

Nicole Nehme y Enrique Barros redactan informes en derecho a favor del Estado en disputa con Nuevo Pudahuel

El CDE presentó reportes de los dos abogados, cuestionando el fallo arbitral que favoreció a Nuevo Pudahuel en la renegociación del contrato del aeropuerto. La concesionaria respondió calificando los informes como parciales y defendió la validez de la sentencia arbitral.

LEONARDO CÁRDENAS

El Consejo de Defensa del Estado (CDE) presentó a fines de agosto dos informes en derecho ante la Corte de Apelaciones de Santiago como parte del recurso de queja contra el fallo arbitral que ordena al Ministerio de Obras Públicas (MOP) renegociar el contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez. Los informes, elaborados por los abogados Enrique Barros y Nicole Nehme, forman parte de la defensa del CDE en su disputa con la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel (SCNP).

La sentencia arbitral, emitida en mayo, favoreció a la concesionaria al ordenar la renegociación del contrato debido a los efectos de la pandemia de COVID-19 en los ingresos del aeropuerto. Nuevo Pudahuel había solicitado esta modificación argumentando que la drástica caída en el tráfico aéreo afectó el equilibrio económico del contrato. Ante esto, el CDE, en representación del MOP, presentó un recurso de queja buscando revertir la decisión.

Enrique Barros, profesor de derecho civil, argumenta en su informe que la teoría de la imprevisión fue aplicada de manera incorrecta por el tribunal arbitral. Según Barros, no se cumplieron los requisitos necesarios para invocar esta doctrina, ya que la pandemia, aunque imprevista, no justificaba la modificación del contrato de concesión. Además, sostiene que la concesionaria aceptó el riesgo de fluctuaciones en la demanda al firmar el contrato, por lo que la sentencia arbitral traspasa erróneamente ese riesgo al Estado.

"El laudo aplica la teoría de la imprevisión sin analizar los requisitos precisos que au-



torizan esta excepcional doctrina", señala Barros en su informe. Añade que el impacto de la pandemia afectó en mayor medida al MOP, que recibe el 77% de los ingresos del aeropuerto, mientras que la concesionaria obtiene solo el 22%. Por lo tanto, considera que la sentencia es injusta al poner la carga sobre el MOP, cuando el contrato no asegura ingresos mínimos a la concesionaria.

El informe de Nicole Nehme, experta en derecho económico y regulatorio y socia del bufete Ferrada Nehme, se enfoca en la restricción a las renegociaciones que impone la Ley de Concesiones de Obras Públicas, reformada por la ley N°20.410. Nehme critica que la sentencia se base en el principio de buena fe para ordenar la renegociación del contrato, argumentando que esta no es una justificación válida bajo el régimen de concesiones de obras públicas.

"La invocación del principio de buena fe contractual desatiende lo dispuesto por la Ley de Concesiones de Obras Públicas",

afirma Nehme. También destaca que cualquier evaluación sobre el equilibrio económico-financiero del contrato solo podría realizarse al término del periodo de concesión, ya que los contratos de larga duración no deben ajustarse por crisis temporales como la pandemia.

Nehme advierte que la sentencia arbitral abre la puerta a un uso excesivo de la renegociación en contratos públicos, lo que podría generar distorsiones en el sistema de concesiones, incluyendo riesgos morales y pérdida de competencia. Esto va en contra de los objetivos de la reforma de 2010, que buscaba limitar la renegociación a situaciones excepcionales y evitar prácticas oportunistas por parte de las concesionarias.

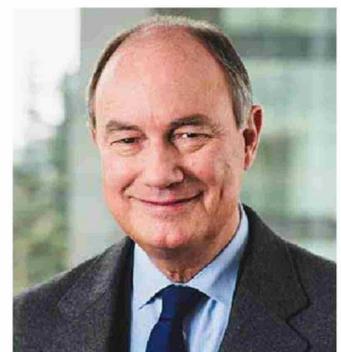
La semana post Fiestas Patrias será clave, ya que se espera que comiencen los alegatos en la Corte de Apelaciones de Santiago.

