

C.A. de Santiago

Santiago, a nueve de junio de dos mil veinticinco.

### **VISTOS Y TENIENDO PRESENTE**

**PRIMERO:** Que, con fecha 21 de mayo de 2024, comparece Marcelo Chandía Peña, abogado, Procurador Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, en representación del Fisco de Chile - Ministerio de Obras Públicas o MOP - interponiendo recurso de queja en contra de los jueces árbitros Luz María Jordán Astaburuaga, Enrique Alcalde Rodríguez y Alejandro Romero Seguel, integrantes de la Comisión Arbitral de la concesión "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago", por haber dictado con falta o abuso grave la sentencia definitiva de única instancia de fecha 15 de mayo de 2024, notificada a las partes el 17 de mayo de 2024, en la causa arbitral caratulada "Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. con Ministerio de Obras Públicas", Rol N°19-2022, actuación que considera constitutiva de faltas o abusos graves, ya que contraviene formalmente: (i) La Ley de Concesiones de Obras Públicas; (ii) Realiza una falsa apreciación de los antecedentes del proceso; y (iii) Contraviene el principio de congruencia procesal.

Por esas razones solicita que se acoja el recurso queja, se invalide la sentencia impugnada y se dicte sentencia de reemplazo rechazando íntegramente la demanda.

El recurrente expone, como antecedentes de hecho, que mediante Decreto Supremo N°105, de 12 de marzo de 2015, el Ministerio de Obras Públicas adjudicó al grupo licitante "Nuevo Pudahuel", conformado por las empresas Vinci Airports S.A.S. y Aéroports de Paris Management Société Anonyme, el contrato de concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago".

Refiere que las partes del contrato son, por un lado, la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. (en adelante la "concesionaria") y, por el otro, el MOP.



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: TXPRXWQRJKL

Señala que el contrato de concesión está conformado – principalmente – por las Bases de Licitación; Circulares Aclaratorias; la Ley de Concesiones de Obras Públicas y su Reglamento, el DFL N° 850, de 1997, que fija el texto refundido de la Ley Orgánica del MOP; y la oferta técnica y económica presentada por el adjudicatario.

Agrega que el contrato se rige por la versión de la Ley de Concesiones modificada por la Ley N° 20.410, del año 2010.

Expone que el 31 de enero de 2022, el MOP fue notificado de la demanda arbitral interpuesta en su contra por la concesionaria ante la Comisión Arbitral.

En lo principal, se solicita el cumplimiento forzado del contrato, ordenando una modificación que extienda el período de la concesión para recuperar la pérdida de ingresos sufrida por la concesionaria entre el 1 de marzo de 2020 y hasta el denominado "momento t" o "momento Tmax".

En subsidio, se demandó la indemnización de los perjuicios sufridos por la responsabilidad contractual del MOP.

Y, en subsidio de todo lo anterior, se interpuso demanda de cumplimiento de contrato solicitando declarar que el MOP tiene la obligación de restablecer la conmutatividad contractual mediante una modificación del mismo.

Indica que, al contestar la demanda, el Fisco de Chile-MOP solicitó el rechazo de la misma argumentando que la teoría del caso de la demandante desconoce la distribución de riesgos pactada en el contrato de concesión y que, bajo la estructura del acuerdo y lo dispuesto en la Ley de Concesiones, el Covid-19 y sus efectos en el tráfico aéreo, eran un riesgo residual que debía recaer en la concesionaria, en la proporción establecida en el contrato para la distribución de los ingresos.

La parte demandada agrega que la concesionaria no tiene derecho a un ingreso mínimo garantizado bajo el contrato, por lo que el riesgo de una eventual caída en la demanda de pasajeros fue asumido por ella y en la proporción pactada.



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: TXPRXWQRJKL

Asimismo, el MOP argumentó que cualquier proyección o estimación preliminar de la concesionaria, que no se cumplió debido al impacto del Covid-19, constituye un riesgo propio del negocio que no puede ser traspasado al Fisco.

De otro lado, alega que la demanda carece de fundamento normativo, ya que conforme al artículo 19 de la Ley de Concesiones no se verifican los presupuestos exigidos por el legislador para hacer aplicable el denominado "hecho del príncipe", entre otros motivos, porque los actos o medidas de la autoridad en los cuales la concesionaria sustenta su demanda son de carácter general y exceden a la industria aeronáutica.

Expone el MOP que la sentencia de la Comisión Arbitral, en votación unánime, resolvió rechazar la demanda interpuesta en lo principal y la primera demanda subsidiaria, acogiendo parcialmente la segunda demanda subsidiaria de cumplimiento de contrato.

En lo medular, precisa que el fallo sostiene que la pandemia constituye un hecho sobreviniente que ha provocado la pérdida de la conmutatividad del contrato de concesión en perjuicio de la concesionaria, declarando que el MOP tiene la obligación de restablecer esa conmutatividad mediante una modificación del contrato y que dicha obligación es actualmente exigible.

