ, J.F. La Concesión de Obras Públicas. Ediciones Jurídicas La Ley. Santiago, 1997, pp. 117-118).

Por su parte, Silva Cimma expresa que el CCOP "(…) consiste fundamentalmente en encomendar a un particular la construcción de una obra pública o destinada al servicio público, a su entero costo, obteniendo como remuneración el derecho a explotar dicha obra durante cierto tiempo, transcurrido el cual, ella pasa a poder del Estado". A continuación precisa que "lo fundamental en la concesión de obra pública es, pues, la ejecución o construcción de la misma, siendo su explotación sólo un procedimiento para remunerar al particular o sociedad que se encarga de construirla". (SILVA CIMMA, ENRIQUE. *Derecho*

Administrativo Chileno y Comparado. *Actos, Contratos y Bienes*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1995, p. 223).

Más adelante, el mismo autor define el CCOP como "un acuerdo de voluntades entre la Administración y un tercero por medio del cual este último se obliga a construir una obra pública a su costa, a cambio de cobrar en su favor durante cierto tiempo tarifas a los usuarios, consintiendo en que su participación quede regulada por un régimen especial de Derecho Público. En consecuencia, las premisas básicas en torno a las cuales gira el concepto precitado, dicen relación con el objeto del contrato: construir una obra pública; con el sujeto que debe realizarla: un tercero ajeno a la Administración; con el financiamiento de la misma: a cargo del tercero; con el beneficio que a éste se le otorga como contrapartida: derecho a cobrar en su favor durante cierto tiempo a los usuarios una tarifa o peaje, y, finalmente, con el carácter del régimen normativo que regula la relación entre el Estado concedente y el particular concesionario: una normativa de Derecho Público" (Ibíd., p. 226).

OCTAVO: Que, en este punto, se hace también menester recordar que –conforme a la doctrina nacional uniforme– las normas del Derecho Común tienen aplicación supletoria en materias administrativas como el CCOP. Así, por ejemplo, Rufián señala: (…) A su vez, en lo que respecta a este contenido contractual, confluyen en el contrato de concesión tanto normas del Derecho Público como del Derecho Privado. Entre estas últimas habrá que incluir aquellas que regulan las relaciones del concesionario con terceros e incluso, en las relaciones de la Administración con el concesionario, habrá que aplicar el Derecho Civil en todo lo no regulado por la Ley de Concesiones". (RUFIÁN, ob. cit., p. 26).

En igual línea, Silva Cimma escribe que "incluso en las relaciones de la Administración con el concesionario, los aspectos no regulados por el régimen de Derecho Público deben entenderse supletoriamente afectos a las normas del

Derecho Común". El mismo autor agrega que: "Las reflexiones que anteceden ameritan establecer una premisa que nos parece importante consignar en orden a que, en el régimen normativo del contrato de concesión de obra pública, confluyen dos estatutos jurídicos distintos: uno de Derecho Público, y por ende, de aplicación preferente en las materias específicas a que se refiere y que se encuentra representado por las normas de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, Ley de Concesiones y su Reglamento y las bases de cada contrato; y otro de Derecho Privado, de aplicación supletoria y representado por las normas del Derecho Común que en cada caso gobiernen los aspectos de que se trate" (op. cit., p. 229).

NOVENO: Que, como se adelantó, el caso sublite exige, primeramente, recurrir a un análisis conceptual de la "*causa*" como requisito de existencia, validez y subsistencia de un contrato en los términos originalmente convenidos.

DÉCIMO: Que, en este ámbito, puede anotarse que buena parte de las complejidades y problemas que presenta el concepto de causa y, en particular, la elaboración de una teoría a su respecto, se debe al hecho de que tal noción exhibe diversos significados según cuál sea la perspectiva con la que nos aproximemos al tema.

Tradicionalmente se han planteado tres acepciones diferentes para este mismo concepto, las cuales, a su turno, han servido para sustentar cada una de las doctrinas que se han formulado para efectos de considerarla un requisito del acto jurídico.

En primer lugar, algunos aluden a la *causa eficiente*, entendida como el elemento generador del efecto, identificándola por tanto con las fuentes de las obligaciones, esto es, con los hechos jurídicos que les dan origen. Así se concibió la causa en el derecho romano, sin erigirla un requisito del acto jurídico. Otros, en

cambio, se centran en la *causa final*, haciendo con ello referencia al fin inmediato o invariable de un acto y que, por ende, forma parte de la estructura misma del contrato, siendo siempre la misma para todos aquellos que pertenecen a una misma categoría. Sobre esta noción de causa se apoya, v. gr., la denominada doctrina clásica –inspirada en las enseñanzas de *Domat* y *Pothier*– que se pregunta por la causa *abstracta* de la *obligación* que emana de cada uno de los contratos que distingue al efecto (bilaterales, reales y gratuitos).

UNDÉCIMO: Que, en lo sustancial, la base de la posición que adopta la doctrina tradicional o clásica en relación con la causa de un contrato bilateral consiste o radica en la consideración de existir la correspondiente obligación correlativa y, especialmente, el contenido (objeto) de la misma. Dicho en otras palabras, en la raíz de la concepción causalista clásica y ante la pregunta por qué una parte se obliga en virtud de un contrato bilateral, la respuesta se halla en el hecho que la contraparte también contrajo una obligación o, dicho de otro modo, en razón que el otro contratante asumió, a su turno, un cierto compromiso.

DUODÉCIMO: Que, por último, y en paralelo a las nociones de causa eficiente y causa final enunciadas, algunos postulan el concepto de *causa ocasional*, constituida, a diferencia de la precedentemente tratada, por el fin lejano y variable de un acto o contrato, el cual viene a ser de carácter estrictamente individual, diferente para cada sujeto, ya que es el móvil o la razón personal que lo impulsa a contratar. Bajo esta última perspectiva, por ejemplo, visualizaron la causa los *canonistas medievales* y determinadas doctrinas, con el objeto de que, merced de ella, pudiera existir algún "control de eticidad" de las relaciones jurídicas, supliendo la deficiencia que en este sentido presentaba la doctrina clásica francesa.

DÉCIMO TERCERO: Que, entre los autores nacionales actuales, encontramos posiciones que, de una u otra forma, se apoyan en los conceptos ya reseñados, aunque introduciendo algunas variantes respecto de las doctrinas tradicionales en torno a la materia.

Un caso particularmente interesante es el tratamiento del concepto de causa por parte de Vial del Río, quien logra construir un sistema consistente referido tanto a la determinación de la ausencia de causa como a su ilicitud en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, siguiendo a la doctrina y jurisprudencia francesas distingue entre la causa de la *obligación*, por un lado, y la causa del *acto o contrato*, por el otro. Con respecto a la primera, estima que las disposiciones de nuestro Código permiten desprender que el legislador sigue la doctrina tradicional, la que tiene relevancia práctica para identificar los supuestos de contratos en que no existe *causa final* de la obligación y que, por lo tanto, serían inexistentes o nulos absolutamente, dependiendo de la doctrina que se siga en este último punto.

En lo tocante a la segunda –la causa del acto o contrato–, la propia definición legal del artículo 1467 del Código Civil relativa a la causa, revelaría que adhiere al concepto de *causa ocasional*, por cuanto la palabra *motivo*, según su sentido natural y obvio, designaría los móviles psicológicos, individuales y subjetivos. En ese sentido, la utilización de la noción subjetivista de la causa permitiría identificar los supuestos en que, pese a existir causa final de las obligaciones, el contrato en sí sería inválido por adolecer de causa ilícita, cuando los motivos de una o ambas partes sean reprochables. (Vial del Río, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pág. 204)

La posición expuesta, había sido ya planteada por don *Avelino León Hurtado*, postulando que nuestro Código no sigue una doctrina unitaria de la causa sino *dual*. Así, para este autor, "cuando se trata de causa lícita, el legislador sólo se refiere a la

causa final, a la causa preestablecida, constante, invariable y abstracta en contratos de un tipo determinado. Pero cuando los motivos que determinan a contratar (causa impulsiva y determinante) son ilícitos (contrarios a las buenas costumbres o al orden público) el juez tiene que considerarlos en concreto, es decir, juzgar los motivos individuales: la causa ocasional". (León Hurtado, Avelino, *La Causa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1961, pág. 30)

DÉCIMO CUARTO: Que, salvo que se recurra a la distinción entre causa del acto o contrato y causa de la obligación, las doctrinas tradicionales postulan un concepto de causa más bien parcial o restringido y que depende exclusivamente del punto de partida que se tome para efectuar el análisis (causa eficiente, ocasional o final). Lo anterior por cuanto, en general, refieren esta noción exclusivamente al contrato o a la obligación que nace de él, olvidando que existen otras muchas instituciones cuya estructura y significación no pueden entenderse sino en razón de la causa, y para lo cual tales posiciones resultan insuficientes.

Como se adelantó, los problemas anteriormente descritos se ven en gran medida superados si se utiliza la *teoría dual* de la causa. Sin embargo, y a pesar de las múltiples bondades de dicha teoría, ésta deja sin resolver algunos problemas referidos a los actos jurídicos unilaterales y a las convenciones extintivas de una obligación.

DÉCIMO QUINTO: Que, con todo, y para los efectos que interesan a este litigio, conviene detenerse en la proyección de la causa en el ámbito *contractual* y, más específicamente, tratándose de contratos bilaterales, onerosos y conmutativos como aquel que es objeto de nuestro examen.

Cuando un sujeto celebra un acto jurídico cualquiera, sea éste unilateral o bilateral, lo que en realidad persigue –su motivo– es satisfacer una necesidad

práctica, v gr. incorporar un bien a su patrimonio, desprenderse de él o ceder sólo su uso o goce; disponer de sus bienes para después de sus días; proponer a otro celebrar una determinada convención; liberarse de una obligación que previamente contrajo; etc. Al ejercer la autonomía privada, el sujeto no se representa, por tanto, el complejo de relaciones jurídicas que tendrá lugar una vez que ejecute la conducta que cree apta para satisfacer dicha necesidad.

Tomando como base esta realidad, el Derecho procura los medios que considera más apropiados a fin que las personas puedan satisfacer sus necesidades prácticas, que siempre son –reiteramos– la finalidad objetiva que lleva a que un sujeto realice la pertinente conducta. Para ello, el legislador considera cuáles son las necesidades y comportamientos destinados a satisfacerlas que, desde un punto de vista social y económico, se revelan como los más comunes y relevantes. Una vez identificados, los recoge y regula con el objeto de que efectivamente sirvan para el propósito que los mismos contratantes les asignan, conciliándolos y haciéndolos compatibles con los demás fines que gobiernan el tráfico jurídico y negocial.

DÉCIMO SEXTO: Que así las cosas, parece evidente que lo que el sujeto persigue –su motivo– es alcanzar un resultado práctico que el Derecho ha decidido proteger y amparar y para cuya consecución tanto el contrato como la obligación que de él emana, no son sino el *medio* que la ley le ha franqueado, convirtiendo en términos jurídicos una voluntad esencialmente práctica y del todo despojada del ropaje legal que en definitiva la cubrirá.

Atendido lo expuesto, el supuesto de hecho que justifica jurídicamente el nacimiento del acto o contrato y la obligación que de él emana –es decir, su "causa"– viene a ser *el fin práctico perseguido por el contratante*, al cual el Derecho atribuye o asigna tal efecto o consecuencia.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en los contratos bilaterales, onerosos y conmutativos, junto con perseguirse la utilidad de *ambos* contratantes, las obligaciones de cada parte deben guardar una necesaria equivalencia, por lo que el fin práctico –reconocido y amparado por el Derecho– consiste, precisamente, en el *equilibrio* de las recíprocas prestaciones. Ése y no otro es pues el interés jurídicamente protegido o la *causa* de este tipo de convenciones y que, por ende, justifica aplicarle la reglamentación prevista al efecto por la ley.

Dado lo anterior, tiene razón De Castro y Bravo cuando expresa que la causa puede ser así considerada como aquel "propósito negocial que es medido por la regla legal, y también como la regla que sirve para medir dicho propósito negocial, erigiéndose así, desde el ángulo objetivo o de la norma jurídica, como el metro o metros con los que se mide el resultado real buscado con dicha regla negocial y conforme al que se determinará la validez o invalidez del negocio y el tipo de eficacia que le corresponda". (DE CASTRO y BRAVO, Federico, *El Negocio Jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971, 220ágs.. 191 y 192. En una línea similar, puede verse BETTI, Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1ª. Ed., s/a., p. 143), y CARIOTA FERRARA, Luigi, El Negocio Jurídico, Madrid, Aguilar, 1956, pág. 487).

DÉCIMO OCTAVO: Que, como señalamos más atrás, la ventaja de la concepción moderna de la causa es que no sólo permite obtener efectos similares a la teoría tradicional, sino que además su ámbito de aplicación se extiende a otros tipos de actos jurídicos que van más allá de las principales clases de contratos. En este sentido, constituye una verdadera teoría de la causa como elemento del negocio jurídico, y no una institución propia del Derecho de Contratos.

DÉCIMO NOVENO: Que, empero de lo reseñado, ¿puede decirse que esta concepción de la causa tiene algún asidero en nuestra legislación positiva? ¿Es dable sostener que cuando el artículo 1467 de nuestro Código Civil alude al "motivo" que induce al acto o contrato, se está refiriendo a este particular *supuesto de hecho típico* que denominamos fin práctico o función económica del contrato, el cual sirve para *justificar jurídicamente* tanto el nacimiento del contrato como de la obligación?

Estimamos que la respuesta a tal interrogante es decididamente afirmativa. Y ello, independientemente de que una doctrina semejante, al menos en los términos con que aparece hoy formulada, difiera de aquéllas que a la época de elaboración del Código Civil eran conocidas o se hallaban en boga. Por lo demás, es sabido que la ley, una vez promulgada, se desvincula de su autor y debemos, en consecuencia, indagar por su *propio* sentido y alcance.

Pues bien, asumiendo que la interpretación de la ley es, al menos, parcialmente constructiva y no meramente originalista, existen fuertes antecedentes que demuestran que es plausible sostener que la concepción moderna de la causa es aplicable al artículo 1467 del Código Civil. Entre estos antecedentes, creemos interesante destacar que el mismo artículo 1467 señala que no es necesario *expresar* la causa del acto o contrato. ¿Y por qué este precepto señala que no es necesario expresarla? Pensamos que la respuesta más razonable es que la causa se *presume*, puesto que de otro modo no se explica satisfactoriamente por qué no se ha contemplado tal exigencia.

¿Y qué presume la ley como causa o "motivo" del acto o contrato? Obviamente no puede presumir una determinada motivación subjetiva, una *causa ocasional*, ya que los móviles, personales o sicológicos, esencialmente variables entre un sujeto y otro, son prácticamente ilimitados y no se conocen a priori.

Por ello, la ley presume que la causa es el motivo que *normal u ordinariamente* induce a celebrar o ejecutar el acto jurídico y que no es otro que el satisfacer una

cierta necesidad práctica (económica o social) para cuyo efecto el tipo de acto o contrato al cual se recurre se presenta como apto o adecuado. Confirma esta idea el hecho de que el mismo Código exprese que la *pura liberalidad es causa suficiente*, en cuanto revela que independientemente del móvil personal o individual del sujeto (causa ocasional), en los contratos gratuitos la causa se configura por el fin práctico presumible en él, cual es que el disponente enriquezca al gratificado sin recibir contraprestación. Así las cosas, necesario es concluir que en un contrato *bilateral*, *oneroso* y *conmutativo*, la causa del mismo, así como de las obligaciones que de él emanan, es decir, aquello que el legislador presume y por tanto protege para esta categoría contractual, se identifica con el *equilibrio* o *equivalencia* entre las recíprocas prestaciones cuya ejecución asumen las partes.

Sin perjuicio de que se volverá más adelante sobre este punto, no huelga advertir desde ya que la noción de "causa" que aquí postulamos ha sido recientemente acogida por nuestra Excma. Corte Suprema, según se resolvió en su sentencia Rol Nº 66.075-2021, de fecha 14 de enero de 2022.

VIGÉSIMO: Que en la misma línea que se viene comentando, no deja de ser ilustrativo –y al mismo tiempo confirmatorio de nuestra posición– que juristas contemporáneos al Código Civil francés, que suele citarse como modelo inspirador de Bello, e incluso partícipes de su génesis, hayan sostenido un planteamiento similar al que hoy parece primar en la comunidad jurídica. Tal es el caso, por ejemplo, de *Portalis*, quien al tratar de la causa en los contratos onerosos conmutativos señala que en ellos "la causa se halla, según los jurisconsultos, en el interés o ventaja obtenidos, que vienen a constituir el motivo (…) de aquel compromiso. Por eso resulta preciso averiguar si esa ventaja es *real* o *imaginaria*, y, además si es *proporcionada*; es decir, si existe un *razonable equilibrio* entre lo que se da y lo que se recibe"; para agregar –más tarde– que si existe "desequilibrio entre el

valor intrínseco de la cosa y el precio, el contrato carecería de causa, o, por lo menos, de una *causa razonable y suficiente* con relación a la parte de que se trate." (Citado por DABIN, Jean, *La Teoría de la Causa*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pág. 61). Y ello es así –según dijimos– porque en los contratos conmutativos, es precisamente el *equilibrio* o *proporción* entre las obligaciones correlativas de las partes lo que constituye su *supuesto de hecho típico*; su finalidad económica y social; aquel interés que el Derecho reconoce y ampara en esta especial categoría contractual; en dos palabras: su causa.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, a propósito de la conclusión consignada, es importante señalar, en adición a las argumentaciones esgrimidas en lo precedente, que esta noción de causa que aquí propugnamos, ha sido reconocida –**y en términos explícitos**– por nuestra Excma. Corte Suprema.

En efecto, en la sentencia **Rol Nº 66.075-2021**, de fecha **14 de enero de 2022**, el Máximo Tribunal se pronunció en los siguientes términos:

"Décimo: *Que, en el sentido que se viene exponiendo, las disposiciones del Código Civil relativas a la causa y, en especial, su artículo 1467, permiten colegir que dicho requisito de los actos jurídicos –entendido como "motivo jurídico"– consiste en el supuesto de hecho al cual la ley atribuye la virtud de sustentar tanto el acto como la obligación que genera.*

Así las cosas, concebida la causa como el supuesto de hecho que justifica, jurídicamente, el nacimiento del acto o contrato y de la obligación que de él emana –es decir su "causa"– ésta se vincula indisolublemente, al punto de confundirse, con el fin práctico perseguido por los contratantes y al cual el derecho, precisamente, atribuye o asigna tal efecto o consecuencia. Este fin práctico –o causa– como ya se dijo, al ser considerado por el Derecho merecedor de protección, se incorpora al tipo de negocio de que se trata y representa, en definitiva, su específica función económica y social".

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, desde la perspectiva que se viene exponiendo, y sin perjuicio de volver más adelante sobre este aspecto, no puede desconocerse, a la hora de abordar el "*supuesto de hecho típico*" y "*fin práctico*" tenido en cuenta por las partes tratándose del contrato de concesión de autos, que la "compartición" de ingresos en la proporción porcentual que señala la convención, no constituye –a diferencia de lo que plantea la demandada– la única expectativa de la SC y el MOP, prescindiendo, por tanto, de considerar también la infraestructura y los costos e inversión asociados al proyecto –y de que se hace dueño el Fisco de Chile– y que supuso, por parte de la SC, **una inversión de aproximadamente US$1.000 millones de dólares y la construcción, a esta fecha, de 1.141.858 mts2 de infraestructura**.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, por otra parte, conviene analizar la materia que se viene comentando desde el punto de vista de la naturaleza de convención de *tracto sucesivo* que exhibe el contrato de autos, al menos en lo que dice relación con la *fase de explotación* que el mismo regula.

En este sentido y como bien apunta autorizada doctrina, "*la contratación administrativa es fruto de acuerdos público-privados entre órganos de la Administración del Estado y particulares, asumiendo estos la calidad de cooperadores en la satisfacción de necesidades públicas. En este contexto, los contratos administrativos suelen estar configurados como acuerdos de voluntades de largo plazo, de ejecución diferida o de tracto sucesivo*." (FLORES RIVAS, Juan Carlos, "Revisión de los contratos administrativos: el adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 53 (segundo semestre de 2019), p. 68).

Según se sabe, los contratos de *tracto sucesivo* son aquellos que se generan y agotan de modo periódico sin necesidad de que las partes vuelvan a contratar. Se ha dicho siempre que ejemplo clásico de ese tipo de contratos es el de arriendo de un

inmueble pactado mes a mes. En cada comienzo de mes se da inicio a un nuevo contrato hasta el período siguiente, sin perjuicio de que estipulaciones de las partes o disposiciones legales introduzcan modalidades especiales, como son las que establecen formas y plazos particulares de desahucio.

De esta manera, el contrato de tracto sucesivo se agota y renueva sucesivamente, en cada lapso convenido, en los mismos términos en que fue originalmente estipulado y sin otra alteración que aquella prevista por quienes le dieron existencia jurídica. Esta forma de contratación es excepcionalísima, porque periódicamente vuelven a operar todos los elementos del acto jurídico (tanto de existencia como de validez), como si ellos hubieren sido nuevamente manifestados en términos formales y explícitos por los interesados.

Ahora bien, ¿de qué manera se transmiten los elementos de existencia (esenciales) y de validez del acto jurídico, tratándose de un contrato de "tracto sucesivo" en que la relación se renueva periódicamente sin necesidad de la intervención directa de las partes?

Una tal renovación se produce en forma tácita, porque las partes convinieron que todos los elementos del contrato se hallarían presentes por el solo hecho de que no tuviera lugar una causal de extinción (como un plazo o una condición o la revocación). La ausencia de una causal de extinción implica una manifestación de voluntad en los mismos términos en que la voluntad se manifestó al originarse el vínculo contractual.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, a partir de lo señalado, se sigue que el contrato de tracto sucesivo termina y no se extingue con efecto retroactivo (porque ha producido todos sus efectos en el período respectivo); que todas las prestaciones realizadas quedan en firme, no obstante no renovarse la relación; y que su reanudación opera

de la misma manera y en los mismos términos como si el contrato hubiere vuelto a celebrarse.

En consecuencia, el contrato de tracto sucesivo es una elaboración jurídica que se funda en una verdadera *ficción*, conforme a la cual debe entenderse que se celebra sucesivamente, **debiendo, en cada período, concurrir los elementos que lo integran**, pero con la salvedad que ellos se entienden presuntivamente presentes por el solo hecho de haber manifestado voluntad en este sentido al momento de darse origen a la relación contractual. Así ocurre, por ejemplo, en el arrendamiento, en el contrato de trabajo y en el contrato de sociedad, en que la vinculación jurídica va cubriendo diversos espacios de tiempo en los mismos términos originalmente convenidos.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, así planteadas las cosas, resulta necesario definir qué sucede cuando, no obstante la renovación tácita y la ficción de que va acompañada, o no están presenten todos los elementos del contrato ***o ellos han experimentado cambios y alteraciones sustanciales*****,** incluso durante la vigencia de un mismo tracto o período.

Según ya se expresó, en el contrato de tracto sucesivo la relación se agota (se extingue) y se renueva (renace) en forma sucesiva y tácitamente sin necesidad de que las partes vuelvan a contratar, porque los elementos del acto jurídico se entienden fíctamente presentes en la medida que los interesados así lo hayan aceptado o lo disponga la ley (como ocurre, por ejemplo, en el contrato de trabajo).

Por ende, lo fundamental en esta clase de contratos, es examinar cómo y de qué manera, los requisitos de existencia y validez del acto jurídico se transmiten de tiempo en tiempo para hacer revivir la relación extinguida sin necesidad de que comparezcan los interesados.

La situación es semejante a una serie sucesiva de contrataciones que se perfeccionan tácitamente, sólo en virtud del contrato original. De aquí que esta categoría contractual es excepcional, ya que no importa el cumplimiento parcial de la "prestación" –como pudiera pensarse a primera vista– sino que la renovación tácita de una relación contractual extinguida que, sin embargo, revive por períodos sucesivos en los mismos términos en que fue originalmente convenida.

Por consiguiente, el contrato de tracto sucesivo transmite los elementos de existencia y validez a cada una de sus sucesivas renovaciones, *pudiendo, no obstante, extinguirse cuando no concurre alguno de tales elementos* –incluso durante la vigencia de un mismo tracto o período– caso en el cual éste puede extinguirse hacia el futuro.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, definida ya la relevancia que reviste el determinar cómo se transmiten los elementos de existencia y de validez del acto jurídico, tratándose de un contrato de "tracto sucesivo", en que la relación se renueva periódicamente sin necesidad de la intervención directa de las partes, corresponde volver, ahora, sobre las vicisitudes que pueden presentarse en relación con los elementos que son esenciales o determinantes en este tipo de contratos y los efectos que de aquellas se derivan en lo que hace a su misma subsistencia.

En este contexto, es evidente que una mutación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en vista al celebrar el contrato puede acarrear, como consecuencia, la necesidad de readecuar las prestaciones originalmente pactadas o, en el extremo, determinar incluso la expiración del vínculo contractual. *Se trata de una cuestión objetiva, perfectamente identificable en cada caso con el simple expediente de realizar –una vez verificadas contingencias que exceden el alea normal del contrato y que no son imputables a las partes– un esfuerzo comparativo entre las condiciones que existían al generarse la relación, y las que prevalecen al momento en que se ejercen los derechos subjetivos que emanan de la misma*.

Si a una convención le falta una cosa de la esencia o que, atendida la voluntad de las partes al momento de contratar fue determinante para que ellas prestaran su consentimiento, resulta evidente que será necesario su readecuación con miras una subsistencia de la misma dotada de sentido.

