

## Evacuan traslado

### Señor Presidente Honorable Comisión Arbitral Concesión Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago

**Gonzalo Cordero Arce, Nicolás Corbeaux Velasco y Francisco González Gaete**, abogados, en representación de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. (la "**Sociedad Concesionaria**" o la "**Concesionaria**"), en autos arbitrales del Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal "Concesión Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago", Rol 2-2017, al Sr. Presidente de la Honorable Comisión Arbitral, respetuosamente decimos:

Que, por este acto, evacuamos el traslado conferido por resolución de fecha 9 de noviembre de 2017, notificada a esta parte con esa misma fecha, solicitando que se rechacen las modificaciones indicadas a continuación, y propuestas en el recurso de reposición deducido por el MOP, en contra de interlocutoria de prueba, en atención a las siguientes consideraciones:

#### I. Respecto a la modificación solicitada al Punto de Prueba N°2.

El MOP solicitó que se reformulara el punto de prueba N° 2 en los siguientes términos: "2. *Forma de cobro de los servicios no aeronáuticos comerciales **correspondientes** a (a) estacionamientos públicos para vehículos en general, (b) estacionamientos para custodia de vehículos, (c) estacionamientos para trabajadores del aeropuerto, (d) procesamiento de pasajeros y equipaje, (e) transporte público y sus áreas de estacionamiento, (f) gestión de terminales de carga **que efectúa la demandante a los usuarios de ellos**, indicando los valores totales de los mismos, desde la fecha de inicio del contrato de concesión hasta la fecha de presentación de la demanda. **Forma en que la demandante ha registrado dichos valores en su contabilidad**" (lo destacado corresponde a las modificaciones propuestas por el MOP).*

Solicitamos a esta H. Comisión Arbitral, rechazar la inclusión de la expresión "*que efectúa la demandante a los usuarios de ellos*", pues con ella **se daría a entender que las tarifas de los servicios enumerados en dicho punto de prueba son cobradas siempre por la Concesionaria, cuando en realidad estos, en ciertos casos, son cobrados por terceros prestadores del servicio.**

En efecto, y aunque la formulación propuesta es poco clara, de incluirse la expresión indicada, el punto de prueba diría lo siguiente “2. *Forma de cobro de los servicios no aeronáuticos comerciales [...] que efectúa la demandante [la Concesionaria] a los usuarios de ellos,...*”.

**Esto es absolutamente falso, pues algunos de los servicios no aeronáuticos comerciales enumerados en el punto de prueba N°2 corresponden a servicios tercerizados, es decir, prestados por terceros especializados, de modo que los cobros de las tarifas de estos servicios los efectúan tales terceros y no la Concesionaria.** La redacción del MOP, más que reflejar las controversias de hecho, intenta incorporar un argumento o valoración sobre el fondo controvertido, lo que transformaría este punto de prueba en inductivo.

Por lo demás, nunca fue objeto de discusión si las tarifas de los servicios no aeronáuticos comerciales indicados en el punto de prueba N°2 eran cobradas por la Concesionaria o terceros, sino que la discusión entre las partes se refiere a si para el cálculo de los Ingresos Comerciales, tratándose de Servicios con Tarifa Regulada tercerizados, se deben considerar solo los ingresos devengados para la Concesionaria, o, por el contrario, las tarifas cobradas por los terceros prestadores de los servicios a los usuarios. **Así, esta incorporación no sólo es improcedente por ser inexacta, sino que además se trata de cuestiones no controvertidas.**

## **II. Respecto a la modificación solicitada al Punto de Prueba N°3.**

En su escrito de fojas 388, el MOP ha solicitado modificar la redacción del punto de prueba N°3 al siguiente tenor: “3. ***Forma en que la demandante ha informado al Inspector Fiscal el valor de los ingresos comerciales respecto de los servicios señalados en los numerales 1 y 2 precedentes, desde la fecha de inicio del contrato de concesión hasta la fecha de presentación de la demanda. Hechos y circunstancias que motivaron la anotación del Inspector Fiscal en el Libro de Obra, de fecha 7 de noviembre de 2016***” (lo destacado corresponde a la modificación propuesta por el MOP).

