

HONORABLE PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES

SOCIEDAD CONCESIONARIA NUEVO PUDAHUEL S.A.

c.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS

DISCREPANCIA

TARIFAS MÁXIMAS E IVA

Mayo de 2017

En lo principal, somete discrepancia de carácter económico a consideración del Honorable Panel Técnico y solicita recomendación; **en el primer otrosí**, acompaña documentos y antecedentes fundantes de la solicitud; **en el segundo otrosí**, personería; **en el tercer otrosí**, propone diligencias; **en el cuarto otrosí**, reserva de derechos; **en el quinto otrosí**, acompaña copia digital de presentación; **en el sexto otrosí**, patrocinio y poder.

Honorable Panel Técnico

NICOLAS ETIENNE MARCEL CLAUDE, gerente general, en representación de la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. (“**Concesionaria**” o “**Nuevo Pudahuel**”), del giro de su denominación, todos domiciliados para estos efectos en el Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago, Terminal Nacional de Pasajeros, Rotonda Oriente, 4° piso, comuna de Pudahuel, Santiago, a este Honorable Panel Técnico (“**H. Panel Técnico**”) respetuosamente digo:

Que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 36 y siguientes del Decreto Supremo N° 900 de 1996 del Ministerio de Obras Públicas (“**MOP**”), Ley de Concesiones de Obras Públicas (“**Ley de Concesiones**”), y de los artículos 107 y siguientes del Decreto Supremo N° 956 de 1997, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas (“**Reglamento de Concesiones**”), someto a la consideración y pronunciamiento de este H. Panel Técnico una discrepancia de carácter económico que describiré a continuación, y que ha surgido entre mi representada y el MOP durante la ejecución del Contrato de Concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago” (“**Contrato de Concesión**” o la “**Concesión**”).

A efectos de facilitar la lectura de esta presentación, dividiré la misma en las siguientes secciones y subsecciones:

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I. LA DISCREPANCIA DE CARÁCTER ECONÓMICO QUE SOMETO AL PRONUNCIAMIENTO DE ESTE HONORABLE PANEL TÉCNICO TIENE SU ORIGEN EN UNA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN ARBITRARIA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN POR PARTE DEL MOP	3
II. ANTECEDENTES DE LA CONCESIÓN Y DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.....	6
III. LAS ACTUACIONES DEL MOP QUE HAN DADO LUGAR A LA DISCREPANCIA QUE SE SOMETE AL CONOCIMIENTO DEL H. PANEL TÉCNICO	9
IV. LA APLICACIÓN DE LAS TARIFAS MÁXIMAS POR PARTE DE NUEVO PUDAHUEL SE AJUSTA Estrictamente A LA LEY DE CONCESIONES Y AL CONTRATO DE CONCESIÓN	13
1. La Ley de Concesiones y el Reglamento de Concesiones establecen que el cobro de Tarifas Máximas constituye la retribución a que tiene derecho la Concesionaria como contraprestación por los Servicios Regulados	13
2. Las BALI confirman que las Tarifas Máximas constituyen la retribución a que tiene derecho la Concesionaria por la prestación de los Servicios Regulados	14
V. POR REGLA GENERAL LAS TARIFAS MAXIMAS NO INCLUYEN IVA	16
1. La Ley del IVA demuestra inequívocamente que dicho impuesto debe recargarse sobre el valor de las tarifas máximas definidas en las BALI	16
2. La interpretación del SII y de la Contraloría General de la República confirman que las Tarifas Máximas por los Servicios Regulados no incluyen IVA	18
VI. LAS BALI CONFIRMAN QUE LAS TARIFAS MÁXIMAS APLICABLES A LOS SERVICIOS REGULADOS NO INCLUYEN IVA	20
VII. EN OTRAS CONCESIONES AEROPORTUARIAS, LAS TARIFAS MÁXIMAS TAMPOCO INCLUYEN IVA, SALVO CUANDO EL MOP DEFINE LO CONTRARIO EN EL CONTRATO	25
VIII. NO ES EFECTIVO QUE “TARIFA MÁXIMA” SEA SINÓNIMO DE “VALOR FINAL”	28
IX. LA INVOCACIÓN DEL MOP DEL ARTÍCULO 1.10.10, LETRA A.4. DE LAS BALI, CONSTITUYE UNA DEMOSTRACIÓN DE LA ARBITRARIEDAD DE SU POSTURA	29
X. SI EXISTIERE CUALQUIER AMBIGÜEDAD O DUDA EN LAS BALI, LO QUE DESCARTO, EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y LA DETERMINACIÓN DE LAS TARIFAS MÁXIMAS DEBEN INTERPRETARSE CONTRA EL REDACTOR DEL MISMO	32
XI. COMPETENCIA DEL HONORABLE PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES Y ADMISIBILIDAD DE LA SOLICITUD	34

I. LA DISCREPANCIA DE CARÁCTER ECONÓMICO QUE SOMETO AL PRONUNCIAMIENTO DE ESTE HONORABLE PANEL TÉCNICO TIENE SU ORIGEN EN UNA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN ARBITRARIA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN POR PARTE DEL MOP

1. Nuevo Pudahuel es la sociedad titular del Contrato de Concesión que tiene por objeto la construcción de las obras de ampliación del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago (“**Aeropuerto de Santiago**”), así como las labores de conservación y mantenimiento establecidas en dicho contrato. Lo anterior a cambio de su explotación y cobro de tarifas a los usuarios como legítima retribución de las inversiones que efectúe la Concesionaria. Este contrato le fue adjudicado luego de un extenso proceso de licitación internacional que se perfeccionó con la publicación en el Diario Oficial, con fecha 21 de abril de 2015, del Decreto Supremo MOP N° 105, de 12 de marzo de 2015, que adjudicó el Contrato de Concesión (“**Licitación**” y “**Decreto de Adjudicación**”, respectivamente).
2. En relación a las condiciones económicas del Contrato de Concesión, las Bases de Licitación del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago (“**BALI**”) establecieron el derecho de la Concesionaria a cobrar por la prestación de los Servicios Aeronáuticos y No Aeronáuticos Comerciales.
3. El MOP estableció tarifas máximas para 7 de estos Servicios Aeronáuticos y No Aeronáuticos Comerciales Obligatorios: (i) Sistema de embarque/desembarque¹; (ii) Servicios en plataforma²; (iii) Estacionamientos públicos para vehículos en general³; (iv) Estacionamientos para trabajadores del Aeropuerto⁴; (v) Sistema de procesamiento de pasajeros/equipaje⁵; (vi) Servicio de gestión de la infraestructura asociada al transporte

¹ BALI (**Anexo NP-01**), Artículo 1.10.9.1 literal a).

² *Ibíd.*, Artículo 1.10.9.1 literal c).