En efecto, si existe un elemento (*equilibrio de las prestaciones de las partes*) cuya extinción, mutación o alteración, durante la vigencia del contrato –que no es imputable a las partes y que no pudo preverse (y resistirse) conforme al grado de diligencia y cuidado legalmente exigible– es de tal entidad que la convención se ha alejado de los propósitos que se tuvieron primigeniamente en vista, cabe entonces instar por la readecuación del vínculo, el cual, de esta manera, ya ha perdido la base que lo dotó de sentido, determinando la ausencia de los fines o motivos que llevaron a las partes a contratar.

Algo similar a lo dicho ocurre, a la luz de la doctrina alemana, si se analiza la misma cuestión a partir de la "*base objetiva del negocio*". **En este sentido, nuestra Excma. Corte Suprema, siguiendo a Larenz, ha fallado que** *la "base objetiva del contrato" se identifica con las circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato subsista, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, como regulación dotada de sentido. (Karl Larenz, "Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos", Editorial Comares, 2002)"* (Corte Suprema, sentencia de 14 de enero de 2022, Rol N° 66.075-2021.)

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que en contexto que comentamos, la representación que se hacen las partes –empleando a este efecto el grado de diligencia y cuidado que les fuera legalmente exigible (máximo, mediano u ordinario o mínimo)– de aquello que, de un modo razonable, puede acontecer durante el devenir contractual, debe determinarse considerando, entre otros factores, su real intención.

Para tales fines, expresa Claro Solar que "*el juez no se halla limitado al contrato mismo, como ocurre con la interpretación de las cláusulas de un testamento en que debe buscar en el mismo instrumento testamentario los elementos de su interpretación (…) De modo que el juez está autorizado para buscar fuera del contrato mismo los elementos necesarios para dar a las cláusulas del contrato la interpretación que dé a conocer la voluntad de las partes*" (CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, t. XII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, pág. 26).

En la misma línea, López Santa María señala que "*El juez debe tomar en consideración <u>todas las circunstancias de la especie</u>, todos los hechos susceptibles de esclarecer el sentido de la convención. Tales hechos, una vez probados en el proceso, servirán de base al tribunal para colegir la voluntad común real o virtual de las partes contratantes y permitirán que el litigio o controversia sobre el alcance del contrato sea solucionado. ¿Cuál es el carácter de las circunstancias de la especie? No es posible proponer una definición, pues son muy variadas; su naturaleza está desprovista de uniformidad. <u>Se puede, tal vez, decir que constituyen el ambiente general del contrato</u>. Está claro, sin embargo, que estas circunstancias pueden ser anteriores, posteriores o concomitantes a la conclusión de la convención*." (LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los Contratos*, t. II, págs. 420 y 421. El subrayado es nuestro).

La referida doctrina ha sido acogida reiteradamente por nuestra jurisprudencia. De ello dan cuenta, vgr., los siguientes fallos de la Excma. Corte Suprema: Corte Suprema, Causa Rol Nº 22-2008, de fecha 26 de enero de 2009; Corte Suprema, Causa Rol Nº 7104-2007, de fecha 23 de marzo de 2009; Corte Suprema, Causa Rol Nº 3881-2008, de fecha 29 de septiembre de 2009; Corte Suprema, Causa Rol Nº 7797-2009, de fecha 17 de marzo de 2011; Corte Suprema, Causa Rol Nº 1620-2014, de fecha 24 de septiembre de 2014; Corte Suprema, Causa Rol Nº 1073-2014, de fecha 2 de diciembre de 2014, por citar solo algunos.

De otro lado, y bajo este punto de vista, la consideración del *horizonte* del destinatario de la declaración (*Empfängerhorizont*), de aquello que razonablemente pudo representarse la parte al tiempo de contratar, es reconocida unánimemente tanto en la literatura como en la jurisprudencia. Por ello, "la interpretación se efectuará de acuerdo a lo que fue reconocible como voluntad por aquel a quien la declaración estaba determinada; de acuerdo a cómo se presentó la declaración para el destinatario, según la fidelidad y buena fe, bajo una consideración *objetiva* de todas las circunstancias". (JOHOW S., Christian, *"Para una Nueva Lectura de los Artículos 1560 y siguientes del Código Civil. El Método de la Interpretación del Contrato en el Derecho Alemán"*, Cuadernos de Extensión Jurídica N°6, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Santiago, 2002, pág. 115. La cursiva es nuestra).

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, por otra parte, y volviendo sobre la *causa*, resulta indubitado que las concepciones hermenéuticas en torno a este concepto y que se han reseñado en considerandos anteriores, responden a una realidad cierta y efectiva; pero no sólo eso. En efecto, una forma tal de aproximarse al tema también guarda armonía y coherencia con las disposiciones legales que aluden a la interpretación de los contratos.

En este sentido, los diversos autores que proclaman esta vía de exégesis coinciden en justificar su recepción a nivel normativo en preceptos que, en general, son comunes a los códigos civiles, particularmente aquéllos que aluden a la *buena fe* y a la *naturaleza del contrato*, como es el caso del artículo 1546 de nuestro Código Civil y sobre el cual volveremos más adelante.

Así las cosas, se plantea que si las obligaciones que derivan del contrato deben "ejecutarse" de buena fe, con mayor razón aún deberá atenderse a tal baremo al momento de establecer si se originó y subsiste eficazmente la relación contractual, examinando si las obligaciones de que ella da cuenta se ajustan o no a los parámetros

y requisitos exigidos por la ley para la configuración del acto de que se trata. De igual modo, la *"naturaleza de la cosa"* –en nuestro caso, del contrato– obliga al intérprete a considerar, de un modo muy especial, la clase o tipo de convención a la cual recurren las partes al momento de ejercitar su autonomía privada (onerosa o gratuita; conmutativa o aleatoria).

VIGÉSIMO NOVENO: Que si aplicamos lo anterior al ámbito de los contratos *bilaterales*, *onerosos* y *conmutativos* como aquel que se analiza en la especie, concluiremos, entonces, que si las partes han optado por regular, a través de este específico tipo negocial, la relación que pretenden los vincule, no pueden preterirse las características que precisamente permiten encuadrarla en este tipo de contrato. Ello, como quedó dicho más atrás, supone que no existirá un contrato de esta especie si la operación económica de que da cuenta no refleja el *equilibrio* o *equivalencia* de las prestaciones a que cada parte se obliga.

Con todo, es importante advertir que cuando hablamos de "equilibrio económico financiero" o incluso de *equivalencia* entre las prestaciones recíprocas de las partes en un contrato oneroso conmutativo, **en caso alguno ello significa que deba existir entre las obligaciones correlativas una igualdad aritmética o matemática, como tampoco implica que la convención de que se trate no pueda terminar siendo un negocio ruinoso para uno de los contratantes.**

Todavía más, es posible que el resultado de un contrato determine incluso la quiebra de alguna de las partes, sin que ello sea óbice para estimar que el contrato no se ha desnaturalizado, desde el momento que es perfectamente concebible que una de las partes, por ejemplo, haya asumido –o debido asumir– los riesgos particulares que condujeron a tal consecuencia, según las reglas que gobiernan la convención de acuerdo con su propio texto o la normativa que le sea aplicable. Tal

circunstancia, en todo caso, deberá determinarse atendiendo a las particularidades que presente cada situación que deba ser objeto de juzgamiento.

TRIGÉSIMO: Que, en definitiva –como lo advertirá cualquier observador imparcial–, el fenómeno contractual constituye una entidad unitaria, jurídica y económica. En este fenómeno, la estructura económica es definida por la regulación legal-convencional, y encuentra en el Derecho la razón y la regla de su estabilidad: sin el Derecho, las exigencias y finalidades que la operación tiende a satisfacer y realizar quedarían frustradas. Por la inversa, el criterio de la regulación jurídica es determinado por la "economía del negocio", y un contrato que tenga por objeto una operación económica, no puede ser conocido ni adecuadamente regulado, si no es en plena compenetración con ella.

Dicho en otros términos, la regulación jurídica y el equilibrio económico –el contrato y la operación– constituyen una unidad; los unos y los otros no tienen existencia autónoma, de manera que no son singularmente concebibles en términos jurídicos, ni en términos económicos. Por lo mismo, bien se ha sostenido que esta concepción significa atribuir valor normativo a la causa del contrato –y por lo tanto, a la operación económica que tiene como espejo a la causa–, permitiendo a la vez que aquélla actúe como salvaguarda de los principios y valores que hallamos ínsitos en el ordenamiento jurídico contractual. (D'ANGELO, Andrea (2004): "Contrato y Operación Económica", en VVAA: *Estudios sobre el Contrato en General por los Sesenta Años del Código Civil Italiano (1942-2002),* (Lima, Ara Editores), pág. 679).

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, no obstante, no se puede desconocer que la particularidad de los contratos de concesión como es el caso de autos es la de ser fruto de una licitación en la que los participantes evalúan *ex ante* los antecedentes de ésta para formular su oferta, asumiendo los riesgos propios de un contrato a suma

alzada. Así, la falta de rigurosidad en los análisis que efectúen incrementa la posibilidad de que, tal como se ha señalado, éste resulte ser un negocio ruinoso para el adjudicatario, sin que pueda invocar la falta de equilibrio económico financiero para salvar sus menores ingresos, o incluso las pérdidas producto de la concesión. En otras palabras, la mejor garantía de un equilibrio económico financiero está dada, principalmente, por la rigurosidad de la oferta y no por la mera existencia del principio señalado.

Si esto no fuera así, las licitaciones de este tipo de obras bajo esta modalidad quedarían entregadas al oferente más audaz, quien amparándose en un malentendido concepto de equilibrio económico financiero podría pretender modificar *ex post* los términos de su oferta, alterando los necesarios principios de justa competencia que existen en este tipo de procesos, lo que no puede ser aceptado.

Es por todo ello que debe analizarse caso a caso la existencia de situaciones externas a las partes o actuaciones de éstas durante el desarrollo del contrato de concesión para determinar si se ha producido alguna alteración del equilibrio económico financiero que requiera –y justifique jurídicamente– ser corregida.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, para concluir este capítulo, debe entonces consignarse que la necesidad de que exista y se mantenga el "equilibrio económico financiero" de un contrato bilateral tiene efectivamente –bajo determinadas circunstancias que deben analizarse caso a caso– amparo y reconocimiento jurídico.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, en lo que específicamente dice relación con el equilibrio económico financiero de un contrato de concesión de obra pública, la doctrina parece estar conteste en que dicha exigencia procede también respecto de este tipo de convenciones.

El primer antecedente relevante en la materia podemos ubicarlo en las conclusiones del comisario Leon Blum previas al fallo del Consejo de Estado francés de 21 de marzo de 1910, *Compagnie générale française des tramways*, en el cual se acoge el cambio jurisprudencial propuesto por el comisario de gobierno. El citado comisario, después de recordar la necesidad de mantener una prestación eficiente y continua del servicio público y de que el contratista, como colaborador, tiene derecho a una compensación por la utilización de los poderes exorbitantes por parte de la administración, concluyó que "*en todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión*". (El texto de las conclusiones del comisario de gobierno, así como del fallo del Consejo de Estado, puede consultarse en Marceau Long et al. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Décimo quinta edición. París: Dalloz, 2005, pp. 131 y siguientes.)

El hecho es que, "a partir de ese antecedente, la doctrina y la jurisprudencia francesas continuaron construyendo la noción del equilibrio económico del contrato administrativo, hasta el punto de que, en la actualidad, no se habla del principio de riesgo y ventura como principio rector del contrato administrativo, sino de la necesidad de mantener la equivalencia entre las prestaciones pactadas, de tal manera que el cocontratante de la administración tiene derecho a un precio cierto en la ejecución del contrato, a la intangibilidad de su remuneración. **Podemos afirmar, entonces, que es en Francia donde nace y se consolida el principio del equilibrio económico como noción dominante de la fase de ejecución de los contratos administrativos**." (RODRÍGUEZ, Libardo, "El equilibrio económico en los contratos administrativos", Derecho PUCP, N°66, 2011, pp. 62 y 63. El énfasis es nuestro)

En nuestro medio, don Enrique Silva Cimma, enseña que "(…) cuando por circunstancias sobrevinientes que no pudieron preverse al momento de la

celebración del contrato cambian las bases del negocio que las partes tuvieron a la vista al contratar, especialmente los elementos económicos que alteran sensiblemente las bases de la convención, y ello perjudica a los contratantes, **deben adaptarse las cláusulas del contrato en armonía con las nuevas circunstancias,** de manera que en último término se restablezca la justicia conmutativa de la relación contractual mediante la equiparación de las respectivas prestaciones" (SILVA CIMMA, Enrique. Derecho Administrativo chileno y comparado: actos, contratos y bienes, segunda edición actualizada, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2023, pp. 169-170. El énfasis es nuestro)

En la misma línea, el profesor Hernán Corral expresa que "(…) el hecho de que la concesión sea calificada como un contrato administrativo no quiere decir que en ella el Estado Administrador tenga facultades y poderes exorbitantes que puedan producir un sacrificio del interés legítimo del concesionario a que se respeten los derechos surgidos de la contratación original. **Al concesionario se reconoce un derecho a que se mantenga el equilibrio financiero del contrato**". (CORRAL, Hernán, "Incumplimiento de contratos de concesiones". Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes). N° 21, p. 64. El énfasis es nuestro)

Dolores Rufián, por su parte, escribe que "tanto la Ley de Concesiones [y Reglamento] como las bases de licitación establecen un sistema de riesgos compartidos, de manera que no se puede señalar que la concesión de obra pública sea un contrato celebrado a riesgo y ventura del contratista concesionario, sino que **está regido por el principio del equilibrio financiero del contrato**." (RUFIÁN LIZANA, Dolores, Manual de Concesiones de Obras Públicas, Santiago 1999, p. 26. El énfasis es nuestro)

Martínez apunta que "durante el desarrollo de una relación contractual de larga duración, pueden ocurrir ciertos hechos imprevistos que, modificando sustancialmente las circunstancias que se tuvieron a la vista al momento de

contratar, hagan más onerosa la prestación para una de las partes, afectando así el equilibrio económico del contrato. **Ello haría necesaria su revisión por vía judicial**, para alterar lo pactado inicialmente, **dando vida normalmente a una nueva contraprestación, no contemplada dentro del contrato originario, que re-equilibre la relación y evite el enriquecimiento injusto**. (MARTÍNEZ, Juan José. "El equilibrio económico en los contratos públicos", en Documentos de Trabajo, N°3, 2014, Universidad Alberto Hurtado, pp. 1-2. El énfasis es nuestro).

En torno al mismo punto, Flores expresa que "cuando … la ocurrencia de **hechos imprevisibles** a las partes, **deviene en una afectación de la ecuación económica financiera del contrato** y en un sacrificio especial de los derechos contractuales que ceden en beneficio de toda la colectividad, *surge el deber de reestablecer la relación de justicia quebrantada* indemnizando los perjuicios causados." (FLORES RIVAS, Juan Carlos, "Revisión de los contratos administrativos: el adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 53 (segundo semestre de 2019), p. 91. El énfasis es nuestro).

Figueroa e Illanes, a su turno, anotan que "Respecto de esta ecuación pueden acaecer riesgos, siendo fundamental que el equilibrio de la igualdad consentida al momento de perfeccionarse el contrato de concesión **permanezca durante todo el curso del mismo,** debiendo estas siempre tender a su resguardo, salvo que el desequilibrio sea culpa de una de las partes contratantes." (FIGUEROA, Juan Eduardo e ILLANES, María Luisa, "Notas sobre la Ecuación Económica Financiera en el Contrato de Concesiones de Obras Públicas en Chile", en "La Concesión de Obra Pública", Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de Los Andes, Santiago 2018, p. 43. El énfasis es nuestro.)

El profesor Cordero Vega, por último, consigna que "(…) **la teoría del equilibrio económico financiero y su garantía frente a las modificaciones**

imprevistas fue construida desde la teoría de la responsabilidad sin culpa, en el entendido que no era la diligencia en el cumplimiento de las obligaciones contractuales la que le daba el origen a la compensación, sino las circunstancias de que existían determinados sacrificios, fundados en razones de interés público, que podían afectar al contratista **y que no era equitativo que asumiera los mayores costos**". (citado por Flores Rivas, op. cit. p. 91. El énfasis es nuestro.)

Como se observa, el principio del equilibrio económico financiero es una regla fundamental en todo contrato administrativo y su aplicación cobra especial interés y relevancia en los contratos de concesiones de obras públicas que se desarrollan a largo plazo y **donde la ecuación debe mantenerse durante toda su extensión, tendiendo a su restablecimiento en los casos que se haya producido una alteración significativa del mismo**." (Figueroa e Illanes, op. cit., p. 43. El énfasis es nuestro)

TRIGÉSIMO CUARTO: Que la jurisprudencia de la Contraloría General de la República se ha pronunciado, en más de una ocasión, en la misma línea de la doctrina más arriba citada.

En efecto, dicho Organismo Fiscalizador ha autorizado la revisión de contratos –incluso celebrados a "suma alzada"– **cuando con posterioridad a su suscripción han ocurrido hechos sobrevivientes que lo tornan más oneroso para el particular que contrata con la Administración, rompiendo de este modo la conmutatividad originalmente proyectada**.

Como ejemplos de lo anterior, a continuación extractamos algunos pasajes de diversos dictámenes emanados del aludido Órgano Contralor:

En su Dictamen N° 10.624, de fecha 06/03/2006, dicha autoridad manifestó que "*… efectuado el pertinente estudio jurídico y técnico, esta Entidad Fiscalizadora estima que las circunstancias sobrevinientes relativas a la estructura de la obra primitiva constituyen fuerza mayor, por lo que no corresponde que la empresa concesionaria asuma los*

mayores costos que ello demandó, y procede, por ende, que el Servicio pague a la recurrente los mayores valores en que debió incurrir por este concepto para cumplir con el convenio".

"En efecto, si bien en el precio del contrato se incluyen todos los gastos que irrogue su cumplimiento, sean directos, indirectos o a causa de él, ello se entiende en el marco del ***desarrollo normal y previsible de su ejecución****, valor que eventualmente podría sufrir variaciones de concurrir* ***situaciones de fuerza mayor*** *(…),* ***sin que fuese posible al contratista prever tal situación*** *en base a los antecedentes que le entregó el Servicio ...".*

Más adelante, el mismo dictamen expresa que: *"Además, cabe ponderar que aun cuando en el ámbito del Derecho Administrativo impera el principio de que en los pactos administrativos rige el elemento de riesgo o ventura, esto es, que el cocontratante de la Administración soporte el riesgo del cumplimiento de las obligaciones que impone la convención,* ***tal principio no es absoluto, pues admite excepción en caso de que*** *exista imprevisión,* ***caso fortuito o fuerza mayor, dando derecho al obligado para que ellos sean soportados por quien hace el encargo ...****".* (el destacado es nuestro).

En otro pronunciamiento –Dictamen N° 35.989 de fecha 28/09/2001– la Contraloría se pronuncia en similares términos al expresar que: *si bien en derecho administrativo rige el principio que en los contratos administrativos rige el elemento de riesgo o ventura, esto es, que el co-contratante de la administración soportara el riesgo del cumplimiento de las obligaciones que impone la convención,* ***tal principio se ve alterado*** *por las teorías de la imprevisión,* ***caso fortuito y otras****, que dan derecho al contratista para que ciertos riesgos sean soportados por la Administración. El acto de autoridad que impone o prohíbe a las personas una conducta, prestación u obligación determinada no contemplada antes en el ordenamiento jurídico se asimila al caso fortuito y fuerza mayor del artículo 45 del código civil,* ***norma que se ubica en el título preliminar de dicho texto, el cual regula materias propias del derecho público, siendo la regla general, que el acto de autoridad sea de responsabilidad del Estado****, a menos que el contratista tomara sobre si dicho riesgo;* ***lo contrario encarecería los contratos, pues las empresas estarían***

obligadas a presumir, al formular sus ofertas, la ocurrencia de tales circunstancias. *Asimismo, el artículo 4 de ley 18.575, consagra la responsabilidad extracontractual del estado, señalando que este es responsable de los daños que causen los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones, sin desmedro de la responsabilidad del funcionario que lo ocasione, de manera que los particulares de buena fe quedan a salvo de las consecuencias que generen este tipo de actos jurídicos, que no han tenido los medios ni la oportunidad de conocer ni prever. Por otra parte, este no es un mayor valor del convenio que beneficie al contratista y que infrinja el principio de igualdad de los licitantes, pues por tratarse de un hecho imprevisto, a cualquier contratante se habría aplicado el mismo tratamiento,* ***que persigue mantener el equilibrio económico de las partes***. (el destacado es nuestro)

En el Dictamen N° 41.409 de fecha 02712/1994 se expresa que "*en los contratos administrativos rige el elemento de riesgo y ventura, o sea, la contraparte de la Administración ha de soportar el riesgo del cumplimiento de las obligaciones que les impone el contrato.* ***Pero ese principio aparece modificado o alterado por diversos hechos que dan derecho al contratista para que ciertos riesgos sean soportados por la Administración, como los plasmados en la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe*** *y de las cláusulas de reajuste. La teoría del príncipe en derecho chileno se asimila a la figura del caso fortuito y de la fuerza mayor porque* ***el artículo 45 del Código Civil prevé como evento de ese tipo el acto de autoridad, norma ubicada en el titulo regulador de una materia propia del derecho público como lo es la ley***. *La regla general es que el acto de autoridad sea de responsabilidad del Estado, a menos que el contratista haya tomado expresamente sobre si ese riesgo, ya que* ***lo contrario encarecería enormemente los contratos pues las empresas, ante tales circunstancias, aumentarían el valor de las cotizaciones***. *En este caso … no se trata de un mayor valor del contrato que beneficie al ejecutor y que pudiera infringir el principio de igualdad de los licitantes, ya que tratándose de un hecho imprevisto, a cualquiera a quien se le hubiere adjudicado, se le habría aplicado el*

mismo criterio. Tampoco se refiere a la sustitución de un tipo de reajuste por otro o a la tardía inclusión de alguno, siendo el fin perseguido solo la devolución de gastos superiores en que se debió incurrir por acto de autoridad, ***para mantener el equilibrio económico de las partes****. Consecuentemente,* ***la devolución debe corresponder a las cantidades exactas que la empresa debió pagar por el rubro referido y no a una suma teórica****….".*

Finalmente, cabe aludir al Dictamen N° 31.163 de 2005 en el cual el ente contralor manifiesta que *"(…)* ***habida consideración del resguardo del principio de equilibrio económico que debe regir las relaciones de los contratantes****, -conforme al cual las deficiencias observadas en el cumplimiento de las obligaciones contractuales deben ser solucionadas con cargo al patrimonio de la parte responsable de ellas-, es que la Administración debe reembolsar al contratista los costos directos involucrados en la realización de* ***aquellas obras que no se referían a las circunstancias que le eran imputables, puesto que no hacerlo conllevaría un enriquecimiento sin causa a su favor que no se ajusta a la normativa ni principios que rigen este tipo de convenciones****."* (todos los énfasis son nuestros)

TRIGÉSIMO QUINTO: Que sin perjuicio de lo razonado en lo que antecede, valga reiterar lo ya señalado en considerandos anteriores en orden a que no posible ignorar que la particularidad de los contratos de concesión como es el caso de autos, es la de ser fruto de una licitación en la que los participantes evalúan *ex ante* los antecedentes de ésta para formular su oferta, asumiendo los riesgos propios de un contrato a suma alzada. A consecuencia de ello, la falta de rigurosidad en los análisis que efectúen incrementa la posibilidad de que, en el devenir contractual, en definitiva la convención se traduzca para el adjudicatario en un negocio ruinoso. En tales casos no cabe, naturalmente, invocar la falta de equilibrio económico financiero para salvar sus menores ingresos, o incluso las pérdidas producto de la concesión. Y es también por eso que –como decíamos–la mejor garantía de un equilibrio

económico financiero está dada, principalmente, por la rigurosidad de la oferta y no por la mera existencia del principio que se ha comentado.

De no aceptarse lo anterior, las licitaciones de esta clase quedarían libradas a la suerte del oferente más audaz o temerario, quien amparándose en un malentendido concepto de equilibrio económico financiero podría pretender modificar *ex post* los términos de su oferta, alterando los necesarios principios de justa competencia que existen en este tipo de procesos.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que, con todo, en la situación específica que examinamos y asilados en el artículo 36 de la Ley de Concesiones, este Tribunal tendrá como antecedente –que adicionalmente en esta parte hace suyo– el dictamen del Panel Técnico de Concesiones y que, para los efectos que aquí se analizan, y sobre la base de las consideraciones que ya reprodujimos, concluyó que "*En sus primeros años de concesión 2015 al 2019, de acuerdo con los respectivos balances, los ingresos fueron levemente superiores al escenario optimista elaborado por la DGAC.* ***Por lo tanto, ex post a la adjudicación, suponer que la SC presentó una oferta temeraria no tiene sustento***".

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que según se razonó más arriba, el mantenimiento del equilibrio económico del contrato –incluido el contrato de concesión de obra pública– se impone como *elemento de la naturaleza* de los contratos onerosos conmutativos cuyo es el caso de la convención que se analiza en la especie.

Sin embargo, y como bien expresa el profesor Víctor Vial, si bien en los contratos onerosos conmutativos las prestaciones correlativas de las partes se miran como equivalentes, ello no obsta a que sea igualmente posible observar de alguna manera la existencia de una contingencia incierta de ganancia o pérdida,

representada por el mayor o menor beneficio que los contratantes reporten de las prestaciones que contraen, de acuerdo con el efecto que produzcan en éstas aquellas circunstancias previsibles que, por lo tanto, cada cual tiene el deber de ponderar al momento de contratar.

