



Jorge PACHECO DE LA FUENTE
Inspector Fiscal de Construcción
Aeropuerto Internacional AMB de Santiago
División de Explotación de Obras
Concesionadas
Ministerio de Obras Públicas
Merced 753, entpiso
SANTIAGO

7 de Octubre de 2015

Ref : NP-ADM-NC-RP-2015-249

Objeto: Interpone Recurso de Reposición

NICOLAS CLAUDE, gerente general, cédula de identidad para extranjeros N°25.020.727-1, en representación, como se acreditará, de **SOCIEDAD CONCESIONARIA NUEVO PUDAHUEL S.A.** ("**Concesionaria**"), ambos domiciliados para estos efectos en Andres Bello 2777, Piso 8, Las Condes, ciudad de Santiago, a Ud. respetuosamente digo:

Conforme a lo establecido en los artículos 3 y 15 de la Ley N° 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado y del artículo 42 del Reglamento de la Ley de Concesiones contenida en el Decreto Supremo N° 956 de 1997 ("**Reglamento de Concesiones**"), vengo en interponer Reposición Administrativa en contra del Oficio Ordinario N°131 de 30 de septiembre de 2015 del Inspector Fiscal del Contrato de Concesión Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez ("**Oficio 131**" y "**Contrato de Concesión**", respectivamente), a objeto que lo señalado en dicho oficio sea enmendado de la forma que se consigna en el cuerpo del presente escrito.

Lo anterior, pues la Concesionaria ha dado estricto cumplimiento a lo dispuesto en las Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez" ("**BALI AMB**") en cuanto a la determinación de las tarifas aplicables a los servicios que preste a contar del 1 de octubre de 2015. Ello por cuanto, ha fijado las tarifas en un valor no superior a las tarifas máximas, y sobre dicho monto ha aplicado el Impuesto al Valor Agregado ("**IVA**") correspondiente, tal y como lo exige el Decreto Ley N° 825 de 1974 ("**DL 825**" o "**Ley del IVA**"). Dicho impuesto, se aplica sobre el precio o valor de los servicios, que en este caso corresponden a las tarifas definidas por la Concesionaria de acuerdo con las BALI AMB.

I. Antecedentes

1. Con fecha 30 de septiembre de 2015 se notificó a la Concesionaria el Oficio 131, mediante el cual el Inspector Fiscal declara 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 se agrega a las tarifas máximas fijadas en las Bases de Licitación un cargo de IVA, que, en opinión del Inspector Fiscal, resultaría improcedente en el marco del Contrato de Concesión.

II. Fundamentos de hecho y de derecho del recurso de reposición

2. Respecto a los argumentos señalados por el Inspector Fiscal en la actuación objeto del presente recurso, procederemos a analizar y desarrollar los fundamentos de hecho y de derecho que demuestran la improcedencia de las declaraciones de juicio y conclusiones del Inspector Fiscal contenidas en el Oficio 131.

1. 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

3. 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.
4. En la especie, las tarifas comunicadas al 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 las **BALI AMB**, según se señala a continuación.
5. 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].

6. 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].
7. 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. De igual manera, el artículo 26 del Reglamento de la Ley de IVA establece expresamente que la base del impuesto está constituida por el valor de los servicios prestados.
8. 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].
9. 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.**
10. 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*”.

11. En todo caso, a partir de dicha remisión, y en particular a sus artículos 15 y 69, antes mencionados, así como de las definiciones básicas de contabilidad y de las propias definiciones del contrato de concesión [Cláusula 1.2.2 39], no queda más que concluir que el IVA debía 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.

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

12. 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.

3. Las referencias genéricas 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

13. El Oficio 131 indica 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”.

14. En cuanto a la mención del Oficio 131 a procedimientos vinculados a instancias de Defensa de la Libre Competencia, debemos enfatizar 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.
15. En cuanto a la mención 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 de 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.

III. Documentos que se acompañan

El Poder del Sr. Nicolás Claude para representar a la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., el que consta de escritura pública de fecha 22 de julio de 2015, otorgada en la Notaría de Santiago de don Eduardo Avello Concha.

Petición concreta

Solicito a Ud., en atención a los fundamentos de hecho y de derecho anteriores, tener por interpuesto recurso de reposición y reconsiderar y corregir las conclusiones contenidas en el Oficio Ordinario N° 131 de 30 de septiembre de 2015 y declarar que las tarifas comunicadas a Ud. 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.