En consecuencia, se condenó al MOP a cumplir su obligación de restablecer la conmutatividad contractual, disponiendo que las partes deberán sostener una negociación de buena fe para acordar la mejor forma de adaptar el contrato, dentro de un plazo máximo de 6 meses, contado desde la notificación de la sentencia.

A continuación, el recurrente desarrolla los fundamentos de derecho del recurso de queja, explicando las normas legales que considera infringidas y las faltas o abusos graves que atribuye a los árbitros recurridos en la dictación de la sentencia impugnada, siendo estos los siguientes.

#### **1.- Contravención formal de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.**

Sostiene que los árbitros recurridos pronunciaron la sentencia cometiendo falta o abuso grave al infringir abiertamente los artículos 11, 19, 21 y 36 bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, desconociendo aspectos esenciales del



Sistema de Concesiones y desnaturalizando el contrato de concesión suscrito por las partes.

Respecto al artículo 11, argumenta que los árbitros contravinieron su tenor expreso al establecer que el MOP tiene la obligación de restablecer la conmutatividad contractual mediante una modificación del contrato, otorgando así a la concesionaria un beneficio que no se encuentra expresamente estipulado, en circunstancias que dicha norma establece que la única retribución a que tiene derecho la concesionaria es la tarifa o precio convenidos y los restantes beneficios adicionales expresamente estipulados.

En cuanto al artículo 19, expone que su actual redacción, posterior a la reforma del año 2010, solo contempla la compensación económica a un concesionario por hechos sobrevinientes producto de un acto de autoridad con efectos particulares para la industria relevante (hecho del príncipe), lo que no se configura en este caso, ya que la pandemia por Covid-19 no constituye un acto sobreviniente de autoridad con efectos particulares para la industria objeto de la concesión.

Enfatiza que uno de los objetivos de la Ley N°20.410 fue excluir cualquier discusión respecto a la procedencia de la teoría de la imprevisión o el reequilibrio económico en los contratos de concesión por hechos sobrevinientes.

Respecto al artículo 21, argumenta que los árbitros contravinieron su tenor expreso al desconocer que el concesionario debe cumplir las funciones incorporadas en el contrato con arreglo a las normas del Derecho Público, especialmente en lo referente a sus relaciones con el MOP y al régimen económico del contrato. Agrega la demandada que los árbitros desconocieron principios básicos del Derecho Público como su carácter estricto y su interpretación restringida.

En relación al artículo 36 bis, la parte demandada afirma que los árbitros trasgredieron su inciso 13°, al fallar conforme a su prudencia y equidad o *ex aequo et bono*, en circunstancias que dicha norma establece que la Comisión Arbitral debe dictar sentencia definitiva siempre con arreglo a derecho.



Argumenta que, al haber fallado en virtud de consideraciones ajenas al marco normativo y contractual aplicable, la Comisión Arbitral se extralimitó en sus funciones e ignoró el carácter de "derecho" del arbitraje.

## **2.- Falsa apreciación de los antecedentes del proceso.**

En esta parte, el recurrente sostiene – en síntesis – que la sentencia incurre en una falsa apreciación de los antecedentes del proceso en los siguientes términos.

a) Ignora la prueba rendida en el proceso al punto de sustentar sus conclusiones en un informe distinto del invocado por la demandante. Explica que la Comisión se refiere fundamentalmente al informe de Econsult de marzo de 2021 presentado ante el Panel Técnico, en lugar del nuevo informe de Econsult de agosto de 2022 acompañado por la Concesionaria en el proceso arbitral. Señala que este segundo informe reduce drásticamente el supuesto impacto de la pandemia sobre el tráfico de pasajeros y formula propuestas de restablecimiento económico muy distintas a las del primer informe.

b) Se funda en pruebas ajenas al expediente cuya incorporación había sido expresamente rechazada por la propia Comisión. Al respecto indica que la sentencia se refiere en detalle al Decreto N° 216, del MOP, de 15 de diciembre de 2022, en circunstancias que la Comisión había rechazado expresamente la solicitud de la concesionaria de tener por acompañado dicho decreto en el proceso.

c) Condena al MOP, a pesar de no haberse formado convicción con relación a un aspecto central del caso de la concesionaria, en infracción a las normas del *onus probandi*. Señala que la sentencia reconoce no haber logrado formarse convicción respecto de cuál es la mejor alternativa para restablecer el equilibrio contractual, pero aun así condena a la demandada a cumplir una obligación de negociar, pasando por alto las reglas de la carga de la prueba.

d) Falta de fundamentación en la valoración de los antecedentes del proceso. Argumenta que la sentencia no ofrece una explicación suficiente para concluir que se cumplen los requisitos para una corrección de buena fe del



contrato, en particular respecto a que la prestación de una de las partes se volvió excesivamente onerosa.

e) Alega que la sentencia incurrió en una evaluación sesgada y selectiva de los antecedentes de la causa, omitiendo cualquier reflexión acerca de la principal conclusión del Panel Técnico para rechazar la solicitud de la concesionaria, a saber, que la pretensión era prematura porque los efectos de la pandemia debían ser evaluados considerando el plazo total de la concesión.