Conflicto de interés

El 9 de septiembre, los representantes de Nuevo Pudahuel, Gonzalo Cordero y Nico-



Nicole Nehme.



Enrique Barros.

lás Corbeaux, presentaron una respuesta ante la Corte de Apelaciones de Santiago en la que calificaron los informes en derecho presentados por el CDE como parciales. Señalaron que los informes de Enrique Barros y Nicole Nehme desfiguran los argumentos de la concesionaria y distorsionan los fundamentos de la sentencia arbitral.

Según Nuevo Pudahuel, los informes de Barros y Nehme ofrecen un análisis sesgado y hacen una caricatura de los razonamientos de la sentencia emitida en mayo de 2024, que favoreció a la concesionaria. En su respuesta, los abogados de Nuevo Pudahuel afirmaron que la sentencia "se funda en normas del contrato de concesión y las disposiciones que lo regulan", y no en principios generales como la buena fe, como sugieren los informes del CDE.

La concesionaria defendió la sentencia, señalando que fue dictada por una Comisión

Arbitral conformada por tres abogados de amplia experiencia en la materia, quienes basaron su fallo en disposiciones legales y contractuales claras. Nuevo Pudahuel subrayó que el fallo reconoció el impacto de la pandemia de COVID-19 como un hecho sobreviniente que alteró el equilibrio del contrato de concesión, lo que motivó la orden de renegociación entre las partes.

Nuevo Pudahuel también señaló un posible conflicto de intereses de Enrique Barros, argumentando que el abogado es socio de Jorge Jaramillo Selman, jefe de la División Jurídica de la Dirección General de Concesiones del MOP y testigo en el juicio. Jaramillo fue uno de los testigos, además, en el juicio que se desarrolla en el Ciadi, en Washington. La concesionaria indicó que esta relación no fue revelada en el informe presentado por Barros y consideró que esto "inhabilita a su autor para dar en juicio una opinión objetiva".

La concesionaria aclaró que la sentencia arbitral no asegura una ganancia garantizada a Nuevo Pudahuel, sino que reconoce el "impacto significativo y desproporcionado" que tuvo la pandemia en el equilibrio económico del contrato de concesión. Los representantes de la concesionaria enfatizaron que el fallo no impone condiciones favorables a la empresa, sino que simplemente reconoce las consecuencias extraordinarias de la pandemia y busca que ambas partes negocien de buena fe para ajustar el contrato a la realidad actual.

INFORMES DE LA CONCESIONARIA

En el marco del proceso de arbitraje, Nuevo Pudahuel presentó una serie de estudios legales y también un informe económico titulado "Efectos previsibles del cobro de multas del MOP en la situación financiera de la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel", elaborado por Guillermo Larraín Ríos de enero de 2022.

"La eventual quiebra de SCNP - que se originaría en el pago de las multas en condiciones de extrema estrechez financiera - no tiene nada que ver con el proceso de destrucción creativa que justificaría la indiferencia de parte del Estado. Es evidente que el Estado no puede asegurar la supervivencia de ninguna empresa, de ningún tamaño. El mensaje de la Ley 20.720 señala que el objetivo de la ley es facilitar el salvataje de "empresas viables". El Estado anuncia entonces que en el caso de empresas inviables, su quiebra le es indiferente", concluyó Larraín.

Además del Informe Económico elaborado por Econsult Capital y suscrito por Sebastián Cerda y Gonzalo Sanhueza de agosto de 2022. El documento concluyó que "una propuesta de distribución de los daños económicos producto de la crisis COVID-19 consistente con la recomendación del Panel Técnico, es una en la cual se restituye a la Concesionaria Nuevo Pudahuel sólo el impacto hasta el periodo en que se recupere el tráfico prepandemia con un límite máximo para su medición que nunca pueda extenderse más allá de 2027. ●"