



**EN LO PRINCIPAL:** REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DE PRECEPTO LEGAL QUE INDICA. **PRIMER OTROSÍ:** CERTIFICADO. **SEGUNDO OTROSÍ:** SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL EN QUE INCIDE EL REQUERIMIENTO. **TERCER OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS. **CUARTO OTROSÍ:** ACREDITA PERSONERÍA. **QUINTO OTROSÍ:** PATROCINIO Y PODER. **SEXTO OTROSÍ:** NOTIFICACIONES VÍA CARTA CERTIFICADA Y CORREO ELECTRÓNICO.

### EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Víctor Ríos Salas**, abogado, cédula de identidad N°10.502.021-K, con domicilio en Avda. Nueva Costanera N°3300, Of, 53, Vitacura, Región Metropolitana, en representación convencional - como se acreditará - de **Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A.**”, Rol Único Tributario 76.466.068-4, del giro de su denominación, domiciliada en Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago, Terminal Nacional de Pasajeros, Rotonda Oriente, Piso 4, Pudahuel, Región Metropolitana, a US Excma. muy respetuosamente digo:

Consta en el mandato especial, de fecha 12 de octubre de 2023 (Rep. N°8.381-2.023), extendido ante el Notario Público de Santiago, don Humberto Quezada Moreno, que acompañó en copia autorizada en el cuarto otrosí de esta presentación, que represento para estos efectos a **SOCIEDAD CONCESIONARIA NUEVO PUDAHUEL S.A.** (en adelante indistintamente la “Sociedad Concesionaria”), concesionaria de la obra pública fiscal “AEROPUERTO INTERNACIONAL ARTURO MERINO BENÍTEZ DE SANTIAGO”.

En esa representación, y conforme a lo dispuesto en los artículos 93, incisos primero, N° 6, y undécimo, 5º, inciso segundo, y 19, numerales 2º, 20 y 24, de la Constitución Política de la República; en relación con lo dispuesto en los artículos 79 a 92 y demás pertinentes, del DFL N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Excmo. Tribunal Constitucional, interpongo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una parte del numeral 2º del artículo 22 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue aprobado por el Decreto MOP N° 900, de 1996, (en adelante, indistintamente Ley de Concesiones), precepto legal



cuya **aplicación decisiva** en la gestión pendiente que se ventila ante el Tribunal Arbitral legalmente competente para resolver conflictos que se susciten entre las partes del contrato administrativo ya individualizado, caratulada “**Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. con Ministerio de Obras Públicas**”, ROL N°20-2022, produce efectos contrarios al Texto Constitucional.

Me baso para ello en los siguientes fundamentos que sustentan razonablemente la acción ejercida:

**I. EL ASUNTO O CUESTIÓN DE INAPLICABILIDAD QUE SE PRESENTA AL EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:**

La parte del precepto legal que se pide al Excmo. Tribunal Constitucional inaplicar para el caso concreto referido, se encuentra en la frase que se transcribe a continuación:

*“Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa”.*

La desproporción, injusticia y exceso de represividad que la aplicación del mencionado precepto legal puede provocar en el asunto pendiente ante el Tribunal Arbitral del contrato de concesión de la especie, sólo se remedian mandando este Excmo. Tribunal Constitucional su inaplicabilidad en la misma causa de Rol N° 20 – 2022.

Como VS Excma. podrá apreciarlo, la necesidad y utilidad de una decisión así radica en que la aplicación en la referida gestión judicial pendiente del precepto legal cuya inaplicabilidad se pide, contraría la Constitución Política y la desborda, porque produce el efecto de consolidar a todo evento una DESEQUILIBRADA, DESPROPORCIONADA, DESIGUAL, Y, POR ENDE, INCONSTITUCIONAL DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO CONTRACTUAL Y PÉRDIDA PATROMONIAL, que en los hechos del caso, ha derivado en que se esté materializando y pueda ahondarse aún más una situación írrita de EXCESIVA E IRRAZONABLE ONEROSIDAD, **la que se ha manifestado y pretende sea consolidada sólo y siempre en perjuicio de una sola parte de la relación jurídica de derecho**

**público de que se trata, LA QUE SIEMPRE PERDERÁ, y que lamentablemente es nuestra representada, la sociedad concesionaria NUEVO PUDAHUEL S.A.,** contratada por el Estado de Chile bajo el esquema de la ley de concesiones de obras públicas.

En efecto, y en el contexto fáctico del caso concreto en que incide, la aplicación de la norma legal que se impugna cederá en favor de otro sujeto que SIEMPRE GANARÁ, y cualquiera sea la interpretación que de esa regla legal se haga, siempre y en todo caso, UNA PARTE QUEDARÁ EXPUESTA – a pesar de que opte por cumplir en paralelo uno de los deberes de fuente diversa que se le imponen en las diferentes hipótesis de incidencia del conflicto que se plantea, o sea, o un deber legal, o uno contractual, o una Directiva del Panel Técnico de Concesiones, o la Jurisprudencia Arbitral en la materia - **de todas formas y en todo escenario, y en cualquier circunstancia, SERÁ PERDIDOSA.** Esa parte, quedará expuesta a una relación jurídica que no dependerá jamás del acaso o del riesgo que normalmente se asume en los negocios jurídicos, pues en el fondo la ligazón jurídica en la que participa no es aleatoria (No aplicará el *Alea lacta Est*).

Insistiendo en lo que exponemos ante US. Excma., para una de las partes de la relación jurídica a que afecta la regla legal impugnada ésta siempre será **ONEROSA EN GRADO SUMO, IMPONIÉNDOSELE SÓLO PERDER A TODO EVENTO.**

La norma impugnada será sólo fuente, ya sea de una DONACIÓN FORZOSA, que nunca se contrató o pidió así, o de una PÉRDIDA A TODO EVENTO, vale decir, SIEMPRE SEGURA, **lo que, es evidente, altera una relación aleatoria y sinalagmática.**

**Este escenario que permite el precepto legal que es posible aplicar para la resolución del conflicto pendiente ante la justicia arbitral del contrato de concesión de la especie, es injusto, desproporcionado e irrazonable; carece de una verdadera justificación de interés público superior y, el contexto normativo siempre perjudicial en que se desarrolla el verdadero conflicto de constitucionalidad que traemos ante VS Excma. hace que la norma legal atacada, desde el punto de vista del principio de Supremacía Constitucional y de interpretación conforme a la Ley Suprema, sea indefectiblemente derrotable al amparo de la Carta Fundamental que rige a nuestro Estado.**

Por eso pedimos a VS Excma. que acoja el serio y profundo conflicto constitucional que traemos a su conocimiento, disponiendo la inaplicabilidad de la regla legal impugnada.

La declaración de inaplicabilidad de la norma que pedimos a VS Excma. hará posible que tenga cabida el freno que la regla legal cuestionada pone a la facultad judicial de corrección de excesos o de disparidad de la relación contractual pública de la especie o de ajuste de Buena Fe a los desequilibrios graves de la ecuación económica y a la arquitectura contractual interna del Contrato de Concesión de Obra Pública celebrado en este caso, **pues sólo así el tribunal arbitral competente -y cuya sentencia no puede ser recurrida ante otro organismo-** no se verá compelido a aplicar una regla legal defectuosa, cuyo tenor literal lo obliga a aplicar una solución constitucionalmente injusta e irracional a todas luces, como quedará en claro.

La parte cuestionada del numeral 2° del artículo 22 de la ley de concesiones impone **en el caso concreto** una la aplicación de un riesgo **desproporcionado e injusto que nunca se pudo tener en consideración al participar en el procedimiento de contratación pública de la especie -por ninguno de los licitantes interesados-** y, en esta situación, asimismo, configura un acto terminal de un procedimiento -desconocimiento de la obligación de mantener el equilibrio económico del contrato- que se torna, por lo mismo, **carente de concreta racionalidad.**

Este resultado contrario a la Constitución se produce, ante todo, por el defecto intrínseco que infecta al precepto atacado en su estructura normativa (más allá del error de derecho que pueden cometer los sentenciadores, que es un tema de legalidad que no compete o que es ajeno a su Excmo. Tribunal Constitucional), al no adecuarse a la Carta Fundamental e ir más allá de lo que ésta tolera en sus totales consecuencias. Insistimos ante VS Excma. en afirmar que la situación denunciada en este caso no tiene remedio procesal a nivel infra constitucional, por lo que sólo cabe a mi representada pedir a US Excma. declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto legal, teniendo presente que la **ley injusta no es ley: *lex injusta non est lex***, como sostuvo San Agustín:

- “Su formulación proviene de San Agustín, y fue recogida, aunque con matizaciones, por Santo Tomás de Aquino. En su enseñanza encontramos frases como las

siguientes: “*si verdaderamente en algún punto [la ley positiva] resulta discordante con la ley natural, ya no será ley sino una corrupción [corruptio] de la ley*” (Suma Teológica I-II, q. 95, a. 2 c); “*toda ley se ordena al bien común de los hombres y en esa medida tiene fuerza y carácter de ley, y en la medida en que se aparta de ese fin carece de fuerza obligatoria*” (Suma Teológica I-II, q. 96, a. 6 c); las leyes injustas “*son más violencia que leyes [...] y por eso no obligan en el foro de la conciencia*” (Suma Teológica I-II, q. 96, a. 4, c); “*la ley tiránica que no es conforme a la razón, no es pura y simplemente [simpliciter] ley, sino más bien una cierta perversión [perversitas] de la ley*” (Suma Teológica I-II, q. 92, a1, ad. 4)”.