### **3.- Contravención al principio de congruencia procesal.**

En este acápite, el quejoso afirma que la sentencia contraviene el principio de congruencia procesal al modificar el contenido de lo pedido en su parte dispositiva.

Explica que la concesionaria solicitó en su demanda subsidiaria condenar al MOP a restablecer la conmutatividad contractual mediante una "negociación de buena fe" de manera que pueda la concesionaria amortizar económicamente por completo su inversión.

Sin embargo, alega que la sentencia acogió parcialmente dicha demanda subsidiaria, pero rechazando expresamente la petición de que la concesionaria pueda amortizar por completo su inversión. Argumenta que, al acoger una petición subsidiaria distinta a la solicitada, la Comisión Arbitral incurrió en el vicio de *ultra petita*.

Por estas razones, solicita que se acoja su recurso de queja y, en su mérito, se declare que los jueces recurridos incurrieron en las faltas o abusos graves que denuncia; pidiendo que se deje sin efecto la sentencia arbitral impugnada y se dicte sentencia de reemplazo rechazando las demandas en de la contraria en todas sus partes, con expresa condena en costas.

En subsidio, y para el evento que el recurso de queja sea declarado inadmisibles o rechazado, solicita que esta Corte ejerza de oficio sus facultades disciplinarias, adoptando las medidas conducentes a remediar las faltas y abusos denunciados, revocando o dejando sin efecto la sentencia recurrida y resolviendo conforme a lo solicitado en el petitorio principal.



**SEGUNDO:** Que, de otro lado, comparece Xavier Lortat – Jacob y Mélanie Lefebvre, ambos actuando en representación de la demandante Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., quienes también recurren de queja en contra de la sentencia de única instancia dictada por la Comisión Arbitral, por haber sido dictada esa sentencia con falta o abuso grave.

En lo principal, alegan que el contrato de concesión configura un régimen conmutativo de los derechos, riesgos y obligaciones de las partes que deben propender a mantener un equilibrio económico, señalando que el contrato respectivo reguló ciertos riesgos excepcionales, estableciendo un mecanismo para distribuir las consecuencias económicas de aquellas circunstancias que no podían ser previstas.

Señala la demandante que, en este caso, ocurrió una circunstancia imprevisible (Covid-19) que destruyó la conmutatividad del contrato, lo que obligaría a las partes a revisarlo para reestablecer dicha conmutatividad.

Agregan que las consecuencias derivadas de la pandemia constituyen un riesgo no asumido por la concesionaria.

Seguidamente, la quejosa afirma que en base a los principios constitucionales y administrativos que cita, el MOP está obligado a abordar las consecuencias económicas derivadas de la pandemia, lo que debe traducirse en la modificación del sistema tarifario y del plazo de la concesión pactado originalmente, producto de estos hechos sobrevinientes.

Luego, precisa que la contraria se ha negado contumazmente a cumplir con su obligación de restaurar la conmutatividad contractual, de manera que su parte (concesionaria) ha debido demandar el cumplimiento forzado de dicha carga.

En subsidio, la actora deduce demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual en contra del MOP, en el entendido que esa repartición pública está obligada a modificar el contrato de concesión.

Asimismo, alega el incumpliendo de sus obligaciones para con la concesionaria, lo que habilitaría a esta última a exigir al Fisco de Chile la indemnización de los perjuicios irrogados a su parte, al haberse negado a



restaurar la conmutatividad del contrato, gravemente afectada a consecuencia de la pandemia, lo que constituiría un incumplimiento irracional e imprudente.

**TERCERO:** Que, de otro lado, evacúan informe los jueces árbitros recurridos, en base a los siguientes argumentos:

Señalan que no han incurrido en faltas o abusos graves en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Agregan que la sentencia impugnada se encuentra debidamente fundada y su parte dispositiva se circunscribe a las peticiones de las partes y al mérito de los autos.

También sostienen que el recurso de queja no constituye una instancia para revisar todas las cuestiones de hecho y de derecho del asunto, sino que únicamente faculta al superior jerárquico para examinar si se cometió aquella falta o abuso grave invocada por el recurrente.

Seguidamente, los árbitros argumentan que para estar en presencia de una "falta o abuso grave" respecto de un árbitro mixto, debe haberse hecho uso impropio o indebido de la facultad de fallar de acuerdo a la ley y siempre que dicho uso impropio sea de una magnitud tal que pueda apreciarse a simple vista y ostensiblemente, sin necesidad de hacer un análisis profundo del caso.

Refieren que el recurso de queja sólo podrá prosperar cuando la sentencia que lo motiva contenga manifiestos errores, flagrantes omisiones u otros defectos que, por su alcance y connotación, no se compadezcan con los contenidos inherentes a la función jurisdiccional, alterando de tal manera las garantías de la jurisdicción y la racionalidad que supone el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política de la República.