Semejante modificación debe ser rechazada, manteniéndose la redacción original contenida en la resolución de fecha 12 de octubre de 2017, por las siguientes razones.

## 1. La determinación de los Ingresos Comerciales no depende solo del actuar unilateral de la Concesionaria.

La formulación propuesta por el MOP -“*Forma en que la demandante ha informado al Inspector Fiscal el valor de los ingresos comerciales”-, en lugar de “*forma de compartición de ingresos aplicada por las partes”-, daría a entender, erradamente, que el cálculo de los Ingresos Comerciales, y la aplicación del sistema de compartición de ingresos, dependería exclusivamente de la actuación unilateral de la Concesionaria.**

Pues bien, esto no es efectivo, **ya que la determinación mensual de los Ingresos Comerciales no depende de la actuación unilateral de la Concesionaria,** sino que en ella tienen incidencia, de acuerdo a las cláusulas de las BALI, ambas partes del Contrato de Concesión, y auditores externos.

La forma en que el MOP incide en la determinación de los Ingresos Comerciales, es a través del ejercicio de las facultades de fiscalización que le confieren las BALI, con el objeto de resguardar el respeto a las condiciones económicas del Contrato de Concesión, lo que incluye, naturalmente, el cálculo exacto de los Ingresos Comerciales.

Así, por ejemplo, la cláusula 1.8.1, párrafo siete, letra i) de las BALI dispone que “*corresponderán al Inspector Fiscal de la Etapa de Explotación, al menos, las siguientes funciones y atribuciones: [...] i) Fiscalizar el cumplimiento de las condiciones económicas de la licitación*”, entre las que se encuentra, lógicamente, la correcta aplicación del sistema de compartición de ingresos, así como el debido cálculo de los Ingresos Comerciales.

Luego, la misma cláusula 1.8.1, párrafo siete, letra u), dispone que corresponderá al Inspector Fiscal: “*u) **Validar mensualmente, por medio de anotación en el Libro de Obra correspondiente, el monto correspondiente a los Ingresos Comerciales...**” (Lo destacado es nuestro).*

Por lo tanto, cuando el MOP ha validado o no ha objetado los ingresos comerciales ha ejecutado actos en cumplimiento del Contrato de Concesión, incidiendo en la determinación de los ingresos sobre los cuales se debe aplicar el porcentaje de compartición.

Otro ejemplo de cómo el MOP, a lo largo de la Concesión, ha intervenido en la determinación de los Ingresos Comerciales, lo podemos encontrar en las comunicaciones que este ha mantenido con la Concesionaria, y especialmente, en el ORD. AMB N° 692/16, remitido por el Inspector Fiscal con fecha 9 de mayo de 2016, cuya materia es “*Ingresos Comerciales Aeropuerto AMB*”.

En dicha comunicación el Inspector Fiscal le indicó a la Concesionaria que debía determinar los Ingresos Comerciales ya no sobre la base devengada, **sino sobre la base facturada**, esto es, tomando en consideración únicamente montos devengados a favor de la Concesionaria que hayan sido facturados por esta última. El MOP justificó esta instrucción con el fin de poder conciliar las declaraciones de la Concesionaria con su libro de ventas. Como esta H. Comisión podrá apreciar, la modificación planteada por el MOP en esta comunicación, da cuenta, de manera evidente, de la incidencia del MOP en el cálculo de los Ingresos Comerciales.

Por su parte, en la determinación de los Ingresos Comerciales también existe intervención de terceros, pues entre los mecanismos que plasmó el MOP en las BALI para fiscalizar la generación y contabilización de los Ingresos Comerciales, cabe mencionar **la realización de auditorías semestrales y mensuales**. Estas auditorías son realizadas al tenor de las cláusulas 1.10.19 y 1.14.4 de las BALI, y de ellas dan cuenta los respectivos informes de auditorías acompañados en el cuarto otrosí de la demanda de autos.

En definitiva, lo que el MOP pretende con la “reformulación” propuesta, es tratar de salvar su propia omisión y sacar de la presente discusión los argumentos dados por esta parte en sus escritos de demanda y réplica, en cuanto a que el MOP validó la aplicación que, durante la vigencia de la Concesión, se hizo del sistema de compartición de ingresos por ambas partes, y que cualquier objeción realizada a las declaraciones de ingresos se hizo dentro del marco de una controversia diferente.

