

CONTESTAN DEMANDA

SEÑOR PRESIDENTE H. COMISIÓN ARBITRAL “CONCESIÓN AEROPUERTO INTERNACIONAL ARTURO MERINO BENITEZ DE SANTIAGO”

PABLO MUÑOZ AGURTO y LUIS ALBORNOZ OLMOS, abogados, en representación del **MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS**, en autos arbitrales del Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal “**CONCESIÓN AEROPUERTO INTERNACIONAL ARTURO MERINO BENÍTEZ DE SANTIAGO**”, expediente **rol 4-2017**, al Señor Presidente de la H. Comisión Arbitral, respetuosamente decimos:

Que por este acto y de conformidad a las disposiciones de los artículos 20 y 21 de las Normas de Funcionamiento y Procedimiento de esta H. Comisión Arbitral, evacuamos el traslado conferido por resolución de 9 de enero de 2018 para contestar la demanda arbitral presentada por la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S. A. el 23 de diciembre de 2017, solicitando desde ya su total rechazo, con expresa condena en costas, según los antecedentes que a continuación exponemos:

I. OBJETO DE LA CONTROVERSIA

H. Comisión, esta nueva controversia interpretativa que nos plantea Nuevo Pudahuel S.A., en adelante Sociedad Concesionaria, SC o Concesionaria, consiste en la supuesta contradicción que en su concepto existiría entre las disposiciones del artículo 1.2.2 N° 95), que define el concepto “Recuperación de Consumos Básicos”, y de los artículos 1.10.9.2 letra h), que regula el Servicio No Aeronáutico No Comercial “Servicio de Agua Potable y Tratamiento de Aguas Servidas”, y 2.9.6.4, que regula la Conservación de la obra relativa a “Otras Áreas”, todos artículos de las Bases de Licitación (BALI) del presente Contrato.

Para dar sustento a su alegación, en su demanda arbitral la Sociedad Concesionaria afirma erradamente que el artículo 1.2.2 N° 95) de las BALI, le permite recuperar aquellos ingresos generados por el prorrateo de consumos de operación y mantención de las plantas de Agua Potable y de Tratamiento de Aguas Servidas del Aeropuerto, y que el artículo 1.10.9.2 letra h) de las mismas Bases, solo lo faculta para cobrar a los usuarios los costos directos generados para la provisión del servicio de agua potable y tratamiento de aguas servidas, exceptuando expresamente el mantenimiento que le corresponde por

aplicación del artículo 2.9.6.4 de las Bases. Además, alega que en dichos cobros se debe incluir la amortización de las inversiones realizadas para la adecuada prestación de dichos servicios.

H. Comisión, la interpretación de las normas contractuales aludidas, que funda la demanda presentada por la Concesionaria es improcedente y derechamente errónea, puesto que, se sustenta en un análisis que es contrario a la naturaleza misma del Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal, a la Oferta Técnica realizada por misma demandante en el proceso de Licitación, al real tenor de las respuestas dadas en las Circulares Aclaratorias, a las actuaciones efectivamente realizadas por las partes en el desarrollo de este contrato, y a una interpretación armónica y sistemática de sus Bases de Licitación.

En lo hechos, la acción promovida por la Concesionaria solo tiene por objeto intentar traspasar a los usuarios de los Servicios de Agua Potable y Tratamiento de Aguas Servidas del Aeropuerto, los costos de mantención preventiva y correctiva de las instalaciones para la prestación de estos servicios, así como los costos de las obras del Proyecto de Agua Potable, Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Servidas previsto en las Bases de Licitación, ambos de entero cargo, costo y responsabilidad de Nuevo Pudahuel S.A., que debió considerar al momento de evaluar su Oferta Técnica y Económica, por tratarse de obras y labores de conservación exigidas en virtud del contrato de concesión que nos ocupa.

II. EL CONTRATO DE CONCESIÓN

Un adecuado análisis de la presente controversia nos obliga, a recordar algunos aspectos generales que son esenciales en el contrato de concesión de obra pública fiscal, a analizar las obligaciones y responsabilidad en la prestación de los servicios y ejecución de obras que definen las BALI, para los Servicios de Agua Potable y Tratamiento de Aguas Servidas.

1. MARCO NORMATIVO APLICABLE

Conforme a la Ley Concesiones de Obras Públicas (LCOP)¹, el marco normativo por el cual deben regirse las obras públicas concesionadas durante su ejecución, reparación,

¹ Artículo 1, Decreto Supremo MOP N° 900, de 31 de octubre de 1996.

conservación o explotación lo constituyen la misma Ley de Concesiones, su Reglamento, y las Bases de la Licitación de cada contrato en particular.

Por su parte, el Reglamento de la LCOP² dispone que los contratos de concesión se rigen por: el DS N° 294 de 1984, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y del DFL N° 206 de 1960; la Ley de Concesiones de Obras Públicas; el Reglamento de la Ley de Concesiones; las correspondientes bases de licitación y sus circulares aclaratorias; la oferta técnica y económica presentada por el adjudicatario de la concesión, en la forma aprobada por el MOP; y el decreto de adjudicación respectivo.

En este caso, las Bases de Licitación³ que rigen el Contrato celebrado entre el MOP y la Concesionaria indican que aquél se rige por las siguientes normas: Las BALL; Ley de Concesiones y sus modificaciones; Reglamento de la Ley de Concesiones y sus modificaciones; el DFL MOP N°850 de 1997 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°15.840 de 1964, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y del Decreto con Fuerza de Ley N°206 de 1960, Ley de Caminos y sus modificaciones; y la Ley N° 16.752, Orgánica de la Dirección General de Aeronáutica Civil, y sus modificaciones así como sus normas complementarias.

La Ley de Concesiones, en su artículo 21 dispone que:

“El concesionario cumplirá las funciones incorporadas en el contrato de concesión con arreglo a las normas del derecho público, especialmente en lo referente a sus relaciones con el Ministerio, a las regulaciones sobre los regímenes de construcción y explotación de la obra y al cobro de las tarifas, su sistema de reajuste y las contraprestaciones con el Fisco, que conforman el régimen económico del contrato. Igualmente, deberá cumplir las normas que regulan la actividad dada en concesión.

En cambio, en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones económicas con terceros la sociedad concesionaria se regirá por las normas del derecho privado y, en general, podrá realizar cualquier operación lícita, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas, con las solas excepciones que regula expresamente esta ley y las que se estipulen en el contrato...”. (Énfasis añadido)

² Artículo 2, Decreto Supremo MOP N° 956, de 06 de octubre de 1997.

³ Artículo 1.2.1, Bases de Licitación Concesión Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago.

2. NATURALEZA Y RIESGO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

El contrato de concesión de obra pública no se encuentra definido en la Ley de Concesiones ni en su reglamento. Pero las disposiciones contenidas en dicha normativa permiten conceptualizarlo como el acto mediante el cual el Estado encarga a un particular (Concesionario) **la ejecución, reparación, conservación y explotación** de una obra pública fiscal, **a cuenta, riesgo y ventura de éste**⁴, a cambio de la facultad de explotarla en su beneficio por un tiempo determinado, de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias pertinentes.

