

Sr. Juan Manuel Sánchez Medioli

Director General de Obras Públicas

Ministerio de Obras Públicas

Morandé 59, piso 3

SANTIAGO

BOFILL ESCOBAR ABOGADOS

Santiago, 20 de Octubre de 2015

Ref.: NP-ADM-NC-RP-2015-279

Objeto: Interpone recurso de Apelación

NICOLAS CLAUDE, gerente general, cédula de identidad para extranjeros N°25.020.727-1, en representación, como se acreditará¹, de **SOCIEDAD CONCESIONARIA NUEVO PUDAHUEL S.A. (“Concesionaria”)**, ambos domiciliados para estos efectos en Andrés Bello 2777, Piso 8, Las Condes, ciudad de Santiago, al Sr. Director General de Obras (“DGOP”) respetuosamente digo:

De conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 42 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas (“**Reglamento**”), interpongo recurso de apelación ante el DGOP en contra del Oficio Ordinario 154/15 de 15 de octubre de 2015 dictado por el Sr. Inspector Fiscal del Contrato de Concesión Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez (“**Oficio 154**” y “**Contrato de Concesión**”, respectivamente) y del Oficio Ordinario 131/15 dictado por la misma autoridad con fecha 30 de septiembre de 2015 (“**Oficio 131**”), a objeto que sean enmendados conforme a derecho, esto es, declarando que las tarifas comunicadas al Sr. Inspector Fiscal mediante carta 7 de septiembre de 2015 y publicadas en el sitio www.nuevopudahuel.cl se ajustan al Contrato de Concesión y a derecho y que las tarifas máximas que establece dicho contrato son valores más IVA, cuando se trata de servicios afectos a dicho tributo.

1. Con fecha 30 de septiembre de 2015, el Sr. Inspector Fiscal notificó a esta Concesionaria el Oficio 131, mediante el cual declaró que existirían errores en la determinación de las tarifas a ser aplicadas en el marco del Contrato de Concesión y que le fueron comunicadas por la Concesionaria mediante carta de 7 de septiembre de 2015. Ello, por cuanto, en opinión del Sr. Inspector Fiscal, las tarifas incluidas en las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez” (“**BALI AMB**”) debían entenderse con el impuesto al valor agregado (“**IVA**”) incluido y no más IVA.
2. Con fecha 7 de octubre pasado, la Concesionaria presentó un recurso de reposición ante el Sr. Inspector Fiscal solicitando enmendar el Oficio 131, toda vez que a la Concesionaria le asiste la convicción que las tarifas comunicadas con fecha 7 de septiembre de 2015 se ajustan a derecho y en particular al Contrato de Concesión.

¹ La personería del Sr. Nicolás Claude para representar a la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., consta de escritura pública de fecha 22 de julio de 2015, otorgada en la Notaría de Santiago de don Eduardo Avello Concha, copia de la cual se adjunta a esta presentación.



3. El 15 de octubre de 2015, el Oficio 154 rechazó el recurso de reposición interpuesto por esta parte contra el Oficio 131. Como el DGOP podrá apreciar, dicho oficio no se hizo cargo de los antecedentes y argumentos expuestos en el escrito de reposición, limitándose a señalar que “[...] conforme a la normativa contractual, dado su carácter de máximas [las tarifas], constituyen valores finales que han de considerar todo eventual incremento asociado” y que el recurso de reposición no habría acompañado “nuevos antecedentes que permitan desvirtuar lo resuelto” en el oficio impugnado. De este modo, el Sr. Inspector fiscal confirmó su opinión plasmada en el Oficio 131 en el sentido que el “cargo de IVA [...] resulta improcedente en el marco de la presente contratación”.

4. Como veremos, el Contrato de Concesión no contiene “valores finales”, sino tarifas máximas sobre las que debe aplicarse IVA.

1. El Oficio 154 no se hizo cargo de los argumentos expuestos por la Concesionaria, tal como lo exige el deber de fundamentación impuesto por el derecho administrativo

5. La simple lectura del Oficio 154, permite apreciar que éste carece de fundamento toda vez que no se hace cargo de ninguno de los argumentos expresados en el recurso de reposición por la Concesionaria, agregando que no se habrían “acompañado nuevos antecedentes” para desvirtuar lo indicado en el Oficio 131.

6. Del texto del recurso de reposición, aparece que esta parte sí aportó antecedentes que determinaban la necesidad de acogerlo. Por de pronto, el recurso hace expresas referencias a las BALI AMB, a sus aclaraciones, e incluso a pronunciamientos de la Contraloría General de la República que resultan totalmente aplicables al presente caso, entre otros antecedentes.