**2. Debe mantenerse la expresión “*Forma de compartición de ingresos aplicada por las partes*”, ya que si existe controversia sobre la ejecución del sistema de compartición de ingresos.**

La proposición de cambio del MOP implica que se desconozca como hecho sustancial y controvertido el hecho de que las partes coincidieron en la aplicación dada al Contrato de Concesión con anterioridad a la anotación del Inspector Fiscal en el Libro de Obra, de fecha 7 de noviembre de 2016, tal como se indicó anteriormente. Además,

implica que se reduzca la actividad probatoria de las partes al “valor de ingresos comerciales”, en vez de “la forma de compartición de ingresos” que fue lo recogido por esta Comisión Arbitral. Siendo así, el cambio propuesto por el MOP en su reposición debe ser rechazado.

Tal como lo han planteado las partes en la etapa de discusión, **lo que éstas controvierten no se refiere a la información de los Ingresos Comerciales, sino la forma como ellas entienden el modelo económico de compartición de ingresos del Contrato.**

Así, la Concesionaria ha argumentado que el modelo económico establecido en el Contrato de Concesión es un modelo en el cual ella comparte un porcentaje de los ingresos devengados por ella, tal como se indica en la cláusula 1.14.1 de las BALI, y no un modelo en el que comparte ingresos devengados por terceros. Ese modelo, que refleja una concepción en el que el Estado y la Concesionaria son socios en la explotación de la Concesión, fue el aplicado por ambas partes desde el inicio del Contrato de Concesión hasta la Orden Impugnada.

El MOP, en cambio, ha defendido un modelo de compartición de ingresos en el cual es indiferente a quien se le hayan devengado los ingresos, puesto que, en su concepto, la Concesionaria debe compartir todos los ingresos generados por la prestación de los servicios establecidos en el párrafo segundo de la definición de Ingresos Comerciales.

Dado que lo controvertido es el modelo de compartición de ingresos, las partes citaron en sus escritos de discusión todas las cláusulas de las BALI que a él se refieren. Igualmente, por este motivo son sustanciales y controvertidos aquellos hechos que manifiesten el modelo de compartición de ingresos aplicado por las partes, y es lo que ambas deberán acreditar en la etapa correspondiente.

**3. Debe mantenerse la expresión “*fundamentos y justificación*”, en lugar de la formula “*Hechos y circunstancias que motivaron la anotación del Inspector Fiscal en el Libro de Obra, de fecha 7 de noviembre de 2016*”.**

El MOP solicitó en su escrito de reposición de fojas 388 que se reemplazara la expresión final del punto de prueba N°3 –“*fundamentos y justificación*” de la aplicación que hayan hecho las partes del sistema de compartición de ingresos- por “*Hechos y*

*circunstancias que motivaron la anotación del Inspector Fiscal en el Libro de Obra, de fecha 7 de noviembre de 2016”.*

Como esta H. Comisión Arbitral notará de la simple lectura del escrito de reposición de fojas 388, **el MOP no ha dado ningún motivo o razón que justifique semejante modificación.**

En efecto, para justificar la “reformulación” que el MOP solicita al punto de prueba N°3, este sostiene que *“la controversia se desarrolla en torno a la determinación del alcance del concepto de Ingresos Comerciales contenida en la definición del artículo 1.2.2 N° 39) párrafo 2° de las BALI...”*, luego agrega que, supuestamente, *“el conflicto específico no se desarrolla en torno a la aplicación de dicho sistema”*, y finalmente afirma que *“se debe recordar que en la página 2 y siguientes de su demanda, la Concesionaria ha impugnado la anotación del Inspector Fiscal en el Libro de Obra de fecha 7 de noviembre de 2016, y que nuestra parte impugnó la forma en que la Concesionaria ha entregado los valores necesarios para el cálculo de los ingresos comerciales...”*<sup>1</sup>.