Así lo recuerda el Profesor Hernán Corral T., en su artículo respecto del tema, que, en el contexto, ayuda a introducir el análisis de la “**derrotabilidad lógica**” de la regla legal injusta (<https://corraltalciani.wordpress.com/tag/ley-injusta-no-es-ley/>).

En efecto, y como verá VS Excma., este requerimiento de inaplicabilidad **pide una PONDERACIÓN entre reglas y principios**, y de cómo estos últimos deben ser considerados como Mandatos de Optimización, cuestión que en este caso es del todo pertinente.

En este mismo aspecto, Alexy dice:

- “... [se debe] una distinción fuerte entre principios y reglas, en tanto se considera que el núcleo de la diferenciación parte de la dinámica estructural.
- “las reglas son normas que obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva. Ellas son, en este sentido, mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer exactamente aquello que ella exige. Si esto se hace, la regla es cumplida; si no se hace, la regla no es cumplida. Las reglas son entonces normas que solo

pueden ser cumplidas o no. **Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas.** Por tanto, los principios son mandatos de optimización. Como tales son caracterizados por el hecho de que pueden cumplirse en diferentes grados y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas sino también jurídicas.

Las posibilidades jurídicas se determinan, además de reglas, esencialmente por principios opuestos.

Por esta razón, los principios, cada uno tomado en sí, siempre contienen solo un mandato *prima facie*.

La determinación de la debida medida de cumplimiento de un principio, relativa a las exigencias de un principio opuesto, es la ponderación.

Por esta razón, la ponderación es la forma específica de aplicación de los principios" (Vid fvr, Robert ALEXY, "La construcción de los derechos fundamentales", en Laura CLERICO y Jan-R. SIECKMANN, *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Granada, Cornares, 2011, p. 2.)

Y sobre el estado actual de la **Teoría de la Derrotabilidad de la Norma y sus efectos constitucionales**, citaremos a Vif fvr García Yzaguirre, *LA VALIDEZ PRIMA FACIE Y EL PRINCIPIO DE DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS* en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0120-89422012000200007#:~:text=%22la%20derrotabilidad%20es%20una%20forma,d el%20concepto%20o%20norma%20derrotable](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422012000200007#:~:text=%22la%20derrotabilidad%20es%20una%20forma,d el%20concepto%20o%20norma%20derrotable).

Como se expondrá enseguida, la aplicación de la disposición legal impugnada en la causa arbitral pendiente puede generar efectos contrarios a varios derechos y garantías reconocidas en la Constitución: igualdad ante la ley (numeral 2° del

artículo 19); igual repartición de cargas públicas (numeral 20 del artículo 19) y derecho de propiedad (numeral 24 del artículo 19).

## II. CUMPLIMIENTO DE LAS EXIGENCIAS DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN.

1. El requerimiento se formula en contra de la aplicación de preceptos legales, con lo que se satisface la causal de admisibilidad prevista en el numeral 4° del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional – N° 17.997 -, en relación con el artículo 93, inciso primero, N°6, e inciso undécimo de la Carta Fundamental:

Como ya se adelantó, se impugna en esta sede de control constitucional la aplicación con efectos inconstitucionales **de una parte determinada del artículo 22 N° 2** de la Ley de Concesiones, en un proceso judicial pendiente ante el Tribunal Arbitral del contrato administrativo denominado **“Concesión Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”**.

La parte impugnada del mencionado precepto legal es la siguiente:

*“Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa”.*

Como se expondrá en la motivación del presente requerimiento, dado los amplios términos en que está redactada la norma legal impugnada, permite que su aplicación al caso concreto genere un efecto contrario a garantías constitucionales precisas, y es ese efecto el que se pide a esta Magistratura eliminar a través de su sentencia estimatoria.

Es importante hacer presente desde ya a US Excma. que dicho precepto legal es fruto de la modificación introducida por la Ley N° 20.410, publicada en el Diario Oficial en su edición de 20 de enero de 2010, a la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Esta modificación en particular tuvo por objeto, por una parte, limitar la modificación de las condiciones pactadas originalmente por razones de interés

público (ejercicio de la potestad denominada *ius variandi*) y por otra, alterar el régimen de riesgos de la contratación de la legislación anterior.

En particular, se buscó eliminar y/o reducir a su mínima expresión las renegociaciones de contratos motivados en sobrecostos derivados de eventos inesperados o imprevistos ajenos a la voluntad de las partes, surgidos durante la ejecución del contrato, ya se trate de acto sobreviniente de autoridad, lo que en doctrina se conoce como *Hecho del Príncipe*, como cuando el hecho imprevisto, sobreviniente y ajeno a la voluntad del contratista privado haga más oneroso el cumplimiento del contrato original, esto es, cuando se altera la ecuación económica del contrato por tales acontecimientos.

La nueva legislación trasladó al Concesionario una mayor carga en beneficio del interés público, lo que a simple vista no generaría mayor conflicto jurídico. Sin embargo, la aplicación de esas reglas para enfrentar los efectos económicos soportados por la Concesionaria durante la fase constructiva del contrato por la pandemia del Covid-19, resultan del todo contrarias al ordenamiento jurídico constitucional y a los principios que inspiran la contratación pública, pues además no fue un evento así de extraordinario y global el que se tuvo en mente al introducir la regla, máxime si la tendencia actual en materias de contratos administrativos en clave de ponderación constitucional es admitir, desde los principios, su aplicación y así superar el impedimento infra constitucional o sólo de rango legal, para evitar que se pase por encima de la Carta Fundamental y sus principios que admiten hacer excepción de la “intangibilidad del contrato”, por razones superiores de Justicia. (Vid fvr al respecto, Melich Orsini: 2010, RD UCV, 20, 1999, pp. 166 y ss <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/436/409>).

**2. La parte impugnada del precepto legal aludido no ha sido declarada conforme a la Constitución por el Excmo. Tribunal Constitucional:**

En consecuencia, no se configura la causal de inadmisibilidad de la acción prevista en el numeral 2° del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional de ese Tribunal Constitucional, N° 17.997.

**3. La parte del precepto legal que se impugna puede ser derecho aplicable para la resolución de un asunto que se sigue ante un tribunal arbitral.**



Como podrá confirmar esta Magistratura al analizar las piezas del proceso que se acompañan a este requerimiento, la Sociedad Concesionaria interpuso ante el Tribunal Arbitral del contrato administrativo previsto en la Ley de Concesiones, demanda de indemnización de perjuicios en contra del Ministerio de Obras Públicas (en adelante indistintamente el “MOP” o el “Ministerio”) representado por la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas (en adelante indistintamente la “DGC”), por la afectación del equilibrio económico de la concesión derivada de diversas medidas adoptadas por la autoridad en el contexto de la pandemia del Covid-19, excediendo el escenario de riesgos que razonablemente pudo prever la empresa -como cualquier otro oferente en su oportunidad-, generando un encarecimiento del proceso constructivo que no es legítimo, proporcional, justo ni razonable que sea asumido por ella. Se alega que su patrimonio se verá afectado al cumplimiento del interés colectivo involucrado en el contrato de concesión de obra pública de que se trata, de un modo que puede ser legal, pero que la Constitución no admite.

Para comprender el contexto en el que se presentó la demanda, como se lee en parte del libelo, la Concesionaria reclama la compensación a que tiene derecho conforme a los principios generales de buena fe, mantenimiento del equilibrio económico del contrato, confianza legítima e igualdad en las cargas públicas que resultan aplicables al contrato administrativo que la vincula con el Estado/MOP, ya que, a su juicio, no resulta aplicable, para enfrentar los efectos nocivos en el equilibrio de las prestaciones pactadas que ha generado la Pandemia por el Covid-19, la regla general de riesgo contractual establecida en el precepto impugnado (numeral 2° del artículo 22 de la Ley de Concesiones, en la parte señalada en esta acción).

En concreto, en la sede arbitral del contrato de concesión, la Sociedad Concesionaria alega que su contraparte contractual -el MOP- la instó a no detener la construcción de las obras del Aeropuerto a pesar que por efecto de la pandemia del Covid-19 que recién se hacía notar en el país estando vigente la fase de construcción de las obras, y en la ciudad de Santiago en particular, *“esa decisión podía repercutir en las condiciones laborales de los trabajadores involucrados en las faenas, en la adquisición de materiales de seguridad que no se encontraban fácilmente en el mercado y que, además, comprometería la economía del contrato o equivalencia económica de las prestaciones. Además, esa decisión de continuar la ejecución de las obras también se adoptó sin contar con todas las competencias legales que permitieran al MOP poder asegurar a la Concesionaria que ésta*

*podría cumplir tal mandato. En efecto, la medida se tomó y luego se comenzó a instar a otros organismos competentes la adopción de las medidas administrativas que permitían dar continuidad a los trabajos, como, por ejemplo, disponer la calificación de actividad estratégica a las obras de esta concesión y el otorgamiento de pase de movilidad a los trabajadores de las faenas. Esa decisión del MOP, también se adoptó a pesar de que esta Concesionaria le comunicó el conflicto que tal decisión estaba provocando entre la empresa a cargo de la construcción y los trabajadores”.*

*Se agrega que “la actitud del MOP se verificó, sin advertir que, en otras actividades reguladas, como, por ejemplo, la operación de casinos de juego, ejecución de contratos de prestación de servicios a organismos y servicios públicos, construcción de obras públicas y otros, las autoridades del Estado comenzaban a autorizar suspensiones o paralizaciones temporales del cumplimiento de las obligaciones, sin afectar la economía del contrato o concesión. Esa posición del MOP la fundó en la ocurrencia de hechos imprevistos homologables al caso fortuito o la fuerza mayor: que son irresistibles para las partes y que hacen imposible el cumplimiento de las obligaciones, al menos, de manera temporal”.*