³ *Ibíd.*, Artículo 1.10.9.3.1 literal c).

⁴ *Ibíd.*, Artículo 1.10.9.3.1 letra e).

⁵ *Ibíd.*, Artículo 1.10.9.3.1 letra f).

público⁶; y (vii) Servicio de gestión de terminales de carga⁷ (conjuntamente “**Servicios Regulados**”).

4. Algunos de estos Servicios Regulados -en particular, los servicios de embarque/desembarque, estacionamientos públicos para vehículos en general, estacionamientos para trabajadores del Aeropuerto, gestión de infraestructura de transporte público, y sistema de procesamiento de pasajeros/equipaje-, están por ley gravados con el Impuesto al Valor Agregado (“IVA”), en virtud del Decreto Ley No. 825 y sus modificaciones posteriores (“**Ley del IVA**”).
5. La discrepancia de carácter económico que se somete a la consideración y pronunciamiento del H. Panel Técnico dice relación con **la forma en que deben entenderse las tarifas máximas definidas en las BALI respecto a los Servicios Regulados sujetos a IVA (“Tarifas Máximas”)**.
6. La posición de la Concesionaria es que el IVA es un impuesto de recargo que debe aplicarse por sobre la cantidad de dinero expresada en las BALI para las Tarifas Máximas, no encontrándose dicho tributo ya incorporado en las mismas, contrariamente a lo que sostiene el MOP en forma errada y sin fundamento.
7. Como se puede apreciar, estamos frente a una cuestión central para el equilibrio económico y financiero de la Concesión, lo que fundamenta y justifica el sometimiento de esta discrepancia al H. Panel Técnico. De primar la postura del MOP, existirá un detrimento económico sustancial para esta Concesionaria. Se debe tener presente que Nuevo Pudahuel tiene derecho a obtener, como contraprestación por los servicios que presta en virtud del Contrato de Concesión, un porcentaje de los Ingresos Totales de la Concesión, los que se componen por la sumatoria de los Ingresos Comerciales y los ingresos por Pasajero Embarcado. Las Tarifas Máximas constituyen parte de los Ingresos Comerciales.

⁶ Ibid., Artículo 1.10.9.3.1 letra g).

⁷ Ibid., Artículo 1.10.9.3.1 letra j).

8. Como veremos a lo largo de esta presentación, la controversia no admite dos interpretaciones: el IVA debe recargarse sobre la tarifa aplicada por la Concesionaria en el caso que los Servicios Regulados se encuentren afectos a dicho impuesto, de modo que si, por ejemplo, se cobra la tarifa máxima, el IVA deberá aplicarse sobre aquella cantidad definida en las BALI como Tarifa Máxima. En otras palabras, las Tarifas Máximas indicadas en las BALI no incluyen IVA.
9. La postura del MOP en cuanto a que las Tarifas Máximas incluyen el IVA constituye una grave y arbitraria modificación unilateral de la legítima contraprestación a que tiene derecho la Concesionaria en virtud del Contrato de Concesión.
10. Ella configura, además, una contravención a la Ley de IVA, que establece que dicho tributo es un impuesto de recargo, que debe ser adicionado a las tarifas, salvo en aquellos casos en que las partes de un contrato expresamente establezcan que el IVA se debe entender incorporado a las mismas.
11. En el caso que nos ocupa, las BALI no establecen expresamente que las Tarifas Máximas tengan incorporado el IVA, por lo que debe entenderse que, por aplicación de la regla general en esta materia, a las Tarifas Máximas debe adicionarse el mencionado impuesto de recargo.
12. A la época de la Licitación, la interpretación de la Ley de IVA por parte del Servicio de Impuestos Internos (“SII”) y la Contraloría General de la República (“CGR”), era clara y precisa en el sentido que las tarifas por servicios no incluyen el IVA, salvo que las partes de un contrato estipulasen expresamente lo contrario.
13. Cabe destacar que la postura del MOP representa además un injustificado cambio de criterio respecto de la posición sostenida por el propio MOP en al menos tres licitaciones de concesiones aeroportuarias, tanto anteriores como posteriores a la Licitación, en las que ha reconocido la aplicación de la regla general en esta materia y se ha declarado que las tarifas máximas no incluyen IVA.

14. Dentro de esos casos se incluye el precedente más importante que pudieron tener en consideración los licitantes: el anterior proceso de licitación del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago en el año 1997 (“**Licitación de 1997**”), en el que las tarifas máximas no incluían IVA.
15. En definitiva, la interpretación arbitraria y unilateral del MOP que da origen a esta discrepancia económica, importa alterar un elemento de la esencia del Contrato de Concesión, esto es, la legítima contraprestación a que tiene derecho la Concesionaria por las inversiones realizadas y que continuará realizando en el Aeropuerto de Santiago por los servicios que presta. De hecho, de prosperar la interpretación del MOP se afectaría de manera sustancial el equilibrio económico y financiero de la Concesión.

II. ANTECEDENTES DE LA CONCESIÓN Y DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

16. El Aeropuerto de Santiago es el principal terminal aéreo del país, concentrando los mayores movimientos de pasajeros y de carga⁸. El plan de desarrollo físico que está llevando a cabo la Concesionaria, sujeto a los más altos estándares internacionales, permitirá que el recinto responda a la demanda de pasajeros y a las operaciones proyectadas para el año 2035⁹. Para ello se contempla la construcción de un nuevo edificio terminal internacional de pasajeros de 175.000 m²; la remodelación del terminal existente para tráfico nacional de 110.000 m²; la construcción de estacionamientos para vehículos, de calles de rodaje y nuevas plataformas de estacionamiento de aeronaves, y de edificios para los servicios públicos y el mantenimiento de todas las obras preexistentes; así como la explotación, operación y administración de las obras dentro del área de Concesión, entre otras¹⁰. Esta iniciativa

⁸ BALI, Artículo 1.3.

⁹ BALI, Artículo 1.7.6.

¹⁰ BALI, Artículo 2.5.

pública implica una inversión cuyo presupuesto oficial estimado es de 14.980.000 Unidades de Fomento¹¹.

17. La Licitación tuvo carácter internacional y en ella participaron importantes actores de la industria aeroportuaria. Entre ellos, el consorcio Nuevo Pudahuel, conformado por Aéroports de Paris Management Société Anonyme (“ADPM”) –filial de Groupe ADP– y VINCI Airports S.A.S. (“VINCI Airports”), consorcio que resultó posteriormente adjudicatario de la concesión (“Consortio”).