En nuestro ordenamiento jurídico existen diversos mecanismos de ejecución de obras públicas, entre los cuales se encuentra la concesión de obra pública, la que permite reunir en un mismo contrato diversas prestaciones públicas a ser satisfechas.

En Chile, la doctrina ha considerado como una categoría autónoma al contrato de concesión de obra pública, por cuanto presenta diversas características que la distinguen de los contratos de obra pública tradicionales, entre las que cabe destacar la forma de determinación tanto del precio, o más bien contraprestación en equivalencia por los trabajos contratados, como de su modalidad de pago.

Se trata de una figura en que coexisten elementos y características de índole contractual como son: la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa, conjuntamente con su

⁴ Al respecto, el artículo 22° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, referido a la etapa de construcción de la obra, expresamente señala, en lo pertinente que “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”.

En esta materia, resulta muy relevante tener presente el FALLO DE LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de 31 de julio de 2014, Rol N°56-2014, acogió un recurso de queja interpuesto por el Fisco-MOP, en contra de la sentencia de la H. Comisión Arbitral, integrada por los Señores Claudio Illanes Ríos, Jorge Quiroz Contreras y Emilio Pfeffer Urquiaga, dejando sin efecto la sentencia dictada por dicha Comisión, rechazando, en su lugar la demanda deducida por Autopista del Maipo Sociedad Concesionaria S.A. en contra del Fisco de Chile, con costas.

Dicho fallo de la I. Corte de Apelaciones, resolvió que la expresión “cualquier otra causa” utilizada por el artículo 22 de la Ley de Concesiones, no excluye ningún riesgo, a saber:

“En su literalidad no origina duda alguna en cuanto que es comprensiva de cualquier hecho o circunstancia que acontezca, de manera que, prescindiendo de lo que origina el uno o la otra, las consecuencias siempre importarán un riesgo que debe asumir la concesionaria. Considerando los términos tan amplios de esta norma, no es posible divisar de qué manera pudiera fijársele límites y qué hechos pudieran no estar comprendidos por ella”.

Este fallo fue confirmado por la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de 05 de noviembre de 2014, Rol N° 22.387-2014.

carácter de bilateral, principal, oneroso, conmutativo, intuito personae, solemne y de ejecución diferida, pero sin embargo inserto en un régimen jurídico de derecho público⁵.

El contrato de concesión se rige por normas de derecho público atendida la naturaleza jurídica y las características de dichas normas, por tanto, las normas del contrato de concesión son indisponibles para la Concesionaria, de modo que debe cumplir el contrato de concesión adecuándose estrictamente al tenor de las Bases de Licitación.

Dentro de las características de las normas de derecho público, se aprecia el interés colectivo que subyace al contrato de concesión, por el cual el Estado de Chile licita la concesión de una obra pública, como en este caso del Aeropuerto de Santiago, a un privado para su operación y mejoramiento en los servicios que se prestan a la ciudadanía.

Asimismo, el contrato de concesión se rige por normas de derecho público porque esta cartera de Estado se encuentra regulada por el Derecho Público, así como también el proceso de licitación por el cual se definió al Concesionario.

Al analizar los fundamentos de la demanda deducida por la Concesionaria, se puede advertir que sus fundamentos implican desconocer principios rectores básicos de toda obra pública concesionada, pues con ellos se pretende traspasar a los usuarios de los Servicios de Agua Potable y Tratamiento de Aguas Servidas del Aeropuerto, los costos de mantención preventiva y correctiva de las instalaciones para la prestación de estos servicios, así como los costos de las obras del Proyecto de Agua Potable, Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Servidas previsto en las Bases de Licitación, costos que forman parte de lo que se le ha encargado a Nuevo Pudahuel S.A. en virtud de la Concesión que se le ha adjudicado.

3. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS Y EJECUCIÓN DE OBRAS QUE ESTABLECEN LAS BALI PARA LOS SERVICIOS DE AGUA POTABLE Y TRATAMIENTO DE AGUAS SERVIDAS

Es indispensable analizar cuales son las obligaciones que la Sociedad Concesionaria debe cumplir, así como también, el régimen de responsabilidad, en la prestación de servicios y ejecución de obras que establecen las Bases de Licitación para los Servicios de Agua Potable y Tratamiento de Aguas Servidas, lo cual servirá para entender el contexto contractual y la improcedencia de la demanda arbitral presentada.

⁵ Expresamente previsto en el inciso primero del artículo 21 de la LCOP.

EN CUANTO A LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS

Es importante recordar, que **los aeropuertos son empresas multiproducto ya que prestan una multiplicidad de servicios, los que van más allá del simple movimiento de pasajeros y carga.** Recogiendo este aspecto, el Banco Mundial (1999)⁶ define los aeropuertos como un sistema que sirve demandas complementarias sobre un amplio conjunto de bienes y servicios relacionados con el movimiento de pasajeros y carga a nivel mundial.

De acuerdo a este mismo organismo, a pesar de que no hay dos aeropuertos iguales, **las principales actividades ejecutadas en un aeropuerto pueden clasificarse** en las siguientes tres categorías:

- (i) los servicios e instalaciones de operación esenciales: control tráfico aéreo, meteorología, telecomunicaciones, policía y seguridad, bomberos y ambulancias, mantenimiento de pistas de aterrizaje y estacionamiento de aeronaves, entre otros;
- (ii) los servicios de handling: limpieza de aviones, provisión de combustible y energía, carga y descarga equipajes y manejo de pasajeros, equipajes y carga en los terminales, entre otros; y
- (iii) los servicios comerciales: duty free shops, restaurantes y bares, hotel, bancos, servicios de entretenimiento, arriendo de automóviles, estacionamiento, servicios de comunicación, tiendas comerciales, entre otros.

Los servicios de las categorías (i) y (ii) son comúnmente considerados como servicios aeronáuticos mientras que los del grupo (iii) son referidos como servicios no aeronáuticos.

El modelo de concesión aplicado a la licitación del Aeropuerto de Santiago, es un tipo denominado “caja única” (single till), en el que se consideran todos los ingresos y costos del aeropuerto incluyendo tanto los generados por los servicios aeronáuticos como aquellos generados por los servicios no aeronáuticos, y que define tarifas máximas para servicios regulados y de precios de mercado para los no regulados, contemplando además mecanismos de competencia en la asignación de dichos servicios. Es decir, con un mecanismo de caja única (single till), con fijación de tarifas máximas para los servicios regulados, **existe espacio para subsidios cruzados desde los servicios más**

⁶ Banco Mundial (1999); “Regulating privatized Infrastructures and Airport Services”, World Bank Institute Governance, Regulation and Finance (September)

rentables hacia los menos rentables e incluso a los servicios establecidos como obligatorios no comerciales, definidos en las Bases de Licitación⁷.

En este sentido, las Bases de Licitación del presente contrato contemplan “la prestación y explotación de los Servicios Aeronáuticos y No Aeronáuticos”, entre las diversas actividades que comprende el contrato de concesión en la etapa de explotación, reguladas a partir de su artículo 1.10 titulado “*De la Explotación de las Obras*”⁸.