La empresa Concesionaria alega que no se le dio el mismo trato que a los referidos sujetos regulados y que ello no obedece a un razonamiento lógico, sino que se trata de una decisión arbitrariamente discriminatoria. Se alega que, al contrario de lo que la autoridad decidió en otros casos de empresas que participan de una actividad especialmente regulada por el interés público involucrado o bien, de actividades monopólicas previstas en la normativa vigente -concesiones en general (eléctricas, telecomunicaciones, servicios de utilidad pública, casinos de juego, etc.), **tratándose de mi representada “el MOP la alentó a continuar las obras, cumplir sus obligaciones, como si se estuviera frente a tiempos de absoluta normalidad, pero sin que se contara con todos los medios para ello”.** La Concesionaria hizo hincapié en que su actitud fue: **“Informar al MOP de las dificultades que esa decisión le ocasionaba, mostrando disposición para cumplirla, siempre en un espíritu de colaboración, pero advirtiendo que, de continuar las obras con normalidad, se vería severamente afectada y, por ende, deberían operar los correspondientes mecanismos de compensación”.**

Sin atender a estos hechos, la defensa del MOP en la causa arbitral *sub-lite* ha planteado que la pretensión de la Concesionaria sería improcedente,

precisamente por la aplicación estricta de la regla del riesgo y ventura que la norma legal impugnada -la frase del artículo 22 N° 2° de la Ley de Concesiones que se ha señalado- hace aplicable al contrato administrativo de la especie. Es decir, que TODO EL RIESGO O DAÑO ECONÓMICO, CUALQUIERA SEA SU ORIGEN Y MONTO, DEBE SOPORTARLO LA CONCESIONARIA, porque así lo permite la norma legal.

VS Ecxma. debe saber, además, que previo al inicio del mencionado procedimiento arbitral, la Concesionaria que represento sometió una Discrepancia al Panel Técnico de Concesiones -DISCREPANCIA D05-2021-16, “Discrepancia por costos de prolongación y mayores costos de construcción”-. Y dicho organismo técnico-consultivo, previsto en la Ley de Concesiones, en resolución de 21 de octubre de 2021, sostuvo (pp.64 y ss.):

*“Sin perjuicio de sostener que **las pretensiones de la SC en orden a recibir compensación por los sobrecostos reclamados no son procedentes atendida la regulación del contrato**, el Panel reconoce en este caso la presencia de varios elementos que han estado muy presentes en el análisis efectuado.*

*Entre esos elementos están: **i) la extensión de la pandemia por casi dos años; ii) los múltiples efectos producidos en la fase de construcción; iii) la gestión realizada por la SC en orden a cumplir con sus compromisos a pesar de las complejidades enfrentadas; iv) la colaboración prestada por el MOP para facilitar esa gestión; v) las numerosas reuniones e intercambios de correspondencia entre las partes; vi) y varios instructivos oficiales relacionados con la gestión sanitaria y sobre cuáles eran las actividades que podían o debían continuar en funcionamiento en el país.***

*El Panel considera que estos elementos **no son suficientes para fundar una compensación atendida la normativa aplicable a este contrato**. Sin embargo, estima recomendable preservar una buena relación*

*contractual entre las partes, teniendo presente que a esta concesión le resta un largo período por delante.*

*De acuerdo con el análisis desarrollado en el acápite 10 y de los antecedentes presentados, **el Panel concluye y recomienda:***

**11.1 La pandemia Covid-19 y sus consecuencias afectaron la duración y/o los costos sobre el proceso constructivo de las obras del Contrato de Concesión.**

**11.2 De conformidad con la regulación aplicable al presente Contrato de Concesión, los costos incurridos por la SC con motivo de la pandemia Covid-19 en la etapa de construcción corresponde que sean asumidos por la SC**".

La regulación contractual a la que alude el Panel Técnico considera, precisa y especialmente, la norma impugnada en este proceso de inaplicabilidad, esto es, la referida al riesgo que asume el Concesionario de hacerse cargo de todos los desembolsos necesarios para la construcción de las obras y, además, de los efectos del caso fortuito, la fuerza mayor y "de cualquier otra causa". Y que, además, el Fisco no está obligado a compensar ni a compartir los efectos nocivos para la economía del contrato que generen esos acontecimientos sobrevenidos con su contraparte privada, sino que, como lo indica la misma ley, el Fisco sólo estará autorizado legalmente para decidir en cada caso conforme al análisis de conveniencia o mérito, a concurrir al pago de los perjuicios que irroque al Concesionario el caso fortuito o la fuerza mayor, si así se estableciere en las bases de la licitación.

De esta forma, cualquier imprevisto que altere el equilibrio de la ecuación financiera del contrato, en consecuencia, queda de cargo de la Concesionaria, salvo la excepción aludida y referida a eventos calificados como caso fortuito o fuerza mayor. Esto, por aplicación de la disposición expresa del artículo 22 N° 2° de la Ley de Concesiones en la parte no impugnada en estos autos -por no resultar aplicable al contrato administrativo de la especie-.

En el caso *sub-lite*, por aplicación, entre otras, de la mencionada norma legal, el Panel Técnico no pudo recomendar una solución distinta a la señalada, como lo había solicitado la Sociedad Concesionaria, en el sentido de ponderar los hechos y su excepcionalidad y, conforme a ello, recomendar el pago de una compensación de parte del Fisco-MOP que resolviera el desequilibrio económico que efectivamente sufrió el contrato de concesión por efecto de las medidas adoptadas por la autoridad para enfrentar la pandemia del Covid-19 durante la fase constructiva de la concesión del Aeropuerto Internacional de Santiago y, también y, particularmente, todas las gestiones que realizó el MOP -oportuna e inoportunamente- para evitar la paralización de estas obras en particular, esto es, aquellas que instaron a su continuidad, lo que, en definitiva, permitió cumplir el interés público involucrado en el contrato, pero bajo el entero riesgo de la contraparte privada. Se pidió considerar que las circunstancias ocurridas durante la fase constructiva del contrato, provenientes de la forma en que el Estado debía enfrentar la propagación del virus del Covid-19 son irresistibles, imprevistas, ajenas a la voluntad de las partes y que no hicieron imposible el cumplimiento de la obligación asumida originalmente por la Concesionaria, es decir, no constituyeron para este contrato un caso fortuito o fuerza mayor, sino que transformaron el cumplimiento de las obligaciones, haciéndolo extraordinariamente más gravoso y costoso de lo que podía ser legítimo exigir que aquella empresas soportara, y en beneficio del interés público involucrado en el contrato administrativo de que se trata.

La Concesionaria ha fundado su solicitud de compensación del mayor costo constructivo que no ha debido soportar legítimamente, por ende, no en la aplicación de la ley vigente, que a su juicio no sirve para resolver la situación extrema que se generó en la forma y plazos en que se debía cumplir la obligación de construir la obra contratada a propósito de la pandemia por Covid-19, si no que, ha acudido a su contraparte primero y a la justicia arbitral del contrato después de la negativa de aquella, para reclamar el pago de una compensación que cubra los efectos económicos negativos que se generaron en su contra, en la ecuación financiera del contrato, aplicando las reglas constitucionales y los principios generales del derecho contractual que resulten pertinentes.

Y esa actitud no la ha adoptado la Concesionaria con el afán de abstraerse caprichosamente de las reglas legales que son aplicables al contrato, sino que porque entiende que el contrato no contempla mecanismos legítimos para dar solución al conflicto contractual que se ha generado con ocasión de los efectos de

la pandemia del Covid-19, y ello ha quedado demostrado de forma palmaria, que sólo es consecuencia producida por la aplicación pretendida del precepto legal impugnado en la parte que se ha dicho.

¿Es eso justo, razonable, proporcional, indiciario de un comportamiento leal y digno del cumplimiento de buena fe de los contratos, que se encuentra ligado al respeto de los derechos constitucionales de igualdad y propiedad, entre otros? Pues bien, el precepto legal que se impugna en autos permite que se consoliden en contra de mi representada efectos contrarios a la Constitución y así se busca que US Excma. lo declare para que surta efecto en el juicio arbitral de única instancia que se encuentra actualmente pendiente.

Volviendo a la resolución del Panel Técnico de Concesiones, tenga presente Excmo. Tribunal que ella se emitió con un voto de minoría, sostenido por su Presidente, quien estuvo por analizar el conflicto sobre la base de la aplicación de los principios que la Concesionaria citó en su presentación.