18. Groupe ADP y VINCI Airports son operadores de aeropuertos ampliamente reconocidos a nivel mundial. Groupe ADP opera directa o indirectamente 21 aeropuertos en el mundo, con un total de 243 millones de pasajeros en 2016, entre ellos los aeropuertos Charles de Gaulle y Orly, principales aeropuertos de Francia, el aeropuerto de Estambul en Turquía y el aeropuerto de Santiago de Chile. Por su parte, VINCI Airports participa de la explotación de 35 aeropuertos alrededor del mundo, 13 en Francia, 10 en Portugal, entre ellos el de Lisboa, 3 en Camboya, 6 en República Dominicana, 2 en Japón y 1 en Chile, con un total de 132 millones de pasajeros transportados en 2016. A VINCI Airports y ADPM se sumó Astaldi Concessioni S.P.A., una empresa dedicada a la construcción, con operaciones en alrededor de 100 países y una amplia experiencia en aeropuertos, como accionista de la Concesionaria. La indudable experiencia de las empresas que conformaron el Consortio se vio reflejada en la evaluación de sus ofertas. En efecto, el Consortio obtuvo tanto la mejor calificación técnica¹² como económica de los cuatro licitantes cuyas ofertas fueron aceptadas¹³.

¹¹ BALI, Artículo 1.4.3.

¹² Acta de Evaluación de Ofertas Técnicas Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, de fecha 2 de febrero de 2014. (**Anexo NP-02**).

¹³ Acta de Apertura de las Ofertas Económicas de la Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, a ejecutar por el Sistema de Concesiones, de fecha 4 de febrero de 2015. (**Anexo NP-03**).

19. El Estado de Chile celebró con Nuevo Pudahuel el Contrato de Concesión¹⁴ en virtud de las facultades otorgadas al MOP por la ley¹⁵, siendo el Decreto de Adjudicación firmado por los Ministros de Obras Públicas, Hacienda y por el Presidente de la República. De este decreto tomó posteriormente razón la CGR en su control de legalidad. Finalmente, fue publicado en el Diario Oficial.
20. Cabe destacar que, de acuerdo a la doctrina chilena, este Contrato de Concesión tiene el carácter de administrativo¹⁶ y ha sido definido como el *“acuerdo de voluntades entre la Administración y un tercero, por el que éste se obliga a construir una obra pública a su costa, cobrando a su favor, durante cierto tiempo tarifas a los usuarios, consistiendo en que su participación quede regulada por un régimen especial de Derecho Público”*¹⁷.
21. Asimismo, es un contrato bilateral, oneroso y conmutativo y, por ende, no puede ser modificado unilateralmente por las partes contratantes^{18,19}.
22. La Excma. Corte Suprema, por su parte, ha señalado que el contrato de concesión de obra pública da origen a relaciones jurídicas de derecho público y privado, siendo de derecho privado la relación entre el concesionario y el usuario, y de derecho público, la relación entre

¹⁴ RUFIAN LIZANA, Dolores. Manual de concesiones de obras públicas. Santiago, Chile, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 24. “un contrato por el cual una persona administrativa (el concedente) encarga a otra persona (natural o jurídica) privada (el concesionario) gestionar y hacer funcionar a su riesgo y ventura un servicio público o gestión pública, proporcionándole ciertas ventajas y en particular, la percepción de tarifas pagadas por los usuarios”.

¹⁵ DFL 850 de Obras Públicas, artículo 87 en concordancia con el artículo 1° de la Ley de Concesiones.

¹⁶ MORAGA KLENNER, Claudio. Contratación Administrativa. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2007 p.165.

¹⁷ Dictamen de la Contraloría General de la República, número 33.411, de fecha 10 de septiembre de 1999. (Anexo NP-04).

¹⁸ Se exceptúa de esta regla, la facultad que tiene el MOP para modificar el Contrato de Concesión por razones de interés público, lo cual da derecho a la concesionaria a obtener una compensación económica por los costos adicionales en que incurriere, de conformidad con el artículo 19 de la Ley de Concesiones, en concordancia con el artículo 69 del Reglamento de Concesiones.

¹⁹ De conformidad al artículo 1545 del Código Civil, “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

el concesionario y el Estado²⁰. Lo anterior se condice con el artículo 21 de la Ley de Concesiones.

23. Como consecuencia de la celebración del Contrato de Concesión, surgió para el Estado la obligación de pagar a la Concesionaria el precio convenido como contraprestación por las actividades de construcción y conservación desarrolladas por Nuevo Pudahuel. Asimismo, nació para esta última el derecho a “cobrar a los usuarios de tales obras y servicios las tarifas establecidas en el contrato de concesión”²¹.
24. De este modo, las tarifas que la Concesionaria tiene derecho a cobrar a los usuarios, incluyendo las establecidas para los Servicios Regulados, constituyen para aquella la contraprestación por los servicios que presta al Estado en virtud del Contrato de Concesión.

III. LAS ACTUACIONES DEL MOP QUE HAN DADO LUGAR A LA DISCREPANCIA QUE SE SOMETE AL CONOCIMIENTO DEL H. PANEL TÉCNICO

25. El día 21 de abril de 2015 se perfeccionó el Contrato de Concesión y se inició el plazo de éste con la publicación en el Diario Oficial del Decreto de Adjudicación. Posteriormente, el 1° de octubre de 2015 la Concesionaria inició la operación del Aeropuerto de Santiago.
26. En estricto cumplimiento de las BALI, los días 24 de agosto y 7 de septiembre de 2015, antes que la Concesionaria asumiera la operación del Aeropuerto de Santiago, Nuevo Pudahuel informó las tarifas de los Servicios Regulados que prestaría a los usuarios a contar del 1 de

²⁰ Sentencia de la Excm. Corte Suprema Número de Ingreso de Corte 6370-2009, “Bravo Cisternas, Fredy y otros con Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A”, de fecha 17 de agosto de 2011. (Anexo NP-05).

²¹ RUFIAN LIZANA, Dolores. Manual de concesiones de obras públicas. Santiago, Chile, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 24.

octubre de 2015 y para el año 2016^{22,23}. Dichas tarifas fueron publicadas en el sitio www.nuevopudahuel.cl²⁴.

27. Varias semanas después que la Concesionaria informara las tarifas que aplicaría a los Servicios Regulados, y apenas horas antes que la Concesionaria asumiera la operación del Aeropuerto de Santiago, el Inspector Fiscal de la Concesión comunicó la existencia de supuestos errores en la determinación de éstas, mediante el Oficio Ord. N°131/15 de 30 de septiembre de 2015²⁵ (“**Oficio IF N°131**”). A criterio del Inspector Fiscal, la información comunicada por la Concesionaria daba cuenta de *“un cargo de IVA que resulta improcedente en el marco de la presente contratación”*.
28. La Concesionaria impugnó lo resuelto en el Oficio IF N°131, a través de un recurso de reposición administrativo, con fecha 7 de octubre de 2015²⁶.
29. Mediante Oficio Ord. N°154/15, de 15 de octubre de 2015²⁷, el Inspector Fiscal rechazó el recurso de reposición señalando que *“conforme a la normativa contractual, dado su carácter de máximas, [las tarifas] constituyen valores finales que han de considerar todo eventual incremento asociado”*, sustentando su rechazo en que la Concesionaria no había acompañado nuevos antecedentes.