Dentro de estas actividades indica en la letra “a” la prestación del Servicio Básico para el que fue construida la obra, se entiende por Servicio Básico: “a.1” La **prestación y explotación de los Servicios Aeronáuticos y No Aeronáuticos** de acuerdo a lo señalado en los artículos 1.10.9.1, **1.10.9.2**, 1.10.9.3, 1.10.10 y 1.10.11 de las Bases de Licitación y a lo presentado por el Licitante o Grupo Adjudicatario en su Oferta; “a2” La **conservación y aseo de la obra, manteniéndola en óptimas condiciones** de uso; en la letra “b” establece que esta etapa comprende el **cobro de tarifas a los usuarios de los Servicios Aeronáuticos y No Aeronáuticos**; en la letra “d” considera **el uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales** en los que se desarrolle la obra entregada en concesión; y en la letra “f” señala que **esta etapa comprende la Compartición de Ingresos con el Estado, conforme a lo establecido en los artículos 1.14.1, 3.1 y 3.2 de las presentes Bases de Licitación.**

En la norma contractual citada, se observan las principales obligaciones que la Sociedad Concesionaria debe cumplir en la Etapa de Explotación, con el fin de explotar el contrato de concesión.

El artículo 1.10.9 de las BALI dispone que los Servicios Aeronáuticos y No Aeronáuticos se clasifican en los siguientes grupos: **Servicios Aeronáuticos⁹, Servicios No Aeronáuticos No Comerciales¹⁰, y Servicios No Aeronáuticos Comerciales¹¹**. Dentro de los Servicios No Aeronáuticos No Comerciales encontramos regulados los Servicios de Agua Potable y Tratamiento de Aguas Servidas materia de esta controversia.

Al regular los **Servicios No Aeronáuticos No Comerciales**, el artículo 1.10.9.2 de las BALI establece que estos servicios “*son aquellos que deberá prestar el Concesionario en*

⁷ Artículo 1.10.9.2 BALI.

⁸ Artículo 1.10 BALI “La Etapa de Explotación comenzará junto con la Puesta en Servicio Provisoria de las Instalaciones Existentes o PSP1, señalada en el artículo 1.9.7 letra a) de las presentes Bases de licitación. Esta etapa comprende lo siguiente:...”

⁹ Regulados en el artículo 1.10.9.1 de las BALI.

¹⁰ Regulados en el artículo 1.10.9.2 de las BALI.

¹¹ Regulados en el artículo 1.10.9.3 de las BALI.

carácter de obligatorio durante la explotación de la concesión, desde la Puesta en Servicio Provisional de las Instalaciones Existentes o PSP 1 hasta el término de la concesión, **y por las cuales no se cobra tarifa directa a los usuarios.**" (Énfasis añadido)

A continuación, el **artículo 1.10.9.2 de las BALI** establece cuales son los Servicios No Aeronáuticos No Comerciales y **en su letra h)** contempla el **Servicio de Agua Potable y Tratamiento de aguas Servidas, y establece las obligaciones y condiciones específicas en que la Concesionaria debe prestar dicho servicio**, considerando que:

- El **Concesionario deberá proveer de agua potable a todas las instalaciones que correspondan dentro del Aeropuerto**, según el Anteproyecto Referencial entregado por el MOP, para lo cual deberá considerar la infraestructura preexistente y lo dispuesto en dicho Anteproyecto Referencial, **debiendo realizar, a su entero cargo, costo y responsabilidad, todas las obras que sean necesarias para una adecuada e ininterrumpida provisión del servicio.**
- El **Concesionario deberá presentar ante el Servicio de Salud y demás servicios competentes el proyecto de abastecimiento y solicitar la respectiva autorización para dar cumplimiento a la normativa vigente**, en particular, el DS N°594 de 1999 del MINSAL y sus modificaciones. Este proyecto deberá ser desarrollado conforme a lo señalado en el artículo 2.7.4.8 de las presentes Bases de Licitación y a lo estipulado en el Anteproyecto Referencial entregado por el MOP. Así también, deberá asegurar el almacenamiento necesario para el sistema de extinción de incendios.
- El **Concesionario deberá además proveer el servicio de tratamiento de aguas servidas a todas las instalaciones del Aeropuerto que correspondan**, según el Anteproyecto Referencial entregado por el MOP, conforme lo establecido en los artículos 2.7.4.8 y 2.7.4.9 de las presentes Bases de Licitación. De la misma forma que para el servicio de agua potable, las condiciones de prestación del servicio de tratamiento de aguas servidas deberán dar cumplimiento a lo dispuesto en la normativa vigente, en especial, el DS N°594 de 1999 del MINSAL y sus modificaciones.
- La **Sociedad Concesionaria será responsable de la mantención del Sistema de Agua Potable y del Sistema de Tratamiento de Aguas Servidas** mientras el Contrato de Concesión se encuentre vigente.

- El Concesionario sólo podrá cobrar a los usuarios los costos directos generados para la provisión del servicio de agua potable y tratamiento de aguas servidas, excepto el mantenimiento que le corresponde por aplicación del artículo 2.9.6.4 de las presentes Bases de Licitación. Para estos efectos el Concesionario deberá elaborar un mecanismo para el cobro, el que deberá ser aprobado por el Inspector Fiscal, previo informe de la DGAC. La DGAC quedará eximida del pago de cualquier derecho o cobro por la provisión del servicio de agua potable y tratamiento de aguas servidas.

El mantenimiento a que se refiere este último punto, es aquel previsto en las Bases Técnicas para la Etapa de Explotación de la Concesión de las Bases de Licitación, y que específicamente para el servicio en análisis, está contemplado en el párrafo 2° del artículo 2.9.6.4, que dispone:

“Asimismo, la Sociedad Concesionaria será responsable de mantener, preventiva y correctivamente, a su entero cargo y costo dentro del Aeropuerto, las instalaciones para la prestación del Servicio de Agua Potable (acumulación y redes de distribución de agua potable) y Tratamiento de Aguas Servidas (Planta de Tratamiento de Aguas Servidas, colectores, red de recolección de aguas servidas y cámaras de inspección), lo anterior de conformidad a lo establecido en la letra h) del artículo 1.10.9.2 de las presentes Bases de Licitación.”

Como vemos, tanto el artículo 1.10.9.2 letra h) de las BALI, como su artículo 2.9.6.4, corresponden a las normas contractuales específicas que regulan la prestación del Servicio de Agua Potable y Tratamiento de Aguas Servidas¹². Estas normas son absolutamente claras al momento de establecer las obligaciones que la SC debe cumplir para prestar este servicio y el contenido del cobro que puede hacer a los usuarios, cobro que excluye expresamente la mantención preventiva y correctiva de las instalaciones para la prestación del Servicio de Agua Potable y Tratamiento de Aguas Servidas.

Al analizar estas materias, siempre debemos considerar que las Bases de Licitación¹³ establecen expresamente que: **“El Concesionario será siempre responsable del cumplimiento cabal, íntegro y oportuno del Contrato de Concesión, de la correcta ejecución de los proyectos y de las obras, de la operación de la concesión, así como**

¹² Normas contenidas en el apartado de las Bases de Licitación que regula la “Explotación de la Concesión”.