En cuanto a la segunda alegación, los árbitros recurridos afirman que la sentencia es evidentemente fundada y su parte dispositiva se circunscribe a las peticiones de las partes y al mérito de autos.

Sostienen que a partir de la lectura de los 92 considerandos que contiene la sentencia objetada, es posible apreciar las razones jurídicas que fundamentan su decisión, sin que tales motivaciones hayan sido desvirtuadas por el recurrente y,



menos aún, demostrado que aquellas supongan haberla pronunciado con grave falta o abuso.

En relación a la tercera defensa, los árbitros recurridos refieren que el recurso de queja no ha sido instituido para corregir simples errores de interpretación, sino que faltas o abusos ministeriales de parte del sentenciador que caigan dentro del ámbito de la jurisdicción disciplinaria del superior jerárquico.

Agregan que el recurso de marras no constituye instancia para la revisión de todas las cuestiones de hecho y derecho ventiladas en el compromiso, sino que únicamente faculta al superior para examinar si se cometió alguna falta o abuso grave invocada por el recurrente.

En cuanto al contexto del caso, exponen que se trata de una controversia surgida en el marco del contrato de concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago", adjudicado mediante Decreto Supremo MOP N°105, de fecha 12 de marzo de 2015. Las partes del contrato son la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. y el MOP.

Seguidamente, los árbitros precisan que el 31 de enero de 2022, el Fisco de Chile-MOP fue notificado de la demanda arbitral interpuesta en su contra por la Concesionaria ante la Comisión Arbitral.

Refieren que, en lo principal de la demanda, se solicitó el cumplimiento forzado del contrato, ordenando una modificación que extienda el período de la concesión para recuperar la pérdida de ingresos sufrida por la Concesionaria entre el 1 de marzo de 2020 y hasta el denominado "momento t" o "momento Tmax".

En subsidio, precisan que la actora demandó indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual.

Y, en subsidio de todo lo anterior, interpuso segunda demanda de cumplimiento de contrato solicitando declarar que el MOP tiene la obligación de restablecer la conmutatividad contractual mediante una modificación del contrato.

Exponen que, en su sentencia, por votación unánime, resolvieron rechazar la demanda interpuesta en lo principal y la primera demanda subsidiaria,



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: TXPRXWQRJKL

acogiendo parcialmente la segunda acción subsidiaria de cumplimiento de contrato.

En lo medular, señalan que en su fallo declararon que la pandemia del COVID-19 constituye un hecho sobreviniente que provocó la pérdida de la conmutatividad del contrato de concesión en perjuicio de la concesionaria, estableciendo que el MOP tiene la obligación de restablecer la conmutatividad contractual mediante una modificación del contrato y que dicha obligación es actualmente exigible.

En consecuencia, los falladores condenaron al MOP a cumplir su obligación de restablecer la conmutatividad contractual, disponiendo que las partes deberán sostener una negociación de buena fe para acordar la mejor forma de adaptar el contrato de concesión, dentro de un plazo máximo de 6 meses, contado desde la notificación de la sentencia.

En cuanto a los fundamentos de hecho y de derecho los jueces árbitros desarrollan lo siguiente:

1.- Respecto a la supuesta contravención formal de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, afirman que lo que en realidad reprocha el quejoso es la circunstancia de que el fallo impugnado no haya acogido su propia tesis, sin que explique ni fundamente cuál sería la falta o abuso grave en que incurrió la sentencia al expresar las razones que se tuvieron en consideración para no acoger sus planteamientos.

Afirman que a partir de la lectura de los 92 considerandos que contiene la sentencia recurrida, es posible apreciar las razones jurídicas que fundamentan la decisión, sin que tales motivaciones hayan sido desvirtuadas por el recurrente y menos aún demostrado que aquellas supongan haberla pronunciado con grave falta o abuso.

2.- En cuanto a la supuesta falsa apreciación de los antecedentes del proceso, niegan que la sentencia ignore la prueba rendida o se funde en pruebas ajenas al expediente.

Explican que el informe de Econsult de marzo de 2021 fue debidamente agregado al proceso y que conforme al artículo 36 de la Ley de Concesiones, la



Comisión Arbitral puede considerar la recomendación del Panel Técnico de Concesiones como un antecedente para la dictación de su sentencia. Asimismo, señalan que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 36 bis de la Ley de Concesiones toda la prueba rendida debe ser valorada conforme a las reglas de la sana crítica.

3.- Respecto a la supuesta contravención al principio de congruencia procesal, los árbitros argumentan que no existe tal incongruencia, sino que lisa y llanamente la sentencia dio menos de lo pedido por la actora, lo que queda de manifiesto cuando en el numeral 2 de la Parte Resolutiva se dispone: *"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 (...)"*.