7. Adicionalmente, el supuesto fundamento de fondo del Oficio 154 constituye una verdadera petición de principios, al incluir como premisa de su razonamiento, aquella cuestión que constituía precisamente el objeto de la discrepancia, a saber, si las tarifas máximas del Contrato de Concesión deben considerarse IVA incluido o más IVA.

8. El Oficio 154 señala que “no procede que adicione a las tarifas máximas fijadas en las Bases de Licitación, un cargo de IVA [...] ya que conforme a la normativa contractual, dado su carácter de máximas, constituyen valores finales que han de considerar todo eventual incremento asociado”.

9. Como se ve, el oficio en comento da por hecho que la “normativa contractual” (la cual no se encuentra citada) demostraría que las tarifas incluirían IVA, lo que sería consecuencia de tratarse de “tarifas máximas”, término que considera equivalente a “valores finales que han de considerar todo eventual incremento asociado”. Pero es obvio, que el hecho que el Contrato de Concesión establezca tarifas máximas, no implica que dichas tarifas incluyan IVA cuando se trata de servicios afectos a ese impuesto. Por lo mismo, “tarifas máximas” no es equivalente al “valor final” que el usuario deberá pagar por el servicio una vez que se apliquen los impuestos que establece la ley tributaria. De hecho, tal como esta parte explicó en su recurso de reposición y desarrollamos más adelante, la lectura del Contrato de Concesión y de la ley tributaria demuestran claramente que estamos en presencia de tarifas máximas más IVA.

10. Esta falta de fundamentación no es consistente con el principio básico del derecho administrativo, conforme al cual los actos de la administración deben ser fundados, según se

desprende de los artículos 6, 7 y 19 número 2 de la Constitución Política de la República (“CPR”), del artículo 2 de la Ley 18.575 y del artículo 11 de la Ley 19.880 [Dictámenes N° 15.419 de 2005; 30.516 y 35.617 ambos del 2006, 46.312 de 2008 y 60.170 de 2008 de la Contraloría General de la República].

11. Esta falta de fundamentación determina la necesidad que el DGOP deje sin efecto lo resuelto en los oficios del Sr. Inspector Fiscal. A su vez, esta falta de fundamentación nos obliga a volver a desarrollar los argumentos que fueron parte del recurso de reposición.

2. La tarifa constituye la contraprestación o precio por los servicios que presta la Concesionaria en virtud del Contrato de Concesión. El IVA es un tributo que recarga el precio y no forma parte del mismo

12. De conformidad a lo dispuesto en la Ley de Concesiones de Obras Públicas (“Ley de Concesiones”), en el Reglamento de Concesiones y en el Contrato de Concesión, la Concesionaria tiene derecho a percibir como compensación por los servicios que preste en virtud del Contrato de Concesión, las tarifas expresamente estipuladas en las BALI AMB [Ley de Concesiones, Artículo 11 en concordancia con el Artículo 37 del Reglamento de Concesiones y los Artículos 1.10.9 y 1.10.10 de las BALI AMB]. De este modo, las tarifas constituyen una forma de compensar o remunerar los servicios que presta la Concesionaria y, en este sentido, constituyen un precio de los servicios prestados por ésta.
13. En la especie, las tarifas comunicadas al Sr. Inspector Fiscal mediante carta de fecha 7 de septiembre de 2015 y publicadas en el sitio web www.nuevopudahuel.cl, conforme lo disponen las BALI AMB, cumplen con todas y cada una de las exigencias y restricciones establecidas en esas bases, según se señala a continuación, incluyendo la aplicación de la Ley del IVA, según fue expresamente respondido en las aclaraciones a las BALI AMB.
14. De conformidad con la Ley del IVA, son contribuyentes del impuesto (i.e. el sujeto de derecho u obligado) las personas naturales o jurídicas, incluyendo las comunidades y las sociedades de hecho, que realicen ventas, que presten servicios o efectúen cualquier otra operación gravada con los impuestos establecidos en la Ley del IVA [Arts. 3, 10 y 11 DL 825].
15. El sujeto económico del impuesto, quien debe soportar su recargo en el valor del precio del objeto vendido o del servicio prestado, es el comprador o beneficiario del servicio [Art. 69 DL 825]. El efecto económico del IVA no recae sobre la Concesionaria sino sobre el beneficiario del servicio. La instrucción del Inspector Fiscal altera eso y hace recaer dicho efecto sobre la Concesionaria, disminuyendo su ingreso neto, le quita una parte de la tarifa entendida como ingreso según define el propio contrato.
16. La base imponible de las ventas o servicios está constituida, salvo excepciones legales, por el valor de las operaciones respectivas [Art. 15 DL 825]. El IVA no forma parte del precio de la operación, sino que es un tributo que se aplica precisamente sobre dicho valor. El artículo 26 del Reglamento de la Ley de IVA establece expresamente y con mayor precisión que la base del impuesto está constituida por el valor de los servicios prestados.
17. Al contribuyente o sujeto de derecho le corresponde recargar el IVA sobre el precio y recaudarlo conjuntamente con éste. Al emitir la correspondiente factura por la venta o servicio debe recargar en forma separada el monto del impuesto IVA respectivo, según la tasa vigente al momento en que se devenga el impuesto [Arts. 14, 20, 52, 53, 55, 60 y 69 DL 825. SII,