Para que US Excma. pueda apreciar cuál podría ser la solución al caso que interesa a la Concesionaria de declararse inaplicable la parte del numeral 2° del artículo 22 de la Ley de Concesiones que se ha señalado, bien vale la pena transcribir el mencionado voto disidente:

#### **“OPINIÓN DE MINORÍA**

*El señor Abara, hace presente lo siguiente:*

#### **1) Las reglas del caso fortuito o fuerza mayor no resultan aplicables.**

*La fuerza mayor o caso fortuito, de conformidad con el artículo 45 del Código Civil, constituye el “imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” El artículo 1547 inciso segundo del Código Civil, por su parte, preceptúa “que el deudor no es responsable del caso fortuito” a menos que se haya constituido en mora o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. Sin embargo, por*

aplicación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, en el derecho privado, las partes son libres de pactar algo diferente, por ejemplo, que el deudor asuma el caso fortuito o fuerza mayor, asumiendo los riesgos respectivos. **En el caso de los contratos de concesión de obra pública, regidos por el derecho público, la regla para la etapa de construcción se establece en el ya analizado artículo 22 N°2, asignando la responsabilidad del caso fortuito o fuerza mayor a la concesionaria.** El Panel en su Recomendación D01-2021-16, relativa a la Discrepancia planteada por el Aeropuerto El Tepual, señaló que si bien conceptualmente la pandemia Covid-19 era un caso fortuito o fuerza mayor, porque se trataba de un hecho de la naturaleza imprevisto e imposible de resistir, **sus reglas no podían aplicarse para resolver el caso puesto que no había existido ningún incumplimiento contractual.** En efecto, en dicha oportunidad se señaló: “Sin embargo, una de las dificultades jurídicas que conlleva la aplicación de las reglas del caso fortuito como eximente de responsabilidad al caso que nos ocupa es que implican el incumplimiento contractual, situación que en el contrato de concesión del Aeropuerto El Tepual no ha ocurrido, encontrándose ambas partes cumpliendo cabalmente sus obligaciones. De esta manera, en el caso en análisis, a pesar de configurarse una situación de caso fortuito o fuerza mayor, al no haber incumplimiento contractual de ninguna de las partes, sus reglas, en cuanto eximente de responsabilidad y para la solución del conflicto, no resultan aplicables”.<sup>1</sup>

**En el caso del Aeropuerto de Santiago, el MOP en esta Discrepancia tampoco ha discutido, ni forma parte de la controversia, eventuales incumplimientos contractuales de la SC, por lo que donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición. En**

---

<sup>1</sup> Recomendación D01-2021, que corresponde al caso del Aeropuerto El Tepual, p. 43.

*este caso tampoco podemos aplicar las reglas del caso fortuito o fuerza mayor para resolver el presente caso y lo dicho vale tanto para la etapa de construcción como la de explotación, puesto que el concepto es el mismo, por lo que la conclusión no se altera. **Se demostró que no se hizo irresistible, pero sí más oneroso el cumplimiento...** y que los mayores costos incurridos por la SC en la etapa de construcción incluso los debe asumir si éstos se producen por “cualquier otra causa”, lo que ya se ha discutido en sede jurisdiccional destacándose el carácter literal amplio de la norma y que no admitiría límites<sup>2</sup>.*

*Sin perjuicio de lo señalado, como resulta evidente, dicha norma no excluye la aplicación de otras reglas legales y de principios jurídicos de elaboración doctrinaria y jurisprudencial.*

*Resulta evidente que se dictaron diversas resoluciones particularmente por la autoridad sanitaria que implicaron restricciones de movilidad, cierre de establecimientos, entre otros. **Pero tales actos de autoridad fueron de carácter general y no se podría amparar la SC en dichos actos para reclamar sobre costos porque no se ajustan a la regulación específica que establece la LC.** Por otra parte, un conjunto de actuaciones del MOP permiten dar por establecido que la continuidad de las obras a pesar de la pandemia era relevante para la sociedad, como lo fue el plan de aceleración respecto del cual quedó acreditado que efectivamente hubo conversaciones entre las partes tendientes a presentar dicho plan, el que fue elaborado y presentado al MOP, tal como consta en diversos correos enviados por la SC al MOP, de fechas 22/06/20, 07/07/20, 09/07/20 y 10/07/20, además de las declaraciones efectuadas durante la*

---

<sup>2</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 31 de julio de 2014, confirmada por la Corte Suprema, con fecha 5 de noviembre del mismo año, en causa de recurso de queja Rol 22.387-2014.



*audiencia pública*<sup>3</sup>, permiten concluir que había un interés público en que las obras continuaran y no se paralizaran, independientemente que dicho plan no se haya implementado. Por otra parte, y más importante que el plan de aceleración, el interés público de las obras quedó plasmado a partir de un hecho jurídico material como lo es la Resolución Exenta N°1805.

De hecho, dicha resolución en su fundamento quinto se remite al numeral 10, letra b) del instructivo N°9460, de 2020 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y de Defensa, que reproduce señalando que se trata de **“Actividades que por su naturaleza no pueden detenerse y cuya interrupción genera una alteración para el funcionamiento del país...”**. En su fundamento sexto, la citada Resolución N°1805, refiriéndose a las actividades del aeropuerto, específicamente señala que se trata de obras de construcción, ampliación y mejoramiento que cumple con las condiciones antes señaladas **“...habida consideración de que es necesario no retrasar el avance de este proyecto estratégico y relevante para el desarrollo del país, y asimismo mantener una importante fuerza laboral activa”**.

Dichas actuaciones del MOP asociadas a instar por la continuidad de las obras y no paralizarlas, los intercambios de correos relativos al plan de aceleración presentado por la SC, aunque no instruido por el MOP; las reuniones y conversaciones, entre otras, que culminaron con la dictación de un acto administrativo, como lo fue la Resolución Exenta N°1805, de fecha 07/05/20, **constituye un acto de autoridad con potestad pública, quien ha obrado de conformidad con los artículos 6 y 7 de la Constitución Política.**

---

<sup>3</sup> Tal como lo hace ver la Sociedad Concesionaria en su escrito de Observaciones a la Audiencia Pública, p. 6.

***Asimismo, como es público y notorio se trata de actuaciones y actos de autoridad posteriores a la adjudicación del proyecto y que no pudieron ser previstos al tiempo de la adjudicación.***

***En consecuencia, si bien no se cumplen todos y cada uno de los requisitos copulativos para estar en presencia del hecho del príncipe, en la forma regulada en la LC, el conjunto de actuaciones del MOP y que culminó con la dictación de la resolución ya citada, unido a la circunstancia que el MOP demoró la dictación de dicha resolución para que la SC pudiera darle continuidad a las obras, con sus propios esfuerzos en un contexto de pandemia, permiten sugerir que la SC cauteló el interés público satisfaciéndolo y redujo el costo social de la pandemia al poner la obra en servicio en los plazos acordados.***

***Debido a dichos esfuerzos, que el Panel ha reconocido que contribuyeron a una exitosa gestión de la crisis, la colectividad toda se benefició a costa de los mayores costos que habría incurrido la SC, sin que ellos fueran previstos ni fueran parte de la conmutatividad de las prestaciones.***

- 2) Los principios generales del derecho invocados permiten integrar la normativa aplicable, de forma que abra un espacio de colaboración.***

*Adicionalmente a lo señalado en el acápite anterior, es útil recordar los principios generales de la contratación administrativa que permiten dar luces sobre una adecuada recomendación para las partes resuelvan sus diferencias, como ya lo ha señalado el Panel en oportunidades anteriores<sup>4</sup>. Como se ha indicado, el*

---

<sup>4</sup> Recomendación en Discrepancia D 02-2021, entre las mismas partes, pp. 57 y ss.

artículo 1546 del Código Civil consagra **la buena fe** como una conducta que resulta ser vinculante para las partes, en cuanto señala que los contratos no sólo obligan a lo expresamente contemplado, sino en todo aquello que emana de la naturaleza de la obligación, o que por ley o costumbre le pertenecen.

De tal manera que 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”<sup>5</sup>.

Por otra parte, la colaboración mutua para alcanzar la satisfacción del interés general y los resultados previstos al momento de contratar, que emana del principio de la buena fe contractual, **implica un deber de abstenerse de sacar provecho de la situación que pudiese afectar a una de ellas, en particular cuando podría llegar a producirse un grave desequilibrio en las prestaciones debidas**, que hace perder la conmutatividad en la equivalencia de las prestaciones, y comienza a configurarse un verdadero enriquecimiento ilícito a costa del sacrificio especial de una de las partes, no previsto en el contrato. Sobre este punto, cabe recordar que la gestión de la SC durante la crisis sanitaria permitió reducir el costo social de un atraso mayor, de lo cual la sociedad se vio beneficiada.

En este sentido, **se ha señalado que si “la ocurrencia de hechos imprevisibles a las partes, devienen 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 restablecer la relación**

---

<sup>5</sup> TAPIA, Mauricio (2020), *Caso Fortuito o fuerza mayor*. Tercera edición ampliada y actualizada. Thomson Reuters, Legal Publishing, Santiago de Chile, p. 197, citando a LÓPEZ SANTA MARÍA (2019), *Los Contratos*, Parte General. Legal Publishing, 5ª edición, p. 259. En la misma línea también cita a PEÑAILILLO, Daniel, “La revisión judicial de las obligaciones y contratos frente a la reforma del Código Civil”, en *Revista de Derecho de la U. de Concepción*, N°208, p.222.

**de justicia quebrantada indemnizando los perjuicios causados.**<sup>6</sup> Con relación al deber de concurrencia del Estado al pago de los perjuicios, la doctrina especializada lo construye jurídicamente desde el punto de vista de la responsabilidad sin culpa o de la responsabilidad objetiva, es decir, aunque el Estado haya actuado lícitamente o los hechos no pueden atribuirse a culpa del Estado, le corresponde restablecer el equilibrio económico, como contrapartida del estatuto de facultades exorbitantes que el ordenamiento jurídico le confiere.

En la misma línea, el Panel ha señalado<sup>7</sup>: **“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<sup>8</sup>, 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**

---

<sup>6</sup> FLORES, Juan Carlos (2021) *Aspectos Críticos de la Contratación Administrativa*, Thomson Reuters, Legal Publishing, Santiago de Chile, p. 237.

<sup>7</sup> Recomendación en Discrepancia D02-2021-16, pp. 57 y sig.

<sup>8</sup> Recomendación en Discrepancia D01-2021-11, que corresponde al caso del Aeropuerto El Tepual.