Lo anterior determina que los contratantes siempre asumen determinados riesgos de acuerdo con lo que constituye lo normal o corriente, conociendo, o debiendo conocer, que el beneficio o utilidad final que obtendrán del contrato puede verse afectado por la ocurrencia de circunstancias que si bien no saben a ciencia cierta si ocurrirán o no –o en qué sentido lo harán– sí se encuentran en condiciones de preverlas, a lo menos como una posibilidad.

No obstante, advierte el mismo profesor que en contraposición a los efectos que corresponde atribuir a lo que constituye el *alea normal* del contrato, que las partes deben asumir de acuerdo con la denominada autorresponsabilidad privada, Emilio Betti explica la distinta situación que produce el alea que, por el contrario, excede el marco normal, en los siguientes términos: "**Pero sucede, en efecto, que por sucesos extraordinarios, que no entran en la marcha ordinaria de las cosas; o por sucesos imprevisibles, en el sentido que no podían ser tenidos en cuenta en el momento de pactarse el contrato por un contratante de normal diligencia,** habida cuenta también de la condición de las partes, el contenido y las condiciones del contrato, supongan riesgos mayores, y más aún, precisamente, que se perfile una posibilidad de pérdida (...) que no había sido posible tener en cuenta en el momento de pactar el contrato." (el énfasis es nuestro).

En opinión del autor citado, la situación descrita es tan diametralmente distinta de las que caben bajo la autorresponsabilidad privada, que el derecho no podría atribuirles el mismo efecto sin transgredir ciertos bienes jurídicos tanto o más dignos de protección. En tal sentido, Betti explica que "*la situación es muy diferente cuando el aleas excede del marco normal, típico del contrato, sea tal que supone el sacrificio*

económico del deudor de modo desproporcionado respecto a la correspondiente ventaja del acreedor (...) La ley no puede ignorar una situación como ésta, no puede ignorarla, porque con las relaciones de obligación se resuelve, precisamente, un problema de cooperación entre las dos partes. Por consiguiente, si es una cooperación que debe ser prestada por una parte a la otra (...) es obvio que ningún acreedor puede pedir honestamente al deudor que sacrifique por él su vida o su existencia patrimonial (...) Si se trata de cooperación, no es honesto, no es humano (por antisocial) pretender del deudor el sacrificio de la existencia patrimonial para ser fiel al contrato. ***Esto sería contrario a la idea de la cooperación en interés de la otra parte; esto sería contrario al criterio de la buena fe contractual***." (énfasis agregado).

Por lo dicho, lleva razón el profesor Vial del Río cuando apunta que, si se plantea la distinción entre lo que constituye el *alea normal* y *anorma*l del contrato, en los términos que caracterizan a los contratos onerosos conmutativos, lo expresado en el texto citado viene a significar que el alea *normal* forma parte de la equivalencia o equilibrio de las prestaciones, pues debe necesariamente encontrarse ponderado en ésta. **Por el contrario, el alea que excede el marco de lo normal,** precisamente en virtud de que su ponderación era imposible al momento de contratar, no forma parte de la equivalencia o equilibrio de las prestaciones, de manera que su materialización constituye propiamente la falta de equivalencia que representa un desequilibrio en el contrato. (Informe en derecho del profesor Víctor Vial del Río acompañado a los autos).

En el mismo sentido expuesto por el profesor Vial –y específicamente en lo relativo al contrato administrativo– se pronuncian otros autores. Así, por ejemplo, Marienhoff apunta que "*Como en todo contrato, el cocontratante en un contrato 'administrativo' debe soportar, a su propio costo y riesgo, el álea 'normal' de toda negociación, no así el álea 'anormal', cuyas consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas* (…) *Lo cierto es que la situación del cocontratante debe ser finalmente tal que pueda lograr las ganancias*

razonables que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones originarias (…) *Acertadamente se dijo que si para la Administración es vital la satisfacción de los intereses públicos, para el particular cocontratante el móvil del contrato es el interés financiero*" (Marienhoff, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 471.)

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que, para resolver aspectos como los planteados en el caso *sublite*, no solo Betti y otros juristas clásicos formulan la necesaria distinción entre el alea "*normal*" y el alea "*anormal*" del contrato, sino que también connotados autores contemporáneos.

Así, por ejemplo, Enrico Gabrielli escribe que "la onerosidad jamás es relevante cuando ingresa en el *alea normal* del contrato. Alea regulada por las partes, alea normal, evento extraordinario pero previsible, son las tres figuras que –unificándose– constituyen el área de los riesgos asignados al deudor en cualquier caso, porque así lo quiere la voluntad contractual, o porque así el contrato debe ser interpretado e integrado …. En efecto, los contratantes tienen la carga de prever la existencia de aquel margen de riesgo *normalmente inherente* a cualquier operación económica, en el sentido que las prestaciones pueden volverse más o menos onerosas, **de modo que los mecanismos vinculados a la excesiva onerosidad se activan cuando la normalidad y la previsibilidad son superadas**.

En todo caso, la valoración cualitativa y cuantitativa del límite dentro del cual opera ***el riesgo normal*** **del contrato debe ser remitida a la prudente apreciación del juez, en vista de la variedad de los acontecimientos que pueden incidir a través de una vinculación externa en la realización funcional del negocio**.

En efecto, **el juez debe efectuar una consideración en términos económicos de los parámetros de referencia con los cuales el alea debe valorada para ingresar *dentro de los límites de la normalidad***.

El alea normal asume por tanto el valor de una nota diferencial, en sentido económico, **entre los acontecimientos que inciden sobre el nexo de reciprocidad entre las prestaciones convirtiéndose en un criterio elástico de valoración de la economía del contrato con respecto ya sea a la causa, ya sea al desenvolvimiento actuativo de la relación, puesto que el alea varía según el tipo o el subtipo** contractual.

Por su parte –agrega el profesor de la Universidad de Roma– la jurisprudencia se inclina a considerar … **los desequilibrios que van más allá de un normal criterio de previsibilidad de las fluctuaciones y de las variaciones de los costos que pertenecen a las *normales oscilaciones* de los precios de mercado**, ya sea con respecto al tipo de contratación creado, ya sea respecto a la medida de la incidencia de un acontecimiento, aunque este hubiese sido en cierta medida previsible (…).

El intérprete, **a cuyo juicio está confiada la valoración y selección de los riesgos relevantes, con la finalidad de apreciar cuál es el *alea normal d*el contrato y aclarar de esta manera su superación** –dada la naturaleza intencionalmente elástica de los conceptos de excesiva onerosidad y de alea normal del contrato– deberá tener en cuenta el tipo y el subtipo contractual, el contrato en concreto y **la variación del equilibrio de la relación entre prestación y contraprestación**.

En definitiva, el *alea normal* del contrato indica la medida dentro de la cual, a causa de la verificación de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, es posible soportar las alteraciones de la función de intercambio sin alterar el punto de equilibrio entre las respectivas prestaciones, así como se encuentra fijado en la causa concreta del contrato." (GABRIELLI, Enrico, "Alea, Riesgo y Teoría del Contrato", Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2021, pp. 76-78. El énfasis y la cursiva son nuestros).

TRIGÉSIMO NOVENO: Que atendido el hecho de que la convención que se analiza reviste la naturaleza de un contrato *bilateral* que beneficia a ambas partes, recibe aplicación lo prevenido por el artículo 1547 del Código Civil, conforme al cual la diligencia debida por las partes corresponde a la *mediana*, esto es, aquella que los hombres *ordinariamente* emplean en sus negocios propios (art. 44 del Código Civil).

Corresponde, por tanto, atender a dicho baremo o estándar de conducta a fin de determinar si, **empleando la diligencia ordinaria o mediana**, pudo la SC representarse el riesgo de la pandemia causada por el Covid-19 al momento de formular su oferta y concluirse el contrato.

En este sentido, resulta evidente que tal acontecimiento configura, al tenor del artículo 45 del Código Civil, una situación de caso fortuito o fuerza mayor y que, por lo mismo, empleando la diligencia ordinaria o mediana, la SC no pudo prever (y luego resistir) al tiempo de contratar.

Por lo demás, así lo confirmó también el propio MOP y Panel Técnico de Concesiones al expresar que:

"***La pandemia es un hecho sobreviniente de la naturaleza****, una situación extraordinaria e imprevista, totalmente ajena a la voluntad de las partes y que ha provocado no sólo efectos en múltiples esferas y actividades a nivel mundial y del país, sino que en el presente contrato de concesión una caída de los ingresos de la SC, lo que, conforme ésta señala, ha puesto en peligro la continuidad del contrato.* ***El reconocimiento de que la pandemia es una situación imprevista ha sido dado, para efectos de los contratos de concesión de obra pública, por el propio Ministerio de Obras Públicas*** *mediante Ordinario N°394 de 20/03/20, que señala:*

"Producto de la grave situación sanitaria generada en el país asociada al brote mundial del coronavirus-2 del síndrome respiratorio agudo grave, que produce la enfermedad de COVID-19, que dio lugar a la dictación de la alerta sanitaria y estado de catástrofe por los D.S. del Ant., se ha estimado necesario impartir instrucciones destinadas a abordar los efectos

que puedan generar las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria en el normal desarrollo de los contratos de concesión de obra pública, estudios y asesorías a la inspección fiscal a cargo de esta Dirección.

Respecto de aquellas obligaciones cuyo cumplimiento pueda verse afectado por las medidas dispuestas por la autoridad, ***se considera necesario establecer ciertos criterios aplicables a los contratos de concesión de obra pública*** *y consultorías contratadas por esta Dirección.*

1. ***La situación derivada del COVID-19 presenta las características establecidas en el Art. 45 del Código Civil para atribuirle el carácter de caso fortuito, dado su carácter de derecho común y de carácter supletorio, tal como fue reconocido por la Contraloría General de la República*** *mediante dictamen del Ant. 2.*

2. Los efectos de caso fortuito en el cumplimiento del contrato de concesión se deberán determinar en cada caso, en función de la afectación que produzca, debiendo cada concesionaria o consultora presentar los antecedentes que acrediten el impacto en el contrato a través del inspector fiscal."

A continuación, el Ordinario se refiere a las solicitudes de aumento de plazo que pudiesen ser solicitadas por las concesionarias, disponiendo que estas serán analizadas en forma expedita. Un margen determinado de aleatoriedad es natural en cualquier contrato y lo asume o padece la parte respectiva afectada; ***pero la pandemia que actualmente afecta al mundo escapa del riesgo natural, racional y previsible del negocio al que alcanza la responsabilidad de la SC y por ende no podría ser una alea asumida por ésta.*** *La misma autoridad en su Ordinario N°394, ya citado, la calificó de caso fortuito, es decir, de "imprevisto imposible de resistir", conforme la definición del artículo 1445 (****sic****) del Código Civil. (…)"* (el énfasis es nuestro).

CUADRAGÉSIMO: Que respecto de la buena fe como baremo que permite afrontar situaciones como las que se vienen describiendo, el mismo informe en

derecho del profesor Vial más atrás aludido, citando a Betti, permite allegar criterios relevantes de atender para la controversia de autos.

En este sentido, expresa el profesor Vial que frente al conflicto de intereses que se produce ante la excesiva onerosidad sobreviniente por causas extraordinarias o que las partes no pudieron prever –que produce como efecto que la prestación de una de las partes devenga en excesivamente onerosa, en términos tales que impone una carga o sacrificio que excede, con creces, el alea normal del contrato– Emilio Betti recurre, para su solución, a lo que significa la ejecución del contrato de buena fe y al deber de cooperación recíproca que ésta supone, que encuentra su máxima expresión en la *función integradora de efectos en el contrato*. En la ejecución de los contratos de buena fe, entendida en la forma señalada, se encuentra la ratio juris de las disposiciones del Código Civil italiano que específicamente se ocupan del tema, buscando lo que Betti llama "el remedio" *contra esas vicisitudes contractuales*, que puede llegar hasta la resolución de la relación contractual, "*evitable, empero,* ***con una modificación de las condiciones, que sea adecuada para restablecer el equilibrio, según una línea coherente con la valoración comparativa del coste y del rendimiento de la prestación formada por las partes al pactar el contrato***." (énfasis agregado). *Ello, con fundamento en "una exigencia de conservar el coste inicial de la prestación, que responde a la exigencia de equidad en la cooperación entre deudor y acreedor en cuanto a la distribución de los riesgos que exceden del alea normal del contrato*."

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que, a estas alturas, conviene precisar que lo que se viene exponiendo y, particularmente en relación con el recurso de la buena fe como elemento de interpretación e integración contractual, no implica aceptar la denominada "teoría de la imprevisión" –así como ninguna otra "teoría"– sino que lisa y llanamente llama a aplicar los principios y normas que contempla nuestra legislación positiva.

De hecho, y vinculado a este aserto, cabe recordar que cuando en plena pandemia se presentó un proyecto de ley para consagrar en Chile la teoría de la imprevisión, diversos –y connotados– profesores de derecho se pronunciaron en el sentido de que ello resultaba innecesario dado que, precisamente, nuestro ordenamiento jurídico contemplaba remedios que permiten afrontar y resolver las situaciones de desequilibrio contractual que dicha teoría pretende corregir.

Por ejemplo, el profesor Barros manifestó que "*algunas voces autorizadas han puesto en duda que para resolver el problema sea necesario reformar el derecho vigente. En términos generales, el Código Civil contempla tanto el principio de que el contrato es una 'ley para los contratantes' como el de que los contratos 'deben ejecutarse de buena fe', y por consiguiente es preciso integrar su objeto literal con todo aquello que emana de la naturaleza de las obligaciones. Una adecuada armonización de ambos elementos debería permitir arribar a soluciones justas, tomando en cuenta la duración de las circunstancias extraordinarias, la intensidad con que afectan al negocio en cuestión y todos los aspectos individuales que resultan tan esquivos para una regla general...*" (BARROS, Enrique. "Imprevisibilidad en contratos", en Diario El Mercurio de fecha 15 de mayo de 2020)

Por su parte, el profesor Lyon señaló que "*El actual artículo 1546 resuelve la excesiva onerosidad sobreviniente de una forma general y sofisticada, al tiempo que resuelve, también, otras inequidades, desequilibrios y contrariedades que se presentan en la ejecución de los contratos y que son distintas a la excesiva onerosidad sobreviniente. Ello ocurre porque obliga a las partes y a cualquier sentenciador a recurrir a la 'naturaleza del contrato', esto es, a la fórmula elaborada por los contratantes para extraer la solución que debe proporcionarse por el sistema legal.*" (LYON PUELMA, Alberto. "Proyecto sobre teoría de la imprevisión", en Diario El Mercurio de fecha 19 de mayo de 2020: https://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/25237-profesor-albertolyon-).

El profesor Vial, a su turno, expresó que "*Es crucial no olvidar que en nuestra legislación positiva existe una disposición que permite dar solución al problema mencionado: el artículo 1.546 del Código Civil. Tal precepto establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe y que, por tanto, obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino también a aquello que emana precisamente de la naturaleza de la relación de obligación. Sin embargo, por lo general, ha sido interpretado con un alcance reducido y parcial, como si la disposición se limitara a establecer la buena fe como un deber de conducta, sin reparar en que el legislador fue mucho más allá, pues determinó la necesidad de integrar o incorporar al contrato obligaciones que las partes no expresaron. Cabe señalar que el rol integrador de obligaciones que desempeña la ejecución de buena fe del contrato ha sido reconocido por la Corte Suprema, según lo comprueban sentencias recientes*." (VIAL DEL RÍO, Víctor, "Proyecto de ley para dar reconocimiento positivo a la imprevisión en el código civil". El Mercurio, 13 de mayo de 2020).

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Que, por otro lado, y también de un modo especialmente relevante para la situación en examen, cabe señalar que durante la discusión en la tramitación legislativa de la Ley N°20.410, y con el fin de impedir la modificación intempestiva de las condiciones contractuales en las distintas etapas de los proyectos, la profesora Nicole Nehme tuvo la oportunidad de participar en calidad de expositora, y en dicha instancia dio cuenta de la inconveniencia de la aplicación de la teoría de la imprevisión a estos supuestos, señalando que:

"*La solución para estos casos es un arbitraje de derecho en que el procedimiento siempre considera la equidad, la buena fe y el equilibrio de las prestaciones de las partes. En los contratos complejos y de larga duración, es de la esencia considerar la evolución del contrato a lo largo del tiempo, lo que no significa la aplicación de la Teoría de la Imprevisión,* ***sino que basta con la aplicación del derecho que contempla la buena fe*** *y se evita el exceso de conceptos vagos que pueden facilitar las renegociaciones*". (Historia de la ley

N°20.410. Intervención de Nicole Nehme Z., Primer Informe de la Comisión de Obras Públicas del H. Senado, p. 40. Énfasis agregado)

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Que a propósito de la buena fe como principio que permite no solo interpretar sino que **integrar** un contrato, el mismo informe en derecho del profesor Vial ya citado, es útil al transcribir los siguientes **fallos de la Excma. Corte Suprema** que abordan específicamente el tema.

(i) Sentencia CS de fecha 7 de junio de 2011.

" *Que un caso como el de marras, se hace menester recordar que, por disposición del artículo 1546 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe, obligan no solo a lo que en ellos se expresa, a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.*

Se trata, entonces, de una extensión del deber de prestación, conforme a los dictados de la buena fe contractual, conjugando a los contratantes en una conducta de colaboración mutua en el cumplimiento de sus obligaciones, ***orientados a todo aquello que deriva de la naturaleza de la obligación*** *que cada quien debe acatar. Respecto a la buena fe contractual, se ha dicho que es "una actitud de cooperación que vincula al deudor a poner energías propias al servicio de los intereses ajenos, a la vista de un cumplimiento que responde con todos sus bienes (E.B., Teoría General de Las Obligaciones, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, pág. 118)*."

Más adelante agrega "*Que, de esta manera,* ***ha de entenderse que el citado artículo 1546 contempla una verdadera norma de integración de los contratos****, pues según ella, estos últimos dictan más allá de su letra "todos los elementos que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. Esta norma, no obstante encontrarse ubicada en el*

Titulo XII del Libro IV del Código Civil, a propósito del efecto de las obligaciones, ***más parece una norma de integración del contrato, básica de considerar para el proceso interpretativo posterior****" (Corte Suprema, sentencia de 11 de mayo de 1992, R.D.J., T. 89, secc. 19, pág. 46).*" (Rol N° 430/2010. Énfasis agregado).

(ii) Sentencia CS de fecha 2 de noviembre de 2011.

"*Que un caso como el de marras, hace menester recordar que uno de los principios fundamentales sobre los que se erige nuestro sistema jurídico es el de la buena fe, llamado a imperar en todo orden de materias y, específicamente, en lo que al asunto sub judice concierne, en los ámbitos procesal y contractual.*

Así, conforme a los dictados de la buena fe contractual, las partes conjugan sus actos en ***una conducta de colaboración mutua en el cumplimiento de sus obligaciones, orientados a todo aquello que deriva de la naturaleza de la obligación*** *que cada quien debe acatar.*

*Respecto a este instituto elemental del ordenamiento jurídico se ha dicho que lo conforma "****una actitud de cooperación que vincula al deudor a poner energías propias al servicio de los intereses ajenos*** *(…)"(E. B., Teoría General de Obligaciones, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, pág. 118).*" (Rol 5978/2010. Énfasis agregado).

(iii) Sentencia CS de fecha 29 de mayo de 2014.

Comentando este fallo, el profesor Vial hace presente que "la sentencia citada –además de reproducir, nuevamente, los considerandos Tercero y Cuarto de la dictada con fecha 7 de junio de 2011 antes mencionada– formula una acertada referencia a los artículos 1545, 1560 y 1563 del Código Civil, en

el sentido que la integración de efectos no expresados en el contrato que, por su parte, ordena el artículo 1546, no se encuentra en pugna ni contradicción alguna respecto de aquellas disposiciones, desde el momento que no es posible sostener que la voluntad de las partes se opone a lo que dicta el deber de cooperación en que consiste la ejecución de los contratos de buena fe. Se aprecia en esta conclusión de la Corte Suprema el mismo entendimiento que sostiene Emilio Betti, destacado en la parte pertinente del capítulo que anteceden, cuando expresa que el deber de cooperación tantas veces mencionado, en cuanto determina la necesidad de restar eficacia a la literalidad del contrato ante la situación producida por la excesiva onerosidad sobreviniente por circunstancias extraordinarias e imprevisibles, no se opone en modo alguno a la fidelidad al vínculo contractual, sino que, por el contrario, lo honra y robustece, desde el momento que los contratos no se conciben por el derecho que les otorga fuerza obligatoria, como instrumentos para la satisfacción exclusiva de los propios intereses. Mal podrían entonces los efectos que emanan del deber de cooperación ser contrarios a la voluntad de las partes, pues se encuentran incluidos en lo que constituye la ley para las partes a que se refiere el artículo 1545 del Código Civil; no pueden sino reflejar la intención común de los contratantes que el artículo 1560 establece como criterio fundamental de interpretación; pudiendo apreciarse en el artículo 1563 una aplicación a un caso particular, referida a la integración al contrato de las cláusulas de uso común, de lo que significa la ejecución de buena fe de los contratos.

El Considerando Décimo Cuarto de la citada sentencia –que integró efectos no expresados a un contrato de construcción– señala lo siguiente: "*Que, a idéntica conclusión se arriba si se examina el caso sub lite a la luz del artículo 1563 del Código citado, norma que regla que "En aquellos casos en que no apareciere*

voluntad contraria deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen". En efecto, aparece indiscutible, atendida la naturaleza del contrato celebrado entre las partes que por cierto resulta ser una ley para ellas atento a lo que prevé el artículo 1545 del Código Civil- que éste no puede tenerse por cumplido si se presentan falencias en la edificación encargada, sin que fuera ni siquiera necesario que las partes expresaran una cláusula en tales términos. Es más, difícilmente podría pensarse que la intención de las partes fue pactar lo contrario, de manera que también resulta atinente al efecto lo que expresa el artículo 1560 del mencionado compendio normativo." (Rol 073/2013).

(iv) Sentencia de fecha 3 de noviembre de 2014.

"*Que, en efecto, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1546 del Código Civil los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan, por tanto, no solamente a lo que en ellos se expresa sino a lo que emana precisamente de la naturaleza de la obligación, disposición con la que encuentra asidero la teoría de la integración contractual, sustentada por la doctrina moderna, destacando el pensamiento del jurista italiano Emilio Betti, quien postula que la ejecución del contrato de buena fe impone, no sólo un deber de lealtad y corrección sino que la necesidad de cooperación recíproca en que se encuentran ambos contratantes,* ***encontrándose facultado el juez para encontrar en el vínculo contractual obligaciones no expresadas y que encuentran su fuente en la buena fe, lo que se extiende al período anterior al perfeccionamiento de la convención en la etapa de formación del consentimiento*** (...)".

Más adelante, el mismo fallo añade: "*de lo que pudiere fluir como consecuencia la aplicación del artículo 1489 del Código Civil. Sin embargo, la acción deducida no*

tiene este fundamento, por lo que se encuentra vedado a los jueces de mérito dictar un pronunciamiento en tal sentido"; razonamiento que, a su vez, justifica rechazar el recurso de casación expresando que " ... ***no existe la infracción denunciada al artículo 1546 del Código Civil**, pues tal precepto hubiese sido aplicable para configurar la existencia de una obligación infringida por los demandados, que hubiese hecho procedente el estatuto que, para tal evento, configura el artículo 1489 del mismo Código, **disposición no invocada por la recurrente** y que no constituye la causa de pedir de la acción deducida*." (Rol 16602/201. El énfasis es nuestro)

(v) Sentencia CS de fecha 26 de agosto de 2015.

*"De lo anterior se concluye que la decisión de los sentenciadores no desconoce la existencia del contrato y el efecto previsto por el artículo 1545 del Código Civil, sino que contrariamente a lo sostenido por la recurrente, dándole la relevancia asignada, **lo integra con el concepto de buena fe**, que por lo demás no es cuestionado en la nulidad impetrada*".

Comentando el mismo fallo el profesor Vial apunta que, en él, la Corte Suprema aborda un aspecto que presenta especial relevancia cuando se trata de integrar efectos al contrato de acuerdo con el deber de cooperación que impone la ejecución de buena fe de los contratos; lo que reviste particular importancia en relación con los efectos que corresponde atribuir a la excesiva onerosidad sobreviniente provocada por la pandemia en el contrato de concesión celebrado entre el Estado y el Concesionario. El Máximo Tribunal recoge expresamente el pensamiento de la doctrina moderna en torno a que **en cierta clase de contratos el deber de cooperación se aprecia incluso con mayor intensidad**, correspondiendo aquellos a los que por su naturaleza,

suponen una especial relación de confianza entre las partes, o **que tienen el carácter de asociativos** (lo que no se limita a los contratos de sociedad).