²² Carta de Nuevo Pudahuel en relación a la obra pública fiscal “Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago” (“Carta Nuevo Pudahuel”), referencia: NP-ADM-NC-RP-2015-132, de fecha 24 de agosto de 2015 (**Anexo NP-06**).

²³ Carta de Nuevo Pudahuel, referencia: NP-ADM-NC-RP-2015-154, de fecha 7 de septiembre de 2015 (**Anexo NP-07**).

²⁴ Acta y certificado emitido por la Notario Público doña Margarita Moreno Zamorano, de la Vigésima Séptima Notaría de Santiago, en la que consta la publicación de las tarifas en el sitio www.nuevopudahuel.cl, de fecha 16 de septiembre de 2015. (**Anexo NP-08**).

²⁵ Oficio Ordinario del Inspector Fiscal -MOP- de la Concesión denominada “Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago” (“Oficio Ordinario Inspector Fiscal”), número 131, de fecha 30 de septiembre de 2015. (**Anexo NP-09**).

²⁶ Carta Nuevo Pudahuel, referencia: NP-ADM-NC-RP-2015-249, de fecha 7 de octubre de 2015 (**Anexo NP-10**), mediante la cual la Concesionaria interpone recurso de reposición administrativa en contra del Oficio IF N°131.

²⁷ Oficio Ord. del Inspector Fiscal, N° 154, de fecha 15 de octubre de 2015. (**Anexo NP-11**).

30. Contra esta resolución, cuya única afirmación era una tautología que no resolvía la controversia en su mérito, la Concesionaria dedujo ante el Director General de Obras Públicas (“**DGOP**”) recurso de apelación administrativo con fecha 20 de octubre de 2015²⁸.
31. Finalmente, y luego de transcurrido prácticamente un año desde la interposición del recurso de apelación por parte de la Concesionaria²⁹, el DGOP, a través del Oficio Ord. N°1102, notificado el 19 de octubre de 2016³⁰ (“**Oficio DGOP N°1102**”), rechazó la apelación y concluyó que estaba “[...] *claramente establecido desde el punto de vista contractual que las tarifas máximas fijadas en el pliego de condiciones constituían los valores finales que los licitantes se encontraban facultados para cobrar a los usuarios por la prestación de tales servicios*” (énfasis agregado) y que, por tanto, las tarifas máximas incluían IVA.
32. El Oficio DGOP N°1102 sostuvo que, en virtud del Reglamento de Concesiones³¹, la Concesionaria no está facultada a cobrar tarifas superiores a las autorizadas por el Contrato de Concesión. Sostuvo, además, que las Tarifas Máximas que la Concesionaria se encuentra autorizada a cobrar se fijaron en el artículo 1.10.9 de las BALI y que el artículo 1.10.10 literal B.1 de éstas, contempla multas en caso que se cobren tarifas superiores a las máximas autorizadas, infracción que, en caso de ocurrir tres veces, constituiría una causal de extinción de la Concesión por incumplimiento grave según el artículo 1.13.2.1 de las mismas BALI. También adujo que el cobro de tarifas se encuentra sometido a las normas de derecho público, según se desprende del párrafo 1° del artículo 21 de la Ley de Concesiones. A este respecto, la argumentación del DGOP constituye una declaración de principios, pues, en buena medida, se limita a reiterar normas que prohíben el cobro de tarifas superiores a las

²⁸ Carta Nuevo Pudahuel, referencia: NP-ADM-NC-RP-2015-279, de fecha 20 de octubre de 2015 (**Anexo NP-12**), mediante la cual la Concesionaria deduce recurso de apelación contra el Oficio Ord. N° 154/15, de 15 de octubre de 2015.

²⁹ En abierta infracción al Reglamento de Concesiones, el cual dispone en el numeral 2 del artículo 42, que dicha apelación debía resolverse en un plazo no mayor a 10 días hábiles y al art. 23 de la Ley 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, que establece la obligación de la Administración de cumplir con los plazos legales de tramitación de los asuntos.

³⁰ Oficio Ordinario del Director General de Obras Públicas, número 1102, de fecha 19 de octubre de 2016. (**Anexo NP-13**).

³¹ Artículo 61 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

Tarifas Máximas, en circunstancias que no sirven de fundamento para sustentar que las Tarifas Máximas sí incluirían el IVA.

33. Agrega también el DGOP que, en virtud del artículo 1.10.10 literal A.4 de las BALI, los impuestos a que pudiera estar afecta la prestación y explotación de los Servicios Aeronáuticos y no Aeronáuticos serían de cargo de la Concesionaria, concluyendo así que las Tarifas Máximas autorizadas en las BALI constituyen los “valores finales” que la Concesionaria se encontraría facultada a cobrar a los usuarios y que éstos “*debían considerar todo eventual incremento asociado, incluyendo el IVA*”.
34. Por último, el citado pronunciamiento del DGOP hace referencia a la definición de Ingreso Comercial contenida en el N°39 del artículo 1.2.1 de las Bases de Licitación y al artículo 7 de la Ley de Concesiones en cuanto a que las tarifas ofrecidas “*serán entendidas como tarifas máximas, por lo que el concesionario podrá reducirlas*”, referencias que, como acreditaremos más adelante, no permiten sustentar la postura del MOP.
35. Con fecha 7 de noviembre de 2016, en atención al rechazo de la apelación por parte del DGOP, el Inspector Fiscal solicitó, mediante anotación en el Libro de Obras³², que la Concesionaria presentara “*una propuesta que describa las acciones, plazos y todos sus alcances, para enmendar el valor de los ingresos comerciales declarados para el período de octubre de 2015 a la fecha, en un plazo no superior a 10 días [...]*”. De este modo, la Concesionaria recibía, por primera vez, una instrucción explícita por parte del Inspector Fiscal tendiente a que modificara los valores que estaba cobrando por sus servicios.
36. Dicha instrucción implicaba un impacto económico relevante, tanto para el futuro de la Concesión como respecto de las operaciones pasadas, dado su pretendido efecto retroactivo a octubre de 2015. En respuesta a la anotación, la Concesionaria solicitó a la Inspección Fiscal, el día 14 de noviembre de 2016, mediante carta NP-1295³³, un aumento de plazo de

³² Libro de Obras, de la obra pública fiscal “Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago”, Folios 36 y 37, de fecha 07 de noviembre de 2016. (**Anexo NP-14**).