Por todo lo expuesto, los jueces árbitros solicitan que se desestime el recurso de queja declarando que no han incurrido en falta o abuso grave al resolver el asunto sometido a su conocimiento, sino que han ejercido su competencia con responsabilidad y con apego estricto a lo dispuesto en la ley.

**CUARTO:** Que, como es sabido, el recurso de queja constituye un mecanismo de control del cumplimiento de deberes ministeriales, de manera que únicamente ante la constatación de infracciones de entidad mayor puede provocarse el efecto de anular de una determinada sentencia.

En efecto, conforme al artículo 545 de ese cuerpo legal, el recurso de queja solamente procede cuando en la resolución que lo motiva se haya incurrido en falta o abuso constituidos por errores u omisiones, manifiestos y graves.

**QUINTO:** Que, para resolver el primer capítulo del arbitrio, se debe precisar que el denominado "hecho del príncipe" es un fenómeno que se produce cuando el Estado toma una medida general que afecta un contrato, alterando su ecuación financiera, que puede ser de carácter legal o administrativo y puede provenir de la autoridad contratante o de cualquier otro órgano del Estado.

Así, el hecho del príncipe no es más que una manifestación del poder público, que en uso de sus atribuciones -que deben fundarse en el bien público-



agrava las condiciones de ejecución del contrato, por lo que surge la indemnizar al cocontratante.

Se refiere – en síntesis – a la actuación del Estado que, a través de un acto concreto, general y abstracto, altera de forma no prevista y significativa el equilibrio o conmutatividad de un contrato, haciendo más oneroso el cumplimiento del mismo para el contratista.

Este concepto se diferencia de la fuerza mayor, ya que el "hecho del príncipe" implica una actuación del Estado que afecta al contrato, mientras que la fuerza mayor refiere a la ocurrencia de un evento externo e imprevisible exógeno a la voluntad de las partes.

**SEXTO:** Que, aclarado lo anterior, es relevante considerar que parte importante de la doctrina civil entiende que el deber de compensar la excesiva onerosidad sobreviniente de un contrato de concesión se ampara en el artículo 1546 del Código Civil – principio de la buena fe contractual – y, según señala Momberg: *“(...) cumpliéndose los requisitos de la excesiva onerosidad sobreviniente, contraviene la buena fe y por tanto al deber de cooperación mutua que corresponde a los contratantes, la conducta de la parte que se niega a la readecuación del contrato e insiste en exigir la prestación según los términos literalmente establecidos”*.

Por lo demás, desde la óptica del Derecho Público, el principio de la buena fe en materia contractual ha sido reconocido incluso por la Contraloría General de la República como un principio que debe imperar en los contratos administrativos *“tanto en su celebración como en el cumplimiento de sus disposiciones, como asimismo el equilibrio económico que debe preservarse en todo convenio de carácter conmutativo”* (Dictámenes N° 26.538, de 1985 y N° 21.990, de 1986).

**SEPTIMO:** Que, engarzando lo que se viene razonando al caso *sub lite*, ilustrativo resulta revisar lo dispuesto en el artículo 19 inciso 1° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, en su texto modificado por la Ley N°20.410, que consagra el denominado “hecho de príncipe”, y que es actualmente del siguiente tenor: *“El concesionario **podrá solicitar compensación** en caso de acto sobreviniente de autoridad con potestad pública que así lo justifique, **sólo cuando,***



***copulativamente, cumpla los siguientes requisitos: el acto se produzca con posterioridad a la adjudicación de la licitación de la concesión; no haya podido ser previsto al tiempo de su adjudicación; 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, y altere significativamente el régimen económico del contrato***".

Como puede apreciarse del texto transcrito, luego de la modificación al artículo 19, el contratante únicamente puede exigir indemnización en los casos ahí señalados y cumpliendo los requisitos contenidos en la misma disposición de manera que, tras la modificación legal aludida, por regla general, todos los riesgos sobrevinientes que puedan alterar la conmutatividad contractual serán de cargo de la concesionaria.

En efecto, solo excepcionalmente se permite a esta última reclamar una indemnización del MOP, limitando esa excepción a aquellos actos sobrevinientes de autoridad con potestad pública *"solo cuando"* éstos cumplan de forma copulativa los requisitos previstos en el mentado artículo 19.

Ahora bien, uno de los requisitos copulativos que exige la norma en comento para hacer responsable al Fisco por la mutación del equilibrio contractual de un contrato en perjuicio del concesionario, es que dicha alteración **no sea** consecuencia de una norma legal o administrativa *"dictada con efectos generales"*, cuyo es el caso de las restricciones impuestas a la población para su libre desplazamiento durante la pandemia, todas las cuales fueron de aplicación general, sin que éstas se hayan suscrito específicamente a la industria aeronáutica.

Por lo anterior, habiéndose aplicado las limitaciones de movilidad a toda la población y economía nacional, las eventuales pérdidas derivadas de esas medidas sanitarias no autorizan al contratante a exigir indemnizaciones o reparaciones al Fisco, como fluye del tenor del artículo 19 inciso 1° de la Ley de Concesiones.