¹³ Artículo 1.7.7.2 BALI.

del cumplimiento de los Niveles de Servicio y Estándares Técnicos establecidos en las presentes Bases de Licitación para las diferentes etapas y condiciones de la concesión, durante toda su vigencia y del cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión, sin perjuicio de las funciones de dirección y control que corresponden al Ministerio de Obras Públicas”.

De lo expuesto, resulta evidente que la SC mediante sus alegaciones, **pretende traspasar a los usuarios** de los Servicio de Agua Potable y Tratamiento de Aguas Servidas **los costos de la mantención preventiva y correctiva de las instalaciones** para la prestación de esos servicios, **vulnerando el texto expreso de las Bases de Licitación** y, con ello, la naturaleza misma del contrato de concesión de obra pública.

EN CUANTO A LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS

Como parte de las obras a ejecutar, los antecedentes del presente contrato de concesión consideraron la renovación, modificación y ampliación del sistema de obtención, almacenamiento, impulsión y distribución de agua potable y del sistema de alcantarillado de aguas servidas.

En este sentido el **artículo 1.3 de las Bases de Licitación** al realizar la **“Descripción del Proyecto”**, en su letra a) menciona en una serie de obras **y se remite a su artículo 2.5.**

Por su parte, el **artículo 2.5 “Descripción de las Obras de la Concesión”**, señala que el Concesionario deberá realizar todas las obras necesarias para prestar los Servicios Aeronáuticos y No Aeronáuticos exigidos en las presentes Bases de Licitación, lo establecido en el Anteproyecto Referencial entregado por el MOP y las obras que no hayan sido proyectadas en el Anteproyecto Referencial, pero que son requeridas para efectos de la ejecución de las obras contempladas en las presentes Bases de Licitación. A continuación, **este artículo realiza una enumeración no taxativa de las obras a ejecutar por el Concesionario y en sus números 10 y 11 contempla: “10. Modernización de la planta de impulsión y presurización de la red de distribución de agua potable y de incendio y abastecimiento de agua potable para todas las nuevas instalaciones” y “11. Ampliación de la Planta de Tratamiento de Aguas Servidas (PTAS) existente.”**

En los **artículos 2.7.4.8, “Proyectos de Agua Potable y Alcantarillado”, y 2.7.4.9, “Proyecto Planta Tratamiento de Aguas Servidas”,** de las Bases de Licitación, se establecen las condiciones bajo las cuales la SC debe desarrollar estos proyectos.

Consta de las normas precedentes, que los citados “Proyectos de Agua Potable y Alcantarillado” y “Proyecto Planta Tratamiento de Aguas Servidas”, **son obras de la Concesión que la Concesionaria debe ejecutar a su entero cargo, costo y responsabilidad¹⁴, y que debió considerar al momento de formular su oferta.**

Estas obras **son parte de las obras que la SC debe ejecutar, entre otras obligaciones, a cambio de la facultad de explotar en su beneficio, por un tiempo determinado, la concesión del Aeropuerto de Santiago** que le fue adjudicada, por lo que **resulta absolutamente improcedente que pretenda traspasar a los Usuarios de dichos servicios, al margen de la regulación contractual, la amortización del costo de estas obras.**

III.- CONSIDERANDO LA OFERTA TÉCNICA DE LA DEMANDANTE, ES EVIDENTE QUE LAS RESPUESTAS DADAS EN LAS CIRCULARES ACLARATORIAS DESPEJARON LAS DUDAS FORMULADAS POR LOS OFERENTES

H. Comisión, al analizar este punto se debe recordar que el **artículo 1.4.6** de las Bases de Licitación, otorgan la **faculta a los Licitantes o Grupos Licitantes para realizar consultas sobre las Bases de Licitación durante el proceso licitatorio, hasta 90 días antes de la fecha del acto de Recepción de Ofertas y Apertura de las Ofertas Técnicas.** Además, dispone que tanto las respuestas a las consultas formuladas por los Licitantes, como las aclaraciones, rectificaciones, enmiendas o adiciones que el DGOP estimase necesario hacer a las Bases de Licitación, serán incluidas en comunicaciones denominadas Circulares Aclaratorias, dirigidas a todos los Licitantes con una antelación mínima de 15 días a la fecha del acto de Recepción de Ofertas.

En este contexto y en lo que interesa en esta controversia, mediante **rectificación N° 1 de la Circular Aclaratoria N° 4 de fecha 24 de octubre de 2014,** se rectifica el **artículo 1.2.2, “Definiciones”,** de las BALI, entre otras modificaciones **se adiciona la definición N° 95),** cuyo tenor es el siguiente:

¹⁴ Artículo 22° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

*“95) Recuperación de Consumos Básicos: **Son aquellos ingresos generados por el prorrateo de consumos de electricidad, de consumos de gas y, de operación y mantención de las plantas de Agua Potable y de Tratamiento de Aguas Servidas del Aeropuerto.** Para que se configure una Recuperación de Consumos Básicos es necesario que se cumplan las siguientes condiciones: i) que el pago de los consumos de electricidad, de gas y, de operación y mantención de la Planta de Agua Potable y de Aguas Servidas del Aeropuerto haya sido efectuado por la Sociedad Concesionaria; ii) que los cobros realizados por la Sociedad Concesionaria por este concepto no muestren ni pérdidas ni ganancias; iii) que la recuperación de Consumos Básicos sea efectuada en pesos Chilenos; iv) que el pago se individualice y compruebe con información fidedigna, es decir, que los documentos de cobro emanados del prestador directo del servicio se encuentren individualizadas por tipo de servicio, y que la distribución de consumo sea registrada por un sistema válido de remarcación por cada usuario y por cada servicio.”*
(Énfasis añadido)

Al respecto debemos tener presente que el artículo 1.2.2 al que fue adicionada **la definición N° 95) relativa a Recuperación de Consumos Básicos**, forma parte de artículo 1.2 de las BALI **que contempla los “Antecedentes Generales”**.

Con posterioridad, mediante **rectificación N° 15 de la Circular Aclaratoria N° 7 de fecha 28 de noviembre de 2014**, se rectificó el **artículo 1.10.9.2**, “Servicios No Aeronáuticos No Comerciales”, de las BALI, entre otras modificaciones, **en la letra h)** “Servicios de Agua Potable y Tratamiento de Aguas Servidas” se adicionó como último párrafo el siguiente:

*“**El Concesionario sólo podrá cobrar a los usuarios los costos directos generados para la provisión del servicio de agua potable y tratamiento de aguas servidas, excepto el mantenimiento que le corresponde por aplicación del artículo 2.9.6.4 de las presentes Bases de Licitación. Para estos efectos el Concesionario deberá elaborar un mecanismo para el cobro, el que deberá ser aprobado por el Inspector Fiscal, previo informe de la DGAC. La DGAC quedará eximida del pago de cualquier derecho o cobro por la provisión del servicio de agua potable y tratamiento de aguas servidas.**”* (Énfasis añadido)

Y mediante **rectificación N° 40 de la referida Circular Aclaratoria N° 7 de fecha 28 de noviembre de 2014**, se rectificó el **artículo 2.9.6.4**, “Otras Áreas”, de las BALI, entre otras modificaciones, se adicionó como nuevo segundo párrafo el siguiente:

*“Asimismo, la Sociedad Concesionaria **será responsable de mantener, preventiva y correctivamente, a su entero cargo y costo dentro del Aeropuerto, las instalaciones para la prestación del Servicio de Agua Potable (acumulación y redes de distribución de agua potable) y Tratamiento de Aguas Servidas (Planta de Tratamiento de Aguas Servidas, colectores, red de recolección de aguas servidas y cámaras de inspección), lo anterior de conformidad a lo establecido en la letra h) del artículo 1.10.9.2 de las presentes Bases de Licitación.**”* (Énfasis añadido)

Según ya lo hemos mencionado, el artículo 1.10.9.2 letra h) de las BALI, como su artículo 2.9.6.4, **corresponden a las normas contractuales específicas** que regulan la prestación del Servicio de Agua Potable y Tratamiento de Aguas Servidas, y forman parte de los apartados de las Bases de Licitación, “De la Explotación de las Obras” y “De la Explotación de la Concesión”, que regulan de manera pormenorizada las condiciones en las cuales se deben prestar estos servicios.

La Concesionaria en su demanda, **ha pretendido representar una supuesta situación de contradicción entre las mencionadas rectificaciones, realizando un análisis descontextualizado y parcial que no consideró el orden cronológico de estas modificaciones, el grado de especificidad que tienen las normas en análisis respecto de los servicios a que se aplican, dando preponderancia a la definición de “Recuperación de Consumos Básicos”** adicionada al artículo 1.2.2 de las BALI bajo su número 95), alegando que dicha norma *“reconoce la facultad expresa de la Concesionaria de refacturar al usuario los consumos de electricidad, de gas, y los costos de operación y mantención de las plantas de agua potable y tratamiento de aguas servidas del aeropuerto; sin que estos ingresos deban ser considerados dentro de los Ingresos Comerciales que la Concesionaria comparte con el Estado”*.

Sin embargo, considerando que:

- La **definición N° 95) del artículo 1.2.2 forma parte de los antecedentes generales de las BALI y fue incorporada a su texto con anterioridad a las modificaciones de los artículos 1.10.9.2 letra h) y 2.9.6.4**, que regulan específicamente los Servicio de Agua Potable y Tratamiento de Aguas Servidas;
- El texto de la **definición N° 95) del artículo 1.2.2** se refiere a la definición de “Recuperación de Consumos Básicos” y menciona, entre otros, la **“operación y**

mantención de las plantas de Agua Potable y de Tratamiento de Aguas Servidas del Aeropuerto”;

- La modificación del **artículo 1.10.9.2 letra h)** contempló expresamente que ***“El Concesionario sólo podrá cobrar a los usuarios los costos directos generados para la provisión del servicio de agua potable y tratamiento de aguas servidas, excepto el mantenimiento que le corresponde por aplicación del artículo 2.9.6.4...”***, y
- La modificación del artículo 2.9.6.4 consideró que ***“Asimismo, la Sociedad Concesionaria será responsable de mantener, preventiva y correctivamente, a su entero cargo y costo dentro del Aeropuerto, las instalaciones para la prestación del Servicio de Agua Potable... y Tratamiento de Aguas Servidas...”***

No se observa la contradicción que acusa la SC, ni el fundamento de porque se debería aplicar en forma exclusiva una disposición general anterior por sobre una regulación particular posterior, sin realizar una interpretación armónica y sistemática de dichos textos, que cuadre con la naturaleza del presente contrato de concesión de obra pública.

Además de la supuesta contradicción alegada, **la Concesionaria ha señalado que las respuestas del MOP, aun cuando podrían haber resuelto la alegada contradicción, habrían sido aún más ambiguas**, al referirse en lo principal y de formar explícita en su respuesta al artículo 1.2.2 N° 95 y no al artículo 1.10.9.2 h), ambos de las BALI, citando como ejemplo las respuestas 375 y 391 de la Circular Aclaratoria N° 10.

Al analizar el contenido de las respuestas mencionadas, **se concluye que lo expuesto por la demandante responde un análisis parcial y antojadizo, que ignora absolutamente el tenor de su contenido en relación a la regulación contractual que ya hemos analizado y a lo dispuesto en la Ley de Concesiones de Obras Públicas.** Omite absolutamente que **las BALI disponen que estos servicios son obligatorios y por los cuales no se cobra tarifa a los usuarios.**

A modo de ejemplo, la respuesta N° 375 de la Circular Aclaratoria N° 10 consideró:

“BALI, Artículo 1.10.9.2, letra h). No se han regulado las tarifas a pagar por suministro de agua ni tratamiento de aguas servidas. Se solicita confirmación que la sociedad Concesionaria podrá cobrar, dentro de la tarifa por agua potable, todos los costos de

construcción, financiamiento, operación y mantención de las plantas, y que tales ingresos no se considerarán para la aplicación de PIT.

Respuesta:

Respecto a la Recuperación de Consumos Básicos, remítase a lo establecido en el número 95) del artículo 1.2.2 de las Bases de licitación – adicionado mediante Rectificación N°1 de la Circular Aclaratoria N° 4- en relación con las Rectificaciones N° 15 y 40 de la Circular Aclaratoria N°7.

En relación a los costos de construcción, remítase a lo establecido en el artículo 22° número 2 de la Ley de Concesiones.”

El tenor de la respuesta es absolutamente claro, pues hace referencia a las rectificaciones realizadas a las Bases de Licitación que acabamos de analizar, que consideran la definición N°95) adicionada al artículo 1.2.2 de las BALI y las modificaciones incorporadas a los el artículo 1.10.9.2 letra h) de las BALI, como su artículo 2.9.6.4, normas contractuales específicas que regulan la prestación del Servicio de Agua Potable y Tratamiento de Aguas Servidas. En cuanto a los costos de construcción, se remite al artículo 22 N°2 de la Ley de Concesiones, norma que establece que las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, lo que resulta de toda lógica, por cuanto el contrato de concesión considera la ejecución, reparación, conservación y explotación de una obra pública fiscal, a cuenta, riesgo y ventura del concesionario, a cambio de la facultad de explotarla en su beneficio por un tiempo determinado.