³³ Carta Nuevo Pudahuel, referencia: NP-ADM-NC-RP-2016-1295, de fecha 14 de noviembre de 2016. (**Anexo NP-15**).

la orden indicada. Mediante Oficio 1548/16³⁴ se amplió dicho plazo hasta el 31 de diciembre de 2016, el que fue luego prorrogado hasta el 31 de marzo de 2017, mediante Oficio 1784/16 de 28 de diciembre de 2016³⁵. A la fecha de esta presentación, y ante una nueva solicitud de la Concesionaria, ese plazo se encuentra prorrogado hasta el 15 de mayo de 2017, conforme al Oficio 462/17 de 29 de marzo de 2017³⁶.

37. Como se puede apreciar, la presente discrepancia no ha podido ser resuelta de otro modo, por lo que recurro ante el H. Panel Técnico para que emita su recomendación.

IV. LA APLICACIÓN DE LAS TARIFAS MÁXIMAS POR PARTE DE NUEVO PUDAHUEL SE AJUSTA ESTRICTAMENTE A LA LEY DE CONCESIONES Y AL CONTRATO DE CONCESIÓN

1. La Ley de Concesiones y el Reglamento de Concesiones establecen que el cobro de Tarifas Máximas constituye la retribución a que tiene derecho la Concesionaria como contraprestación por los Servicios Regulados

38. Uno de los elementos esenciales del contrato de concesión, y clave del éxito que ha tenido el sistema de concesiones chileno, es la certeza jurídica en cuanto al derecho del concesionario a pagarse de la inversión y de los costos operacionales en que ha incurrido, a través de las tarifas a los usuarios, así como de otras compensaciones estipuladas en el contrato. Este derecho a cobrar tarifa por parte del concesionario está consagrado en el artículo 11 de la Ley de Concesiones, que indica:

³⁴ Oficio Ordinario del Inspector Fiscal, número 1548, de fecha 16 de noviembre de 2016. (**Anexo NP-16**).

³⁵ Oficio Ordinario del Inspector Fiscal número 1784, de fecha 28 de diciembre de 2016 (**Anexo NP-17**) se pronunció sobre la solicitud planteada en la Carta Nuevo Pudahuel, número 1555, referencia: NP-ADM-NC-RP-2016-1555, de fecha 23 de diciembre de 2016. (**Anexo NP-18**).

³⁶ Oficio Ordinario del Inspector Fiscal número 462, de fecha 29 de marzo de 2017 (**Anexo NP-19**) que se pronunció sobre la solicitud planteada en la Carta Nuevo Pudahuel, referencia: NP-ADM-NC-RP-2017-476, de fecha 28 de marzo de 2017. (**Anexo NP-20**).

“El concesionario percibirá como única compensación por los servicios que preste, el precio, tarifa o subsidio convenidos y los otros beneficios adicionales expresamente estipulados. El concesionario no estará obligado a establecer exenciones en favor de usuario alguno”. (Énfasis agregado).

39. Este derecho también se encuentra consagrado en el Reglamento de Concesiones, en especial en su artículo 1° numeral 3:

“La Concesión comprenderá:

c) El cobro de tarifas que pagarán los usuarios de los servicios básicos y de los servicios complementarios”.

40. En este contexto, el artículo 3 del Reglamento de Concesiones define “Tarifa”, como la *“contraprestación del servicio básico prestado por el concesionario regulado en el contrato de concesión”*. Esta misma norma define en su numeral 25 “Servicios Básicos” como *“todos aquellos que comprenden el objeto específico de la concesión y que sean imprescindibles y por los cuales el concesionario está autorizado a cobrar la tarifa”*.

41. En este mismo sentido, el Reglamento de Concesiones señala en su artículo 54 literal c), al referirse al alcance de los derechos del concesionario durante la etapa de explotación, lo siguiente: *“La etapa de explotación comenzará con la puesta en servicio provisoria de las obras, comprendiendo esta etapa lo siguiente: c) El cobro de tarifas que pagarán los usuarios de los servicios básicos y los precios por los otros servicios que esté autorizado a prestar el concesionario en virtud del contrato de concesión”*.

2. Las BALI confirman que las Tarifas Máximas constituyen la retribución a que tiene derecho la Concesionaria por la prestación de los Servicios Regulados

42. El derecho legal de la Concesionaria a obtener una retribución por los servicios que presta en virtud del Contrato de Concesión encuentra su correlato en las BALI, las que establecen el derecho a obtener como contraprestación un porcentaje de los Ingresos Totales de la

Concesión. Dichos Ingresos Totales se constituyen por la suma de los Ingresos Comerciales más los Ingresos por Pasajero Embarcado³⁷.

43. Cabe destacar que todos los ingresos obtenidos por la Concesionaria como consecuencia de la prestación de los Servicios Aeronáuticos y no Aeronáuticos Comerciales forman parte de los Ingresos Comerciales de la Concesionaria.

“39) **Ingresos Comerciales:** Es el resultado de la suma de: i) todos los ingresos obtenidos por el Concesionario como consecuencia de la prestación y explotación comercial de los Servicio 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 presentes Bases de Licitación del Área de Concesión; y ii) los pagos que realizará la DGAC al Concesionario por concepto de Almacén de Venta Libre o Duty Free Shop definidos en el artículo 1.14.1 de las presentes Bases de Licitación. No se considerarán como Ingresos Comerciales los siguientes conceptos: impuestos de retención y recargo, reversaciones de ventas, reversaciones de compras, recuperación por consumos de agua potable, eléctrica y gas e indemnizaciones”.

44. De este modo, los Servicios Regulados forman parte de los Ingresos Comerciales y, en consecuencia, las Tarifas Máximas que tiene derecho a cobrar la Concesionaria a los usuarios por los servicios que presta, constituyen la legítima retribución en virtud del Contrato de Concesión³⁸.
45. Conforme al numeral 39 del artículo 1.2.2 de las BALI, los impuestos de retención y de recargo no forman parte de los Ingresos Comerciales. La citada norma expresamente establece: “*No se considerarán como Ingresos Comerciales los siguientes conceptos: i) Impuestos de retención y recargo [...]*”.
46. En síntesis, es posible concluir que, conforme a lo dispuesto en la Ley de Concesiones, el Reglamento de Concesiones y en las BALI: (i) Nuevo Pudahuel tiene derecho a fijar y a cobrar tarifas a los usuarios como contraprestación por las inversiones y costos operacionales

³⁷ BALI, Artículos 1.2.2 numeral 39 y 42 en concordancia con el artículo 3.1.

³⁸ BALI, Artículos 1.10 y 1.9.7.

en que debe incurrir durante la ejecución del Contrato de Concesión; (ii) los ingresos obtenidos por la Concesionaria a partir del cobro de tarifas a los usuarios por la prestación de los Servicios Regulados, forman parte de los Ingresos Comerciales de Nuevo Pudahuel; y (iii) los impuestos de retención y de recargo no forman parte de los Ingresos Comerciales.