***entre los contratantes es parte de la naturaleza de las obligaciones asumidas por ellas”.***

*Considerando la secuencia de hechos y actos administrativos asociados a este contrato de concesión, estas mismas conclusiones que ha suscrito el Panel en otra Discrepancia entre las mismas partes, durante el presente año, deben tenerse presente para instar a las partes al diálogo y la cooperación para paliar los efectos de la crisis en la etapa de construcción de las obras, transitando desde una rigidez contractual a una situación que reconozca que en este contrato, de suyo complejo y de largo plazo, la flexibilidad contractual puede resultar no sólo conveniente desde el punto de vista del bien común, sino que un deber.*

***En conclusión, las reglas del caso fortuito o fuerza mayor no pueden aplicarse en este caso, puesto que en el caso concreto no resultó irresistible, hubo continuidad de las obras, sin incumplimientos contractuales, tal como el Panel ya lo ha señalado con anterioridad. La circunstancia que la regulación establezca que los sobrecostos en la etapa de construcción los debe asumir la SC incluso si éstos provienen de cualquier otra causa, no excluye la aplicación de otros casos de responsabilidad del MOP que la misma regulación y los principios generales del derecho establecen. En esta Discrepancia en particular, si bien no se configura el hecho del príncipe tal como está regulado en el artículo 19, inciso primero, concurren actuaciones específicas del Estado, dirigidas a las obras del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez, y que, unidas a los principios jurídicos asociados a la contratación administrativa, aconsejan recomendar, para este contrato de concesión, que las partes abran un espacio de colaboración que permita evaluar, revisar y eventualmente compartir los sobrecostos, siempre***

***que hayan sido efectivamente incurridos y acreditados por la SC en la etapa de construcción, especialmente a partir de la Resolución Exenta N°1805, y que tengan como causa directa la pandemia Covid-19 y los demás actos de autoridad.***

Con todo, SS Excma. podrá confirmar que sin duda alguna la regla contenida en el numeral 2° del artículo 22 de la Ley de Concesiones que se impugna en este proceso, será un elemento que tendrá en consideración el Tribunal Arbitral al resolver en definitiva y sin ulterior recurso el conflicto sometido a su conocimiento, al tratarse de un árbitro obligado a fallar en derecho. Y, como hemos señalado y ahondaremos, enseguida, de la aplicación de ese precepto legal y por su amplitud de contenido, se ha generado y se puede continuar generando un efecto contrario a la precisa normativa constitucional que esta parte invoca.

Es por esta razón que esta parte entiende que la única manera de remover ese precepto legal de la órbita de normas que puede usar el juez árbitro para fallar el caso concreto es solicitando a este Excmo. Tribunal que así lo declare en su sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

#### **4. La gestión judicial en la que incide el requerimiento se encuentra pendiente.**

En efecto, según consta en el **Certificado** emitido por el Secretario Abogado de la Honorable Comisión Arbitral del contrato de concesión de la especie, de fecha 11 de octubre de 2023, sobre la causa Rol N°2022-20, la causa se encuentra en su término probatorio; la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. es la parte demandante en ella; las partes de dicha causa son la **Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A.**, domiciliada en Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago, Terminal Nacional de Pasajeros, Rotonda Oriente, Piso 4, Pudahuel, Santiago, como demandante, y el **Ministerio de Obras Públicas** representado por la **Dirección General de Concesiones de Obras Públicas**, domiciliado en calle Merced N° 753, comuna y ciudad de Santiago; los apoderados de las partes son, por la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., los señores Víctor Ríos Salas, Felipe Correa Molina y Sebastián Olid Torres, todos domiciliados en Av. Nueva Costanera N° 3.300, oficina 53, comuna de Vitacura, Santiago; y, por el Consejo de Defensa del Estado, por el Fisco de Chile Ministerio

de Obras Públicas, la señora Ruth Israel López, Procuradora Fiscal de Santiago, domiciliada en calle Agustinas N° 1225 Piso 4, comuna y ciudad de Santiago.

Así, se cumple el requisito de admisibilidad previsto en el inciso undécimo del artículo 93 N° 6 de la Constitución, en relación con el artículo 84 N° 3 de la Ley Orgánica Constitucional de esa Magistratura.

**5. Cuestión de inaplicabilidad que se somete al Excmo. Tribunal Constitucional. Fundamento razonable o plausible, en cumplimiento de la causal de admisibilidad prevista en el artículo 93, inciso undécimo, constitucional y en el numeral 6° del artículo 84 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional:**

**5.1. Qué se entiende por fundamento razonable del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad:**

US Excma. ha expresado reiteradamente que la exigencia constitucional de fundamentar razonablemente un requerimiento de inaplicabilidad, para los efectos de declarar su admisibilidad, supone una *“condición que implica -como exigencia básica- la aptitud del o de los preceptos legales objetados para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente. La explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada.”* (STC roles N°s 482, 483, 484, 485, 490, 491, 492 y 494, entre otras).

También ha señalado que, *“en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional sólo ha sido autorizado por la Carta Fundamental para efectuar el control de constitucionalidad concreto de los preceptos legales objetados y, por consiguiente, no ha sido llamado a resolver sobre la aplicación e interpretación de normas legales, cuestión que, de conformidad a la amplia jurisprudencia recaída en requerimientos de inaplicabilidad, es de competencia de los jueces del fondo”* (STC roles N°s 1853, 1314 y 1351, entre otras).

En seguida, se expondrá a US Excma. la forma en que la aplicación del precepto legal impugnado genera vicios de constitucionalidad que resulta ineludible pedir que se eliminen a través de la sentencia que se dicte en este proceso, obligando

al juez árbitro de la causa pendiente a prescindir de aquel para la resolución del conflicto jurídico contractual público que se ha sometido a su conocimiento.

**5.2. En el caso concreto *sub-lite*, la aplicación del precepto legal impugnado es contraria a la garantía de igualdad ante la ley y a la de igual repartición de las cargas públicas que reconoce la Constitución a la Concesionaria, como a toda persona, en los numerales 2 y 20 del artículo 19, y ello es sin perjuicio de la consecuencia patrimonial directa que esta situación también produce afectando, por ende, el derecho de propiedad estatuido en el numeral 24 del mismo artículo 19 constitucional, el que así resulta agraviado en sus atributos esenciales (al imponer siempre y a todo evento un mayor gasto no querido, ni previsto al tiempo de ofertar en la respectiva licitación pública).**

La defensa de la Sociedad Concesionaria ha planteado en sus escritos presentados ante el Tribunal Arbitral del contrato de concesión de que se trata, que no resulta legítimo afirmar, como lo ha hecho el Fisco, que aquella asumió, al tiempo de presentar su oferta en la respectiva licitación y como parte del régimen de riesgo de la contratación, los efectos derivados de todas y cada una de las medidas que fueron adoptadas por la autoridad para enfrentar la pandemia del Covid-19 en la Región Metropolitana, en donde se ubica la obra pública fiscal que se comprometió a ejecutar y a explotar conforme al contrato administrativo. Sostiene que tal conclusión no resulta pertinente al contrato de concesión de obra pública vigente entre las partes, ni siquiera por aplicación del inciso primero del artículo 19 de la Ley de Concesiones. Aduce que una hipótesis como la expresada por el Consejo de Defensa del Estado, se aparta de las normas del contrato de concesión de obra pública y de los principios generales del derecho aplicables al mismo y que su planteamiento *“no es genérico ni ambiguo, sino que obedece a una forma diversa de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico para la solución de la actual controversia que se ha planteado ante el competente Tribunal Arbitral del contrato para su conocimiento y resolución definitiva”*.

Aclarando el objeto de su pretensión, la Concesionaria demandante afirma en los autos arbitrales que su demanda de compensación no se funda en el hecho de que con posterioridad a la adjudicación de la licitación y sin que haya podido preverlo, el Estado dictó una ley o una disposición administrativa (decreto o resolución) de efectos generales y que ésta haya alterado significativamente el



régimen económico del contrato administrativo celebrado. Es decir, no ha justificado su pretensión en la existencia de un cambio regulatorio general o genérico. Por lo tanto, no ha reclamado un efecto en la economía del contrato que esté desprovisto de protección conforme a lo establecido en el inciso primero del artículo 19 de la ley del ramo. La Concesionaria sí alega que, en el caso particular de la concesión de obra pública a su cargo, el Ministerio de Obras Públicas promovió la continuidad de las obras, para luego –retractándose de lo que previamente había dado a entender a la Concesionaria- negarse a pagar los mayores costos asociados, imponiéndole una carga que no le exigió a ningún otro contratista del rubro. Denuncia en sede arbitral del contrato administrativo, en tal sentido, una evidente situación de desigualdad sin fundamento racional que la justifique.

También se denuncia en aquellos autos arbitrales, que se configuró un claro escenario contrario al régimen de riesgos que opera en la contratación administrativa, a sus principios, y que la actuación administrativa se opone a la garantía de igualdad ante la ley y de la igualdad que debe operar en la distribución de las cargas públicas, lo que obliga al Estado a compensarle los sobrecostos imprevistos que tuvo que soportar al cumplir sus obligaciones con sacrificio y esmero en beneficio del interés público, más allá de lo que estaba obligada y de un modo que no se le exige a otros sujetos que se encuentran en una situación similar o idéntica. La mejor prueba de que aquella fue la actitud de la empresa es la misma obra ejecutada y entregada al uso público.

**Ahora, ante este Excmo. Tribunal Constitucional, solicitamos algo muy diverso y que se encuentra dentro de la órbita de sus atribuciones; a saber:** se busca de US. Excma. la declaración de inaplicabilidad del precepto legal referido, en la parte impugnada, por cuanto su aplicación para resolver el conflicto pendiente ante el árbitro permite palmarias consecuencias inconstitucionales.