Oficio 1622 de 2013]. Así, para el contribuyente vendedor o prestador de servicios, el IVA no es parte de su precio ni de sus ingresos. El IVA da lugar a una deuda con el Fisco, no incrementa el patrimonio del vendedor. Es del caso mencionar, que no está permitido por contrato modificar las reglas o el procedimiento legal para la declaración o pago del IVA, como tampoco la responsabilidad que le cabe a cada sujeto pasivo de derecho establecido en la ley, al momento de cumplir las obligaciones tributarias que impone la ley [SII, Oficio 2261/2004].

18. En concordancia con lo anterior, la cláusula 1.2.2 39) de las BALI AMB, define los “**Ingresos Comerciales**” como “el resultado de la suma de: i) todos los ingresos devengados por el Concesionario y sus personas naturales o jurídicas relacionadas ... provenientes de cualquier actividad, operación, negocio, venta y/o prestación de servicios realizados dentro del Aeropuerto o con relación a los bienes afectos a la Concesión; ii) todos los ingresos devengados o provenientes de los pagos que realizará la DGAC [...], y iii) todos los ingresos devengados provenientes de las indemnizaciones[...]. **Es decir, una suma de partidas que constituyen ingresos.** Estos, como se sabe, son aumentos del activo o disminuciones del pasivo de una empresa, con el consiguiente aumento del patrimonio o resultado de la misma. El IVA, nunca es un ingreso, en tanto se cobra a los compradores, aumenta el pasivo de la empresa (débito) con un aumento consiguiente en el activo: no cambia el patrimonio o resultado. Esto es totalmente consistente con lo dispuesto en el párrafo cuarto de la definición citada, el cual dispone: “**No se considerarán como Ingresos Comerciales los siguientes conceptos: i) Impuestos de retención y recargo...**”. En lo que interesa a este recurso, las BALI AMB completan el análisis al establecer el derecho de la Concesionaria a cobrar las tarifas que determine para los servicios aeronáuticos y no aeronáuticos [1.10.10.B.1] que explote. Estos son precisamente los elementos constitutivos de la fórmula de Ingresos Comerciales antes referida.
19. Como es de conocimiento de quienes participaron en la licitación del Aeropuerto, dentro de la instancia especialmente prevista en el proceso de licitación que corresponde a las consultas que pueden realizar los interesados al Ministerio de Obras Públicas (“MOP”) para aclarar los términos bajo los cuales contratarán los privados con el Estado de Chile, se consultó reiteradamente si las tarifas estipuladas en las BALI AMB incluían o no IVA y cada respuesta entregada por el MOP se limitó a indicar “Remítase a lo señalado en el Decreto Ley No. 825 y sus modificaciones posteriores”.
20. A partir de dicha remisión, y en particular a sus artículos 15 y 69 de la ley del IVA y el artículo 26 de su Reglamento, antes mencionados, así como de las definiciones básicas de contabilidad y de las propias definiciones del contrato de concesión [Cláusula 1.2.2 39], es claro y unívoco que el IVA debe recargarse, respecto de aquellas operaciones que estén afectas al impuesto, sobre las tarifas consideradas en las BALI AMB. Esas tarifas son los ingresos a que tiene derecho la Concesionaria y, por tanto, el precio o base sobre el que debe aplicarse el tributo. El IVA no es parte de sus Ingresos Comerciales.

3. Jurisprudencia administrativa que confirma que el IVA debe adicionarse al valor del servicio o prestación

21. La jurisprudencia de la Contraloría General de la República (“CGR”), contenida en los Dictámenes 6577/1991 y 13162/2002, resulta pertinente y puede resumirse de la siguiente manera:



- (i) Cuando se trata de una propuesta o licitación pública, dos principios relevantes de derecho público son la observancia estricta de lo dispuesto en las bases que rigen el respectivo contrato y la igualdad de los licitantes. Compete a la autoridad administrativa velar porque ambos principios sean respetados [CGR Dictamen 13162/2002];
- (ii) Las bases administrativas constituyen la fuente principal de los derechos y obligaciones tanto de la Administración como de los licitantes, de manera que su transgresión desvirtúa todo el procedimiento [CGR Dictamen 13162/2002];
- (iii) Cuando se trata del precio o tarifa de los servicios de quien se adjudica el contrato o licitación es preciso determinar si la administración estableció reglas claras y precisas [CGR Dictamen 13162/2002];
- (iv) Si ni en las bases administrativas, ni en el contrato administrativo se ha especificado en forma categórica que el precio se pacta con IVA incluido, no puede considerarse así y el tributo debe adicionarse al valor del servicio o prestación [CGR Dictamen 6577/1991];
- (v) Cuando las bases de licitación establecen en forma expresa que en el caso que existan partidas afectas a IVA, éstas se considerarán incluidas en el precio, debe cumplirse esta disposición [CGR Dictamen 6577/1991]. Es de notar que las BALI AMB no contienen disposiciones en tal sentido.