Lo anterior resulta especialmente importante **teniendo en cuenta que el Contrato celebrado entre el Estado y el Concesionario participa precisamente del carácter asociativo antes mencionado, en lo que encuentra justificación que esta forma de contratación se conozca comúnmente con la denominación de "Asociación" o "Alianza Público-Privada"**. El Considerando Décimo dice lo siguiente: "*Que, en efecto, el citado artículo 2116 del Código Civil estatuye que en el mandato una persona "confía" la gestión de uno o más negocios a otra. Dicha expresión indica que se trata de un contrato de confianza, lo que debe relacionarse con el imperativo legal que impone la ejecución de los contratos de acuerdo al principio de buena fe... En otras palabras, acorde con el artículo 2116, al emplear el legislador la palabra "confía" está dando al mandato el carácter de un contrato de confianza, inspirado en la fe que el mandante tiene en el mandatario, lo que necesariamente hace llegar a la conclusión de que la buena fe es realmente un elemento intrínseco del contrato, dando fisonomía a la actividad a desplegar por los sujetos de la relación jurídica, en este caso, o sea en lo que interesa, por el mandatario*." (Rol 26847/2014)

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Que, por nuestra parte, a las sentencias ya citadas en el considerando anterior, cabe agregar los siguientes fallos, **también pronunciados por la Excma. Corte Suprema**:

En su sentencia de en sentencia de fecha 22 de mayo de 2019, al interpretar el **artículo 1546 del Código Civil**, el Máximo Tribunal expresó *"(…) que de la ejecución de buena fe de un contrato emana un deber de cooperación recíproco, obligación que corresponde definir de acuerdo a la naturaleza de la obligación de que se trata,* ***ya que el referido precepto legal recoge el principio de la integración contractual que sustenta***

la doctrina sobre la base de que la relación contractual no se encuentra concebida como la manera en que cada una de las partes, individualmente consideradas, encuentran satisfacción a sus intereses particulares o a la necesidad que las impulsó a contratar, sino que constituye el medio idóneo para que ambas puedan encontrar tal satisfacción, lo que supone una constante y recíproca cooperación que lleva a imponer, en ocasiones, la necesidad de concesiones o sacrificios, pues cada contratante debe velar no solo por su interés personal, sino que asimismo por el de la otra parte, procurando que ésta obtenga también del contrato la satisfacción de su respectivo interés". (CS, 22 de mayo de 2019. "Ingeniería y Movimientos de Tierra Tranex con Anglo American Sur S.A.". Énfasis agregado).

En otro fallo, de fecha 21 de agosto de 2019, el mismo Tribunal señaló que *"(…)* ***al juzgar sobre relaciones contractuales, el criterio de la buena fe exige del juez que considere todas las consecuencias que se derivan de la reciprocidad de las obligaciones y de su génesis consensual****. Tiene así un parámetro claro, fundado en la realidad del mismo caso que juzga, para ir definiendo lo que jurídicamente son los contenidos concretos de la buena fe". (…) "La bilateralidad de las relaciones contractuales,* ***la causa*** *y medida de la obligación de una parte es precisamente la obligación de la otra,* ***por lo que el equilibrio o proporción entre las prestaciones es algo que naturalmente el juez debe considerar****".* (…) *Que a la luz de expuesto resulta evidente que la buena fe constituye una regla de conducta a la que ha de adaptarse el comportamiento jurídico de los hombres.* ***Esto implica que hay un comportamiento debido por la buena fe que las partes de un contrato deben observar aunque no lo hayan pactado expresamente****. La moderna doctrina, esto es la doctrina alemana, ha elaborado, con base en la jurisprudencia de los tribunales, una serie de supuestos típicos a los cuales parece aplicarse la idea de que la buena fe opera como un límite en el ejercicio de los derechos subjetivos (Franz Wieacker, El Principio General de la Buena Fe, Cuadernos Civitas, Madrid 1986, pág.21). En esta línea argumental parece acertado aplicar al caso concreto este principio que rige en nuestro ordenamiento*

positivo, y que ha sido previamente examinado, tratándose de una ***buena fe objetiva, donde su campo de aplicación cumple una verdadera función normativa,*** *mutando en aquella buena fe que tiene el carácter y naturaleza de principio general del derecho,* ***que inspira todo nuestro ordenamiento jurídico y que acorde con ello, constituye uno de los principios rectores***" (CS, 19 de agosto de 2019. Rol Nº 44485-17 (MJ 2888591) "Polanco con Banco Security". El énfasis es nuestro).

En la sentencia de fecha 2 de junio de 2023, la Excma. Corte Suprema expresó que "Que al juzgar sobre relaciones contractuales, ***el criterio de la buena fe exige del juez que considere todas las consecuencias que se derivan de la reciprocidad de las obligaciones y de su génesis consensual.*** *Tiene así un parámetro claro, fundado en la realidad del mismo caso que juzga, para ir definiendo lo que jurídicamente son los contenidos concretos de las prestaciones.*

*En la experiencia romana clásica se precisaron ocho contenidos del principio de buena fe como muestra de lo que los jueces modernos podrían definir: i) la consideración de la culpa (falta de diligencia) para definir el incumplimiento de las obligaciones contractuales; ii) el monto de la condena ha de resarcir el interés del actor en que la obligación se hubiera cumplido; iii) la represión del dolo, entendido en sentido amplio como engaño provocado o aprovechamiento del error o ignorancia espontánea de la otra parte****; iv) la interpretación del contrato con el criterio de discernir lo realmente convenido por las partes con preferencia a la literalidad de las palabras****; v) la consideración de todos los pactos que hubieran hecho las partes aunque no los invocaran en la fórmula; vi) el tener como convenidos los elementos naturales del negocio; vii) la compensación de las deudas recíprocas derivadas del mismo contrato y* ***viii) la consideración de la equidad o el equilibrio entre las prestaciones****…* ".

Enseguida, la sentencia en comento añade que "*la noción de buena fe objetiva, que por su parte es una especie de arquetipo de una conducta elevada a la condición de norma, se desarrolla en aplicaciones concretas como sucede en la especie. Así, el propio ordenamiento*

legal se preocupa de la actitud del sujeto (…) En consecuencia de lo que se viene diciendo no puede considerarse que el contrato que liga a las partes se ha cumplido primero conforme al artículo 1545 del Código Civil, al dejar sin aplicación lo acordado por las partes, alterando los términos de la convención y segundo a la buena fe y a lo que prescribe el artículo 1546 citado (…) Que los errores de concepto que se han evidenciado constituyen transgresión de las normas indicadas, particularmente, a los artículos 1545 y 1546 del Código Civil, circunstancia ésta que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que la equivocada aplicación de tales preceptos legales ha llevado a los sentenciadores a rechazar la demanda, en circunstancias que correspondía fuera acogida. Por lo anterior, el recurso en estudio debe ser acogido" (Rol 24.885-2022. Énfasis agregado).

Por último, en otra sentencia –también relativamente reciente, de 30 de junio de 2023– la Excma. Corte Suprema manifestó que "*… **la buena fe objetiva debe ser mirada como elemento integrador de los contratos y, concebida de ese modo, sirve de basamento al deber de garantía que asumen los contratantes**. En efecto, como principio general de Derecho, la buena fe cumple las funciones de informar, integrar e interpretar todo el ordenamiento jurídico, además de aquellas que le son propias entre las cuales está la de ser un límite al ejercicio de los derechos subjetivos, prohíbe contradecir un obrar anterior, protege a quien sufre de un error excusable, justifica y valida el actuar de quien se basa en una apariencia y es un patrón de conducta plenamente exigible. (La Buena Fe Contractual, Cristián Boetsch Gillet, Editorial Jurídica de Chile, año 2011, pág. 176). **En materia contractual cumple esas mismas funciones generales, integrando el contrato, creando especiales deberes de conducta y limitando a la autonomía privada y a la capacidad de autorregulación** (…) Se advierte entonces, por las razones que se vienen señalando, que **no resulta admisible esquivar la ejecución de buena fe de un contrato a pretexto del rigor del texto de lo convenido, puesto que ninguno de los contratantes debe asilarse en su literalidad inflexible para dar menos ni para exigir más, arbitrariamente, al influjo de un interés propio y mezquino;** antes bien, debe*

dejarse expresar al contrato ampliamente su contenido. Ni debe dejarse de atender a factores extraliteralidad que pudieran fundarse en la naturaleza del pacto, en la costumbre o en la ley (…)".

El mismo fallo añade que "***Similar reflexión cabe considerar cuando se analiza el principio de la autonomía de la voluntad, el que si bien es ampliamente recogido en la cultura jurídica occidental, no puede elevarse a la categoría de dogma absoluto, de aplicación inexcusable y ciega****. Si como quiere la tradición del derecho natural, la ley injusta no es ley sino violencia, lo mismo podría decirse de un principio jurídico que pretende erigirse por sobre imperativos morales y jurídicos superiores que impone la misma consideración del ser humano como un ser digno.* ***Si la ley positiva debe ceder paso a la justicia, lo propio ha de suceder si la aplicación absoluta de un principio permite la producción de resultados gravemente injustos e inequitativos. Una absolutización ideológica del principio de la intangibilidad contractual, que llevara a excluir a priori todo tipo de intervención en el contenido de un acuerdo contractual, correría un serio riesgo de transformar el contrato en un instrumento de explotación y dominio más que de expresión de la libertad personal.*** *("Contratos y Daños por Incumplimiento ". Hernán Corral Talciani. Ed. Abeledo Perrot. Legal Publishing, Santiago. Año 2010, págs. 291 y 292). Ante ello se alza el principio de buena fe y el* ***artículo 1546 del Código Civil****, que es una* ***norma imperativa*** *que ordena que los contratos se ejecuten de buena fe, parámetro que* ***constituye un modelo de conducta que revaloriza y modeliza a las posiciones de todas las partes, pasando a formar parte del contenido del negocio, con el objeto de evitar que, bajo la apariencia de un respeto a su tenor estricto, se lesione el interés del acreedor a ser satisfecho o del deudor a no sacrificarse más allá de lo razonable****. De este modo, la buena fe se presenta como un deber de cooperación recíproco que se impone a las partes del contrato para cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte. (Cristián Boetsch Gillet, ob. citada, págs. 177 y 178)."*

Concluyendo el tratamiento de este aspecto, nuestro Máximo Tribunal terminada recordando que "*la jurisprudencia de esta Corte ha tenido oportunidad de fallar que "(...) Conforme a los dictados de la buena fe contractual, las partes conjugan sus actos en una conducta de colaboración mutua en el cumplimiento de sus obligaciones, orientados a todo aquello que deriva de la naturaleza de la obligación.´Mirado en ese contexto,* ***el principio de la buena fe impone a las partes de un contrato el deber de lealtad y corrección frente a la otra durante todo el iter contractual. O sea, desde las conversaciones preliminares o fase precontractual, pasando por la celebración,´hasta la ejecución del contrato y las relaciones post contractuales"*** *(Corte Suprema. Primera Sala. Rol: 6307. Noviembre 10 de 2011). Así también ha sostenido que: "Conforme a los dictados de la buena fe contractual, las partes conjugan sus actos en una conducta de colaboración mutua en el cumplimiento de sus obligaciones, orientados a todo aquello que deriva de la naturaleza de la obligación que cada quien debe acatar. Mirado desde ese contexto, el principio de la buena fe impone a las partes de un contrato el deber de lealtad y corrección frente a la otra durante todo el iter contractual.*" (Corte Suprema, 10 Nov.2011.Rol: 630710)." (Rol 32.356-2022. Énfasis agregado).

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Que en el sentido que se ha comentado en los considerandos anteriores y a propósito de la posibilidad de compeler a uno de los contratantes a que colabore con su contraparte a fin de satisfacer las legítimas expectativas que tuvieron ambos al tiempo de dar inicio a su relación contractual, en adición a los autores y sentencias ya comentados, vale la pena consignar lo dicho a este respecto por la doctrina nacional más actualizada.

A este respecto, la profesora Prado López –en una tesis doctoral dirigida por el catedrático español Antonio Morales Moreno y el profesor Daniel Peñailillo– parte por destacar que "la rígida estructura contractual con que se suele abordar al

contrato sinalagmático, supone que se encuentra perfectamente determinada la calidad de deudora o acreedora de cada parte desde el inicio de la relación jurídica, para ello solo se consideran las obligaciones más características de cada contrato, **sin tomar en consideración lo que ocurra durante la vigencia del mismo**. Pero la contratación contemporánea no siempre obedece de manera tan prístina a este esquema, pues en el contrato se difuminan las calidades de deudor y acreedor que ostentaría cada parte, desvanecimiento que se produce, fundamentalmente, debido al contenido del mismo, entendiendo por contenido del contrato, como dice Díez Picazo, a *`la composición misma del contrato, su sustancia más íntima y entrañable´*, por ello es que **el verdadero contenido contractual está constituido por las reglas de conducta**.". (PRADO LÓPEZ, Pamela, "La inobservancia al deber de colaboración del acreedor en el derecho chileno: un caso de incumplimiento contractual", Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXIX-Nº 2 - Diciembre 2016, pp. 61 y 62). El énfasis y la cursiva son nuestros).

La misma autora añade que "**[S]i el acreedor no observa la colaboración que de él se espera, y con ello resultan vulnerados intereses del deudor, estamos en presencia de un incumplimiento contractual por parte de dicho acreedor, con todas las consecuencias que ello conlleva.**". Y ello es así porque "la tendencia del derecho contractual contemporáneo, que sustenta que **el incumplimiento está constituido por cualquier desviación del programa contractual**, lo que incluye la inobservancia de deberes secundarios insertos al interior del contrato, **como lo es la colaboración debida por parte del acreedor**." (Ibíd., pp. 76 y 77. El énfasis en nuestro).

Consecuentemente con lo anterior, se concluye que "[T]oda vez que estamos en presencia de un incumplimiento contractual, el deudor tendrá la posibilidad de ejercitar los remedios derivados de dicho incumplimiento del acreedor. **Entre ellos, no se divisa obstáculo jurídico alguno para que el deudor pretenda obtener el**

cumplimiento del deber de colaboración del acreedor.". (Ibíd., p. 78. El énfasis en nuestro).

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Que considerando lo dicho hasta ahora, este Tribunal estima indubitado que conforme a los antecedentes y la doctrina y jurisprudencia –administrativa y judicial– comentada en los motivos precedentes, por una parte, la pandemia provocada por el Covid-19 constituye un hecho de la naturaleza sobreviniente que califica como caso fortuito o fuerza mayor y, por el otro, que tratándose de un contrato oneroso conmutativo las normas y principios que contempla nuestro propio ordenamiento jurídico habilitan a los jueces para reestablecer su equilibrio económico cuando éste ha sufrido un quiebre relevante a virtud de tal circunstancia, o bien –como ya se dijo y se profundizará más tarde– *compeler a uno de los contratantes para que efectivamente cumpla con el deber de colaboración que la impone la circunstancia de haber celebrado la correspondiente convención.*

Asimismo, teniendo en cuenta las consideraciones del Panel Técnico de Concesiones, los antecedentes referidos en otros motivos de esta sentencia respecto del impacto de la pandemia en la industria aeronáutica en general y, especialmente, para el caso de la SCNP, esta Comisión Arbitral también estima inconcuso que la pandemia ocasionada por el Covid-19 determinó, efectivamente, un rompimiento sustancial del equilibrio económico del contrato materia de autos, poniendo en incluso en riesgo la solvencia de la SC.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Que asentado lo anterior, corresponde analizar si el mencionado caso fortuito permite la adecuación o integración del contrato conforme a las normas y estipulaciones ***específicas*** que lo gobiernan.

En este contexto, y para el solo efecto de ilustrar muy *grosso modo* un debate que en lo que sigue será abordado con detalle, el núcleo de la discusión viene dado por el hecho de que en opinión del MOP el riesgo de la pandemia debe ser soportado por la SC; mientras que esta última, en cambio, postula que aquel debe ser asumido por el Fisco de Chile.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: Que, en el contexto enunciado, las partes invocan los principios jurídicos y las normas, tanto legales como reglamentarias y contractuales que, en concepto de cada una de ellas, gobiernan la relación que las vincula y que se han reseñado en la parte expositiva de la presente sentencia.

Entre tales normas, y en lo que sigue, nos centraremos en aquellas que este Tribunal estima decisorias, además de las ya analizadas, para resolver la controversia de autos.

Según se expuso más atrás, la SC basa sus pretensiones, fundamentalmente, en lo prevenido por el **Artículo 1.8.16 letra d) de las BALI** y por el **artículo 71 del Reglamento de Concesiones**.

El primero de los citados prescribe que: "*Durante la vigencia del Contrato, el DGOP tendrá todas las facultades y atribuciones que conforme al ordenamiento jurídico le correspondan, teniendo, a lo menos, las siguientes: (…)* ***d) Proponer al Ministro de Obras Públicas la aceptación o rechazo de la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de ajuste o del plazo de concesión por causas sobrevinientes que así lo justifiquen***".

El art. 71 del Reglamento ("***Revisión del Sistema Tarifario***"), a su turno, preceptúa que:

"***1.- Las bases de licitación establecerán la forma y el plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, por causas sobrevinientes que así lo justifiquen, pudiendo modificar uno o varios de esos factores a la vez. En los casos en que las bases no***

contemplaren estas materias, las controversias que se susciten entre las partes se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 36° del DS MOP Nº900 de 1996.
2.- Las modificaciones se harán mediante decreto supremo fundado expedido por el Ministerio de Obras Públicas, el que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda".

CUADRAGÉSIMO NOVENO: Que, frente al planteamiento de la SC, el MOP refiere, en síntesis, que en el contrato de autos la concesionaria asumió tanto los riesgos previsibles como los riesgos imprevisibles con la sola excepción de los que expresamente el MOP tomaba a su cargo, en los términos y condiciones establecidos en el propio contrato. En particular, expresa haber asumido los siguientes:

- Riesgo de atrasos en la construcción de las obras por caso fortuito o fuerza mayor. De acuerdo con el artículo 1.9.8 BALI, esto da derecho al concesionario a solicitar una modificación del plazo para la puesta en servicio provisoria de la totalidad de las obras.

- Riesgo de guerra, conmoción interior o fuerza mayor que impida la prestación del servicio; o destrucción de las obras que haga inviable su utilización por un periodo de tiempo. De acuerdo con el artículo 26 LCOP y el artículo 1.11 BALI, esto da derecho a la "Suspensión de la Concesión" y se procederá a una evaluación de los daños, si es que los hubiera, y a una determinación de la forma "en que concurrirán las partes a subsanarlos".

- Riesgo de cese temporal o total de las operaciones aéreas comerciales decretado por la autoridad. De acuerdo con el artículo 1.12 BALI, en estos casos, y siempre que el cese no obedezca a situaciones imprevistas que pudieran afectar la seguridad

aeronáutica, la Concesionaria tendrá derecho a que se le compense la pérdida de ingresos sufrida a partir de una fórmula preestablecida.

- Riesgo de un acto de autoridad, de carácter particular, posterior a la celebración del contrato e imprevisto, referido específicamente al ámbito de la industria de la concesión, que produce una alteración significativa el régimen económico del contrato. Así se sigue –manifiesta el MOP– de lo dispuesto en el artículo 19 inc. 1º LCOP, los arts. 44 y 71 del Reglamento, y el artículo 1.8.16 de las BALI.

- Riesgo de reducción en el tráfico aéreo. En este caso, agrega el MOP, el Estado soportaría la pérdida en la proporción que le corresponde de los ingresos de la Concesión según la cláusula 1.14.1 de las BALI; es decir, asumiría el 77,56% de la disminución de los ingresos de acuerdo con lo ofertado por la Concesionaria durante la licitación.

Con el objeto de afirmar sus dichos, acompañó al proceso informes de expertos en derecho concluyendo que todos los riesgos no asignados al MOP deben entenderse asumidos por el Concesionario en esta clase de contratos.

Asimismo, el MOP indica que el contrato de concesión distribuyó entre las partes el riesgo de fluctuaciones en el tráfico de pasajeros, inclusive ante hechos sobrevinientes como la pandemia, a través del mecanismo de compartición de ingresos.

En este sentido, cabe destacar, a modo ejemplar, que entre los informes acompañados por el MOP a este proceso, el experto Alexander Galetovic señala que "*En este Contrato, ´lo incognoscible´ del riesgo de demanda está cubierto por artículo N°19 de la Ley de Concesiones, el que (…) limitó el derecho de compensación del concesionario a los casos de modificación del contrato debidos a actos de autoridad, excluyendo hechos sobrevinientes como la caída de ingresos causada por la crisis del Covid-19*."

En la misma línea se ubica el informe de los profesores Valdivia y Loo, quienes consideran que "*Está fuera de discusión que, al momento de adjudicarse el Contrato, el año 2015, pocos se hubiesen imaginado la ocurrencia de un hecho tan disruptivo como fue y sigue siendo (en menor medida) la pandemia de Covid-19. Eso no significa que el Contrato de concesión sea incompleto. El Contrato, por el contrario, es extremadamente claro en la única cuestión relevante en este juicio: la Concesionaria asumió el riesgo de la demanda sin limitaciones. Cualquiera sea la causa de la disminución de tráfico o su magnitud, es la Concesionaria quien debe pechar con sus consecuencias. Así queda de manifiesto, como ya se dijo, a partir de la forma en que las partes estipularon el Contrato, cerrando todas las puertas a cualquiera de los mecanismos para enfrentar una eventualidad como la que vivimos: un plazo fijo dentro del cual recuperar la inversión y, además, con una remuneración para el Concesionario, que implica compartir sus ingresos con el Estado en proporciones determinadas unilateralmente en su oferta*."

Consecuentemente, concluye el MOP, las estimaciones de tráfico de pasajeros eran de responsabilidad de cada participante.

A este respecto, también considera el Fisco, citando al efecto el informe de Compass Lexecon, que "*El MOP tenía razones fundadas para diseñar una concesión con plazo fijo para el caso de AMB. Por una parte, el MOP buscaba generar incentivos para la Concesionaria de modo que llevara a cabo medidas (costosas) con el objetivo de promover la demanda de pasajeros. Por otro lado, la envergadura de AMB hacía especialmente deseable otorgar certezas acerca de la fecha de término de la Concesión para, de esta manera, poder planificar adecuadamente y con la suficiente anticipación relicitaciones futuras del aeropuerto*."

En igual predicamento, el testigo Jorge Jaramillo, antes jefe de la División Jurídica de la Dirección General de Concesiones, declaró que el diseño del contrato tuvo entre sus objetivos: "… *que el concesionario siempre tenga el incentivo para generar más ingresos a través de la explotación del bien concesionado*".

QUINCUAGÉSIMO: Que, por otra parte, el MOP aduce que las teorías presentadas por la Concesionaria y su experto el profesor Claudio Moraga (a saber, restablecimiento de la conmutatividad, el supuesto riesgo no cubierto y la buena fe) no constituyen más que una reclamación encubierta de la teoría de la imprevisión. Para este efecto, el MOP destaca lo sostenido a este respecto por sus propios expertos.

Así, por ejemplo, indica que según la opinión de Valdivia y Loo, "*aunque la expresión "teoría de la imprevisión" no es recogida por la demanda, ésta abunda en el uso de los adjetivos "imprevisible" o "imprevisto", que dan cuenta de sus presupuestos teóricos. Como se ha visto, las tres pretensiones que articulan la demanda [a saber, el restablecimiento de la conmutatividad, el supuesto riesgo no cubierto y la buena fe] son manifestaciones de la teoría de la imprevisión*."

Añade, el MOP, que en igual sentido los profesores Corral y Rosso observan en su informe que la "*«SCNP» declara expresamente que sus demandas no se basan en la teoría de la imprevisión pero, al momento de fundar la aplicación de la buena fe, reconoce que lo que ha ocurrido es un hecho imprevisto que produce una excesiva onerosidad sobreviniente, no encontrándose por tanto obligada a soportar sus consecuencias. En otras palabras, trata de eludir la aplicación de la citada teoría porque sabe que en Chile no tiene acogida y que la «LCOP» la excluyó a través de la modificación al art. 19 mediante la ley 20.410, de manera que apela a otros recursos*."

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: Que a propósito de los principales fundamentos jurídicos en que la SC sustenta su demanda, el MOP arguye que la interpretación del artículo 71 del Reglamento que propone la Concesionaria, según la cual esta disposición contemplaría una causal de revisión genérica, adicional y distinta de las reseñadas en la LCOP, debe ser descartada porque es irreconciliable

con lo dispuesto en el artículo 4 transitorio del Reglamento, el art. 1.2.1 BALI y el art. 32 N° 6 de la Constitución Política.

Citando al efecto al profesor Cristián Boetsch concluye "*habiéndose derogado los antiguos incisos 3 y 4 del art. 19 de la Ley de Concesiones –por la vía de sustituirlos por una nueva regulación establecida por la Ley N° 20.410–, necesariamente se debe concluir que, a menos que en el contexto normativo actual se interprete el art. 71 del Reglamento de forma consistente con el texto reformado del art. 19 de la Ley de Concesiones, el citado art. 71 resulta inaplicable al Contrato en virtud del art. 4 transitorio, o bien debe estimarse derogado tácitamente, en cuanto fue dictado en ejecución de una norma legal que ha desaparecido*."

Asimismo, y apoyándose en un informe emitido por el profesor Bascuñan, afirma el MOP que la Circular Aclaratoria N° 8 del MOP, por medio de la cual se dio respuesta a una consulta de un interesado en relación con el artículo 1.10.10.C.11 de la BALI, en nada altera la conclusión anterior, confirmando –a su juicio– que el MOP ha interpretado el artículo 71 de un modo coincidente con la LCOP todo este tiempo. En el mismo sentido, cita el informe del profesor Bascuñán cuando afirma que para que el artículo 71 no sea excluido por el artículo 4 transitorio "*tiene que asumirse que el MOP atribuye al Art. 71 del Reglamento un sentido tal que no lo hace una norma contraria a la LCOP. El único sentido en que el Art. 71 no es contrario al Art. 19 LCOP es aquel que lo hace una norma que reproduce la regulación de rango legal, tal como lo era en su contexto originario*".