**OCTAVO:** Que, de otro lado, el artículo 71 del Reglamento de la Ley de Concesiones preceptúa: *"Las bases de licitación establecerán la forma y el plazo*



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: TXPRXWQRJKL

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 N° 900 de 1996”.

La finalidad de estas potestades de la autoridad es precisamente el resguardo de los derechos de la concesionaria ante la ocurrencia de hechos sobrevinientes y no previstos por las partes, pudiendo al efecto revisar el sistema tarifario pactado, siendo tal atribución de naturaleza facultativa, en tanto el legislador emplea la expresión “podrá”.

Siendo así, la circunstancia que en este caso el MOP no haya aplicado la disposición reglamentaria en comento, no puede devenir en una omisión arbitraria de parte del Fisco, a diferencia de lo que plantea la concesionaria en su recurso de queja.

**NOVENO:** Que, a mayor abundamiento, si bien esta Corte puede no compartir la decisión contenida en el fallo recurrido, ella se erige de la interpretación de los contratos suscritos, específicamente de la cláusula 1.8.16 letra d) de las Bases de Licitación, y del marco normativo actualmente vigente, en especial, del artículo 19 de la Ley de Concesiones y artículo 71 de su reglamento.

En tal sentido, aun cuando la resolución impugnada es susceptible de los recursos intentados, no ocurre lo mismo con los fundamentos de los mismos, pues lo que los recurrentes en vedad desarrollan en sus libelos es su propia apreciación de los hechos y la aplicación del derecho que, según su entender, debió realizar la Comisión Arbitral.

**DECIMO:** Que lo que realmente subyace en la posición de la quejosa es una disconformidad en cuanto al fondo de la decisión adoptada por la Comisión Arbitral, la cual, si bien puede no ser compartida por esta magistratura, en caso alguno importa una trasgresión ministerial atacable por la vía recursiva intentada, pues los jueces árbitros actuaron dentro de sus facultades, sin incurrir en faltas que justifique la invalidación de la sentencia.



**UNDECIMO:** Que, en lo tocante a las restantes supuestas faltas o abusos graves que alega la parte demandada –MOP–, a saber, contravención a la Ley de Concesiones; falsa apreciación de los antecedentes del proceso; e infracción al principio de congruencia procesal, tales descargos obedecen más bien a juicios de valor o apreciaciones de la parte vencida que tampoco habilitan la vía disciplinaria iniciada en el caso de marras.

**DUODECIMO:** Que, a la luz de lo razonado, puede advertirse que ambos recursos se construyen en base a meras discrepancias con lo razonado por los jueces árbitros, razón por la cual no se divisan las faltas o abusos graves denunciados, pues en la argumentación que efectúan los quejosos confunden su propósito con alegaciones que - más bien - apuntan al mérito de lo decidido, enfoque que es propio de una apelación, mas no de un recurso de queja.

En efecto, la mera desavenencia entre las expectativas de una de las partes y el resultado obtenido en el arbitraje, no constituye un agravio que pueda ser enmendado mediante el recurso de queja, toda vez que ese arbitrio *“no constituye instancia para la revisión de todas las cuestiones de hecho y de derecho, sino que únicamente faculta al superior jerárquico para examinar si se cometió la falta o abuso grave invocada por el recurrente”* (Mosquera Ruiz, Mario y Maturana Miquel, Cristian, “Los Recursos Procesales”, Editorial Jurídica de Chile, página 384).

Así lo ha entendido también esta Corte de Apelaciones, por ejemplo, en sentencia de 10 de noviembre de 2011, señalando que *“el rechazo de la demanda principal obedece a un razonamiento por parte del tribunal recurrido que se atiende al mérito del proceso y en cuyo derrotero no se aprecia que se haya cometido ninguna falta o abuso, debiendo recordarse que la sentencia impugnada fue dictada en única instancia y que el presente recurso es uno de naturaleza disciplinaria, de manera que aún en el evento de no compartir el criterio jurídico del señor árbitro mixto, es lo cierto que no es posible a esta Corte modificar lo resuelto si el sentenciador de la instancia como sucede en la especie no ha incurrido en graves arbitrariedades”* (Rol N° 3806-2011).



**DECIMOTERCERO:** Que, siendo la Comisión Arbitral el órgano jurisdiccional colegiado llamado a fallar la presente contienda, para acoger el o los recursos de autos se requeriría que la sentencia haya sido evidentemente inicua, falta de lógica, irracional, contradictoria o atentatoria contra los principios generales de derecho, lo que en este caso ciertamente no ocurrió.