En este punto, **se debe tener presente que las consultas se formulan por los Licitantes de forma previa a la emisión de las Circulares Aclaratorias**, por lo que no resulta extraño que **las respuestas dadas en dichas Circulares se remitan a las rectificaciones en ellas contenidas.**

Pese a lo que hoy señala Nuevo Pudahuel S. A. en su demanda, **las respuestas dadas le fueron suficientemente claras para formular su oferta ajustándose al tenor de dichas respuestas, sin evidenciar la supuesta contradicción que hoy alega.**

En efecto, **al revisar el Documento N° 11 denominado “Plan de Trabajo en el Régimen de Explotación”, entregado por Nuevo Pudahuel como parte de su Oferta Técnica**, es posible constatar que **respecto del Servicio de Agua Potable y Tratamiento de Aguas Servidas** ofertó lo siguiente:

SERVICIO	2.3 SERVICIO DE AGUA POTABLE Y TRATAMIENTO DE AGUAS SERVIDAS
REF BASES: DESCRIPCIÓN DEL SERVICIO	1.10.9.2.h) y Circulares Aclaratorias <ul style="list-style-type: none"> ▶ Proveer agua potable a todas las instalaciones de Aeropuerto (aprobado por el Servicio de Salud) y asegurar el sistema de mantenimiento. ▶ Asegurar la capacidad de almacenamiento de agua suficiente para proveer al sistema de extinción de incendios. ▶ Proveer y mantener el sistema de tratamiento de aguas servidas para todas las instalaciones de Aeropuerto (aprobado por el Servicio de Salud).
OBJETIVO	Proveer de agua potable a todas las instalaciones del aeropuerto según lo establecido en el Proyecto Definitivo.
INDICADORES DE CALIDAD DE SERVICIO	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Seguridad: número de incidentes ▪ Cumplimiento: porcentaje de cumplimientos con las reglas Operativas y los requerimientos del contrato (resultados en checklist) <p>Satisfacción de Clientes cantidad de reclamos justificados</p>
ORGANIZACIÓN	<p>Partes Involucradas</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ NUEVO PUDAHUEL ▪ Subcontratistas <p>Administración del contrato y supervisión del subcontratista Los servicios de provisión y mantenimiento serán subcontratados. El seguimiento incluirá el análisis de calidad de agua potable y de aguas tratadas conforme a la normativa aplicable.</p> <p>El Equipo Mantenimiento está a cargo de supervisar el cumplimiento de los contratos</p> <p>Los estándares aplicables incluyen, pero no están limitados a:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ los requerimientos de las normas aplicables, ▪ las Bases, ▪ el Anteproyecto Referencial, ▪ los contratos, ▪ los Sistemas de Administración de Reclamos, Medioambiente y Calidad de NUEVO PUDAHUEL, ▪ el Plan de Mantenimiento Preventiva Anual
EQUIPO ASOCIADO	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Planta de Agua potable ▪ Planta de tratamiento de aguas servidas ▪ Redes asociadas
CALIFICACIÓN Y PERSONAL	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Equipos Mantenimiento
TURNO	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Equipos Mantenimiento: turnos administrativos

PLAN DE TRABAJO EN EL RÉGIMEN DE EXPLOTACIÓN

CARACTERÍSTICAS DE LAS INSTALACIONES / TERRENOS	De acuerdo con las instalaciones existentes y el Anteproyecto Referencial
ESPACIO REQUERIDO	De acuerdo con las instalaciones existentes y el Anteproyecto Referencial
ESTRUCTURA DE TARIFAS	De acuerdo con la bases de licitación, se podrá cobrar a los usuarios los costos directos generados para la provisión del servicio de agua potable y tratamiento de aguas servidas
DOCUMENTACIÓN ASOCIADA/APÉNDICE	▪ Política de Adquisiciones – Contenido (ref NP-PROC-MAN-01) > Ver 2.2 Servicio de Limpieza

Este documento **da cuenta de cuál fue el entendimiento y voluntad de Nuevo Pudahuel al momento de formular su Oferta**, en el que podemos observar:

- En la referencia a las Bases “Descripción del Servicio”, **menciona explícitamente el artículo 1.10.9.2 letra h), reconociendo de esta manera** que esta es la norma específica que regula el Servicio de Agua Potable y Tratamiento de Aguas Servidas.
- Este punto es de trascendental importancia, **al referirse Nuevo Pudahuel en su Oferta a los cobros que realizaría respecto de este servicio, en el cuadro “Estructura de Tarifas” de su Documento N° 11** indica expresamente que: *“De acuerdo con las bases de licitación, se podrá cobrar a los usuarios los costos directos generados para la provisión del servicio de agua potable y tratamiento de aguas servidas”*. (Énfasis añadido)
- Como vemos, **en la Oferta que le permitió adjudicarse el presente contrato, la demandante en ningún momento indicó que cobraría costos de mantención y amortización de costos de obras, ni indicó en manera alguna la supuesta contradicción que hoy reclama. Por el contrario, su oferta se ajustó a lo expresamente disponen las Bases de Licitación en el párrafo final del artículo 1.10.9.2 letra h), incorporado por la rectificación N° 15 de la Circular Aclaratoria N° 7, de fecha 28 de noviembre de 2014, es decir, ofreció cobrar a los usuarios los costos directos generados para la provisión del servicio de agua potable y tratamiento de aguas servidas.**

- Los fundamentos que plantea Nuevo Pudahuel para impugnar las comunicaciones de la Inspección Fiscal en donde se le ha indicado que *“solo podrá cobrar a los usuarios los costos directos para la provisión del Servicio de Agua Potable y Tratamiento de Aguas Servidas”*, pierden todo sustento a la luz del contenido de su oferta. En definitiva, **la Inspección Fiscal le ha solicitado cumplir lo que expresamente ofreció.**

De lo expuesto, **ha quedado en evidencia la voluntad manifestada por Nuevo Pudahuel al momento de formular su oferta, que es contraria a lo que hoy plantea en su demanda, volviendo absolutamente contra sus actuaciones pasadas.**

IV.- EL MOP OBSERVÓ EN FORMA EXPLÍCITA A LA SOCIEDAD CONCESIONARIA QUE SOLO PODRÍA COBRAR A LOS USUARIOS LOS COSTOS DIRECTOS PARA LA PROVISIÓN DEL SERVICIO DE AGUA POTABLE Y TRATAMIENTO DE AGUAS SERVIDAS

La Concesionaria entre sus alegaciones señala que el MOP en ningún momento hizo objeción de la aplicación práctica que estaba haciendo de las BALI, **exposición totalmente alejada de la realidad, puesto que, el MOP a través de la Inspección Fiscal, ha velado por el fiel cumplimiento del contrato de concesión.** Ya en el proceso de aprobación de la Reglamento de Servicio de la Obra 1 (RSO), iniciado con fecha 20 de julio de 2015 con la entrega de la carta NP-ADM-NC-MA-2015-065 de Nuevo Pudahuel S. A., el MOP solicita a la SC, mediante oficio 59/15 de 11 de agosto de 2015, **que de acuerdo a lo establecido en el artículo 1.10.9.2 letra h) de las Bases de Licitación,** presente un borrador del “Mecanismo de recuperación de consumos básicos” a fin de validarlo. La SC entregó su propuesta de mecanismo a través de la carta NP-GAF-NC-RP-2015-126 de fecha 18 de agosto de 2015, la que fue aprobada con fecha 24 de agosto a través de ORD. N°75/15.