Para confirmar sus asertos, el MOP alude al informe de los profesores Corral y Rosso, según los cuales: "*Las causas sobrevinientes, específicamente para la revisión de tarifas (que fue lo preguntado), serían aquellas establecidas en las «BALI», de las cuales forma parte el art. 19* (…)". Y agregan que "*si algún valor quisiera dársele a la expresión 'causas sobrevinientes que así lo justifiquen' del art. 71, la interpretación sistemática y armónica del «Contrato» importa la necesaria reconducción al art. 19 inc. 1° de la LCOP. En otras*

palabras, donde dice "causas sobrevinientes que así lo justifiquen", debe leerse acto sobreviniente de autoridad con potestad pública. Lo mismo ocurre con los arts. 1.10.10 C. 11 y 1.8.16 de las «BALI» e idéntica expresión, pues constituyen evidentemente una comunión con el art. 71 del Reglamento."

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO: Que en lo que dice relación con el artículo 1.8.16 d) de las BALI, el MOP afirma que tal precepto no otorga un derecho como el que reclama la concesionaria para forzar la revisión del contrato de concesión en caso de hechos sobrevinientes, argumentando que una de las hipótesis que contempla el artículo 19 del LCOP en su inciso segundo es que mediante cláusulas especiales se puedan establecer "*casos excepcionales*" de compensación, siendo para ello necesario "*que así se hubiere previsto en las bases de licitación*".

Para sostener su conclusión se basa, entre otros antecedentes, en la opinión del profesor Boetsch en cuanto expresa que "(…) *el legislador estimó que la existencia de un beneficio –como lo sería la posibilidad de revisar los términos del Contrato– requiere de una estipulación expresa, la que, no existiendo en la especie, imposibilita que puedan prosperar los planteamientos de la Concesionaria*"; como también en el parecer del profesor Bascuñán, para quien "*la cláusula 1.8.16-d) de las BALI tiene que ser interpretada contextualmente de modo congruente con la derogación del inciso tercero del Art. 19 DS 900/1996 y el Art. 4° transitorio del Reglamento*."

QUINCUAGÉSIMO TERCERO: Que, por último., y en lo que aquí interesa, el MOP se apoya en los informes de académicos que allegó al proceso para fundamentar no solo lo que llama una alegación "encubierta" de la "teoría de la imprevisión" por parte de la SC, sino que también para justificar la exclusión de la buena fe como un principio que permita sustentar las pretensiones de la actora.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO: Que, como quedó de manifiesto en considerandos anteriores de esta sentencia, en los que se expuso latamente acerca de la doctrina y jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema con ocasión del rol integrador de la buena fe y del deber de colaboración que de él se deriva para los contratantes, este Tribunal no coincide con tales planteamientos, estimando plenamente aplicables en la especie las conclusiones a que ya arribó sobre este particular y que, como se dijo, en caso alguno suponen dar cabida a la "teoría de la imprevisión" –la cual, por lo demás, no ha sido invocada por la SC para justificar sus pretensiones– sino que simplemente reconocer vigencia y efecto práctico a normas de derecho positivo vigente según ya se comentó y se profundizará en lo que sigue.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO: Que en lo relativo a la naturaleza jurídica del contrato de autos, resulta indubitado que se trata de un contrato oneroso conmutativo y que, por lo mismo, cabe predicar a su respecto lo ya razonado largamente en motivos anteriores en torno a la *causa*, como requisito de este tipo de convenciones y al *equilibrio* de las prestaciones recíprocas que las caracteriza, teniendo especialmente en cuenta su carácter de convención de tracto sucesivo.

De igual modo, tal calificación jurídica permite dar por establecida la aplicabilidad que debe darse en la especie tanto a la doctrina como a la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema comentada en considerandos precedentes, particularmente –y como ya se dijo– en lo referido a la vigencia del artículo 1546 del Código Civil y al deber de lealtad objetiva y de cooperación recíproca que dicha norma consagra.

Lo anterior exige, entre otras cosas y según se explicó en considerandos anteriores, tener en cuenta que la *conmutatividad y equilibrio* de las prestaciones de las partes constituye un *elemento de la naturaleza de las obligaciones asumidas por ellas*,

el cual debe ser corregido cuando acontecen sucesos imprevistos e irresistibles que no pudieron preverse al tiempo de contratar –conforme al grado de cuidado o diligencia debidos– y que alteran sustancialmente el alea "normal" del contrato.

En la misma línea expuesta apunta autorizada doctrina, adicional a la ya latamente abordada en esta sentencia –como la formulada por el profesor Lyon– cuando expresa que "*Dados los términos del artículo 1546 del Código Civil, cuando la naturaleza es propia de la de un contrato oneroso conmutativo, se debe concluir que si es necesario que nazca una determinada obligación para una de las partes con el objeto de mantener una conmutatividad que se vio alterada por la forma en que se trató de alcanzar el fin del contrato,* ***dado que se pierde el equilibrio entre los medios que pone una parte en relación con los que pone la otra****, es inconcuso que dicha obligación se impone por imperativo del objeto del contrato e inspiración de su naturaleza y, en consecuencia, ella debería entenderse convenida entre los contratantes,* ***y el contrato obligaría no solo a lo que se hubiere expresado, sino que a lo que impone su naturaleza, en este caso la necesaria para establecer el equilibrio deseado***" (LYON PUELMA, Alberto, *Integración, interpretación y cumplimiento de contratos*. Ediciones UC, 2017, pp. 229-230. El énfasis es nuestro).

El profesor Fueyo, por su parte, en referencia explícita al contrato de concesión escribe:

"*El contrato de concesión, del campo administrativo, es un contrato de ejecución esencialmente de buena fe. En el contrato de concesión se realiza una caución financiera al perfeccionarse, debiendo mantenerse esa caución durante su desarrollo, que generalmente es en tiempo prolongado.*

Este cálculo de equivalencia es esencial al contrato, con caracteres de mayor intensidad que en otras formas típicas, y la razón de su mantención durante su curso descansa en que esa es la base, el fundamento mismo del acuerdo, del consentimiento.

Como la obligación primordial del concesionario es, ante todo, asegurar una ejecución suficiente del servicio público concedido, se acepta el supuesto de que las cargas iniciales del concesionario puedan acrecentarse con las necesidades del servicio.

Pues bien, este aumento de las cargas del concesionario, más allá del "forfait" contractual, puede preverse en el mismo contrato, solucionándose la situación de diferencia del modo que las partes lo hayan dispuesto.

Puede también presentarse el desequilibrio como ***simple álea del contrato, que el concesionario debió considerar****, y cuya inminencia, probabilidad e importancia deben estar en sus cálculos, por lo que no debe significar para él ninguna remuneración suplementaria.*

Pero si se rompe el equilibrio respectivo, más allá del alea del contrato, y no está prevista la mayor remuneración en favor del concesionario, éste podrá pedir, por esta agravación de las cargas iniciales, una indemnización, o más exactamente, tendrá derecho a reclamar un suplemento de remuneración*."*

El Estado, entonces, intervendrá para suplir la falta de disposición expresa*, y junto con exigir la continuación del servicio con mayor carga, garantizando la eficiencia del servicio, proveerá lo necesario para cubrir la diferencia de la remuneración respectiva.*

En suma, ***'en todo contrato de concesión está también implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que de él se exige. Este cálculo de equivalencia es esencial al contrato'****.*

Es la ejecución de buena fe que mide las prestaciones y hace que éstas no sean rígidas sino flexibles. El cumplimiento o pago quedará sometido a ello". (FUEYO LANERI, Fernando, *Doctrinas esenciales. Derecho Civil. Instituciones Generales*. Editorial Jurídica de Chile, 2010, pp. 420 y 421.El énfasis es nuestro.)

QUINCUAGÉSIMO SEXTO: Que en el contexto que se analiza, debe también considerarse de un modo especial que nos hallamos en presencia de un contrato a

plazo fijo de 20 años cuyos ingresos son compartidos en la proporción de 22,44% para la SC y de 77,56% para el Estado de Chile.

En este contexto y según se razonó más atrás, este Tribunal comparte el criterio del Panel Técnico de Concesiones –reconocido asimismo por el MOP– en orden a determinar que la pandemia es un hecho sobreviniente de la naturaleza, una situación extraordinaria e imprevista, totalmente ajena a la voluntad de las partes y que ha provocado no sólo efectos en la situación aquí examinada sino que en múltiples esferas y actividades a nivel mundial y del país. Ello, según también se señaló, ha importado también una grave disminución de los ingresos que reporta el contrato, al punto de poner en riesgo la subsistencia económica de la SC.

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO: Que, a juicio de este Tribunal, las normas que gobiernan el contrato de autos, sumadas a la aplicación del artículo 1546 del Código Civil –en la forma en que la doctrina moderna y la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema han entendido su alcance, según ya se estableció– habilitan la revisión de esta convención, así como un examen pormenorizado del deber de cooperación que de la buena fe dimana.

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO: Que, en efecto, el **artículo 71 del Reglamento de la Ley de Concesiones** se refiere a la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, prescribiendo, en su numeral 1, que: "*Las bases de licitación establecerán la forma y el plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, por causas sobrevinientes que así lo justifiquen, pudiendo modificar uno o varios de esos factores a la vez. En los casos en que las bases no contemplaren estas materias, las controversias que se susciten entre las partes se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 36° del DS MOP Nº 900 de 1996*".

QUINCUAGÉSIMO NOVENO: Que, según se profundizará más adelante, el propio MOP ha dado aplicación a artículo 71 del Reglamento recién referido tratándose de la concesión de autos.

En efecto, a través de la Circular Aclaratoria N°8 (AMB), contenida en la Resolución DGOP N°4915, de 09/12/14, frente una consulta sobre el alcance de la norma contenida en las BALI numeral 1.10.10. C.11, el MOP respondió "*Remítase a lo establecido en los artículos 36 de la Ley de Concesiones y 71 del Reglamento*."

SEXAGÉSIMO: Que el **artículo 44 del Reglamento**, que se refiere a las atribuciones del Director de Concesiones, también contiene una facultad vinculada a la materia que en examen, al disponer que a dicho funcionario compete: "*d) Proponer al Ministro de Obras Públicas la aceptación o rechazo de la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de ajuste o del plazo de concesión por causas sobrevinientes que así lo justifiquen*".

La referida facultad del Director guarda relación con el artículo 71 antes aludido, en el sentido que cuando ocurren causas sobrevinientes que justifiquen la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de ajuste o del plazo de concesión *por causas sobrevinientes*, le corresponde proponer las medidas de adaptación del contrato a las nuevas circunstancias.

SEXAGÉSIMO PRIMERO: Que no solo el Reglamento, sino que también las BALI contemplan normas que permiten la revisión del contrato de autos.

Así, por ejemplo, el **artículo 1.8.16** se refiere a las atribuciones del DGOP, actualmente Director General de Concesiones, reiterando las normas reglamentarias correspondientes y mencionando, entre ellas, las siguientes: "a) *Recomendar al Ministro de Obras Públicas las autorizaciones que correspondan, según las solicitudes*

planteadas por la Sociedad Concesionaria". "d) *Proponer al Ministro de Obras Públicas la aceptación o rechazo de la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de ajuste o del plazo de concesión por causas sobrevinientes que así lo justifiquen*".

De esta manera, las cláusulas transcritas reproducen las mismas facultades contempladas en el artículo 44 letra d) del Reglamento, replicando la misma expresión verbal respecto de los hechos sobrevinientes, y guardando concordancia con el artículo 71 del Reglamento.

El artículo **1.10.10 letra C.11** de las BALI, por su parte, previene: "*El Concesionario podrá solicitar al Inspector Fiscal, por causas sobrevinientes que así lo justifiquen, la revisión de las tarifas tanto de los Servicios Aeronáuticos como de los No Aeronáuticos, fijadas en las presentes Bases de Licitación, o cualquiera de sus condiciones, regulaciones o modalidades de explotación*". (…)

SEXAGÉSIMO SEGUNDO: Que las normas citadas no suponen una contravención de las atribuciones del DGCOP, que de acuerdo con el numeral e) del artículo 22 ter de la ley Orgánica del MOP DFL 850 de 1997, introducido por la Ley N°21.044 que crea la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas, señala: "e) *Velar por el adecuado y correcto cumplimiento de los contratos de concesión en sus diferentes etapas, en virtud de lo dispuesto en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, su reglamento, el contrato de concesión, las bases de licitación y los actos administrativos que conforman el contrato de concesión, como también en las demás leyes y reglamentos que le fueren aplicables*." (…)

SEXAGÉSIMO TERCERO: Que como bien razonó el Panel Técnico de Concesiones, ha sido el propio MOP quien ha incorporado estas normas a nivel contractual, lo que es posible por cuanto no se contradicen con la Ley de Concesiones

actualmente vigente, como fue analizado por el mismo Panel en la Discrepancia D01-2021-11.

Respecto a lo señalado por el Panel en dicha oportunidad, cabe agregar que el actual artículo 19 de la Ley de Concesiones regula claramente el régimen de compensación a la SC por actos de autoridad posteriores a la adjudicación y sus requisitos (inciso primero); establece que el nivel de inversiones de la SC para cumplir los estándares de servicios comprometidos no será susceptible de compensación adicional alguna, salvo los casos excepcionales que prevean las bases de licitación (inciso segundo); regula la facultad del Ministerio de Obras Públicas de modificar las características de la obras y servicios contratados por razones de interés público (inciso tercero); para luego regular la forma en que se deben calcular y pagar dichas obras (incisos cuarto en adelante).

De esta manera, con acierto concluye el Panel que en parte alguna del artículo 19 se excluye o se prohíbe el pago de compensaciones o indemnizaciones a una concesionaria **por hechos sobrevinientes distintos de los contemplados en el inciso primero**. Por la inversa, desde el momento que el inciso segundo hace una remisión a las BALI, con ello autoriza a que contractualmente se pueda regular la materia, en caso de situaciones excepcionales. La expresión "*situaciones excepcionales*", por su parte, es aún más amplia que la de "causas sobrevinientes que así lo justifiquen", razón por la cual la inclusión de tales "causas sobrevinientes" en las BALI del presente contrato, así como en el Reglamento, no resulta contradictoria con las disposiciones legales revisadas.

SEXAGÉSIMO CUARTO: Que en el contexto que se viene analizando, el hecho de que el MOP interprete que la expresión "sólo" que emplea el legislador en el inciso primero del artículo 19 arriba citado se encuentra establecida para limitar la responsabilidad del Estado exclusivamente a los *hechos del príncipe*, consagrando

una especie de responsabilidad residual de cargo de la SC por todo otro hecho sobreviniente, no resulta aceptable.

En efecto, de la circunstancia de que la referida norma legal regule un hecho sobreviniente específico (*el hecho del príncipe*) respecto del cual se establecen condiciones para que opere la compensación, no se sigue –contrariamente a lo que pretende el MOP– que no puedan darse otras situaciones excepcionales o causas sobrevinientes que permitan la revisión del contrato al amparo de las otras disposiciones reglamentarias y contractuales que se han comentado y que no se identifican necesariamente con el "hecho del príncipe".

Por otro lado, y a propósito de la argumentación del MOP en el sentido de que su propia exégesis del artículo 19 es la única que da sentido y la hace compatible con el artículo 11 de la misma ley, en cuanto dispone que "*El concesionario percibirá como única compensación por los servicios que preste, el precio, tarifa o subsidio convenidos y los otros beneficios adicionales expresamente estipulados*", tampoco es admisible toda vez que precisamente el artículo 19 contempla excepciones a dicha regla y el artículo 11 es el mismo que regía antes de la modificación de la Ley N°20.410.

SEXAGÉSIMO QUINTO: Que este Tribunal coincide con el criterio manifestado por el profesor Moraga en su informe agregado a los autos, cuando concluye que el artículo 19 inciso 1º contiene una modelación especial de la fuerza mayor, representativa de un "riesgo político" de cargo y responsabilidad del Fisco-MOP, cuando él se materializa en un acto jurídico, por ejemplo, un decreto o una resolución administrativa (art. 3º Ley N°19.880). **A contrario sensu**, el artículo 19 inciso primero no regula ni los hechos sobrevinientes (*riesgo suelo, mercado, economía, evolución tecnológica, pandemia, etc.*) ni las actuaciones administrativas de hecho o materialmente consideradas que pueden acontecer o realizarse a lo largo de la ejecución del contrato de concesión. Por lo mismo, se advierte que la disposición que

comentamos no tiene relación con la Teoría del Hecho Sobreviniente, que se verá más adelante.

Tal posición, no huelga destacarlo, es coincidente con la sustentada por el mismo profesor **en forma previa a la elaboración de su informe** cuando expresaba que: "*Esta reforma* [Ley N° 20.410] *tuvo por objeto explicitar que el Fisco se hacía cargo del riesgo político que envuelven las concesiones y que, a modo ejemplar, se refleja en cambios normativos durante la vigencia del contrato y de las inversiones adicionales en obras y servicios que deben realizarse sobre la infraestructura dada en concesión.* ***Tan importante como lo que dice la norma antes transcrita, es lo que ella obvia, a saber, que su objetivo no ha sido transferir a los concesionarios más riesgos que los que habitualmente asumen, de momento que el Estado no ha negado la posibilidad de hacer de su cargo, por su parte, riesgos de la naturaleza*** *–compartiendo con el concesionario sus consecuencias– y riesgos macroeconómicos, como por ejemplo, frente a importantes caídas de flujos vehiculares durante períodos de recesión de tráfico*." (MORAGA KLENNER, Claudio, Contratación Administrativa, 2da. edición, Santiago 2019, p. 467.)

Lo anterior, según afirma el mismo autor en su informe, **no implica infringir el Principio de Igualdad de los Licitantes** (art. 9° inciso segundo LOCBGAE), entre otras cosas, porque el evento dañino o gravoso que se sucede en curso de ejecución del contrato, al no venir causado por la voluntad del contratante privado, **se habría producido, en cualquier caso, independiente de cuál Grupo Licitante se hubiese adjudicado la concesión**.

SEXAGÉSIMO SEXTO: Que, asimismo, esta Comisión Arbitral comparte el razonamiento del Panel Técnico de Concesiones cuando expresa que la derogación tácita contenida en el artículo 4 transitorio del Reglamento que se invoca por el MOP no es concluyente, desde que no se advierte contradicción entre esta norma y la ley,

lo que queda refrendado con la propia aplicación que de la norma hace el MOP en las BALI de este contrato.

SEXAGÉSIMO SÉPTIMO: Que lo anterior se ve confirmado a luz de la Circular Aclaratoria N°8 (AMB), contenida en la Resolución DGOP N°4915, de 09/12/14, frente una consulta sobre el alcance de la norma contenida en las BALI numeral 1.10.10. C.11.

La consulta N°183 se formuló en los siguientes términos:

"*En relación a Bases Administrativas, artículo 1.10.10 c.11 Pag.120 - Se establece que ante causas sobrevinientes podrá existir una revisión tarifaria que quedará sin norma de clausura ni de reclamación al Panel Técnico. Solicitamos: i) se aclare qué exactamente se entiende por causas sobrevinientes; y ii) que se establezca un plazo de clausura para el MOP y un derecho de recurrir al Panel Técnico, toda vez que el cambio tarifario puede generar un rompimiento del equilibrio económico entre las partes*".

Frente a ello, la Respuesta del MOP fue la siguiente:

"*i) y ii): Remítase a lo establecido en los artículos 36º de la Ley de Concesiones y 71º de su Reglamento*".

De esta manera, se infiere que propio MOP, al responder la interrogante que se le planteara, le dio a su vez aplicación práctica al referido artículo 71. Adicionalmente, el hecho de que ahora indique que tal escueta respuesta debe entenderse en los términos restringidos en que interpreta la normativa aplicable en la especie debe, en todo caso, ser desechada. Ello debido a que el contexto que trasunta la clara pregunta formulada al MOP, especialmente atendida la relevancia del tema, imponía –sobre la base de exigencias propias de la buena fe objetiva– que la respuesta del MOP fuese más clara que una simple remisión a la ley que, por lo demás, se presume conocida de todos, particularmente por parte de quienes participaban de la licitación

De esta manera, la respuesta del MOP, desde el momento que permite concluir que la interpretación que en estos autos ha sostenido la SC era al menos plausible, determina que la ambigüedad de que ella adolece deba, en todo caso y por aplicación analógica del **artículo 1566** del Código Civil, poner de cargo del MOP las consecuencias negativas que a partir de aquella se generaron.

En efecto, conforme al precepto legal citado, "*las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella*".

SEXAGÉSIMO OCTAVO: Que en la misma línea que se viene comentando, lleva razón el Panel Técnico de Concesiones al recordar que las BALI son redactadas por el propio MOP, sin que los licitantes tengan injerencia alguna en su elaboración. Éstas, además, se hallan sujetas al procedimiento de toma de razón ante la Contraloría General de la República, por lo que se encuentran amparadas por el *principio de legalidad*.

A guisa de lo anterior, acierta el Panel al expresar que si las BALI recogen disposiciones que ahora el MOP estima derogadas o incompatibles, no solo contraviene dicho principio sino el de *confianza legítima*, añadiendo que si bien las BALI también señalan que en caso de contradicción entre ellas y la ley primará la ley, mal puede el MOP alegar dicha contradicción en circunstancias que es su propia actividad la que incorporó y validó dicha normativa a nivel contractual.

En este sentido, no escapó al análisis del Panel que el Ejecutivo ha utilizado su potestad reglamentaria para modificar el Reglamento con posterioridad a la dictación de la ley N°20.410 y en nada ha alterado dicho artículo. Es así como el Reglamento ha experimentado diversas modificaciones, siendo la última de fecha 21/12/16. D este modo, si el Ejecutivo ha mantenido el artículo 71 del Reglamento es

porque ha entendido que dicha norma es compatible con la Ley de Concesiones, en particular con las modificaciones introducidas por la ley N°20.410 del año 2010, publicada en el Diario Oficial con fecha 20 de enero de 2010, en tanto que el Reglamento se modificó mediante el DS N°215, publicado en el Diario Oficial de fecha 28 de abril de 2010. Ni en esta modificación ni en las posteriores se incluyó el artículo 71.

Por otro lado, también estimamos acertada la consideración del Panel en cuanto a que si bien se trata de en un ámbito ajeno a este contrato, el MOP continúa utilizando las BALI tipo para los contratos aeroportuarios licitados con posterioridad a AMB, incluyendo estas mismas cláusulas, v.gr., en la Concesión Aeroportuaria Red Austral. La inacción del Estado para actualizar el Reglamento o revisar sus modelos de BALI se ubica en la esfera de su exclusiva responsabilidad y no constituye, por ende, un argumento válido para descartar su aplicación, menos cuando el propio MOP es quien tiene el deber de llevarlo a cabo.

SEXAGÉSIMO NOVENO: Que, a propósito de la *confianza legítima* a que se ha hecho alusión, no huelga recordar que dicho principio exige comprender que las situaciones jurídicas que impactan sobre los administrados tienen la obligación de permanencia en su existencia y aplicación; ello, sostenido en la actuación de la Administración y en la pertinente creencia que ha actuado y seguirá actuando conforme al derecho vigente. En este sentido, Jaime Phillips apunta que es un criterio de justicia es el que recoge la confianza legitima, el cual busca busca promover la seguridad juridica y la confianza en las autoridades. (PHILLIPS, Jaime (2018): "El principio de proteccion de la confianza legitima en el articulo 26 del Codigo Tributario", Revista Ius et Praxis, Ano 24, No 1, p. 24.).

La confianza legítima está ligada a la idea de Estado de derecho, la seguridad jurídica y la buena fe objetiva. Se funda en la seguridad jurídica que justifica la

eficacia y firmeza de los actos de la Administración, incluso cuando estos son contrarios al ordenamiento jurídico. (MAUER, Hartmur (2011): *Derecho Administrativo, Parte General* (Madrid, Editorial Marcial Pons).

En este sentido, el principio de confianza legítima opera como un coto al poder de la Administración sostenida en la idea de seguridad jurídica. Su finalidad es *"limita[r] la actividad del poder público, para impedir que éste destruya sin razón suficiente la confianza que su actuación haya podido crear en los ciudadanos sobre la estabilidad de una determinada situación jurídica"* (SANZ RUBIALES, Iñigo (2000): "El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario", en *Revista de Derecho Comunitario* (Año 4, N° 7) p. 92). Busca impedir que los ciudadanos que confían y creen en el accionar de la Administración queden en una posición jurídica desmejorada por cambios de criterios derivado de un accionar antijurídico. Impide que las actuaciones de los poderes públicos afecten los derechos de quiénes se relacionan con ella, sobre todo considerando que la relación con la administración está en un plano de desigualdad, por la preeminencia del poder estatal. En breve, un accionar ilegal de la Administración no puede dejar a los privados en una situación más perjudicial de la que tendrían si la acción no se hubiese realizado. (GARCÍA LUENGO, Javier (2002): *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo* (Madrid, Civitas).

En esta línea Zúñiga y Osorio han afirmado que este principio *"proviene del valor de seguridad jurídica, por lo cual podemos fundar dicho principio en el principio de legalidad contenido en los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental, y en las garantías normativas de la reserva legal y seguridad jurídica del artículo 19 número 26"*. (ZÚÑIGA URBINA, Francisco y OSORIO VARGAS, Cristóbal (2017): "Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 58973-2016 (2017), "Universidad Autónoma de Chile contra Consejo de Rectores de las Universidades Chilena", en *Estudios Constitucionales*, vol. 15, núm. 2, dic. 2017, p. 613.) Y es también por ello que, con

razón, afirma la Sentencia Rol Nº 207/1995, que *"(…) se ha considerado que, entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentra la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados"*.