**Para poner en contexto de US Excma., los principios de la contratación administrativa se vinculan estrechamente con las garantías y derechos constitucionales que pueden verse vulnerados de ser aplicada la norma legal impugnada.**

En efecto, la mantención de la ecuación económica del contrato, que constituye un principio general de la contratación, cuando estamos frente a los contratos estatales o públicos se puede fundamentar en la inviolabilidad de la propiedad

(numeral 24 del artículo 19 de la Constitución), en el bien común, en el equilibrio del patrimonio dañado por otros, en la equidad y, como sostendrá esta parte, en la garantía de la igual repartición de las cargas públicas, que en el derecho chileno se encuentra prevista en el numeral 20 del artículo 19 de la Constitución Política.

En este punto, conviene tener presente que el contrato administrativo y específicamente el contrato de concesión de obras públicas, comparte ciertas condiciones con los contratos del derecho común, A saber: es un contrato oneroso, conmutativo, de tracto sucesivo y de largo plazo. Todas las características señaladas son relevantes a la hora de fundar un laudo en el derecho positivo vigente y en sus principios generales

La idea básica del contrato administrativo no es sólo y únicamente la de un acuerdo entre partes interesadas, sino la de intercambio justo de prestaciones que origina la relación jurídica de derecho público señalada. Esa es la igualdad que nunca debe quebrantarse y que se encuentra protegida por los principios y reglas positivas que integran el ordenamiento jurídico en nuestro Estado de Derecho. Este principio es relevante y es consecuente con la actividad de colaboración del privado para con el Estado en la satisfacción de necesidades públicas.

Por otra parte, debemos hacer hincapié en que el contrato administrativo constituye:

- a) una relación dinámica;
- b) una constante adaptación a las necesidades que se debe satisfacer en forma eficaz;
- c) una colaboración leal en el fin perseguido más que una contraposición de intereses, y
- d) una adecuación permanente (justicia contractual) en las prestaciones recíprocas.

Atendidas las características anotadas en el apartado anterior, es que en este tipo de contrato la idea de *“rebus sic stantibus”* es inherente a él, y no rige plenamente, como en el ámbito privado el *pacta sunt servanda*.

Ahora bien, la vigencia de este principio, basado en el objetivo que busca el Estado con el contrato administrativo, que no es otro que dar satisfacción a un interés colectivo, también es aplicable a la contraparte privada. Ello explica que la concurrencia de situaciones o hechos que, si bien no implican la imposibilidad de

continuar con el contrato, sí producen un desequilibrio económico de la ecuación financiera o en la obligatoria equidad contractual que será necesario corregir.

En tal contexto, la Administración debe compensar ese desequilibrio cada vez que se presentan durante la ejecución del contrato, eventos que califican como supuestos de la aplicación del *lus variandi*, del excesivo encarecimiento imprevisto de las prestaciones debidas, del Hecho del Príncipe, o de los hechos de la naturaleza o de terceros ajenos a la relación jurídica de que se trata.

La equivalencia de las cargas mutuas, en el ámbito privado, tiene un efecto meramente subjetivo en cuanto que, lo determinante de la figura es que cada una de las partes, según su libre y voluntaria apreciación, acepte que la prestación a la que se obliga es similar o directamente proporcional a la que recibe a título de retribución. En cambio, en el derecho público donde las prestaciones correlativas de las partes, en virtud del principio de la justicia conmutativa, tiene que mantener una equivalencia siguiendo el criterio objetivo de proporción o simetría en el costo económico de las prestaciones, lo que exige que el valor a recibir por el contratista, debido a los bienes, obras o servicios que le entrega al Estado, deba corresponder al justo precio imperante en el mercado. De esta forma, se fija un límite al ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, en aras de racionalizar la posición dominante de la administración, mantener el equilibrio del contrato y, de este modo, garantizar los derechos del contratista que se constituye en la parte débil de la relación contractual (ESCOBAR, Gabriel (1994), *Negocios civiles y comerciales*, Tomo II, Contratos, Medellín, Ed. Dike, p. 200.).

Lo anterior no significa que la parte dominante -el Estado- por la misma estructura del contrato de concesión -regulada en la ley-, **esté facultada para subyugar al concesionario siempre y a todo evento; una situación como aquella es ajena al régimen constitucional que ampara a toda persona. Menos aún los organismos públicos pueden actuar afectando los derechos básicos o fundamentales de las personas amparados por una ley que lo admite o permite, como ocurre con la norma legal que se impugna.**

Sobre la base descrita se edifica para el contrato administrativo, por regla general, no sólo la teoría del equilibrio económico al momento de proponer o contratar, sino también su concepción negativa, que es la de la ruptura o quiebre de esa relación objetiva balanceada con ocasión de actos y hechos de la administración contratante, del contratista, por actos de la administración como Estado, y por

factores exógenos a las partes del negocio jurídico, teoría ostensiblemente diferente de la del simple derecho privado.

En ese sentido y sobre esta base normativa, el principio general que surge y se manifiesta ostensible en el concepto de negocio del Estado es el del mantenimiento de su estructura original, derivada de las actuaciones y procedimientos previos, que signados por el concepto de discrecionalidad y con sujeción a los **principios de ponderación, proporcionalidad y previsibilidad** determinaron unas condiciones sobre las cuales se sustentó la propuesta y el contrato finalmente celebrado y que constituyen las condiciones estructurales sobre las cuales se debe ejecutar el contrato. Estas condiciones están llamadas a permanecer durante la ejecución e incluso durante su liquidación, manteniéndose en estas instancias necesariamente las obligaciones y derechos originales y así también las contingencias y los riesgos previsibles que asumieron, aspectos que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, deben de inmediato restablecerse.

El paradigma del contrato público es la ecuación económica que está destinada a mantener el equilibrio entre las prestaciones que el contratista debe cumplir y las obligaciones a cargo de la administración, que representa la equivalencia económica. En otras palabras, el equilibrio está conformado por el contenido económico que deriva en la intangibilidad y estabilidad del precio y el interés público que no siendo excluyentes convergen en la satisfacción del interés social, individual del contratista y común del contratante. A su vez, el interés económico en un contrato público no está solamente en el contratista que busca obtener rentabilidad, producto de su participación como co-contratante, sino que también el mismo interés tiene la Administración Pública porque la ejecución del contrato redundará en beneficio de los administrados, quienes lograrán mejoramiento en su nivel de vida, lo cual indefectiblemente tiene un alto contenido económico que puede ser mensurable, aun cuando no sea de manera directa e inmediata como ocurre con el contratista (LUNA, María José, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Área de Derecho Programa de Maestría en Derecho Administrativo, Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra pública).

Este principio, sin lugar a duda, constituye una estándar a través del cual el árbitro evalúa si el contrato conmutativo ha sido afectado y en qué forma, en el curso de la ejecución de este. Ello implica el principio básico de que, cuando está concluido,

un contrato público implica una relación equilibrada entre precio y el trabajo o bienes o servicios a ser entregados y recibidos por el Estado para satisfacer una necesidad pública. Sin embargo, el precepto legal impugnado, de ser aplicado en este caso, permitirá generar un efecto contrario a las garantías generales, previstas y protegidas constitucionalmente, que ha sido invocadas en este requerimiento.

Solo a mayor abundamiento, permítanos, US Excma. indicar, que reiterada Jurisprudencia Administrativa emanada de la Contraloría General de la República, ha manifestado, en resguardo del enriquecimiento sin causa y el equilibrio económico del contrato administrativo que, "las eventuales diferencias o contradicciones entre los antecedentes que rigen una licitación -y que no hayan sido salvadas con las correspondientes aclaraciones- son, de responsabilidad de la propia Administración, y, por tanto, ella debe hacerse cargo de las consecuencias económicas de esos errores."<sup>9</sup>

Íntimamente ligado a lo expuesto, se debe considerar que existen otros principios que rigen la actuación del Estado como parte contratante de esta clase de relación jurídica de Derecho Público. Nos referimos concretamente a los principios de la buena fe, de seguridad o certeza jurídica, el rechazo al enriquecimiento sin causa, la confianza legítima en el actuar de la administración, la eficacia y eficiencia, la continuidad del servicio público y su regularidad, entre otros.

Como bien sabe VS Excma. el principio de buena fe, que debe imperar en la celebración y cumplimiento de los contratos, y que se encuentra consagrado en el artículo 1.546 del Código Civil, impone a las partes de un contrato tender a su correcto cumplimiento, ajustándose a un modelo de conducta tal que no cause daño a ninguna de ellas. A su vez, el principio de equilibrio económico que debe observarse en todo convenio de carácter conmutativo, y el de enriquecimiento sin causa, también son parte integrante del sistema contractual administrativo.<sup>10</sup>

Por su parte, en virtud del principio de confianza legítima<sup>11</sup> protege al particular de buena fe que estima que los actos de la administración son legítimos y no serán invalidados si lo favorecen.

---

<sup>9</sup>Dictamen N° 44.066 Fecha: 14-VIII-2009.

<sup>10</sup> Dictámenes N° 6.502, de 2004 y N° 25.551 de 2009.

<sup>11</sup> Entre otros: Dictámenes 8617, de 2008; 12821, de 2014; 52581, de 2016; 53538, de 2016; 68113, de 2014.