En definitiva, **el Reglamento de Servicio de la Obra y Manual de Operación, Revisión C, fue aprobado mediante oficio ORD. AMB N° 129/15, de fecha 30 de septiembre de 2015, “bajo la condición de efectuar las adecuaciones y complementos que sea necesario en la medida que se incorpore nuevos servicios, procedimientos, mecanismos, planes o programas o se detecten observaciones relevantes que hagan necesaria su revisión...”** (Énfasis añadido)

Algunos días después de aprobado el RSO, la Inspección Fiscal **observó que el mecanismo de “Recuperación de Consumos de Agua Potable y Tratamiento de Aguas Servidas”** propuesto por la SC se encuentra errado y se aparta de la disposición específica del artículo 1.10.9.2 letra h) de las BALI, por lo cual, a través del Ord. IF.AMB N°143/2015, de fecha 09 de octubre de 2015, le indica a la SC:

*“... la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. **sólo podrá cobrar a los usuarios los costos directos generados para la provisión del servicio de agua potable y tratamiento de aguas servidas, excepto el mantenimiento que le corresponde por aplicación del artículo 2.9.6.4 de las Bases.***

Dado lo anterior, solicito a Ud. informar a esta Inspección Fiscal las tarifas que se aplicará para el cobro de estos servicios y la forma en que se calcularon o, en su defecto, indicar en forma explícita el procedimiento en que se calcularán, con ejemplos numéricos que permitan su comprensión.” (Énfasis añadido)

Ante esto, la SC a través de carta NP-259, insiste con su errada interpretación del contrato, sustentada en un análisis que es contrario a la naturaleza misma del Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal, a la Oferta Técnica realizada por misma demandante en el proceso de Licitación, al real tenor de las respuestas dadas en las Circulares Aclaratorias, a las actuaciones efectivamente realizadas por las partes en el desarrollo de este contrato, y a una interpretación armónica y sistemática de sus Bases de Licitación.

En mérito de lo anterior, queda claro, que **no es efectivo lo expuesto por la SC en la página 3 de su demanda párrafo final, referente a que desde el 1° de octubre de 2015, ha dado cumplimiento a las obligaciones técnicas y contractuales que le son exigibles y a los requerimientos especiales del MOP**, entre los que se encuentra el mecanismo de cobro de costos asociados a los servicios de suministro de agua potable y tratamiento de aguas servidas.

En relación al Reglamento de Servicio de Obras N° 2 (RSO 2), el Inspector Fiscal por oficio **ORD. AMB N° 667/16, de fecha 05 de mayo de 2016, mantiene sus observaciones al documento principal y sus anexos y solicitó a la SC aplicar las correcciones indicadas**, que para el caso del Mecanismo de Recuperación de Consumos Básicos, están tratadas en el Anexo 31, cuyas observaciones fueron del siguiente tenor:

“ANEXO 31 Mecanismo de Recuperación de Consumos Básicos de Operación y Mantenimiento de las Plantas de Aguas Potables y Tratamiento de Aguas Servidas:

- *Se debe incluir un punto relacionado con las cámaras de descarga de aguas servidas de las aeronaves, que la Concesionaria debe construir, para así proceder a desactivar la cámara que mantiene la DGAC en el Aeropuerto.*
- *Se debe corregir el propósito del mecanismo donde dice que corresponde a "el prorrato a los usuarios del aeropuerto de los costos de operación y mantenimiento de las plantas de...". cambiando por "el prorrato a los usuarios del aeropuerto de los costos directos generados para la provisión del servicio de agua potable y tratamiento de aguas servidas". Cabe señalar que uno de los costos directos de la provisión del servicio debe ser exceptuado del prorrato a los usuarios, específicamente aquel mantenimiento especificado en el numeral 2.9.6.4 de las BALI de AMB, cuyos costos no pueden ser traspasados a tarifa a través de prorrato, ya que son a entero cargo y costo de la Sociedad Concesionaria.*
- *Se debe eliminar de los costos generados para la provisión del servicio, la amortización de las inversiones realizadas para su adecuada prestación, toda vez que las obras asociadas a estas inversiones forman parte del anteproyecto referencial y, por lo tanto, del contrato de concesión, razón por la cual se entiende que su recuperación está incorporada en la oferta económica realizada por la sociedad concesionaria.*
- *Sobre el mecanismo de prorrato, se debe entender que la sociedad concesionaria es proveedor del servicio de agua potable y al mismo tiempo usuario, razón por la cual antes de efectuar el prorrato entre los usuarios afectos a cobro, debe descontar los consumos necesarios para la prestación de algunos de sus servicios, tales como baños públicos, mantención de áreas verdes, red húmeda, uso de agua potable en puentes de embarque, etc., además del consumo realizado por la DGAC, la cual se encuentra exenta de cobro. De este modo se evita que los usuarios afectos a cobro subvencionen el costo de provisión a aquellos usuarios no afectos a éste, o de aquellos servicios que deben prestados de manera obligatoria por Nuevo Pudahuel.*

- *Sobre la verificación de los consumos, se solicita que para el caso de concesionarios de la DGAC, ésta se realice de manera mensual, a menos que se acuerde directamente con ellos una frecuencia diferente de lectura de remarcadores. Mismo procedimiento aplicará para las lecturas de remarcadores que se efectúen a la Fuerza Aérea de Chile y a la Concesión de Acceso al Aeropuerto.*
- *Respecto a los documentos de cobro, se solicita especificar que estos serán enviados a los usuarios afectos a cobro de manera mensual. Junto con lo anterior, se estima conveniente la propuesta de mantener a disposición de los usuarios los documentos que acrediten que los cobros efectuados corresponden a la recuperación de costos directos por la provisión del servicio.*
- *Se solicita incluir un procedimiento para la provisión de los servicios de agua potable y tratamiento de aguas servidas a nuevos usuarios del aeropuerto, ya sean estos subcontratos de Nuevo Pudahuel o concesionarios de la DGAC.*
- *Con relación al párrafo " Para los casos en los cuales un usuario consume agua potable que no sea proporcionada por la concesionaria, el Usuario tendrá que entregar al concesionario en base mensual los consumos de agua medidos por el sistema de remarcación correspondiente", se solicita agregar "excepto que cuente con remarcadores que midan los volúmenes de aguas servidas efectivamente vertidas a las redes de recolección, caso en el cual, el usuario deberá entregar la medición de estos remarcadores para su posterior cobro."*
- *Se solicita especificar que los documentos de cobro incluyan, al menos, detalle sobre el periodo considerado en la facturación, la razón social y RUT del cliente, el volumen de agua potable o de aguas servidas tratadas considerada en el cobro y la tarifa aplicada por metro cúbico.*
- *Para los cobros efectuados antes de la entrada en vigencia de este anexo, se solicita efectuar una regularización que detalle la mayor o menor tarifa aplicada y su mecanismo de ajuste en cobros posteriores.*
- *Todo el detalle mensual de los costos directos generados para la provisión del servicio de agua potable y tratamiento de aguas servidas, deberá ser remitido a la IF, junto con el detalle del cálculo del cobro a cada usuario del sistema, en formato Excel." (Énfasis añadido)*

Pese a la claridad de las instrucciones impartidas por el MOP en relación al Mecanismo de recuperación de Consumos, **la Sociedad Concesionaria, no dio cumplimiento a lo instruido, forzando al Inspector Fiscal, mediante Ord. N° 1454/17 de fecha 16 octubre de 2017, a reiterar lo solicitado en el Ord. IF AMB N° 143 requiriendo el apego estricto a las Bases de Licitación**, en los siguientes términos:

*“...mediante oficio IF AMB N°143 de fecha 09 de octubre de 2015, esta Inspección Fiscal indicó a vuestra representada que **debe apegarse estrictamente a lo estipulado en las Bases de Licitación, en particular a lo establecido en el artículo 1.10.9.2, letra h) de las referidas Bases, artículo que faculta a la Sociedad Concesionaria a cobrar solo los costos directos generados para la provisión del servicio, por lo cual, se reitera lo indicado en el oficio en comento.***

A su vez y en virtud que se ha detectado que vuestra representada no se ha ajustado a lo permitido por las Bases de Licitación, se instruye presentar, en un plazo no superior a 15 días desde recibido el presente oficio, un plan de regularización de los cobros que se han realizado desde el inicio de la concesión hasta la fecha, respecto de cada actor impactado por la aplicación no ajustada a las Bases de Licitación en que su representada ha incurrido sobre la materia.” (Énfasis añadido)

Ante esto, la SC presento recurso de reposición con fecha 19 de octubre de 2016, rechazando el MOP dicho recurso, con fecha 20 de octubre de 2017, por no aportar antecedentes que ameriten dejar sin efecto la orden recurrida.