SEPTUAGÉSIMO: Que, por otra parte, **el propio MOP ha dado aplicación al artículo 71 del Reglamento más arriba comentado, en un sentido y con un alcance diverso de aquel que ahora plantea al pretender vincularlo solo con las hipótesis del artículo 19 de la Ley de Concesiones**. Y lo ha hecho **revisando el sistema tarifario** y modificando numerosos contratos de concesión de autopistas, a través de cambios en la fórmula de reajuste de las tarifas **motivado en los aumentos de los niveles de inflación**, y estableciendo, asimismo, **pagos directos a las sociedades concesionarias**.

En efecto, con fecha 15 de diciembre de 2022, se dictó el Decreto N°216, publicado en el Diario Oficial con fecha 14 de marzo de 2023 ("Decreto N°216"), cuyo considerando 3° expresa: "*Que el **artículo 71º** del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas dispone que las respectivas bases de licitación establecerán la forma y el plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, por causas sobrevinientes que así lo justifiquen, pudiendo hacerlo para uno o varios de esos factores a la vez*."

Asimismo, en el considerando 5º, indica: "*Que, por su parte, la letra d) del artículo 44º del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas dispone que el Director respectivo podrá proponer al Ministro de Obras Públicas la aceptación o rechazo de la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de ajuste o del plazo de concesión, por causas sobrevinientes que así lo justifiquen*."

Por otro lado, el considerando 12° del citado Decreto N°216 señala: *"Que el Ministerio de Obras Públicas* ***ha estimado conveniente aceptar las propuestas de revisión de la fórmula de reajuste del sistema tarifario efectuadas por las Sociedades Concesionarias*** *titulares de los contratos de concesión de las obras públicas fiscales denominadas "Concesión Ruta 5 Tramo Santiago - Los Vilos", "Camino Santiago - Colina - Los Andes", "Concesión Internacional Ruta 5 Tramo Río Bueno - Puerto Montt", "Concesión Internacional Sistema Oriente - Poniente", "Red Vial Litoral Central", "Sistema Norte - Sur", "Sistema Américo Vespucio Sur. Ruta 78 - Av. Grecia", "Sistema Américo Vespucio Nor - Poniente, Av. El Salto - Ruta 78", "Camino Internacional Ruta 60 Ch", "Acceso Nor - Oriente a Santiago", "Concesión Variante Vespucio - El Salto - Kennedy", "Ruta 160, Tramo Tres Pinos - Acceso Norte a Coronel", "Acceso Vial Aeropuerto Arturo Merino Benítez", "Concesión Ruta 5 Norte. Tramo: Vallenar - Caldera", "Alternativas de Acceso a Iquique", "Concesión Autopista Concepción - Cabrero", "Concesión Ruta 5 Norte. Tramo: La Serena - Vallenar, "Concesión Américo Vespucio Oriente, Tramo Av. El Salto - Príncipe de Gales", "Relicitación Concesión Túnel El Melón", "Relicitación Concesión Camino Nogales - Puchuncaví" y "Concesión Ruta 5 Tramo Los Vilos - La Serena", mediante las Cartas que se indican en el considerando 6º del presente decreto supremo, con el objeto de contribuir a la estabilidad del sistema de concesiones, el cual ha permitido el desarrollo de infraestructura de calidad en el marco de una asociación público-privada. Lo anterior se funda, en complemento a las razones ya expuestas por las Sociedades Concesionarias, en que de aplicar el reajuste total de las tarifas para el primer semestre del año 2023 supondría un aumento de la carga económica para los usuarios de las rutas, en un contexto en que la economía se expandirá a tasas bajo su potencial en el año 2023, según da cuenta el Informe de Política Monetaria del Banco Central de diciembre de 2022, en que la economía chilena entraría en recesión con una caída del PIB entre un -1,75% y -0,75%, y en que el índice real de remuneraciones del mes de diciembre de 2022 ha experimentado una caída, en doce meses, de -1,7%, según la información contenida en la Edición Nº 289 del*

Boletín Estadístico de Índices de Remuneraciones y Costo de la Mano de Obra del Instituto Nacional de Estadísticas." (énfasis agregado).

SEPTUAGÉSIMO PRIMERO: Que la aplicación del artículo 71 por parte del MOP, **por causas no previstas en el artículo 19 de la Ley de Concesiones**, haya tenido lugar incluso respecto de **concesiones adjudicadas con posterioridad a la reforma de la Ley de Concesiones del año 2010,** revela que la interpretación que ahora sustenta la demandada, en orden a que tal precepto fue tácitamente derogado, rigiendo solo para las situaciones previstas en la referida norma legal, no es por tanto sostenible y **contraría sus propios actos**.

En efecto y a diferencia de lo alegado por el MOP en estos autos con respecto al sentido y alcance del artículo 71 del Reglamento, la revisión y ajuste tarifario de los contratos a que se refiere el Decreto N°216 no se fundamenta en las causas que contempla el artículo 19 de la Ley de Concesiones sino que "… *se funda, en complemento a las razones ya expuestas por las Sociedades Concesionarias, en que de aplicar el reajuste total de las tarifas para el primer semestre del año 2023 supondría un aumento de la carga económica para los usuarios de las rutas, en un contexto en que la economía se expandirá a tasas bajo su potencial en el año 2023, según da cuenta el Informe de Política Monetaria del Banco Central de diciembre de 2022, en que la economía chilena entraría en recesión con una caída del PIB entre un -1,75% y -0,75%, y en que el índice real de remuneraciones del mes de diciembre de 2022 ha experimentado una caída, en doce meses, de -1,7%, según la información contenida en la Edición Nº 289 del Boletín Estadístico de Índices de Remuneraciones y Costo de la Mano de Obra del Instituto Nacional de Estadísticas*". (Considerando 12°).

SEPTUAGÉSIMO SEGUNDO: Que, vinculado a lo anterior, cabe recordar que si bien en nuestro ordenamiento positivo no existe una regulación particular de los

requisitos de procedencia y efectos de la **doctrina de los actos propios**, acierta Fueyo al decir que sí existe una consagración subentendida o tácita, debido a que "*existen preceptos legales cuya ratio actúa incontestablemente el principio general de que nadie puede ir contra sus propios actos*". (FUEYO LANERI, Fernando (1990): *Instituciones de Derecho Civil Moderno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), p. 319).

Y tal doctrina, valga destacarlo, no sólo tiene aplicación en el campo del Derecho Civil, sino que de igual modo –e incluso con mayor fuerza– en el Derecho Público y en el Derecho Procesal. Por ello, la **Excma. Corte Suprema** ha resuelto: "*conforme se ha señalado por este Tribunal, a nadie le es lícito hacer valer un derecho civil o procesal en contradicción con su anterior conducta jurídica (sentencia Excma. Corte Suprema rol: 4689.05, 2349-05, 127.05, 3437.04, entre otras). Esta doctrina conocida como de los actos propios, ha sido reconocida en diversas disposiciones de nuestro Código Civil, como los artículos 1683, 1481, 1546 y, en su forma de expresión conocida como buena fe, informa en carácter de principio general todo el referido cuerpo de leyes.* ***Ella permite al sentenciador ponderar la actitud lógica del actor o de su contraparte que puede incidir en la acción misma o en un simple incidente*** *(Raúl Diez Duarte, "El Contrato: Estructura Civil y procesal. Editorial Jurídica Conosur, 1994, pág. 365 y siguientes). Así, se impide jurídicamente el que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber antes ejecutado un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa, en el sentido precisamente opuesto, pues de acuerdo a este principio,* ***nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo****, con perjuicio de un tercero.* ***De esta manera, los actos propios encuadran el derecho de los litigantes, de forma que no pueden pretender, cuando han reclamado o negado la aplicación de una determinada regla en beneficio propio, aprovechar instrumentalmente la calidad ya negada precedentemente, con perjuicio de los derechos de su contraparte***". (Excma. Corte Suprema, 9 de mayo de 2001, *RDJ*, t.98, sec. 1ª, pp. 99-100. El énfasis es nuestro).

Nuestro Máximo Tribunal ha llegado incluso a validar la doctrina en comentario como una auténtica norma ***decisoria litis***, admitiendo que ella era controlable a través de la casación, al declarar que aun en el caso de haber existido los errores de derecho denunciados en la casación en el fondo, ellos no han podido influir en lo dispositivo del fallo, **"*desde que igualmente la demanda habría de ser rechazada por aplicación de la doctrina de los actos propios*"**. (Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 9 de mayo 2001. El énfasis es nuestro**).**

SEPTUAGÉSIMO TERCERO: Que a partir de todo lo razonado en precedencia, es posible concluir que la pandemia provocada por el Covid-19 constituye un evento de caso fortuito o fuerza mayor cuyo riesgo no fue previsto en el contrato de autos, así como que la específica normativa legal, reglamentaria y contractual aplicable a tal convención permite su revisión y adecuación a fin de reestablecer el equilibrio económico que le permita mantener su fisonomía jurídica, conforme a los requerimientos de la buena fe y el recíproco deber de cooperación contractual. Todo ello, atendida la autorizada doctrina que se ha comentado, la jurisprudencia de nuestra Excma. Corte Suprema que se ha citado y los propios actos de la demandada que se han referido en lo que antecede.

Así las cosas, esta Comisión Arbitral estima que lleva razón el Panel Técnico de Concesiones cuando expresa que "*En consecuencia, la revisión del contrato por causas sobrevinientes no se encuentra prohibida, por el contrario, está expresamente permitida por el marco contractual. (…) De esta manera, el Panel entiende que el marco regulatorio que rige a la presente concesión del Aeropuerto Arturo Merino Benítez permite y autoriza la revisión de las condiciones del contrato de concesión por hechos sobrevinientes.*"

SEPTUAGÉSIMO CUARTO: Que conforme consta de los antecedentes incorporados al proceso, mediante carta de fecha 19 de agosto de 2020 la SC

manifestó al MOP sus inquietudes y propuestas a propósito de la pandemia y sus efectos en el contrato de concesión. A este respecto, la SC planteó la conveniencia de iniciar con la mayor urgencia un trabajo conjunto con el MOP con el fin de acordar un mecanismo que permita reestablecer el equilibrio económico del Contrato, proponiendo al efecto convenir un calendario de trabajo en el cual pudieran crearse mesas de trabajo en la que se discutieran aspectos referidos a la construcción y la explotación, así como aspectos económicos del contrato de Concesión, propuesta que fue reiterada por SCNP al ex Ministro de Obras Públicas don Alfredo Moreno a través de carta de fecha 2 de septiembre de 2020.

En su respuesta, de fecha 24 de septiembre de 2020, el entonces Ministro Alfredo Moreno, a través del Ordinario N°1155, respondió a las inquietudes de la SC fijando, no obstante, determinadas condiciones a objeto de abordar el trabajo conjunto, entre ellas, que las mesas de trabajo "*se mantendrán en funcionamiento hasta que cualquiera de las partes decida no continuar, sin que exista deber de llegar a acuerdos, ni un plazo determinado para su funcionamiento*", excluyendo de la pertinente negociación, en términos explícitos y directos, cualquier tipo de acuerdo que "***suponga atribuir al Estado las pérdidas causadas por el Covid-19, o que de otra manera se aparten de la distribución de riesgos del contrato y el marco jurídico aplicable al Contrato***".

Asimismo, en dicho Ordinario, quien a la sazón fungía como Ministro de Obras Públicas, expresó que "(…) ***no existe un deber ni la facultad del Estado de compensar al concesionario ni adecuar el contrato frente a eventos que afecten los ingresos de la concesionaria y también del Estado, siendo irrelevante a estos efectos el concepto de 'equilibrio económico del contrato'***".

En la misma línea de lo sostenido en dicha oportunidad por el MOP, se encuentran declaraciones testimoniales agregadas al proceso.

Así, por ejemplo, el exministro Sr. Alfredo Moreno declaró que "*Como he expresado públicamente,* ***no considero que se haya alterado la conmutatividad o el equilibrio del Contrato de Concesión*** *celebrado con la Concesionaria Nuevo Pudahuel a raíz de la pandemia*" y que "***La pretensión de la Concesionaria no tiene sustento alguno****, a lo que debe agregarse que la ley no permite que el Estado compense a un concesionario por las razones que esgrime Nuevo Pudahuel*".

Asimismo, el Sr. Moreno expresó que "*Como dije antes, nosotros dejamos en claro a la Concesionaria que no existía en el Contrato* ***ninguna obligación de renegociar para readecuar los términos económicos de la Concesión***"; agregando que "*Nosotros siempre estábamos dispuestos a ver todos los temas que preocupaban a la Concesionara y en que les podíamos apoyar,* ***pero también fuimos muy claros que no se podría modificar el Contrato***."

Por su parte, el testigo Sr. Jorge Jaramillo, que a la fecha de ocurrir los hechos que se vienen relatando se desempeñaba como Jefe de la División Jurídica de la Dirección General de Concesiones, declaró: "*Un buen punto de partida para abordar esta cuestión es la reunión que se sostuvo el 25 de agosto de 2020 entre el MOP y Nuevo Pudahuel. En esta instancia, la Concesionaria planteó su opción de instalar 3 mesas de trabajo: construcción, operación y concesión.* ***Si bien se les dijo de entrada que el Estado no reconocía ninguna obligación de negociar un 'reequilibrio' del contrato****, también se les manifestó que existía toda la disposición para trabajar en conjunto (…)*".

SEPTUAGÉSIMO QUINTO: Que como se advertirá sin mayor dificultad, de los antecedentes previamente indicados y otros que obran en autos se deduce que las condiciones impuestas por el MOP para negociar con la SC partieron siempre de la base de que nuestro ordenamiento jurídico y el marco contractual aplicable a la concesión de que tratamos no admitía la renegociación del contrato a consecuencia de la pandemia, desconociendo, explícitamente, la posibilidad de revisarlo a fin de

reestablecer su equilibrio económico, cuyo rompimiento o quebranto –además– se estimó por el MOP **"irrelevante"** para los señalados efectos.

Sin embargo –y como se ha razonado y seguirá razonando en esta sentencia– la apreciación y subsecuente conducta del MOP resulta jurídica y económicamente equivocada, revelándose contraria al deber de lealtad y cooperación que derivan de la buena fe como imperativo legal consagrado en el artículo 1546 del Código Civil e incompatible, asimismo, con la naturaleza onerosa conmutativa del contrato de concesión conforme a lo ya largamente explicado en motivos anteriores.

Desde esta perspectiva, y por carecer de sustento jurídico según ya se ha demostrado más arriba, el comportamiento del MOP deviene en arbitrario, es decir, carente de razonabilidad.

SEPTUAGÉSIMO SEXTO: Que, a propósito de lo recién señalado, el MOP arguye –asilándose en los informes en derecho de los profesores Bascuñán y Valdivia y Loo– que las normas más atrás comentadas, v.gr. artículos 44 y 71 del Reglamento y la cláusula 1.8.16-d) de las BALI solo revisten el carácter de "normas habilitantes" que facultan a la autoridad para actuar en determinado sentido, acogiendo o no las solicitudes de la SC, pero en caso alguno le imponen el deber de decidir en uno u otro sentido.

SEPTUAGÉSIMO SÉPTIMO: Que, como es natural, la señalada argumentación exige detenerse en el examen de las ***facultades discrecionales*** de que puede hallarse investida la Administración. En otras palabras, **se trata de averiguar si el hecho de concederse a una autoridad administrativa un determinado poder discrecional le habilita para rechazar una solicitud aún en el caso de que concurran los supuestos fácticos y jurídicos que hacen procedente acogerla**; máxime si la consagración de las pertinentes facultades integra el marco normativo aplicable al contrato y, por

ende, la concesionaria tiene la legítima expectativa –al tiempo de celebrar el contrato– de que las mismas serán ejercitadas si existe mérito para ello.

SEPTUAGÉSIMO OCTAVO: Que, sobre este particular, la doctrina ha señalado que "*Los elementos que delimitan la extensión de la discrecionalidad administrativa son los propios presupuestos legales justificadores del acto, la finalidad normativa y la causa del acto. Así, para el Profesor Bandeira, ´la ley, al valerse de conceptos, sea cual fuere, para regular ciertas situaciones, no se propone otra cosa sino la de dividir, discriminar, catalogar, clasificar, en fin, establecer referencias. En suma: separa y aisla objetos de pensamiento para afirmar correlaciones. De lo que se sigue que identifica hechos indicados como, presupuestos y valores, que apunta como finalidades.*

La ley, entonces, basa siempre en las palabras de que se vale, el intento inequívoco de demarcar situaciones propicias, a ciertos comportamientos e identificar objetivos para ser realizados. ***Lo anterior determina que al juez le asiste no sólo el derecho, sino el indeclinable deber de asomarse sobre el acto administrativo dictado en ejercicio de potestades discrecionales, a fin de verificar si se mantiene o no fiel a los deseos de la ley; si guardó relación con la significación posible de los conceptos expresados a modo de presupuesto o de finalidad de la norma o si les atribuyó una inteligencia abusiva****'.*

La interpretación del sentido de la ley, para el pronunciamiento judicial, no grava la discrecionalidad, sino le reconoce sólo confines; no penetra en la esfera de la libertad administrativa, tan sólo le señala los contornos; no invade el mérito del acto ni se interna en evaluaciones controvertibles, sino recoge la significación posible en función del texto, del contexto y de la ordenación normativa como un todo, profundizando hasta el punto en que puede extraer razonablemente de la ley una dirección cierta e inteligible*.*

Toda la actividad administrativa está subordinada al cumplimiento de ciertos intereses. Tiene, por consiguiente, carácter típicamente instrumental. Corresponde a un medio para alcanzar propósitos trazados fuera del ámbito de la Administración, en cuanto han sido instituidos por el legislativo. ***Al fijar intereses que cumplir, la ley establece las condiciones de hecho para el proceder de la Administración y en tal caso, y sólo en él, se toman los requisitos necesarios para que la finalidad normativa se considere satisfecha****.*

Ausentes las condiciones o desvirtuada la finalidad que justifica el comportamiento, ipso facto no se satisface la relación de adecuación necesaria entre el acto y la ley, resultando de ahí su invalidez indiscutible. ***Al final, se tiene configurada, en última razón, la incompetencia material del agente, pues habrá actuado fuera del ámbito de poderes que le asistían "in concreto". El conjunto de poderes que disfruta, no le es conferido "in abstracto", sino para ser movilizado a la vista de ciertas situaciones y en orden a satisfacer cierta finalidad. Si lo ejercita fuera de este cuadro habrá manipulado fuerzas que la ley no le dio, habrá sobrepasado la regla de competencia****."* (GUZMÁN, Lionel, *El Control de la Discrecionalidad Administrativa en Chile*, Tesis para optar al Grado de Magister en Derecho Público, Prof. Guía Mario Verdugo Marinkovic, Universidad de Chile, 2001, pp. 44-46. El énfasis es nuestro).

SEPTUAGÉSIMO NOVENO: Que, de forma aún más elocuente, el profesor, ex consejero del Consejo de Defensa del Estado y ex ministro de la Excma. Corte Suprema, don Pedro Pierry, se ha referido a esta materia en los siguientes términos:

"La norma positiva escrita no es la única fuente del poder reglado. La ley no es la única fuente de la legalidad. De este modo, "al lado de un poder reglado por la ley, existe un poder reglado por el juez". ***Nosotros hemos preferido llamar control de la discrecionalidad a los medios de que se vale el juez para restringir el campo de la discrecionalidad y crear el poder reglado jurisprudencial****."* (p. 164).

A propósito de la "desviación de poder", el mismo autor escribe que "*Hay desviación de poder … cuando el acto dictado, si bien ha tenido en vista el interés general,* ***no está de acuerdo con el interés particular, con los fines que la ley le ha asignado en forma específica***", constituyendo una labor del juez "***la búsqueda que puede hacer de los fines particulares y específicos que la ley o la norma general que preside el acto ha tenido, cuando ella ha guardado silencio al respecto***."

A continuación, y en referencia al "bloque de legalidad" que debe ser considerado por el tribunal, el profesor Pierry destaca la relevancia de los "Principios Generales del Derecho", señalando que "*La enorme importancia de los* ***principios generales*** *queda resumida en los siguientes conceptos de las conclusiones del fallo del Consejo de Estado de Francia, Sociedad de Conciertos del Conservatorio, 1951: " Al lado de las leyes escritas, existen grandes principios cuyo reconocimiento como reglas de derecho es indispensable para completar el cuadro jurídico en el cual debe desenvolverse la nación, y* ***cuya violación acarrea las mismas consecuencias que la violación de la ley escrita, es decir, la anulación del acto que los haya desconocido y la constatación de una falta cometida por la autoridad que la haya dictado***"; y citando al profesor Entrena Cuesta, agrega: "*Por mucha que sea la esfera dejada a la discrecionalidad administrativa, se admite hoy que los principios generales del derecho constituyen, en todo caso, un aspecto reglado de aquélla, por lo que su inobservancia acarreará la invalidez del acto que los infringe*".

Luego, y con relación la "violación de ley" por parte de la Administración, el autor que se viene citando expresa que "*ella se ha ampliado con el transcurso del tiempo hasta incluir al* ***error en la interpretación*** *y aplicación de la norma conjuntamente con la violación directa de ella*", añadiendo que "*La ilegalidad relativa a los motivos significa … una errada interpretación o aplicación de la regla,* ***implicando un examen por el juez de las circunstancias de hecho y de derecho que han provocado la decisión. La Administración se puede equivocar sobre el sentido o alcance de un texto,***

cometiendo error de derecho, o sobre la naturaleza, existencia o calificación jurídica de los hechos que han provocado la decisión".

Por otra parte, la misma doctrina en comentario acota que "*La actuación discrecional de la Administración tiene necesariamente un motivo, el que puede encontrarse explicitado en los fundamentos que acompañan a la decisión o que pueden estar implícitos en ella.* ***El control de estos motivos y su extensión, dependerá en último término del juez y podrá variar según la posición general que sobre este punto adopte la jurisprudencia***." (…) *La ausencia de los motivos invocados, que se aplica, como ya dijéramos, al ámbito de la discrecionalidad, puede referirse tanto al error de derecho cometido en la dictación del acto, como al error de hecho. En el primer caso, y suponiendo una decisión discrecional, pero fundada en un error de derecho, el acto puede ser anulado aun cuando ese mismo acto hubiera sido válido si se hubiera motivado en otra circunstancia. El error de derecho y la violación de la regla de derecho a que nos referimos con anterioridad, presentan bastante similitud en apariencia. La diferencia, no obstante, consiste en que mientras la violación de la regla de derecho constituye una violación objetiva de la jerarquía de las reglas jurídicas,* ***el error de derecho implica un error en el razonamiento de la Administración ….*** *En el primer caso, el control del juez recae sobre lo dispositivo de la decisión y en el segundo sobre los motivos,* ***debiendo primar en el desacuerdo entre la Administración y el juez sobre el sentido y alcance de la norma, el criterio de este último***"; subrayando que "***La apreciación jurídica de los hechos, al igual que la verificación de su exactitud material, opera tanto para controlar los motivos legales como los motivos invocados***."

Como corolario de lo dicho, bien apunta el profesor Pierry cuando concluye que "*el poder discrecional se presenta como un poder ilimitado, omnipresente y omnipotente y que la labor de la jurisprudencia debe ser la de* ***reducir su dominio y de reglamentar su ejercicio***."(PIERRY A., Pedro, "El Control de la Discrecionalidad Administrativa", Revista Chilena de derecho Vol. 11, N°s 2-3, 1984, p. 166-183. El énfasis es nuestro).

OCTOGÉSIMO: Que, conforme a la autorizada doctrina precedentemente citada, el hecho de que el MOP goce de facultades *discrecionales* no implica, en modo alguno, que su ejercicio o falta de ejercicio escape del control jurisdiccional, pudiendo el juez –en este caso, esta Comisión Arbitral– determinar si la negativa a ejercer sus facultades discrecionales se adecúa o no a derecho. Y para ello, es posible examinar tanto la finalidad de las normas de que se trata como los motivos para actuar en un sentido u otro, correspondiendo corregir, entre otras cosas, tanto la calificación jurídica de los hechos que sirven de sustento a sus decisiones como los errores de derecho en que haya incurrido para fundamentarlas.

En este sentido y como se ha razonado a lo largo de esta sentencia, los motivos que ha invocado el MOP para negar una negociación con la SC **no se conforman con los requerimientos de la buena fe contractual, son contrarios a sus propios actos e implican una apreciación jurídicamente erronea del marco normativo aplicable al contrato de autos** que, como tribunal que conoce del conflicto, esta Comisión está llamada a enmendar con arreglo a Derecho.

OCTOGÉSIMO PRIMERO: Que, a propósito del mismo tema valga decir –*obiter dictum*– que la circunstancia de que las autoridades del MOP se hayan negado sistemáticamente a ejercer las facultades que en este ámbito se han analizado, concibiéndolas como una suerte de condición meramente potestativa, además de traducirse, por lo señalado, en una conducta arbitraria, resulta analogable a una suerte de "falta de servicio" por parte de la Administración que ha dejado a la SC –al menos en la órbita administrativa– en una situación similar a la que se plantea en los supuestos de indefensión.

En efecto, el hecho de que el MOP no halla ejercitado facultades legales, **existiendo razones fácticas y jurídicas que fundamentaban las peticiones de la SC y para las cuales, precisamente, el legislador consagró las pertinentes**

atribuciones, permite calificar, la actuación del MOP, en una conducta arbitraria y contraria a la buena fe contractual. Ello es asimilable –*mutatis mutandi*– a la situación que se presenta cuando una autoridad administrativa no ejerce sus facultades de fiscalización causando con ello un perjuicio a particulares.