**Afirmamos ante este Excmo. Tribunal que la aplicación del precepto legal impugnado en la causa arbitral pendiente PROVOCARÁ EFECTOS CONTRARIOS A LA IGUAL REPARTICIÓN DE LAS CARGAS PÚBLICAS RECONOCIDA EN EL ARTÍCULO 19 N° 20 DE LA CONSTITUCIÓN**, que, como bien se sabe, impide al Estado exigir o establecer cargas a un particular, más allá de aquellas que el ordenamiento jurídico le impone. Así, y como ocurrió en este caso concreto, la aplicación del precepto impugnado admite que se imponga al Concesionario hacerse cargo de un alto sobre costo, incurrido en la fase de construcción de la obra, por un hecho que no le es imputable y que se halla totalmente fuera del riesgo normal que se asume en un contrato de concesión de obra pública.

**INVOCAMOS COMO VULNERADO POR LA APLICACIÓN DEL PRECEPTO LEGAL QUE SE IMPUGNA, ASIMISMO, EL DERECHO RECONOCIDO EN EL NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 19 DE LA CARTA FUNDAMENTAL**, esto es, el derecho de igualdad ante la ley, que como lo ha sostenido reiteradamente US Excmo. no es un derecho absoluto y queda sujeto a la posibilidad de hacer diferenciaciones razonables entre quienes no se encuentran en una misma condición. Tales distinciones no podrán ser arbitrarias ni indebidas, por lo que deben fundamentarse en presupuestos razonables y objetivos y su finalidad como sus consecuencias deben ser adecuadas, necesarias y proporcionadas. El análisis de la razonabilidad supone determinar si hay discriminación arbitraria de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, lo que implica una transgresión a la Constitución. Existirá arbitrariedad, cuando la diferencia carece de fundamento razonable que pueda justificarla y de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que busca el legislador. Habrá discriminación arbitraria cuando ella no es objetiva, es decir queda completamente entregada al libre arbitrio del legislador, sin atender a la finalidad perseguida para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma. Por último, se suma a los criterios enunciados de razonabilidad y objetividad, particularmente cuando existe una desigualdad esencial, la necesidad de realizar un examen de proporcionalidad. Éste, requiere que la discriminación persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto o el objetivo buscado<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Ver entre otras STC Rol 790- 07; STC Rol 1.254-08, c. 46°; STC Rol 1.340-09, c. 30°. STC Rol 1.846, considerando 23. STC Roles: 784, c. 19; 1.254, c. 46; 1.399, c. 12; 1.732 c. 49; 1.812, c. 26; 1.951, c. 15; 1.988, c. 64; 2.014, c. 9; 2.259;

Ese Excmo. Tribunal<sup>13</sup>, adicionalmente, ha afirmado que el legislador o cualquier otro órgano del Estado pueden establecer diferencias entre las personas, sin embargo, no puede utilizar medios o bien producir un resultado de carácter arbitrario. En efecto, el constituyente no prohibió toda desigualdad ante la ley, “sino que se inclinó por establecer como límite a la arbitrariedad, prohibiendo toda discriminación arbitraria”<sup>14</sup>.

Por otra parte, su jurisprudencia propone que la discriminación arbitraria es aquella diferenciación realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable. Por discriminación arbitraria se ha entendido siempre una diferencia irracional o contraria al bien común<sup>15</sup>.

**La norma legal que se impugna en estos autos de inaplicabilidad permite, contra la Constitución, que el privado -Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A.- financie, con su patrimonio y fuera de cualquier posible previsión de riesgo, la obra pública contratada en beneficio de la comunidad -interés público-. Se le ha dado un trato distinto al otorgado a otros colaboradores privados del Estado y la razón se encuentra, entre otras, en la aplicación del precepto legal que se impugna en este proceso constitucional de inaplicabilidad.**

Insistiremos ante este Excmo. Tribunal Constitucional en que en nuestro derecho público la igualdad y su especie, igualdad ante las cargas públicas, son principios rectores aplicables a la responsabilidad de la Administración, **tanto en el terreno contractual como extracontractual** y, también, haremos hincapié en que la traslación de riesgos en materia de grave onerosidad sobreviniente encuentra en ellos su más clara justificación.

En efecto, como en cualquier contrato de concesión de obra pública, este Concesionario está colaborando con la Administración en la prestación de un servicio público y en la consecución del bienestar social. Y, como espera de esa

---

<sup>13</sup> Enrique Navarro B. y Carlos Carmona S, ed. (2015). Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015). Cuadernos del Tribunal Constitucional, p. 59. García, Gonzalo, et.al (2014). Diccionario Constitucional Chileno. Cuadernos del Tribunal Constitucional, p. 55.

<sup>14</sup> STC Rol 986, c. 30. Ver, además, Díaz de Valdés J, José Manuel. (2015). ¿Qué Clase de Igualdad Reconoce el Tribunal Constitucional?. *Ius et Praxis*, 21(2), 317-372. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000200009>.

<sup>15</sup> STC Roles 811, c. 20 y 1.204, c. 19. Ver Henríquez y Núñez, 2007, p. 142.

actividad un beneficio, ello justifica que sean de su cargo los riesgos ordinarios del negocio, **pero no puede ni debe soportar, atendidas las garantías constitucionales que le amparan, que los riesgos o aleas extraordinarias que normalmente operan a través de crisis generales le sean también asignados, como permite el precepto legal que se impugna y que se pide declarar inaplicable para la resolución del asunto arbitral pendiente.**

En contra de toda la abundante doctrina y jurisprudencia que se citó en el proceso arbitral pendiente para defender la pretensión de esta parte, lo cierto es que la Ley de Concesiones chilena hace ilusoria la pretensión de compensación que pueda expresar la Concesionaria, por efecto de lo dispuesto, entre otros, en el precepto que se impugna ante este Excmo. Tribunal Constitucional.

A mayor abundamiento, los efectos provocados por las medidas administrativas adoptadas por la autoridad para avanzar con la construcción de las obras concesionadas a mi parte, a pesar y sin perjuicio del avance de la pandemia mundial generada por el Covid-19 son claros si se observa el desajuste en el programa de obras que forma parte del cumplimiento regular del contrato de concesión que nos interesa.

Por otra parte, la aplicación del precepto legal impugnado permite el quiebre del equilibrio económico del contrato a niveles que no son proporcional o razonablemente de responsabilidad del concesionario, en tanto no forman parte del álea normal que este asume -como cualquier otro postulante que se haya adjudicado el contrato en el respectivo procedimiento administrativo-, o de aquella que debe asumir, según la capacidad técnica y el conocimiento que tiene del negocio.

Seguramente US Excma. considerará que no se aviene con la aplicación de los reseñados principios de derecho público que el Estado trate a la Concesionaria del Aeropuerto más importante del país con la máxima severidad y que ello se lo permita la ley, en circunstancias de que la conducta de aquella, en los hechos, sólo sirve para acreditar su permanente interés en el éxito y satisfacción de la causa de interés público que tuvo a la vista la autoridad al momento de reconcesionar esta infraestructura.

Se pide a esta Magistratura forzar a través de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto legal impugnado, que para la resolución del



conflicto de que se trata, se adopten decisiones con proporcionalidad y razonabilidad. Que se impida dar a la Concesionaria el trato que se daría al contratista negligente o que con desidia y poco compromiso se pone en posición de incumplir las normas atinentes para llevar adelante una idea de infraestructura de interés público, bajo la política de colaboración público-privada. Ese no es ni ha sido el comportamiento demostrado en el curso del contrato por la Sociedad Concesionaria del Aeropuerto AMB de Santiago.

Reiteramos que, conforme a las reglas generales de los contratos administrativos, es posible que durante la ejecución del objeto contractual se presenten riesgos (previsibles e imprevisibles) de distinta naturaleza, que pueden llegar a afectar el equilibrio económico, y por esta razón las leyes, la jurisprudencia y la doctrina se han ocupado del principio de la equivalencia económica del contrato estatal como elemento que se integra al proceso contractual propiamente dicho. Una finalidad del reconocimiento de la teoría del equilibrio financiero- económico del contrato en la legislación comparada consiste en que el derecho positivo ve al contratista ya no como un simple colaborador del Estado, sino que lo reconoce y entiende que éste lo hace con la finalidad de obtener un beneficio económico, el cual innegablemente es reconocido. Al celebrar su contrato con la entidad estatal el contratista busca obtener, en forma lícita y con el patrocinio del ordenamiento jurídico, un beneficio económico que se encuentra incluido en el precio, es decir, que dicha utilidad a la que tiene derecho el particular forma parte de la remuneración que se encuentra obligada a pagar la entidad contratante<sup>16</sup>.

Es precisamente por lo anterior que, durante el desarrollo contractual, mientras para la Administración es de vital importancia la satisfacción del interés público y la continuidad en la prestación de los servicios, para el particular contratante resulta esencial la salvaguarda de su interés financiero<sup>17</sup>.

Pero, así como existe una finalidad para la empresa contratista reflejada en obtener un beneficio económico -expectativa legítima-, del mismo modo existe una para la administración pública contratante que, atendiendo a los fines de la contratación, consiste en evitar la paralización de la ejecución del contrato, el cual debe cumplirse dentro de los plazos y las condiciones pactadas en el mismo.

---

<sup>16</sup> MARIENHOFF, Miguel, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo III., pp. 469 y siguientes.

<sup>17</sup> CEPEDA, Zaida (1997), *Aproximaciones a la Noción de Equilibrio Económico Financiero del Contrato Estatal*. Tesis de Grado, Universidad Externado de Colombia Facultad de Derecho. p. 139.