No es posible concluir entonces que la Comisión Arbitral haya incurrido en alguna de las conductas que la ley reprueba y que sería necesario enmendar mediante el ejercicio de las atribuciones disciplinarias que esta Corte detenta, sin que por el solo hecho de no decidir como las partes aspiraban importe necesariamente incurrir en el vicio que exige este medio de impugnación.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, **se rechazan** los recursos de queja interpuestos por Marcelo Chandía Peña, en representación del Fisco de Chile - MOP, y por los señores Xavier Lortat – Jacob y Mélanie Lefebvre, ambos en representación de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., sin costas, por estimarse que ambos recurrentes obraron con motivo plausible.

**Se previene** que la Ministra señora Araya Naranjo concurre a la decisión que antecede, sin embargo, estuvo por rechazar el primer capítulo de queja, por las siguientes consideraciones:

1.- En el primer capítulo de queja, el MOP acusa una contravención formal de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, específicamente a los artículos 11, 19, 21 y 36 bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, porque se accede a una revisión del contrato de concesión, en circunstancias que el concesionario sólo tiene derecho a las tarifas estipuladas y la ley solo contempla la compensación económica a un concesionario por hechos sobrevinientes producto de un acto de autoridad con efectos particulares para la industria relevante (hecho del príncipe), lo que no se configura en este caso, ya que la pandemia por Covid-19 no constituye un acto sobreviniente de autoridad con efectos particulares para la industria objeto de la concesión.

2.- Que, si bien para rechazar tal capítulo, basta señalar que los jueces han realizado una interpretación de la normativa que rige en la materia, dentro del



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: TXPRXWQRJKL

marco de su competencia, sin que el mérito de los antecedentes permita concluir que -al decidir como lo hicieron- hayan realizado alguna de las conductas que la ley reprueba y que sería necesario reprimir y enmendar mediante el ejercicio de las atribuciones disciplinarias de esta Corte, sin que aquello necesariamente implique compartir la apreciación de los hechos y la aplicación del derecho efectuada por aquellos, pues debe recordarse que el presente arbitrio de carácter disciplinario, no constituye una instancia de apreciación de los antecedentes.

3.- Que, sin perjuicio de lo anterior, respecto del primer capítulo de queja, se debe precisar que, efectivamente, la Ley de Concesiones de Obras Públicas regula, después de la reforma introducida por la Ley N°20.410, el denominado “hecho del príncipe”, en el artículo 19 inciso 1° que establece que, ante la presencia de actos sobrevinientes de la autoridad dotada con potestades públicas, el concesionario será indemnizado si se cumplen copulativo los siguientes requisitos: a) que el acto se produzca con posterioridad a la adjudicación del contrato; b) que el acto no haya podido ser previsto al tiempo de su adjudicación por las partes; c) que el acto no constituya una norma legal o administrativa dictada con efectos generales que exceda el ámbito de la industria de la concesión; y c) que el acto altere significativamente el régimen económico del contrato.

4.- Que, el primer punto a despejar, es que efectivamente, en el caso de autos, la indemnización solicitada por la concesionaria, no puede asilarse en la referida norma, toda vez que el desequilibrio económico que esgrime, se origina en los actos de autoridad que restringieron la movilidad de las personas producto de la pandemia del Covid-19, En este escenario, es la exigencia de la letra c) la que se incumple, toda vez que, efectivamente, el acto de autoridad que restringió la movilidad, excede el ámbito de la industria de que se trata.

5.- Empero, a juicio de quien suscribe esta prevención, el problema relacionado con la viabilidad de la acción, no se agota en el simple examen del artículo 19 antes señalado, cuestión que es relevante, toda vez que la sentencia en que incide el presente arbitrio disciplinario no se fundó en la referida disposición, sino que realizó una interpretación armónica de toda la normativa que



rige la relación contractual, que le permitió llegar a la conclusión que se expresa en lo resolutivo

6.- Señala la quejosa, que el artículo 19 permite establecer que la única hipótesis de procedencia de indemnizaciones en favor de la concesionaria, es ante el ejercicio de la potestad pública que altera el equilibrio económico de contrato, conclusión que no comparte esta preveniente, toda vez que la regulación especial del denominado “hecho del príncipe”, no excluye por sí sola la procedencia de indemnizaciones cuando, por un hecho externo a la voluntad de los contratantes, el equilibrio económico del contrato se rompe, toda vez que aquello implicaría imponer cargas públicas al concesionario, quien debería hacerse cargo, a todo evento, de los riesgos del contrato, aun cuando estos no hayan podido ser previstos al momento de su ejecución.

En efecto, si bien la interpretación entregada por el MOP, es factible, toda vez que la disposición anterior permitía, por una regulación más amplia, el reclamo de indemnizaciones, lo cierto, es que esta sólo circunstancia, no permite arribar de forma unívoca a tal conclusión, puesto que aquello pugna con los principios generales de derecho, en especial con el principio de buena fe en la ejecución del contrato y la igual repartición de las cargas públicas.