En este sentido, por ejemplo, la Excma. Corte Suprema ha condenado a la Superintendencia de Valores y Seguros (hoy Comisión para el Mercado Financiero) al pago de indemnizaciones por haber incurrido en **omisiones** respecto de su rol fiscalizador. Como fundamento de su fallo, el Máximo Tribunal ha dicho: *"para su procedencia* ["falta de servicio"] *es necesario que se acredite por quien lo alega, el mal funcionamiento del servicio, el funcionamiento tardío* ***o la falta de funcionamiento del mismo,*** *y que esta omisión o acción defectuosa haya provocado un daño al administrado, esto es, que la falencia en la actividad del ente administrativo haya sido la causa del daño experimentado, todo por disponerlo así la ley, particularmente en este caso los artículos 4° y 42 de la Ley de Bases de la Administración del Estado*. (…) *Que, teniendo en cuenta los hechos que han sido asentados en la causa, fluye con claridad que la demandada omitió ejercer de manera eficiente y eficaz su deber de fiscalización* (…) *la falta de servicio aparece demostrada en tanto el organismo encargado de ejercer el control funcionó mal, pues no advirtió oportunamente la distracción de los valores custodiados aun cuando contaba con indicios para proceder en esa dirección* (…) *Que, en consecuencia, se verifica en la especie una falta de servicio por parte de la Superintendencia de Valores y Seguros* (…)" (SCS N° 20.997-2020. El énfasis es nuestro).

Asimismo, la Excma. Corte Suprema –en otra sentencia– recuerda "el **principio de la eficacia y eficiencia administrativa**, consagrado en diversas disposiciones de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

A este respecto, el artículo 3 inciso 2º dispone: *"La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad,* ***eficiencia, eficacia****, coordinación,*

impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes".

El artículo 5º inciso 1º preceptúa que: *"Las autoridades y funcionarios deberán velar por la* ***eficiente e idónea*** *administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública"*.

Por otra parte, el artículo 11 de la misma ley relaciona la **eficiencia y eficacia con la oportunidad en que se realiza la actuación administrativa** (…)" (SCS Rol Nº 22.318-2021. El énfasis es nuestro).

La situación descrita, según se dirá en lo resolutivo de esta sentencia, no solo no debe mantenerse sino que debe también remediarse, labor que compete a este Tribunal como "juez natural" que se halla dotado de facultades para este efecto, conforme con la abundante doctrina y jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema que se ha citado en los considerandos precedentes de esta sentencia.

OCTOGÉSIMO SEGUNDO: Que en lo relativo al impacto de la pandemia en la situación económica y financiera de la SC, adicionalmente a los antecedentes referidos al iniciar la parte considerativa de esta sentencia, debe tenerse presente lo informado a este respecto por el experto Guillermo Larraín, en su primer informe agregado a los autos, en el cual aborda, entre otras materias, los efectos en *ingresos*, *gastos* y *resultados* de la SC a consecuencia de la crisis por Covid-19.

En síntesis, y con respecto a los primeros (Ingresos y Gastos), el informante expresa que "*Analizando esta información es posible concluir que justo antes del COVID 19, en diciembre de 2019, la situación financiera de SCNP era sana. Como lo muestra el informe de Econsult (2021) (…), la actividad comercial del aeropuerto, fundamentalmente*

asociada al tráfico de pasajeros nacionales e internacionales, venía creciendo sistemáticamente a una tasa compuesta promedio del 10,6% anual desde 2009. Esto llegó a su término con la pandemia, ya que el número de pasajeros cayó un 65% en 2020. En 2021 SCNP informa que ha habido una recuperación del número de pasajeros del 17%, respecto de 2020, por lo que la actividad total sigue muy deprimida, no solo respecto del peak de 2019 sino sobre todo respecto de la tendencia que traía la industria y que estaba incorporada en la planificación de la concesionaria y de las autoridades."

A juicio de este experto, "*en buena parte producto de este sistemático crecimiento, las fuentes de ingreso de la concesionaria venían creciendo de manera importante, tal como estaba creciendo la coparticipación que recibe el fisco. La pandemia redujo los ingresos netos de SCNP en un 55%*."

Tratándose de los ingresos, el informe da cuenta de que previo a la pandemia existía una diversificación importante y, como también se puede apreciar en el informe de Econsult, comparable con la estructura de ingresos de otros aeropuertos líderes a nivel mundial. Sin embargo, el problema radica en que *los gastos no se han reducido en la misma proporción que los ingresos*. "De hecho, frente a ingresos que cayeron un 55%, en 2020 los costos y gastos totales que reporta SCNP subieron un 7,4%. Al analizar la incidencia de las distintas partidas de gasto que fueron incrementadas, por lejos la principal partida que sube es la estimación por incobrables. *Para 2022, los incobrables crecen un 206%*".

En materia de "Resultados", el informe en comentario recuerda que la SC se adjudicó la concesión de AMB en 2015 y las obras de ingeniería y construcción recién serían inauguradas en 2022, añadiendo que durante este tiempo la SC ha estado invirtiendo masivamente para cumplir con los requerimientos de la concesión lo que le ha puesto una inercia grande al nivel y la estructura de costos, tal como se analiza en el mismo informe.

Agrega el experto que una forma usual de medir los resultados es el EBITDA, que mide la utilidad antes de intereses, impuestos, depreciación y amortizaciones. En este contexto, expresa, "*frente a la caída sustantiva de ingresos, SCNP registró un EBITDA negativo en 2020 (USD 10,2 millones) luego de ser positivo en 2019 (USD 22,9 millones). En 2021 el EBITDA fue positivo y alcanzó a USD 10,9 millones. Es decir, estos números sugieren que, a pesar de que SCNP sufrió un duro golpe con la pandemia, desde el punto de vista operacional pudo recuperarse parcialmente en 2021*."

Sin embargo, el mismo informe precisa que "*el resultado efectivo de los ejercicios 2020 y 2021 muestra fuertes pérdidas: USD 453 millones y USD 101 millones respectivamente*". Según este experto, estas las fuertes pérdidas "*han significado un brutal deterioro en el patrimonio de la empresa. En efecto, de tener un patrimonio de USD 191,6 millones en 2019, las pérdidas de 2020 hicieron que el patrimonio sea negativo en USD 273,1 millones, situación que se agudizó en 2021 con un patrimonio negativo que asciende a USD 362,2 millones*"; recordando que "*una empresa con patrimonio negativo quiere decir que tiene más pasivos que activos. En estricto rigor, es una empresa insolvente*."

OCTOGÉSIMO TERCERO: Que respecto de los efectos que la pandemia produjo en relación con el contrato de autos y sin perjuicio de lo ya tratado en esta sentencia, valga tener primeramente presente el informe económico acompañado por el MOP y titulado "*Análisis de Demanda Arbitral de la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. en contra del Ministerio de Obras Públicas*", de fecha 9 de septiembre de 2022, elaborado por Compass Lexecon y suscrito por Fernando Coloma R. y Juan Pablo Montero.

OCTOGÉSIMO CUARTO: Que en el referido informe se indica, en síntesis, que en el caso de los contratos de concesión de infraestructura aeroportuaria, el MOP ha utilizado dos modelos:

a. Contratos de plazo fijo: El plazo de vigencia de la concesión es definido previamente por el MOP y es conocido por los participantes del proceso de licitación. En estos casos, el ganador puede estar determinado, entre otros factores de licitación, por:

i. El mayor porcentaje de los ingresos totales de la concesión ofrecidos al Estado;

ii. El menor subsidio solicitado al Estado para financiar inversiones;

iii. Las menores tarifas por pasajero embarcado solicitadas.

b. Contratos de plazo variable: El plazo de vigencia de la concesión no está definido previamente y varía en función de los ingresos acumulados por el concesionario. Generalmente, el ganador del proceso de licitación es el que solicita el menor valor presente de los ingresos totales de la concesión.

Los riesgos que enfrentan el Estado y el concesionario –según reza este informe– son distintos en cada uno de estos formatos. En particular, la diferencia fundamental entre ambos tipos de contrato radica en la distribución del riesgo de demanda, ya que –en lo que se refiere a los riesgos por sobrecostos de construcción y explotación– en ambos casos estos son asumidos por el titular de la concesión.

Por ejemplo, en un contrato de plazo fijo que contempla un mecanismo de compartición de los ingresos totales de la concesión con el Estado, el concesionario debe asumir riesgo de demanda, por cuanto variaciones de esta afectan los ingresos que recibe, sin que esto lleve a afectar la fecha de término de la concesión. Luego, el concesionario tiene incentivos a maximizar sus beneficios no solo a través de la minimización de sus costos de construcción y explotación, sino que también por

medio de promover la demanda de usuarios para generar mayores ingresos durante el plazo de vigencia de la concesión.

Por otro lado, como hay certeza respecto a la fecha de término de la concesión, no existe incertidumbre sobre el momento indicado para comenzar la preparación de una nueva licitación que permita determinar el nuevo operador luego del término de la concesión vigente.

A juicio de los informantes, el diseño del Contrato –de plazo fijo, sin ingresos mínimos garantizados y con un mecanismo de compartición de ingresos– implica que el riesgo de demanda se distribuyó entre el Estado y la Demandante según las proporciones determinadas en los resultados de la Licitación. La competencia por ganar la Concesión, junto a esta distribución de riesgos, contempla la posibilidad de que la Concesionaria tenga pérdidas al final de la Concesión con una probabilidad mayor que cero, por lo cual incorporó o debió incorporar en su oferta una prima por el riesgo de demanda que enfrentaría.

Pese a que el MOP –dice el informe– pudo haber escogido teóricamente un modelo de plazo variable para la Concesión, no lo hizo y optó, en cambio, por diseñar el Contrato de este modo (con un plazo fijo, sin ingresos mínimos garantizados y con un mecanismo de compartición de ingresos).

Por otro lado y conforme a lo expresado por los informantes, Nuevo Pudahuel aporta una visión propia del Contrato, el que estaría caracterizado por "una distribución de los derechos, obligaciones y riesgos entre las partes que lo configura, indudablemente, como un contrato de naturaleza conmutativa. Esto quiere decir que las prestaciones de la Concesionaria y el MOP se miran como equivalentes".

A juicio de los autores del informe, no obstante que el Contrato establece un mecanismo de compartición de ingresos entre las partes y, por lo tanto, de la caída de estos generada por la pandemia de COVID-19, Nuevo Pudahuel sostiene que la

distribución de ingresos del Contrato se ha visto afectada y que es "quien está soportando de manera predominante los efectos del COVID-19. Sin embargo, agregan que en su análisis sobre la distribución de riesgos de la Concesión, Nuevo Pudahuel omite los ingresos que recibe el MOP como retribución durante la vigencia del Contrato, lo que en su concepto es incorrecto, por cuanto dichas retribuciones forman parte efectiva del régimen de derechos y obligaciones que gobierna al Contrato y que provienen, además, de una contraprestación efectiva realizada por el MOP en el marco del Contrato, que incluye el aporte de la infraestructura preexistente de AMB y el otorgamiento del permiso de operación del aeropuerto, activo escaso de alto valor.

El informe en comento añade que respecto a los mecanismos de compensación solicitados por Nuevo Pudahuel, las pretensiones de la Concesionaria tienen el potencial de desvirtuar la repartición de riesgos y los incentivos que se pretendía introducir con el diseño contemplado por el MOP para la Concesión. En efecto, el Contrato no contempla cambios en el plazo en función del tráfico efectivo de pasajeros de AMB ni garantías de ingresos. Dichas características son propias de un contrato de concesión de plazo variable, formato que fue descartado por el MOP, atendidas las características particulares de AMB.

Dado lo anterior, los informantes infieren que de acogerse la reclamación de Nuevo Pudahuel, el Contrato tendería a transformarse en uno de plazo variable lo que a su juicio desvirtúa el convenio suscrito originalmente entre ambas partes, modificando su distribución de riesgos. Ello se traduciría en un riesgo real de perder el alineamiento de los incentivos entre el Estado y Nuevo Pudahuel, deseado por el MOP al diseñar la Licitación.

Respecto a la solicitud de renegociar el Contrato contenida en el segundo otrosí de la Demanda, señala que la solicitud de "amortizar económicamente por completo su inversión", dista de los riesgos que la Concesionaria asumió al

adjudicarse la Licitación. Como se explica, bajo contratos de plazo fijo, un escenario en que la Demandante obtiene pérdidas al final de la Concesión, y no logra amortizar por completo su inversión, es factible y forma parte de los escenarios posibles dados los riesgos asumidos.

En su Sección 3, este informe examina los efectos de la pandemia en el Contrato y de las medidas adoptadas por las autoridades para contenerla, recordando que la Concesionaria solicita que condene al Estado de Chile a compensarle por los perjuicios que habría experimentado a raíz de estas circunstancias. Sin pronunciarse acerca de la pertinencia de este hipotético "deber de velar por que la remuneración del contratante no se vea desproporcionadamente afectada" (por no ser este el ámbito de conocimiento de los informantes), analizan si es que esta desproporción se verificó luego de la ocurrencia de la pandemia del COVID-19. Para esto se presenta una metodología que permite calcular la repartición de ingresos del Contrato esperada cuando Nuevo Pudahuel se adjudicó la Concesión ("Distribución de Ingresos Ex Ante") y contrastarlo con la situación actual, cuando ya han transcurrido casi siete años desde la adjudicación ("Distribución de Ingresos Ex Post"). Finalmente, la Distribución de Ingresos Ex Ante se compara con una Distribución de Ingresos Ex Post asumiendo que las compensaciones solicitadas por Nuevo Pudahuel en la Demanda son consideradas adecuadas por la Comisión Arbitral.

De acuerdo con los cálculos que constan en el informe, ex ante, las partes habrían esperado que el MOP capturara alrededor del 78%-79% de los ingresos de la Concesión, mientras que la Demandante alrededor del 21%-22% restante. Esto considerando los flujos generados a lo largo de la operación de la Concesión y el valor de la infraestructura a ser recibida por el MOP en el año 2035.

Así, se concluye que la Distribución de Ingresos Ex Ante es similar a la repartición pactada según el esquema de coparticipación de ingresos de la

Concesión, bajo la cual el MOP recibe un 77,56% de estos, y Nuevo Pudahuel el 22,44% restante (la diferencia se explicar por la infraestructura que recibe el MOP al final de la concesión). Estas conclusiones son invariantes al considerar valores alternativos de la infraestructura de AMB al año 2035.

Dado lo anterior, los informantes coligen que no existe evidencia consistente con una afectación desproporcionada de los ingresos en desmedro de la Concesionaria y en beneficio del MOP. Al comparar los escenarios ex ante y ex post, sus cálculos sugieren que la fracción que captura el MOP de los ingresos de la Concesión se habría mantenido inalterada o aumentado en tan solo 0,43 puntos porcentuales. Por otro lado, la participación de Nuevo Pudahuel en dichos ingresos se habría mantenido inalterada o reducida en la misma proporción.

Expresan, por otra parte, así y todo, cualquier alteración en la distribución de ingresos en perjuicio de Nuevo Pudahuel debiera ser aún más acotada si se toma en cuenta una serie de consideraciones: (i) los costos de operación de Nuevo Pudahuel cayeron en un 15,2% en los años 2020 y 2021, luego de la pandemia de COVID-19; (ii) los ingresos de operación de Nuevo Pudahuel asociados íntegramente al transporte aéreo de carga aumentaron en 43,2% en los años 2020 y 2021, luego de la pandemia de COVID-19; (iii) la persistencia de la caída del tráfico aéreo que sugiere Nuevo Pudahuel está limitada solo al hecho de que la pandemia de COVID-19 habría acelerado las transformaciones del mercado laboral hacia un formato remoto: y (iv) en sus cálculos no se considera la depreciación natural que debería afectar a la infraestructura de AMB a ser recibida por el MOP en el año 2035.

En cambio, el informe explica que en caso de aceptarse las compensaciones solicitadas por Nuevo Pudahuel, los ingresos del Contrato se redistribuirían a su favor, modificando la distribución de riesgos contemplada inicialmente en este. Por ejemplo, al comparar la Distribución de Ingresos Ex Ante con la Distribución de Ingresos Ex Post, incluyendo las estimaciones de las compensaciones solicitadas en

el cuerpo principal de la Demanda, sus cálculos sugieren que la fracción de los ingresos de la Concesión que captura la Concesionaria aumentaría entre 1,45 y 1,92 puntos porcentuales. Por su parte, la participación del MOP sobre dichos ingresos se reduciría en las mismas proporciones.

Agregan los informantes que las conclusiones anteriores son invariantes luego de realizar una serie de análisis de sensibilidad referidos a la tasa de descuento adecuada para descontar los flujos de ingresos de la Concesión, así como distintas proyecciones que tenía el MOP al momento de la Licitación respecto al número de usuarios de AMB para el período de vigencia de la Concesión.

En su Sección 4, el informe aborda la pregunta central que se plantea en el cuerpo principal de la Demanda, señalando que una vez que este evento "incognoscible" se manifiesta, lo que debe hacerse es intentar determinar qué hubieran hecho las partes si hubieran conocido la contingencia.

De esta manera, los informantes se preguntan cómo habría actuado Nuevo Pudahuel en caso de que, previo a la Licitación, hubiese anticipado la posibilidad de ocurrencia, aún con una muy baja probabilidad, de una pandemia como la del COVID-19 y el daño que le ocasionaría en caso de materializarse dicha posibilidad. Esto sigue un enfoque ex ante, manteniendo intacta la naturaleza del Contrato, tal como fue diseñado por el MOP

En este sentido, el informe expresa que los mecanismos de compensación solicitados por Nuevo Pudahuel consideran, en cambio, una evaluación ex post (i.e., buscan determinar la disminución de ingresos materializada luego de la contingencia y basarse en este valor para calcular la compensación adecuada), lo que en su concepto resulta inadecuado.

Estiman los informantes que si se considerase procedente que el MOP compense a la Concesionaria, el mecanismo correcto consistiría en simular cuál habría sido el retorno adicional que Nuevo Pudahuel hubiese exigido si hubiese

internalizado correctamente la posibilidad de una pandemia como la de COVID-19. En otras palabras, este enfoque implica corregir la oferta de la Demandante en la Licitación, incluyendo en su análisis ex ante la probabilidad no nula de un evento como este.

En este contexto, el informe concluye que si se toman en consideración todos los flujos generados a lo largo de la operación de la Concesión y el valor de la infraestructura de AMB a ser recibida por el MOP en el año 2035, ex ante, las partes habrían esperado que el MOP capturara alrededor del 78%-79% de los ingresos de la Concesión, mientras que la Demandante alrededor del 21%-22% restante. Así, la Distribución de Ingresos Ex Ante es similar a la repartición pactada según el esquema de coparticipación de ingresos de la Concesión, bajo la cual el MOP recibe un 77,56% de estos, y Nuevo Pudahuel el 22,44% restante.

Asimismo, los informantes afirman que al comparar los escenarios ex ante y ex post, sus propios cálculos sugieren que la fracción que captura el MOP de los ingresos de la Concesión se habría mantenido inalterada o aumentado en tan solo 0,43 puntos porcentuales; en cambio, de aceptarse las compensaciones solicitadas por Nuevo Pudahuel los ingresos del Contrato se redistribuirían a su favor, modificando, adicionalmente, la distribución de riesgos contemplada en este.

OCTOGÉSIMO QUINTO: Que, a su turno, la SC acompañó a los autos el informe de Econsult, intitulado *"Informe Económico: Impacto del COVID-19 en el equilibrio económico del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional AMB"*, de marzo de 2021, suscrito por Sebastián Cerda Norambuena y Gonzalo Sanhueza Dueñas.

OCTOGÉSIMO SEXTO: Que el mencionado informe expresa, en lo esencial, que previo al advenimiento de la pandemia, la expectativa de crecimiento del tráfico de

pasajeros a nivel global, de acuerdo con el Consejo Internacional de Aeropuertos o Airports Council International (ACI, 2019), era que éste más que se duplicaría durante las próximas dos décadas, agregando que la crisis COVID-19 ha puesto en peligro dicha expectativa sobre la cual se sostiene la industria aeroportuaria. La razón para esto es que la crisis sanitaria no solo ha sido acompañada de una caída sin precedentes en el tráfico de pasajeros, sino que también se espera que dicha caída tenga componentes de carácter permanente.

En opinión de estos informantes, el impacto de la crisis COVID-19 sobre la Concesión del Aeropuerto AMB, puede entenderse rápidamente al constatar que, durante 2020, en un contexto de caída de 65% en el tráfico de pasajeros anual del Aeropuerto AMB, los costos por pasajero de la Concesionaria Nuevo Pudahuel se incrementaban en un 211% en relación con igual periodo de 2019 principalmente por los importantes costos fijos que no se pueden reducir.

Asimismo, se señala en el informe que para la determinación de daños que podría sufrir la Concesionaria Nuevo Pudahuel en el periodo 2020-2035 producto de la pandemia, Econsult ha considerado dos escenarios (1) factual (COVID) con impacto del COVID-19 en ingresos y costos de la operación y (2) contrafactual (sin COVID) asumiendo la hipótesis en que no hubiese existido la crisis sanitaria COVID-19, y la Concesionaria Nuevo Pudahuel hubiese continuado con el desarrollo de sus actividades comerciales hasta la culminación del Contrato de Concesión.

Los cálculos de Econsult muestran que, como consecuencia de la crisis COVID-19, el daño económico –medido como diferencia de valor económico de los activos de la Concesión entre escenario factual y el escenario contrafactual para el período 2020 a 2035– que experimentaría la Concesionaria Nuevo Pudahuel alcanza a los 302.606 millones de pesos a diciembre 2020. De igual modo, hacen presente que consideraciones adicionales muestran que, dado los escenarios delineados por

Econsult hacia adelante en términos de tráfico de pasajeros, existe una probabilidad importante de que la Concesionaria Nuevo Pudahuel tenga problemas de liquidez de corto plazo y de solvencia frente a sus acreedores.

Para efectos abordar la lógica económica que subyace a la necesidad de restituir el equilibrio económico del, Econsult elabora un marco de análisis que puede resumirse en: (1) como punto de partida se realiza un análisis económico del Contrato de Concesión para determinar su lógica de asignación de riesgos, (2) utilizar una metodología económica establecida para realizar ese análisis, (3) utilizar dicha metodología para analizar la lógica económica del reclamo de la Concesionaria Nuevo Pudahuel y (4) concluir con propuestas para restituir el equilibrio económico del Contrato de Concesión.

Con el objeto de determinar la asignación de riesgos de un evento como el COVID-19, Econsult recurre a un marco de análisis basado en la metodología "*Known, unknown and the Unknowable*" de tipificación de riesgo utilizadas por *Diebold, Doherty y Herring* para hacer referencias al tipo de riesgos en arreglos contractuales: conocidos (Known), desconocidos (unknown) o incognoscibles (Unknown).

En opinión de Econsult, la Concesionaria Nuevo Pudahuel fue económicamente racional al hacer su mejor oferta económica por la Concesión del Aeropuerto AMB, considerando la información que manejaban las Partes en ese momento. Realizando un análisis económico del Contrato de Concesión concluye que las Partes, racionalmente, se comprometieron a un acuerdo por el cual (i) el Estado aportaría la infraestructura en pie del Aeropuerto AMB, y por su parte, la Concesionaria Nuevo Pudahuel realizaría nuevas inversiones para la ampliación y remodelación del Aeropuerto AMB y se haría cargo de la operación del Aeropuerto AMB hasta 2035, (ii) el Estado cede por 20 años a la Concesionaria Nuevo Pudahuel el 22,44% de los ingresos del Aeropuerto AMB y, (iii) al término de la Concesión, el

Estado se hará de una nueva infraestructura y la Concesionaria Nuevo Pudahuel se retirará sin derecho a recibir pago alguno por su salida, es decir, sin derecho a recibir valor residual.

De esta forma, se expresa en el informe que desde la perspectiva de la Concesionaria Nuevo Pudahuel, el equilibrio económico del Contrato de Concesión era uno en el cual se amortiza económicamente por completo su inversión principalmente con ingresos vinculados al tráfico de pasajeros durante el periodo de concesión, ya que todo el valor residual de las nuevas inversiones es de propiedad del Estado.

Con todo, y producto de la crisis sanitaria hubo una drástica caída en el tráfico de pasajeros, que no sólo se tradujo en una abrupta disminución de los ingresos totales de la concesión, sino que, además, tuvo como implicancia que la inversión que fue realizada para soportar determinado flujo de pasajeros anuales, no se amortizaría económicamente en el plazo establecido inicialmente por las Bases de Licitación. El mismo informe añade que desde la perspectiva del Estado, a cambio de los ingresos que coparticipa con la Concesionaria Nuevo Pudahuel, éste ya se ha asegurado, en cambio, de recibir una infraestructura mejorada y ampliada.

Atendido lo anterior, los informantes señalan que la restitución del equilibrio económico del Contrato debe ocurrir a través de mecanismos que le permitan a la Concesión amortizar económicamente la infraestructura aportada, manteniendo el perfil de riesgos y los incentivos a la buena operación del contrato. Para esto, aseveran los informantes, es necesario darle la oportunidad a la Concesionaria Nuevo Pudahuel de volver económicamente –en expectativas– a una situación similar previa al advenimiento de la pandemia.

En este contexto, la propuesta de Econsult para la restitución del equilibrio económico contempla formalizar una metodología de revisión del Contrato de Concesión que sería implementada de acuerdo con los valores observados mientras

persistan los efectos de la caída de los ingresos provenientes de las tarifas por pasajeros embarcados por crisis COVID-19.

El punto de partida –según este informe– es la existencia de un período de tiempo donde los efectos de la pandemia impedirán a la Concesionaria Nuevo Pudahuel la ejecución del Contrato de Concesión según la distribución de riesgos prevista inicialmente. Este período de tiempo, que se denominará "*P*", corresponde al periodo que transcurra entre el inicio de los efectos de la pandemia (marzo 2020) y el momento en que la suma de los últimos doce meses móviles de los ingresos provenientes de las tarifas por pasajeros embarcados (nacional e internacional) llevado a valor de 2019, alcancen el nivel de ingresos provenientes de las tarifas por pasajeros embarcados durante todo 2019 .