Ninguno de estos argumentos explica cuál sería la razón para reemplazar la redacción original del punto de prueba N°3 por la que propone el MOP, **debiendo por tanto rechazarse, por ser una petición absolutamente infundada y antojadiza.**

### **III. Respetto a la modificación solicitada al punto de prueba N°4.**

En su escrito de reposición el MOP ha solicitado que se dé al punto de prueba N°4 la siguiente redacción: *“Aplicación práctica que hayan hecho **las partes del concepto de ingresos devengados respecto de los ingresos comerciales, durante la ejecución de este contrato de concesión. Hechos, circunstancias y fundamentos**”* (lo destacado corresponde a la modificación propuesta por el MOP).

Con esta redacción el MOP pretende eliminar las expresiones *“ambas partes”* y *“una de las partes con autorización de la otra”*, lo cual constituye un intento de sustraer de la discusión y de la actividad probatoria de las partes, todo asunto relativo a la conducta omisiva que mantuvo el MOP, hasta el 7 de noviembre de 2016, respecto al correcto sentido del concepto de Ingresos Comerciales. **Por lo tanto, debe necesariamente rechazarse esta modificación, pues dicho actuar omisivo es un hecho sustancial, pertinente y controvertido que debe ser objeto de prueba.**

---

<sup>1</sup> Escrito de reposición, fojas 388 y siguientes. Ministerio de Obras Públicas. Página 4.

En efecto, esta parte ha sostenido, en reiteradas ocasiones, que hasta antes de la anotación en el Libro de Obras, de fecha 7 de noviembre de 2016, **el MOP no efectuó reparo alguno al cálculo, declaración y pago mensual de los Ingresos Comerciales**. Dicha omisión importó una validación de la interpretación conforme a la cual solo han de considerarse como Ingresos Comerciales aquellos que sean devengados para la Concesionaria, pues en caso contrario, el MOP debió ejercer sus potestades (poder-deber) de fiscalización para resguardar las condiciones económicas de la Concesión, si es que estas hubieran sido afectadas.

Por su parte, el MOP, en sus escritos de contestación y dúplica, ha intentado desvirtuar lo anterior, afirmando que desde la entrada en vigencia del Contrato de Concesión y hasta la dictación de la Orden Impugnada, nunca habría validado la fórmula conforme a la cual se determinaban los Ingresos Comerciales respecto de los Servicios con Tarifa Regulada, formulando, supuestamente, observaciones a cada una de las declaraciones mensuales de la Concesionaria.

Así las cosas, resulta evidente que **existe una clara discrepancia** entre las partes sobre la aplicación del concepto de Ingresos Comerciales, pues, mientras la Concesionaria sostiene que esta dio aplicación a su interpretación del concepto de Ingresos Comerciales **con aprobación del MOP** -al no haber planteado este reparo alguno a las declaraciones mensuales de Ingresos Comerciales, en relación a la presente controversia, sin perjuicio de la discrepancia relativa a la inclusión del IVA en las tarifas de los Servicios con Tarifa Regulada-, este último sostiene que nunca dio dicha aprobación a la Concesionaria.

Asimismo, la efectividad de si se aplicó o no por ambas partes, o por una con autorización de la otra, la cláusula 1.2.2 N° 39) párrafo 2° de las BALI, según la interpretación conforme a la cual constituyen Ingresos Comerciales únicamente aquellos devengados para la Concesionaria, es un hecho **sustancial y pertinente**, pues una de las principales reglas de interpretación, invocada en la demanda de autos y aplicable al caso de marras, dispone que las cláusulas de un contrato deben interpretarse según la *“aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”* (artículo 1564 inciso 3° del Código Civil).

Por lo demás, la redacción que el MOP propone para el punto de prueba N°4 carece de toda utilidad, pues la ejecución que una de las partes le haya dado a la cláusula 1.2.2 N° 39) párrafo 2° de las BALI de manera unilateral no puede emplearse como

criterio de interpretación para determinar el correcto sentido y alcance del concepto de Ingresos Comerciales.

**Por tanto,**

**Solicitamos a esta H. Comisión Arbitral:** tener por evacuado el traslado conferido, rechazando las modificaciones propuestas por el MOP en su recurso de reposición de fojas 388, conforme lo indicado en el cuerpo de este escrito.