Uno de los postulados fundamentales de la contratación estatal es evitar que el contrato fracase o no pueda cumplirse, y por esta razón, frente al incumplimiento de las obligaciones a cargo de cualquiera de las partes o la ocurrencia de circunstancias imprevistas, el ordenamiento jurídico administrativo debe consagrar el imperativo del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato, mediante el empleo de ciertos mecanismos contractuales que los contratantes deben aplicar a la luz de argumentaciones jurídicas elaboradas desde épocas pretéritas por la doctrina y la jurisprudencia.<sup>18</sup>

En efecto, desde que el contrato administrativo surge a la vida jurídica las partes aceptan conocer cuál es el beneficio que derivarán del mismo; la Administración, el logro de los fines esenciales del Estado, y el contratista, la obtención del provecho económico en su favor. Es en ese momento histórico cuando surge la regulación económica del convenio, que se traduce en la llamada ecuación financiera del contrato. Desde esa situación se marcan las bases de la regulación financiera del contrato que, por regla general lo guiarán durante su existencia y es por ello por lo que las normas que regulan la contratación protegen que la ecuación financiera del contrato se mantenga para así defender el resultado económico pretendido por las partes contratantes de haberse ejecutado el contrato en las condiciones originales.

En síntesis, se puede afirmar que el propósito de garantizar a las partes el principio del equilibrio económico-financiero del contrato administrativo gravita principalmente por un lado, el de mantener y proteger las utilidades o el beneficio económico que legítimamente espera obtener el colaborador de la Administración desde un principio, al desplegar sus esfuerzos con la normal ejecución del contrato de conformidad con las condiciones que tuvo en cuenta en el momento de su celebración; y por otro lado, consiste en que la Entidad Pública contratante pueda garantizar el adecuado y normal cumplimiento del desarrollo del objeto contractual en las condiciones pactadas, con miras a permitir que se realice en favor del interés público general que pretende satisfacer la Administración.

Por lo expresado, no resulta concebible que un individuo en especial, al exigírsele el cumplimiento de un contrato administrativo, sufra detrimento en su patrimonio obedeciendo esto, en tal caso, a razones de interés público: **ello implicaría un**

---

<sup>18</sup> HOLGUIN, Carlos. *El equilibrio contractual*. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. p. 116 y sig. Citado por: *Ibíd.*, p. 141.

**olvido del *principio constitucional* de que la igualdad es la base de las cargas públicas. En el supuesto indicado, las consecuencias de la expresada álea económica se las habría *particularizado* en el cocontratante de la Administración, causándole una lesión patrimonial.**

Tampoco es concebible que en *beneficio público*, a raíz del álea "*económica*" que trastorna o altera la ecuación económica-financiera de su contrato, el administrador acepte el menoscabo patrimonial de su contraparte y colaborador en la satisfacción del interés público, sin indemnización, como ocurriría si, en las circunstancias expuestas, se pretendiera que el cocontratante cumpla igualmente sus obligaciones, cargando con una lesiva situación que excede todas las previsiones del contrato: habría ahí un menoscabo de la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad, ya que en beneficio del interés general se lesionaría el patrimonio del cocontratante.

A las demás personas o habitantes a quienes afecte la situación general imperante, creada como consecuencia de los respectivos acontecimientos extraordinarios e imprevisibles constitutivos del álea "*económica*" no les corresponde indemnización alguna, por cuanto la situación de tales personas, al no hallarse ellas vinculadas al Estado por un contrato, no es "*diferencial*", no pudiendo entonces invocar a su favor la existencia de un perjuicio específico y particular derivado de la referida álea "*económica*".

En tales casos, la obligación del Estado de *indemnizar* al cocontratante surge como obvia consecuencia del "*principio*" *constitucional* conforme al cual todo menoscabo patrimonial o individual por razones de interés público o general debe ser resarcido: trátase de un *principio general de derecho* aplicable en *todos* los supuestos de lesión *patrimonial particular* por razones de interés público y no sólo en los casos de expropiación por causa de utilidad pública.

Las "*normas*" y los "*principios*" constitucionales rigen aun a falta de cualquier ley formal que los reglamente, porque esas normas y principios tienen, por sí mismos, plena operatividad.

La pretensión contenida en el presente requerimiento se justifica en que de resultar aplicado el precepto de la Ley de Concesiones impugnado producirá completos efectos anticonstitucionales en la causa arbitral que se encuentra pendiente, incluso si la Concesionaria rinde prueba suficiente de los sobrecostos

que ha debido soportar en la fase de construcción más allá de cualquier previsión sobre el riesgo o álea económica del contrato administrativo que el Estado le ofreció y al que postuló en su oportunidad. El precepto legal impugnado, en su aplicación al caso concreto permite, como se ha señalado, que la Concesionaria sea tratada de un modo que la Constitución prohíbe.

Su aplicación al caso concreto pone a la Concesionaria en una situación absolutamente ajena al Derecho Constitucional y sus principios generales, y es eso lo que se pide, que US Excma. declare en la sentencia que dicte en este proceso constitucional. Reiterando lo que se expuso al inicio de este requerimiento: la aplicación de la norma legal impugnada produce el efecto de consolidar a todo evento una DESEQUILIBRADA, DESPROPORCIONADA, DESIGUAL, Y, POR ENDE, INCONSTITUCIONAL DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO CONTRACTUAL Y PÉRDIDA PATROMONIAL, que en los hechos del caso, ha derivado en que se esté materializando y pueda ahondarse aún más una situación írrita de EXCESIVA E IRRAZONABLE ONEROSIDAD, **la que se ha manifestado y pretende sea consolidada sólo y siempre en perjuicio de una sola parte de la relación jurídica de derecho público de que se trata, LA QUE SIEMPRE PERDERÁ, y que lamentablemente es nuestra representada, la sociedad concesionaria NUEVO PUDAHUEL S.A.**

**POR TANTO,**

**A US EXCMA.** muy respetuosamente pedimos que en ejercicio de las atribuciones que le reconocen los artículos 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo de la Constitución Política, 79 a 92 y demás pertinentes de la Ley N° 17.997 -Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue aprobado por DFL N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia-, tenga por interpuesto el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, acogerlo a trámite, declararlo admisible y hacerle íntegro lugar en definitiva, declarando inaplicable en la gestión arbitral pendiente que se ha individualizado, el precepto legal impugnado porque en este caso concreto, de resultar aplicado, producirá efectos contrarios a lo dispuesto en los numerales 2°, 20 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

**PRIMER OTROSI:** Pido a US Excma. tener por acompañado CERTIFICADO de fecha 11 de octubre de 2023, expedido por el Secretario Abogado de la Honorable Comisión Arbitral del contrato de concesión Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago que conoce de la gestión judicial en la que incide el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 79, inciso segundo, de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (en su texto refundido, coordinado y sistematizado fijado por el DFL MINSEGPRES N° 5, de 2010).

**SEGUNDO OTROSI:** Conforme al derecho que me confiere el artículo 85 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional y a la atribución prevista para la respectiva Sala en el inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución Política, se sirva decretar la medida cautelar de **SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL EN QUE INCIDE EL PRESENTE REQUERIMIENTO** a efecto de que mi parte tenga la posibilidad efectiva de obtener el pronunciamiento de constitucionalidad que ha pedido emitir al Excmo. Tribunal Constitucional en ejercicio de la atribución prevista en el numeral 6° del inciso primero y en el inciso undécimo del artículo 93 de la Ley Fundamental. Lo que pido a US Excma. ponderar en su mérito.

**TERCER OTROSI:** Pido a US. Excma. tener por acompañados los siguientes documentos, bajo apercibimiento legal que corresponda:

1. Recomendación formulada por el Panel Técnico de Concesiones, de 20 de octubre de 2021, en DISCREPANCIA D05-2021-16 S.C. NUEVO PUDAHUEL S.A. MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS “Discrepancia por costos de prolongación y mayores costos de construcción”.
2. Demanda y réplica presentadas por la Concesionaria ante la Honorable Comisión Arbitral del Contrato de Concesión.
3. Contestación y dúplica presentadas ante el mismo Tribunal Arbitral, por la defensa fiscal.

**CUARTO OTROSI:** Pido a SS Excma. tener por acompañada copia de escritura pública de mandato judicial y mandato especial, de fecha 12 de octubre de 2023 (Rep. N°8.381-2.023), extendido ante el Notario Público de Santiago, don Humberto Quezada Moreno, en la que consta mi personería para representar a la sociedad requirente.

**QUINTO OTROSÍ:** Pido a SS Excma. tener presente que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio profesional y conforme al mandato judicial y mandato especial acompañado en el cuarto otrosí de esta presentación, asumiré el patrocinio y poder de esta causa. Adicionalmente, sírvase SS Excma. tener presente que delego poder en los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, doña **Catalina Binder Tapia**, cédula de identidad N°7.285.722-4, y don **Sebastián Olid Torres**, cédula de identidad N°17.265.328-6, quienes podrán actuar de manera conjunta, separada e indistintamente en estos autos, ambos domiciliados en Avda. Nueva Costanera N°3300, oficina 53, Vitacura, Región Metropolitana, quienes firman en señal de aceptación.

**SEXTO OTROSI:** Pido a VS Excma., con fundamento en lo establecido en el inciso final del artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, N° 17.997, considerar para los efectos de practicar las notificaciones por carta certificada mi domicilio de la ciudad de Santiago, ubicado en Avda. Nueva Costanera N°3300, oficina 53, Vitacura, Región Metropolitana y para las notificaciones electrónicas, los correos: [vrios@molinarios.cl](mailto:vrios@molinarios.cl), [cbinder@molinarios.cl](mailto:cbinder@molinarios.cl) y [solid@molinarios.cl](mailto:solid@molinarios.cl).