V. POR REGLA GENERAL LAS TARIFAS MAXIMAS NO INCLUYEN IVA

1. La Ley del IVA demuestra inequívocamente que dicho impuesto debe recargarse sobre el valor de las tarifas máximas definidas en las BALI

47. Tal como lo señalara en el capítulo anterior, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Concesiones y en los artículos 1.10.9 y 1.10.10 de las BALI, la Concesionaria tiene derecho a percibir las tarifas que ella misma fije como compensación por los servicios que preste en virtud del Contrato de Concesión, los que, en caso de los Servicios Regulados, no podrán ser superiores a las Tarifas Máximas expresamente estipuladas en las BALI. Las tarifas constituyen la fórmula mediante la cual se compensan o remuneran los servicios que presta la Concesionaria, es decir, constituyen el valor de los servicios prestados por la Concesionaria.
48. Ahora bien, de acuerdo al artículo 15 de la Ley del IVA “*la base imponible de las ventas o servicios está constituida por el valor de las operaciones respectivas*”³⁹. Por lo tanto, el IVA no forma parte del valor de la operación: el valor o precio de la cosa o servicio es la base del tributo. De igual manera, el artículo 26 del Reglamento de la Ley del IVA establece que la base del impuesto está constituida por el valor de los servicios prestados.
49. A su turno, el artículo 69 de la Ley del IVA establece que el sujeto económico del impuesto, es decir, quien debe soportar su recargo sobre el valor del objeto vendido o del servicio

³⁹ El Artículo 15, Ley del IVA en lo pertinente señala: “*Para los efectos de este impuesto, la base imponible de las ventas o servicios estará constituida, salvo disposición en contrario de la presente ley, por el valor de las operaciones respectivas*”.

prestado, es el comprador o beneficiario del servicio⁴⁰. Por lo tanto, la Concesionaria nunca será el contribuyente del impuesto. Lo anterior, sin perjuicio que la Concesionaria deberá cumplir con las obligaciones de recargo, cobro, declaración y pago del impuesto ante el Fisco chileno. En efecto, al contribuyente o sujeto de derecho -en este caso, la Concesionaria- le corresponde recargar el IVA sobre el valor y recaudarlo junto con éste. Es decir, al momento de emitir la correspondiente factura por la venta o servicio, la Concesionaria debe recargar en forma separada el monto del impuesto IVA respectivo, según la tasa vigente al momento en que se devengue el impuesto⁴¹.

50. Como resulta obvio, el IVA nunca es un ingreso. Por un lado, se cobra a los compradores y, en ese sentido, es un activo; por otro, es parte del débito fiscal IVA que aumenta el pasivo de la empresa, es decir, no cambia el patrimonio o resultado del contribuyente. Esto es totalmente consistente con lo dispuesto en el párrafo cuarto de la definición de Ingresos Comerciales citada (artículo 1.2.2 número 39), la cual dispone: “*No se considerarán como Ingresos Comerciales los siguientes conceptos: i) Impuestos de retención y recargo [...]*”. No es necesario explicar que el IVA es el ejemplo más clásico de los impuestos de recargo, como lo indica claramente el artículo 69 de la Ley del IVA.

51. La definición recién mencionada es esencial al sistema del IVA, el cual asume que es “*neutro*” para el resultado del contribuyente, toda vez que es el destinatario final del servicio quien debe soportarlo económicamente. En el caso de vendedores y prestadores de servicios que no son consumidores finales, el sistema del IVA funciona como crédito IVA, correspondiente al IVA recargado en las compras o servicios contratados- contra débitos – correspondiente al IVA recargado en las ventas o servicios prestados. El IVA es un impuesto mensual, por lo que, al término de cada mes, el vendedor o prestador de servicio debe comparar sus créditos y débitos: (i) si su débito IVA supera el crédito IVA recargado en las

⁴⁰ El Artículo 69, Ley del IVA en lo pertinente señala: “*Las personas que realicen operaciones gravadas..., deberán cargar a los compradores o beneficiarios del servicio, en su caso, una suma igual al monto del respectivo gravamen [...]*”

⁴¹ Ello, de conformidad a lo establecido en los artículos 14, 20, 52, 53, 55, 60 y 69 de la Ley del IVA. Y; Oficio Ordinario del Servicio de Impuestos Internos, número 1.622, de fecha 26 de julio de 2013 (“Oficio SII 1.622-2013”). (Anexo NP-21).

facturas recibidas, debe declarar y enterar en arcas fiscales la diferencia; (ii) si su crédito IVA supera el débito IVA determinado, el remanente de crédito IVA se arrastra para ser ocupado al mes siguiente. Por lo tanto, para el caso de los vendedores o prestadores de servicios, el contribuyente es un recaudador del IVA para el Estado y no un sujeto económico del impuesto.

52. Finalmente, y como resulta obvio del hecho que todas las normas precitadas son de derecho público, ellas no pueden ser modificadas por medio de las BALI o del Contrato de Concesión. Ciertamente, las partes sí podrían estipular en un contrato de concesión que el IVA formará parte del precio o tarifa pactada, pero en tal evento necesariamente debiera existir un pacto expreso que lo consagre. Eso no ocurre en el Contrato de Concesión objeto de discrepancia, que carece de cualquier acuerdo en tal sentido. Por ende, a su respecto debe regir el procedimiento legal y habitual de cálculo, recargo, cobro y pago del IVA⁴².
53. Por último, cabe señalar que conforme al artículo 19 del Código Civil, *“cuando el espíritu de la ley es claro, no se desentenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”*. La Ley del IVA es clarísima en este sentido, por lo que no corresponde interpretar su aplicación y menos entregar una interpretación arbitraria que infringe flagrantemente su texto expreso.

2. La interpretación del SII y de la Contraloría General de la República confirman que las Tarifas Máximas por los Servicios Regulados no incluyen IVA

54. En relación a este mismo punto, en el año 2013 el SII dictó el Oficio N° 1.622, que establece que el IVA no es parte del precio de una operación, sino que se aplica sobre dicho valor, con independencia de que al prestador de servicio le corresponda recargarlo:

“De esta manera, aparece de manifestó [sic] que el IVA no es parte del precio de la operación sino que es un tributo que se aplica precisamente

⁴² 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 legales tributarias. Ver Oficio Ordinario del Servicio de Impuestos Internos, número 2.261, de fecha 13 de mayo de 2004. (Anexo NP-22).

sobre dicho valor, no obstante la obligación de recargarlo sobre dicho precio que pesa sobre el vendedor o prestador de servicios, y recaudarlo conjuntamente con este”⁴³.

55. Por otro lado, en 1991, la CGR al pronunciarse sobre esta precisa cuestión, concluyó, en el contexto de unas bases de licitación, que el IVA se suma al valor del servicio, no entendiéndose, por lo tanto, incorporado en dicho valor, salvo que se especifique lo contrario.