En efecto, no se puede soslayar que el contrato de concesión celebrado constituye un contrato bilateral de carácter conmutativo, en el que las prestaciones recíprocas tiene un carácter equivalente, en el que la empresa privada colabora con el Estado en la prestación de un servicio público, cuestión relevante al resolver, por lo que la ocurrencia de hechos externos imprevisibles a las partes, que afectan el normal desarrollo de las obligaciones del contrato administrativo, transformándolo en excesivamente oneroso, determinan que el concesionario deba ser compensado o indemnizado para restablecer el equilibrio contractual.

En este aspecto, es importante, para resolver, acudir la buena fe, principio general del derecho que es aplicable no sólo en el ámbito del derecho privado, sino que también en el derecho público, que determina que los contratos, sean estos privados o públicos, deben ejecutarse de buena fe, por consiguiente, obligan



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: TXPRXWQRJKL

a las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que por la ley pertenecen a ella.

En este punto, no se debe confundir tal postura, con una idea de asegurar una ganancia a la concesionaria, toda vez que ésta, como cualquier sociedad puede fracasar en un negocio y verse enfrentado a pérdidas, porque sus cálculos no fueron correctos. No, el caso de autos plantea cuestiones que exceden esa hipótesis básica, toda vez que esboza cómo impactó en la industria del transporte aéreo, el Covid 19, producto de las elevadas restricciones de movilidad que fueron impuestas, no sólo por nuestro país.

7.- Que, en estas condiciones, se debe acudir al resto de la normativa reglamentaria y también a las normas contractuales que rigen el contrato de concesión de marras. Este ejercicio nos lleva al artículo 71 del Reglamento de la Ley de Concesiones, que preceptúa: “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 N° 900 de 1996”.

8.- Que, el quejoso advierte que tal norma, se encontraría tácitamente derogada, no obstante, aquello atenta contra la redacción de las Bases de Licitación que, en su cláusula 1.8.16 que estableció “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 Publicas la aceptación o rechazo de la revisión del sistema tarifario, de su formula de ajuste o del plazo de concesión por causas sobrevinientes que así lo justifiquen”.

Como se observa, las bases de licitación, que son posteriores de la publicación de la Ley N° 20.410, establecen el procedimiento específico para materializar la facultad establecida en el artículo 71 del reglamento, que permite a los concesionarios a pedir ajustes tarifarios, ante la ocurrencia de hechos



sobrevinientes y no previstos por las partes, lo que en la especie ocurrió, pues claramente, como lo establece la sentencia en que incide el presente arbitrio -considerando décimo sexto- la pandemia provocada por el Covid-19 constituye un hecho de la naturaleza sobreviniente que califica como caso fortuito o fuerza mayor, por lo que al estar ante un contrato oneroso conmutativo, la concesionaria, ante la generación de un desequilibrio económico, que rompe la conmutatividad, se encontraba facultada a exigir la debida compensación.

9.- Que, finalmente, alude la quejosa sobre este tópico, que la facultad del MOP, puede derivar entre una obligación, es decir, que la sola circunstancia que el concesionario requiera la revisión de las tarifas, no determina que la autoridad esté obligada a acceder, pues la misma norma usa el vocablo “podrá”, entregando una facultad; cuestión que es sólo parcialmente correcta, toda vez que si bien el concesionario está facultado para pedir la revisión de las tarifas y la autoridad para otorgarla, lo cierto es que la normativa establece parámetros objetivos, esto es, la existencia de causas sobrevinientes que así lo justifiquen, por lo que la autoridad al verificar su existencia, no puede simplemente negarse a revisar, toda vez que el ejercicio de una facultad discrecional no es, en caso alguno sinónimo de arbitrariedad.

Esto último es importante, si se considera que el MOP, a través Decreto N°216, publicado en el Diario Oficial con fecha 14 de marzo de 2023, individualizado en el fundamento septuagésimo de la sentencia impugnada, se constata que la autoridad, ante casos similares, ha accedido a la revisión del sistema tarifario. Tal decreto, si bien no fue incorporado en la etapa probatoria, constituye un acto administrativo de carácter público, por lo que la quejosa no puede desconocerlo, siendo aplicable la teoría de los actos propios, cuyo eje central es la buena fe objetiva. Así, rigiéndose la Administración del Estado por el principio de unidad, efectivamente, se constata que ésta ha presentado una conducta contradictoria, que sólo puede tener asilo es la arbitrariedad que, claramente vulnera el principio de la buena fe y, en consecuencia, no es digna de amparo jurídico.

Regístrese, comuníquese y archívese.



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: TXPRXWQRJKL

Redacción del abogado Integrante señor Hales.

No firma el Ministro (s) señor De la Noi y el Abogado Integrante señor Hales, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por haber cesado en sus funciones en esta Corte el primero, y por ausencia, el segundo.

Rol N°8240-2024 – Civil.



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: TXPRXWQRJKL

Proveído por la Presidenta de la Cuarta Sala de la C.A. de Santiago.

En Santiago, a nueve de junio de dos mil veinticinco, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: TXPRXWQRJKL