En esta propuesta, se postula revisar el régimen de coparticipación de ingresos durante el periodo "P" y ajustar el plazo del Contrato de Concesión en consecuencia. De esta manera, durante el periodo "*P*", la coparticipación de ingresos se reevalúa periódicamente en base a valores reales observados, de forma que la Concesionaria Nuevo Pudahuel recibe únicamente el Porcentaje de Ingresos Totales (PIT) de la Concesión que le permite mantener un EBITDA igual a cero y cubrir una porción del costo financiero devengado por la inversión realizada.

Así las cosas, manifiestan los informantes que cuando el EBITDA de la Concesionaria Nuevo Pudahuel no alcanza a cubrir el costo financiero mínimo, el Estado realiza un pago a la Concesión. Por el contrario, si el EBITDA de la Concesionaria Nuevo Pudahuel es positivo y cubre más que el costo financiero mínimo, el Estado recibe el remanente de los ingresos totales de la Concesión.

Concluido el periodo "P", su número de meses se añadirá al final del plazo actual de la Concesión, lo que permitirá que la Concesionaria explote la Concesión de acuerdo con la distribución de riesgos determinada por el Contrato de Concesión.

Según el informe, esta propuesta cumple con características deseables como restablecer el equilibrio económico con una fórmula objetiva, evitar la insolvencia de corto plazo durante el período "*P*", mantiene el perfil de riesgos y los incentivos a la buena operación en el contrato, y no garantiza un nivel de rentabilidad mínimo a la Concesionaria por su inversión, ya que este seguirá asumiendo los riesgos de demanda y de gestión a largo plazo.

Con todo, el mismo informe previene que la propuesta Econsult de restitución económica del equilibrio contractual no es única y que, por la inversa, otras alternativas de restitución del equilibrio económico del Contrato que podrían considerar una revisión del Contrato de Concesión de acuerdo con valores proyectados, a través de combinaciones de extensiones de plazo y reducción de la coparticipación con el Estado, y/o pagos directos a la Concesionaria Nuevo Pudahuel.

OCTOGÉSIMO SÉPTIMO: Que evaluando el informe de Compass Lexecon conforme a la sana crítica y teniendo especialmente en cuenta las reglas de la lógica y las máximas de experiencia, este Tribunal advierte que ciertas premisas a partir de las cuales extrae sus conclusiones no resultan adecuadas.

Así, por ejemplo, en dicho informe se señala que el diseño del contrato de autos contemplaba la posibilidad de que la Concesionaria tenga pérdidas al final de la Concesión con una probabilidad mayor que cero, "*por lo cual incorporó o debió incorporar en su oferta una prima por el riesgo de demanda que enfrentaría*".

Conforme se acreditó en el proceso, lo determinó el Panel Técnico de Concesiones, lo reconoció el mismo MOP y se ha demostrado a lo largo de esta sentencia, la pandemia representó un riesgo "incognoscible", un hecho imprevisto que, sin duda alguna, constituye un caso fortuito y que, por lo mismo, no fue posible de prever al tiempo de formular la oferta. De ahí se sigue que, contrariamente a lo

sostenido por Compass Lexecon, la SC mal pudo incorporar en su oferta una prima por dicho riesgo.

Cosa distinta, como también se ha razonado en este fallo, en que la SC debiese incorporar en su oferta –y asumir las consecuencias– aquellos riesgos que no exceden aquello que hemos llamado el "*alea normal*" del contrato y que ciertamente son de su cargo.

De la similar falencia anotada adolece el informe cuando sostiene que las pretensiones de la Concesionaria tienen el potencial de desvirtuar la repartición de riesgos y los incentivos que se pretendía introducir con el diseño contemplado por el MOP para la Concesión, en cuanto éste no contempla cambios en el plazo en función del tráfico efectivo de pasajeros de AMB ni garantías de ingresos, características que son propias de un contrato de concesión de plazo variable, alternativa ésta que fue descartada por el MOP al diseñar la pertinente licitación. Es por ello, –señala el informe– que de acogerse la reclamación de Nuevo Pudahuel, el Contrato tendería a transformarse en uno de plazo variable, desvirtuando la convención suscrita originalmente entre ambas partes y modificando su distribución de riesgos.

En concepto de esta Comisión Arbitral, en esta parte yerran también los informantes desde el momento que aquí no nos hallamos en presencia de la distribución de riesgos que sí reguló el contrato sino que, por la inversa, **nos encontramos ante un riesgo que no cubrió el contrato** y del cual surge el deber –latamente comentado en otros considerandos de esta sentencia– de adecuar su contenido a fin de reestablecer el equilibrio que lo caracteriza en cuanto contrato conmutativo. En otras palabras, la readecuación del contrato que en derecho procede por las razones ya expuestas en esta sentencia, **busca, precisamente, dar cumplimiento a lo realmente pactado, asumiendo cada parte el riesgo que cae dentro del "alea normal" que éstas debían asumir con motivo de su celebración** y

corrigiendo, por lo mismo, aquellas desviaciones sustanciales que se originan en circunstancias tanto imprevisibles como irresistibles como la pandemia causada por el Covid-19.

Entiéndase bien: compartimos lo señalado por estos informantes cuando afirman que la solicitud de "*amortizar económicamente* ***por completo*** *su inversión*", dista de los riesgos que la Concesionaria asumió al adjudicarse la Licitación, toda vez que bajo contratos de plazo fijo, un escenario en que la Demandante obtiene pérdidas al final de la Concesión, y no logra amortizar por completo su inversión, es factible y forma parte de los escenarios posibles dados los riesgos asumidos.

Sin embargo, el error del informe no radica en lo recién transcrito, sino que en la circunstancia de estimar que un evento como la pandemia se encuentra dentro de aquellos riesgos que correspondía entender asumidos por la SC en virtud del contrato, aspecto que ha sido ya descartado en esta sentencia por las razones largamente consignadas en motivaciones anteriores de la misma.

Recordemos, en este sentido, que el Panel Técnico de Concesiones se pronunció en la misma línea, señalando que "*La pandemia es un hecho sobreviniente de la naturaleza, una situación extraordinaria e imprevista, totalmente ajena a la voluntad de las partes y que ha provocado no sólo efectos en múltiples esferas y actividades a nivel mundial y del país, sino que en el presente contrato de concesión una caída de los ingresos de la SC (…). El reconocimiento de que la pandemia es una situación imprevista ha sido dado, para efectos de los contratos de concesión de obra pública, por el propio Ministerio de Obras Públicas mediante Ordinario N°394 de 20/03/20…*". Asimismo, el Panel también determinó que "*En sus primeros años de concesión 2015 al 2019, de acuerdo con los respectivos balances, los ingresos fueron levemente superiores al escenario optimista elaborado por la DGAC.* ***Por lo tanto, ex post a la adjudicación, suponer que la SC presentó una oferta temeraria no tiene sustento***"; agregando que "*A juicio del Panel,* ***para efectos de evaluar el proyecto de concesión de la licitación de AMB, la SC se***

encontraba, sin conocerlo, ante una profunda incertidumbre respecto de la pandemia Covid-19 y sus implicancias en el modelo de evaluación*". Más adelante, añadió: "Los eventos de la naturaleza, tales como terremotos, tormentas, erupciones, entre otros, que pueden resultar catastróficos para la población e infraestructura, tienen algunas características comunes, a saber,* ***se conoce que antes han ocurrido, no se sabe cuándo ocurrirán, pero se puede prever razonablemente su duración. No es lo que ha ocurrido hasta ahora con la pandemia Covid-19****". (énfasis añadido)

De lo dicho hasta ahora, se sigue –también– que la compartición de los ingresos contemplada en el contrato y que este informe considera como la única forma de distribuir el riesgo, atiende fundamentalmente a la forma de repartirse los ingresos, **pero ello no implica, en caso alguno, que los señalados guarismos cubran todo y cualquier riesgo, especialmente el que se analiza y que excede –como se ha dicho reiteradamente– de aquel contractualmente previsto y previsible en un contratante que, como la SC, en lo que a este específico punto interesa, actuó conforme al cuidado y diligencia que le era legalmente exigible al momento de contratar, asumiendo el alea "normal" del contrato en lo referido a disminuciones de la demanda por tráfico aéreo.**

Adicionalmente, en el informe de Compass Lexecon se formulan cálculos que parten de premisas que no se compadecen, en plenitud, con reglas y criterios de la lógica, particularmente en lo tocante ámbito propiamente jurídico.

En este sentido, por ejemplo, dice el informe que "*no existe evidencia consistente con una afectación desproporcionada de los ingresos en desmedro de la Concesionaria y en beneficio del MOP*", alcanzando tal conclusión, entre otros factores, por la vía de asignar un muy bajo valor a la infraestructura que debe ser recibida por el MOP en el año 2035.

Conforme lo señalado en audiencia por los propios autores de este informe, en sus cálculos se considera el monto de la inversión al año 2035, porque sería en ese

momento que el Estado se haría dueño y recibiría la pertinente infraestructura, pudiendo disponer de ella. A este respecto, expresaron que "el MOP recibe esta infraestructura, y en esta compartición de ingreso, uno tiene que incorporarla, pero tiene que incorporarla en el año correcto, el año que corresponde, no al comienzo, sino en el año que lo recibe el MOP, que va a ser el 2035".

Para esta Comisión Arbitral, las máximas de experiencia indican que la SC lleva razón cuando al refutar el informe apunta que el valor de la infraestructura debiese incorporarse en un sentido contrario, es decir, considerar dentro del cálculo de los ingresos el valor de la infraestructura en el año 2015 y siguientes, para luego proyectar el flujo de ingresos que se van generando hacia el año 2035, aplicando la tasa de descuento que corresponda.

De esta manera, no se compadece con la lógica, al menos jurídica, que –como acota la SC– para el MOP el valor de una infraestructura completamente nueva (T2), más una ampliada y remodelada (T1) que recibirá aproximadamente más del doble de los pasajeros de los que recibían antes de la licitación y que actualmente está entregando un servicio bajo los mejores estándares de calidad internacional, sea, en definitiva prácticamente insignificante.

Asimismo, y como se comprenderá fácilmente, hacer un ejercicio como el realizado por Compass Lexecon, asignándole un muy bajo valor a la infraestructura que construye la SC, a pretexto de que recién podrá disponer de ella el año 2035, determina, a la postre, que sea difícil verificar un desequilibrio en las prestaciones de las partes y, por lo mismo, determinar que un evento catastrófico como la pandemia, en realidad no introdujo un desequilibrio en el contrato de autos.

Cabe recordar, a propósito de esto último, lo ya expuesto al iniciarse la parte considerativa de esta sentencia sobre los efectos de esta pandemia en el sector aeronáutico nacional e internacional, así como las conclusiones a que arribara el

Panel Técnico de Concesiones sobre el mismo particular y que también se han reproducido en otras partes de este fallo.

En definitiva, la posición que asume Compass Lexecon se aparta de las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia cuando, para descartar el desequilibrio contractual que se ha producido con motivo de la pandemia, confunde, por un lado, el "*alea normal*" con el "*alea anormal*" del contrato y, por el otro, entiende que la única expectativa de la SC y el MOP sea compartir ingresos en la proporción porcentual que señala la convención, sin considerar la infraestructura y los costos e inversión asociada a los mismos. Esta última, por su parte, supuso, por parte de la SC, una **inversión de aproximadamente US$1.000 millones de dólares** y la construcción, a esta fecha, de **1.141.858 mts2.**

Desde esta perspectiva, insistimos, no resulta razonable justificar que no hay desequilibrio contractual asignando a una inversión de **US$1.000 millones de dólares** prácticamente un valor de US$100 millones, pretiriendo que no en el año 2035 sino que desde la explotación de la concesión se ha puesto a disposición del público una infraestructura de clase mundial.

Finalmente, tampoco parece un juicio legalmente acertado el que formulan los autores del informe de Compass Lexecon cuando indican que solo el año 2035 el Estado se "*haría dueño*" de la infraestructura de AMB. (Declaración testimonial informantes económicos de Compass Lexecon, p. 22).

En efecto, y sin perjuicio de recordar que según el artículo 568 del Código Civil la infraestructura del aeropuerto constituye un "inmueble por adherencia", debe tenerse presente que conforme al artículo 39 de la Ley de Concesiones: "*Para los efectos de esta ley, se entenderá por obra pública fiscal a 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*."

A su turno, el numeral 14 del artículo 4° del Reglamento para Contratos de Obras Públicas, dispone que se entiende por 'Obra Pública': "*Cualquier inmueble, propiedad del Estado, construido, reparado o conservado por éste, en forma directa o por encargo a un tercero, cuya finalidad es propender al bien público*."

OCTOGÉSIMO OCTAVO: Que los informes de expertos allegados a los autos y que se han comentado en precedencia, así como toda la prueba rendida en autos, de acuerdo a lo prevenido por el artículo 36 bis de la Ley de Concesiones, deben ser valorados por esta Comisión Arbitral de conformidad con las reglas de la *sana crítica*, lo que supone, según se ha fallado por la Excma. Corte Suprema, "*tener en consideración las razones jurídicas, asociadas a las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud se le asigne o se le reste valor*". (SCS 38.543-2021). De igual modo, el Máximo Tribunal ha señalado que "*la sana crítica es aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconsejan la recta razón y el criterio racional puesto en juicio. De acuerdo con su aceptación gramatical, puede decirse que es el analizar sinceramente y sin malicia las opiniones acerca de cualquier asunto. Las reglas que la constituyen no están establecidas en los Códigos. Se trata, por lo tanto, de un proceso interno y subjetivo del que analiza una opinión expuesta por otro, o sea, en una materia esencialmente de apreciación y, por lo mismo, de hecho, cuya estimación corresponde privativamente a los jueces del fondo*". (C. Suprema, 13 noviembre 1963) y que "*Apreciar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, supone el establecimiento de la verdad por los medios que aconsejan la prudencia, la recta razón, la lógica, la experiencia y el criterio racional*". (C. Suprema, 15 junio 1999.)

OCTOGÉSIMO NOVENO: Que valorando la fuerza probatoria de los informes conforme a las reglas de la sana crítica y en mérito de los razonamientos latamente expuestos en los considerandos anteriores –y sin perjuicio de los

discernimientos particulares que en lo que sigue efectuará este Tribunal– esta Comisión Arbitral estima que el dictamen de Econsult ha sido emitido por profesionales capacitados e idóneos en estas materias, resulta técnica y metodológicamente bien fundamentado, se dio cuenta del agotamiento de los medios de indagación de los documentos acompañados por las partes y resulta corroborado y coherente periféricamente por los documentos probatorios mencionados en él y demás medios probatorios rendidos en el proceso, así como concordante con la lógica, las máximas de experiencia y los razonamientos jurídicos que se han formulado en esta sentencia.

Desde tal perspectiva, este Tribunal considera que los criterios y premisas contenidos en dicho informe, así como las conclusiones a que arriba, por las razones ya consignadas a lo largo de esta sentencia, guardan mayor coherencia con el mérito de proceso y las conclusiones asentadas en el presente fallo que aquel emitido por Compass Lexecon.

En efecto, esta Comisión Arbitral estima que el Informe de Econsult resulta acertado al considerar que la licitación de la concesión del Aeropuerto AMB en 2015 tuvo la finalidad de invitar a operadores aeroportuarios mundiales a ejecutar obras de ampliación del Aeropuerto AMB y que la expectativa de los oferentes era financiar esas obras, la operación aeroportuaria y obtener una remuneración apropiada por el capital aportado, dado el riesgo incurrido. Tal expectativa, por su parte, al igual que la realidad de la industria global, se basaba en una perspectiva creciente en el tráfico de pasajeros del Aeropuerto AMB, siendo a su vez la expectativa creciente de tráfico la base sobre la cual se fundamentaba la sustentabilidad financiera de todas las ofertas que compitieron por la concesión del Aeropuerto AMB.

La SC asumió casi la totalidad de los riesgos de demanda asociados al funcionamiento *normal* de un aeropuerto, como un peor desempeño económico de

Chile o una deficiente operación comercial. Por su parte, el Estado de Chile, representado por el MOP, era responsable de riesgos de demanda muy específicos, como caídas abruptas en el tráfico de pasajeros, asociadas a cese temporal o definitivo de las operaciones aeroportuarias por razones de Estado.

No era, por tanto y según se ha señalado en esta sentencia, la responsabilidad de la Concesionaria Nuevo Pudahuel gestionar, administrar y hacerse responsable de un riesgo de tráfico de pasajeros asociados a eventos incognoscibles, fortuitos e irresistibles, como la crisis COVID-19, cuya previsión y verificación excede lo que hemos denominado el **"*alea normal*"** del contrato.

En este contexto, estimamos acertada la premisa consignada en este informe en orden a que la SC no previó ni pudo prever un escenario con caída de demanda superior a los 200 millones de pasajeros, en relación con su escenario esperado, y con los escenarios compartidos por el MOP hacia la época de la licitación pública del Aeropuerto AMB.

De este modo, y desde el punto de vista de la SC, el equilibrio económico del Contrato se basa en amortizar económicamente la inversión realizada, en base a la dinámica y riesgos "*normales*" o habituales asociados al tráfico de pasajeros. Adicionalmente la drástica caída en dicho tráfico, que no sólo se tradujo en una abrupta disminución de los ingresos totales de la Concesión, sino que, además, tuvo como implicancia que la inversión que fue realizada para soportar un determinado flujo de pasajeros anuales, no se amortizaría económicamente en el plazo establecido inicialmente por las BALI.

Desde la perspectiva del Estado, a cambio de los ingresos que coparticipa con la SC, éste ya se ha asegurado de recibir una infraestructura mejorada y ampliada, lo que evidentemente **debe ser visualizado como un desequilibrio económico sobre la expectativa racional que tuvieron las partes al momento de celebrar el**

contrato de concesión, conforme al grado de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Así las cosas, y sobre la base de lo ya largamente razonado en esta sentencia y en el informe de Econsult, resulta palmario que el Estado de Chile y la SC deben buscar fórmulas destinadas restituir el equilibrio económico del Contrato, contemplando alternativas que permitan a la SC recuperar el daño económico derivado del caso fortuito en que se ha traducido la pandemia del Covid-19.

Del mismo modo, tales alternativas deben contemplar una metodología de revisión del contrato de concesión que se implemente de acuerdo a los valores observados mientras persistan los efectos de la caída de los ingresos provenientes de las tarifas por pasajeros embarcados por crisis COVID-19, considerando, entre otros factores, y además de los ya expuestos, fórmulas que mantengan el perfil de riesgos y los incentivos para la adecuada operación del contrato, pero sin garantizar un nivel de rentabilidad a la SC por su inversión, ya que ésta debe seguir asumiendo los riesgos de demanda y de gestión a largo plazo que corresponden al alea o contingencia "normal" del contrato.

Conforme a lo dicho, este Tribunal estima que las bases sobre las cuales se sustenta el Informe de Econsult y sus conclusiones exhiben, como virtud, el hecho de que el riesgo "normal" de demanda y de la operación del Aeropuerto sigue siendo de cargo de la Concesionaria, no se traspasan al Estados los costos de inversión o financieros causados por el COVID-19, ni se altera el porcentaje de distribución de ingresos previsto en el contrato de concesión, de acuerdo con lo razonado en el referido Informe y el análisis que antecede en esta misma sentencia.

NONAGÉSIMO: Que teniendo presente el hecho de que este Tribunal, por expresa disposición del artículo 36 bis de la Ley de Concesiones, debe fallar

conforme a derecho, las consideraciones en que se funda esta sentencia, así como lo que se dirá en lo resolutivo, se han formulado atendiendo a dicha exigencia.

Con todo, la circunstancia de hallarse en la obligación de resolver la controversia de autos conforme a derecho, no se opone a que al proceder de este modo esta Comisión Arbitral deba también tener en cuenta la *prudencia*, desde el momento que ambos criterios no son necesariamente o *per se* incompatibles.

Atendido lo anterior, y sin perjuicio de lo señalado, esta Comisión Arbitral no ha logrado formarse una convicción, como jurídicamente es debida, respecto de cuál es la mejor alternativa propuesta para los fines de alcanzar los objetivos indicados en el motivo precedente, máxime si se tiene presente que la propia Econsult señala que su propuesta de restitución económica del equilibrio contractual "*no es única*", puesto que "*otras alternativas de restitución del equilibrio económico del Contrato podrían considerar una revisión del Contrato de Concesión de acuerdo a valores proyectados, a través de combinaciones de extensiones de plazo y reducción de la coparticipación con el Estado, y/o pagos directos a la Concesionaria Nuevo Pudahuel*."

De esta manera, el informe de Econsult y las consideraciones que a su respecto ha consignado esta Comisión Arbitral deberá servir de base para lo que se decidirá en esta sentencia, de acuerdo a los criterios esenciales que se han expuesto en los considerandos precedentes.

NONAGÉSIMO PRIMERO: Que, atendido lo dicho en precedencia, esta Comisión Arbitral rechazará tanto la demanda principal como la primera demanda subsidiaria y, en cambio, acogerá parcialmente la segunda demanda subsidiaria en los términos que se señalarán en lo resolutivo, **rechazando**, no obstante, la petición que en ella se contiene en orden a que la SC pueda *"amortizar económicamente **por completo** su inversión"* puesto que tal circunstancia, como ya se dijo, no se encuentra en tales términos garantizada por el contrato de concesión.

NONAGÉSIMO SEGUNDO: Que, a propósito de lo que se dirá en lo resolutivo, no se trata en la especie de acoger una pretensión como aquella contenida en la demanda boliviana contra Chile en la Corte Internacional de La Haya, fundada en una suerte de "derechos expectaticios" de que sea titular la SC.

En efecto, y como se razonó a lo largo de esta sentencia, en el caso de autos las pretensiones de la actora que se acogerán en este fallo no se fundamentan en una conducta o comportamiento del MOP que haya generado expectativas o derechos en su favor, sino que existe, como quedó asentado, **una verdadera obligación contractual del MOP** –basada, entre otras disposiciones, en el artículo 1546 del Código Civil, en relación con el artículo 71 del Reglamento de la Ley de Concesiones y la cláusula 1.8.16 de las BALI– en orden a reestablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión que vincula a las partes a fin de restaurar –**sobre la base de la buena fe y el deber de lealtad y cooperación recíproca que ha desarrollado con certera elocuencia la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema**– la conmutatividad alterada por los efectos del Covid-19.

Considerando los motivos que anteceden y teniendo especialmente presente los Artículos 19 y siguientes; 44; 45; 568; 1440; 1441; 1445; 1467; 1545; 1546; 1547; 1560 y siguientes, todos del Código Civil; artículos 11, 19, 36, 36 bis y 39 de la Ley de Concesiones; artículos 44, 71 y 4° Transitorio del Reglamento de la Ley de Concesiones; artículo 4° del Reglamento para Contratos de Obras Públicas; artículos 3, 5 y 11 de la Ley N° 18.575; y demás normas citadas y aplicables en la especie,

SE RESUELVE:

1. Rechazar, sin costas, por haber tenido motivo plausible para litigar, la demanda principal y la primera demanda subsidiaria interpuestas por la SCNP en su presentación de 31 de enero de 2022;

2. Acoger la segunda demanda subsidiaria de la SCNP, de cumplimiento de contrato, deducida en el segundo otrosí de su presentación de 31 de enero de 2022, **solo en cuanto**:

   a) Se declara que la pandemia del COVID-19 constituye un hecho sobreviniente.

   b) Se declara que, en su calidad de hecho sobreviniente, la pandemia del COVID-19 ha provocado la pérdida de la conmutatividad del Contrato de Concesión en perjuicio de la Concesionaria.

   c) Se declara que, como consecuencia de lo anterior, la demandada tiene la obligación de reestablecer la conmutatividad contractual, mediante una modificación del Contrato de Concesión, y la Concesionaria tiene el derecho a exigirlo.

   d) Se declara que la obligación de la demandada de restablecer la conmutatividad contractual mediante una modificación del Contrato de Concesión es actualmente exigible.

e) Se condena a la demandada al cumplimiento de su obligación de restablecer la conmutatividad contractual, por los efectos perjudiciales producidos por la pandemia para la Concesionaria, para lo cual las partes deberán sostener una negociación de buena fe con el objeto de acordar la mejor forma de adaptar el Contrato de Concesión, de acuerdo con los derechos, obligaciones y riesgos asumidos originalmente.

f) Se declara que las conversaciones señaladas en la letra e) anterior deberán efectuarse dentro de un período máximo de 6 meses desde que fuere notificada la presente sentencia, sin perjuicio de que las partes puedan de común acuerdo prorrogar este plazo tantas veces como estimen suficiente.

g) Que no se condena en costas a la parte demandada por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Rol Nº 2022-19

ENRIQUE ALCALDE RODRIGUEZ
Firmado digitalmente por ENRIQUE ALCALDE RODRIGUEZ
Fecha: 2024.05.15 08:33:18 -04'00'

Luz Maria Jordán Astaburuaga
Firmado digitalmente por Luz Maria Jordán Astaburuaga
Fecha: 2024.05.15 10:13:47 -04'00'

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL
Firmado digitalmente por ALEJANDRO ROMERO SEGUEL
Fecha: 2024.05.15 15:00:34 -04'00'

Eduardo Emilio Puigrredon Yazigi
Firmado digitalmente por Eduardo Emilio Puigrredon Yazigi
Fecha: 2024.05.15 15:05:19 -04'00'