“El IVA es un tributo que por su naturaleza se suma al valor del servicio o prestación, de modo que si no se ha especificado categóricamente en las bases administrativas que lo gobiernan ni en el contrato que se entiende incorporado en el costo total de las obras, no puede considerarse así”⁴⁴.

56. En esta misma línea, en un dictamen de la CGR del año 2015, sobre aplicación de multas, luego de reiterar la regla antes citada, agregó que *“como lo ha señalado la reiterada jurisprudencia de este origen [...] el pago del IVA es una obligación diversa de las emanadas del contrato de obra pública, ya que deviene de la ley tributaria, de modo que su monto no forma parte del costo de aquél”*⁴⁵.

57. De manera consistente con lo anterior, la CGR ha señalado que las licitaciones públicas se rigen por principios de derecho público, lo que supone que debe existir estricta observancia con lo establecido en las bases de licitación:

“Cabe recordar que esta clase de concursos se rigen por dos principios de derecho público que son: la observancia estricta de las bases que rigen el respectivo contrato y la igualdad de los licitantes. El primero de ellos radica en el hecho de que las cláusulas de las bases administrativas constituyen la fuente principal de los derechos y obligaciones tanto de la Administración como de los oponentes, de manera que su transgresión desvirtúa todo el procedimiento. El otro principio garantiza la actuación imparcial de la Administración frente a todos los proponentes y para ello es imprescindible que las bases establezcan requisitos impersonales y de

⁴³ Oficio SII 1.622-2013.

⁴⁴ Dictamen de Contraloría General de la República, número 6.577, de fecha 12 de marzo de 1991. (Anexo NP-23).

⁴⁵ Dictamen de Contraloría General de la República, número 29.080, de fecha 14 de abril de 2015. (Anexo NP-24).

aplicación general. Compete a la autoridad administrativa velar porque ambos principios sean respetados (dictámenes números 16.432, de 1969, y 36.253, de 1982)⁴⁶.

58. De este modo, conforme a lo resuelto por la CGR, 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. Si en las bases administrativas y en el contrato administrativo no se ha especificado en forma expresa que el precio se pacta con IVA incluido, el tributo debe adicionarse al valor del servicio o prestación. Cuando, por el contrario, 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 tal disposición.

VI. LAS BALI CONFIRMAN QUE LAS TARIFAS MÁXIMAS APLICABLES A LOS SERVICIOS REGULADOS NO INCLUYEN IVA

59. En el capítulo anterior he demostrado, a la luz de la normativa aplicable en materia de concesiones y de la Ley del IVA que, por regla general, las tarifas máximas no incluyen IVA. Asimismo, he demostrado que para alterar dicha regla sería preciso que el MOP lo estipulara expresamente en las bases de licitación de la respectiva obra pública.
60. En este capítulo, me abocaré a analizar y determinar si, en el caso que nos ocupa, el MOP aplicó en las BALI la regla general en materia de IVA, o si, por el contrario, la modificó.
61. Por de pronto, de su sola lectura se desprende que las **BALI no señalan que las Tarifas Máximas incluyan IVA**. Las BALI regulan los términos y condiciones para la prestación de los Servicios Regulados y establecen valores máximos para esas tarifas en unidades de fomento o en pesos, sin señalar que estas Tarifas Máximas incluyen IVA.

⁴⁶ Dictamen de Contraloría General de la República, número 13.162, de fecha 9 de abril de 2002. (**Anexo NP-25**).

62. De este modo, las BALI no alteran expresamente la regla general, toda vez que el IVA se seguiría aplicando como impuesto de recargo sobre la tarifa cobrada al usuario, y por lo tanto, debe entenderse que las Tarifas Máximas no incluyen IVA.
63. Durante el período de consultas y aclaraciones a las BALI, algunos licitantes pidieron confirmación sobre si las Tarifas Máximas incluían o no el impuesto IVA. La respuesta del MOP quedó plasmada en circulares aclaratorias que rigen el Contrato de Concesión como fuente de los derechos y obligaciones de las partes⁴⁷.
64. En sus respuestas el MOP nunca señaló que las Tarifas Máximas por los Servicios Regulados incluyeran IVA. Por el contrario, en esas respuestas sólo citó la Ley del IVA. Por consiguiente, entendió que la aplicación del IVA sobre las Tarifas Máximas era una cuestión que debía seguir las reglas generales en materia tributaria que resultaren aplicables, sin innovar en ellas.
65. De hecho, para cada Servicio Regulado existe, al menos, una consulta relativa a la materia en controversia, frente a las cuales el MOP siempre se remitió a las reglas generales: “Remítase a lo establecido en el Decreto Ley N°825 y sus modificaciones posteriores”, es decir, a la Ley del IVA.
66. Así, por ejemplo, la Circular Aclaratoria N° 10, muestra la siguiente pregunta y respuesta a la Consulta 32:

(ref. 299)

32.- En 1.10.9.1, letra a) Sistema de Embarque/Desembarque, se solicita aclarar si las tarifas máximas contenidas en la Tabla N° 3 (i) están exentas de IVA o afectas a IVA; (ii) Si estuvieren exentas de IVA, esta exención se aplica también al subcontratista?; y (iii) Si estuvieren afectas a IVA, las citadas tarifas ya tienen incorporado el IVA o son más IVA?. Favor aclarar las situaciones descritas.

Respuesta:

i), ii) y iii): Remítase a lo establecido en el Decreto Ley N°825 y sus modificaciones posteriores.

⁴⁷ Ver artículo 2° literal c) del Reglamento de Concesiones.

67. En el mismo sentido, las preguntas y respuestas a las consultas 31, 34, 37, 38 y 39 demuestran que el MOP declinó modificar la regla general en materia de IVA.

Circular Aclaratoria	Pregunta	Respuesta
N°10 31 ⁴⁸	En 1.10.9.1, Servicios Aeronáuticos, (i) entendemos que las tarifas que tiene derecho cobrar el Concesionario están exentas de IVA. Favor confirmar. (ii) Si esto es así, ¿Se mantiene el mismo principio cuando se subcontrata el servicio, por lo que el royalty que percibe el Concesionario del subcontratista está exento de IVA? Favor ratificar. (iii) En el caso del subcontratista, cuando éste facture al usuario por el servicio que presta, esa factura estará también exenta de IVA.	i), ii) y iii): Remítase a lo establecido en el Decreto Ley N°825 y sus modificaciones posteriores.
N°10 34 ⁴⁹	En 1.10.9.1, letra c) Servicios en Plataforma, se solicita aclarar si las tarifas máximas contenidas en la Tabla N° 4 (i) están exentas de IVA o afectas a IVA; (ii) Si estuvieren exentas de IVA, esta exención se aplica también al subcontratista?; y (iii) Si estuvieren afectas a IVA, las citadas tarifas ya tienen incorporado el IVA o son más IVA? Favor aclarar las situaciones descritas.	i), ii) y iii): Remítase a lo establecido en el Decreto Ley N°825 y sus modificaciones posteriores.
N°10 37 ⁵⁰	En 1.10.9.3.1, Servicio No Aeronáuticos Comerciales Obligatorios, i) entendemos que las tarifas que tiene derecho cobrar el Concesionario están exentas de IVA. Favor confirmar. (ii) Si esto es así, se mantiene el mismo principio cuando se subcontrata el servicio, por lo que el royalty que percibe el Concesionario del subcontratista está exento de IVA? Favor ratificar. (iii) En el caso del subcontratista, cuando éste facture al usuario por el servicio que presta, esa factura estará también exenta de IVA?	i), ii) y iii): Remítase a lo establecido en el Decreto Ley N°825 y sus modificaciones posteriores.