4. Las referencias genéricas del Oficio 131 a supuestos procedimientos ante “instancias de Defensa de la Libre Competencia” y a la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, resultan impertinentes

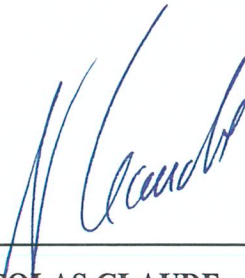
- 22. El Oficio 131 indicó que las tarifas máximas por uso de estacionamientos para vehículos habrían sido determinadas en un procedimiento “*ante las instancias de Defensa de la Libre Competencia, atendiendo [...] a la protección del usuario final, cuyos derechos se encuentran debidamente resguardados en la Ley que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, conforme a la cual los precios incluyen todos los impuestos*”.
- 23. En cuanto a la mención del Oficio 131 a procedimientos vinculados a instancias de Defensa de la Libre Competencia, hemos enfatizado que ni la Concesionaria ni sus socios han sido parte de procedimiento alguno al respecto, por lo que éstos, resultan impertinentes a la cuestión que nos ocupa. Por otro lado, los ingresos provenientes de estacionamientos son solo algunos de los ingresos de la Concesionaria afectos a IVA.
- 24. En cuanto a la mención del Oficio 131 a normas contenidas en la Ley Sobre Derechos del Consumidor en materia de informar a los consumidores precios que incluyan los impuestos, ésta resulta asimismo impertinente. Ello, porque la exigencia legal en relación con el valor de los servicios es de informar y poner en conocimiento del público el precio o tarifa por los servicios, los que se deben informar como una suma global, comprensiva del valor del bien o servicio (o costo total para el comprador o beneficiario), incluyendo los impuestos correspondientes que recarguen el precio o tarifa. La Concesionaria, sin duda alguna, debe cumplir con esta obligación de información a los usuarios de servicios que preste directamente al público. Sin embargo, lo que acá se discute no es la forma en que la

Concesionaria debe informar a los usuarios los precios o tarifas, sino cuál será en definitiva la base del impuesto, a efectos de cumplir con la obligación legal de recargar el IVA.

25. El silencio que el Oficio 154 guarda a este respecto debe entenderse como que el Sr. Inspector Fiscal ha abandonado estos argumentos.
26. En definitiva, no existe duda alguna que cuando el Contrato de Concesión establece tarifas máximas en relación a servicios afectos a IVA, se trata de valores que constituyen el precio del servicio y la base de los ingresos de los Ingresos Comerciales, según el Contrato de Concesión, y, por lo tanto, la base sobre la cual debe aplicarse el IVA, en conformidad con el mencionado contrato y la Ley del IVA.

Petición concreta

Solicito al Sr. Director General de Obras Públicas, en atención a los fundamentos de hecho y de derecho anteriores, tener por interpuesto recurso de apelación, acogerlo a tramitación y en definitiva acogerlo, dejando sin efecto el Oficio 154 y el Oficio 131 ya indicados, y declarando que (i) las tarifas máximas del Contrato de Concesión son valores a los que debe agregarse el IVA cuando se trata de servicios afectos a este tributo; y que (ii) las tarifas comunicadas por esta Concesionaria mediante carta del 7 de septiembre de 2015, se ajustan al Contrato de Concesión y a derecho.



NICOLAS CLAUDE

Cédula de identidad para extranjeros 25.020.727-1
pp. Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A.

Adj.

- 1.- Oficio Ordinario 154/15 del Sr. Inspector Fiscal de fecha 15 de octubre de 2015
- 2.- Oficio Ordinario 131/15 del Sr. Inspector Fiscal de fecha 30 de septiembre de 2015
- 3.- Carta de fecha 7 de septiembre de 2015 enviada por Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. al Sr. Inspector Fiscal.
- 4.- Copia de la escritura pública de fecha 22 de julio de 2015, otorgada en la Notaría de Santiago de don Eduardo Avello Concha, en que consta personería de don Nicolas Claude para representar a la apelante.
- 5.- Escrito de reposición presentado ante el Sr. Inspector Fiscal con fecha 7 de octubre de 2015.