Con fecha El 15 de noviembre de 2017, a través de carta NP-2022, **la SC entregó una “Plan de Regularización”, con la finalidad de cumplir con la instrucción del Inspector Fiscal contenida en el Oficio ORD. N° 1454/2017.**

Atendido lo expuesto, resulta acreditado que el MOP observó en forma explícita a la Sociedad Concesionaria que solo podría cobrar a los usuarios los costos directos para la provisión del Servicio de Agua Potable y Tratamiento de Aguas Servidas.

V.- LAS NORMAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS NO DAN SUSTENTO A LA PRETENCIÓN DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

Preliminarmente, debemos recordar que estamos en presencia de una especie de contrato administrativo, regido por normas de orden público, que debe

interpretarse restrictivamente aplicando las normas y principios del Derecho Administrativo, y que solo ante el vacío de dichas normas y principios, es posible recurrir a los principios generales del Derecho Común.

La demandante en este punto pretende dar aplicación a la regla interpretativa prevista en el inciso 3 del artículo 1564¹⁵ del Código Civil, alegando una supuesta aplicación práctica del contrato aceptada por el MOP, y en caso de no estimarse aplicables las reglas interpretativas previstas en los artículos 1560 a 1565, solicita dar aplicación a la regla residual prevista en el artículo 1566¹⁶ del mismo cuerpo legal.

Discrepamos profundamente de lo expuesto por la contraria, según lo hemos analizado en los números anteriores, **el MOP observó en forma explícita a la Sociedad Concesionaria que: “solo podrá cobrar a los usuarios los costos directos para la provisión del Servicio de Agua Potable y Tratamiento de Aguas Servidas”, y dio respuesta suficiente a las consultas realizadas en el Proceso de Licitación para este servicio, lo que hace improcedente la aplicación de las reglas de interpretación invocadas.** Lo anterior consta en las comunicaciones del MOP que fuera de contexto la propia SC ha mencionado en su demanda, en las Circulares Aclaratorias que contienen las respuestas emitidas por el MOP a las consultas formuladas, y en la Oferta Técnica de la demandante, **que según hemos acreditado, se ajusta precisamente a lo que hoy la Inspección Fiscal le solicita cumplir.**

Las alegaciones de la contraria **vulneran las reglas de interpretación previstas en los artículos 1560, 1563 e inciso primero del artículo 1564 del Código Civil**, por cuanto:

- Ignoran la intención de Nuevo Pudahuel, claramente conocida a través del Documento N° 11 de su Oferta Técnica.
- No es la interpretación que mejor cuadra con la naturaleza del contrato, ya que, ella implica traspasar a los usuarios de los Servicios de Agua Potable y

¹⁵ Artículo 1564 inciso 3° “O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra.”

¹⁶ Artículo 1566 “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.”

Tratamiento de Aguas Servidas del Aeropuerto, costos que son de cuenta, riesgo y responsabilidad de la SC, lo que pugna con la naturaleza del contrato de concesión de obra pública.

- No da el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

En otro orden de ideas, es importante aclarar la confusión que genera la demandante al tratar de aplicar en su integridad a este caso, la Ley General de Servicios Sanitarios¹⁷ y su normativa complementaria.

Aunque parezca obvio, ante las alegaciones de la contraria en este apartado, debemos recordar que el contrato que nos ocupa es un “Contrato de Obra Pública Fiscal”, que de acuerdo al artículo 1° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas¹⁸ se rige por la misma Ley de Concesiones, su Reglamento, y las Bases de la Licitación de cada contrato en particular.

Por su parte, las Bases de Licitación¹⁹ que rigen el Contrato celebrado entre el MOP y Nuevo Pudahuel indican que aquél se rige por las siguientes normas: Las BALI; Ley de Concesiones y sus modificaciones; Reglamento de la Ley de Concesiones y sus modificaciones; el DFL MOP N°850 de 1997 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°15.840 de 1964, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y del Decreto con Fuerza de Ley N°206 de 1960, Ley de Caminos y sus modificaciones; y la Ley N° 16.752, Orgánica de la Dirección General de Aeronáutica Civil, y sus modificaciones así como sus normas complementarias.

El hecho que dentro de los “Servicios No Aeronáuticos No Comerciales” previstos en el artículo 1.10.9.2 de las Bases de Licitación, su letra h) contemple la prestación del “Servicio de Agua Potable y Tratamiento de Aguas Servidas” para todas las instalaciones que correspondan dentro del Aeropuerto, **no transforma a la SC en un “Concesionario de Servicios Sanitarios”, ni sustrae esta actividad de la normativa aplicable al contrato de concesiones de obra pública, sin perjuicio de aplicar la normativa sanitaria y técnica prevista en los antecedentes contractuales.**

En este sentido el **artículo 1.1** de las Bases de Licitación es claro:

¹⁷ Decreto con Fuerza de Ley MOP N° 382 de 1988.

¹⁸ Decreto Supremo MOP N° 900, de 31 de octubre de 1996.

¹⁹ Artículo 1.2.1, Bases de Licitación Concesión Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago.

*“Las presentes Bases Administrativas regirán la concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada **“Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”** por el sistema establecido en el artículo 87° del DFL MOP N°850 de 1997, la licitación y concesión que se otorgue, ya se trate de la explotación de las obras y servicios, el uso y goce sobre los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar la obra entregada en concesión y las áreas de servicios que se convengan, **la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados**, así como el proceso de licitación y adjudicación del Contrato de Concesión, formando parte integrante de éste.”* (Énfasis añadido)

Al respecto, es importante precisar que el “Servicio de Agua Potable y Tratamiento de Aguas Servidas”, **corresponde a un servicio interno destinado a cubrir las necesidades de las distintas dependencias del Aeropuerto de Santiago, prestado con instalaciones propias administradas por la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC), y que hoy forma parte de las obligaciones que la SC asumió al adjudicarse la presente concesión de obra pública.**

POR TANTO,

SOLICITAMOS A LA H. COMISIÓN ARBITRAL, tener por contestada la demanda deducida por la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., en tiempo y forma, y en razón de los fundamentos esgrimidos rechazarla en toda sus partes, con expresa condena al pago de las costas y de los gastos de funcionamiento de esta H. Comisión Arbitral.