⁴⁸ Circular Aclaratoria Licitación Concesión “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago” año 2014, número 10, de fecha 15 de diciembre de 2014. (Anexo NP-26). Pregunta 31.

⁴⁹ Ibíd., pregunta 34.

⁵⁰ Ibíd., pregunta 37.

N°10 38 ⁵¹	En 1.10.9.3.1, letra c) Estacionamientos Públicos para Vehículos en General, se solicita aclarar si las tarifas máximas a que se hace referencia en el párrafo tercero (i) están exentas de IVA o afectas a IVA; (ii) Si estuvieran exentas de IVA, esta exención se aplica también al subcontratista?; y (iii) Si estuvieran afectas a IVA, las citadas tarifas ya tienen incorporado el IVA o son más IVA? Favor aclarar las situaciones descritas.	i), ii) y iii): Remítase a lo establecido en el decreto ley N°825 y sus modificaciones posteriores.
N°10 39 ⁵²	En 1.10.9.3.1, letra e) Estacionamientos para Trabajadores del Aeropuerto, se solicita aclarar si la tarifa máxima a que se hace referencia en el párrafo segundo (i) está exenta de IVA o afecta a IVA; (ii) Si estuviere exenta de IVA, esta exención se aplica también al subcontratista?; y (iii) Si estuviere afecta a IVA, la citada tarifa ya tiene incorporado el IVA o es más IVA?. Favor aclarar las situaciones descritas.	i), ii) y iii): Remítase a lo establecido en el Decreto Ley N°825 y sus modificaciones posteriores.

68. A mayor abundamiento, destaco otra respuesta del MOP en la circular aclaratoria N° 3.

“(ref. 612)

258.- numeral 1.10.9. ¿Qué significa el concepto de “tarifas máximas”? en qué escenario se cobrarían tarifas por debajo del máximo?

Respuesta:

Las condiciones de prestación y explotación de los Servicios Aeronáuticos y No Aeronáuticos de responsabilidad del Concesionario, se encuentran establecidas en las Bases de Licitación, en particular, sus artículos 1.10.9 y 1.10.10”.

69. Por último, la Consulta N° 256 de la Circular Aclaratoria N° 8, relativa a la posibilidad de que se incorporen limitaciones tarifarias adicionales a las BALI en el futuro, en la que se solicitó además confirmar el compromiso del MOP y la DGAC de no efectuar cambio alguno en la regulación aplicable a las tarifas, el MOP no sólo contestó que no lo haría, sino además ratificó el derecho del concesionario a cobrar las tarifas establecidas en las BALI, como se transcribe a continuación:

“(ref. 2199)

⁵¹ Ibid., pregunta 38.

⁵² Ibid., pregunta 39.

256.- BALI, Artículo 1.10.9. Se solicita confirmar que no se incorporarán limitaciones tarifarias adicionales a las establecidas en las BALI. Asimismo, se solicita confirmar que tanto la DGAC como el MOP no efectuarán cambio alguno a la regulación aplicable a tarifas, a fin de permitir un resguardo de lo señalado en la primera parte de esta consulta.

Respuesta:

Remítase a lo establecido en el punto B.1 del artículo 1.10.10 de las Bases de Licitación – modificación por la Rectificación N°13 de la Circular Aclaratoria N°2 -, en cuanto al derecho del Concesionario a cobrar las tarifas que determine para los Servicios Aeronáuticos y No Aeronáuticos que explote, en tanto dé estricto cumplimiento a las disposiciones contenidas en el D.L. 211 de 1973 cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL N°1 de 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, respetando asimismo las restricciones de tarifa señaladas en el artículo 1.10.9 de las Bases de Licitación y las disposiciones y/o exigencias mínimas establecidas en éstas para la prestación y explotación de cada uno de dichos servicios”.

70. Como adelantamos, tanto a la época de la Licitación como en la actualidad, la opinión de las autoridades chilenas competentes en la materia, esto es, la CGR y el SII, respaldan la interpretación de Nuevo Pudahuel en cuanto a la forma de aplicar el IVA a las Tarifas Máximas.
71. Y como se ha podido constatar en este acápite, durante la Licitación el propio MOP estableció en múltiples oportunidades el mismo criterio sostenido por mi parte, sin que jamás siquiera insinuara algo parecido a la postura que actualmente invoca, esto es, que las Tarifas Máximas de los Servicios Regulados incluyen IVA. Por el contrario, cada vez que se le consultó sobre el sentido de las BALI, ratificó la vigencia de las reglas generales establecidas en la Ley del IVA. De este modo cualquier análisis objetivo lleva a concluir que las Tarifas Máximas del Contrato de Concesión no incluyen IVA.

72. Finalmente, no debe perderse de vista que uno de los objetivos declarados por el MOP para esta Licitación era el de proveer certezas sobre el Modelo de Negocios, promocionándose la existencia de “Fuentes de Ingreso Conocidas y Diversificadas”⁵³.

VII. EN OTRAS CONCESIONES AEROPORTUARIAS, LAS TARIFAS MÁXIMAS TAMPOCO INCLUYEN IVA, SALVO CUANDO EL MOP DEFINE LO CONTRARIO EN EL CONTRATO

73. En otras concesiones aeroportuarias la interpretación del MOP en esta materia ha sido consistente con la regla general aplicable en materia de IVA, reconociendo que las tarifas máximas no incluyen IVA, salvo excepciones expresas. En este contexto, cabe destacar la actuación del MOP en los siguientes contratos de concesión.

- Licitación de 1997 del Aeropuerto de Santiago

74. En la primera licitación de la concesión del Aeropuerto de Santiago que tuvo lugar en 1997, sus bases establecieron, al igual que en el caso actual, tarifas máximas para ciertos servicios. Como ocurre con las BALI, aquellas bases no definieron expresamente el concepto de “tarifas máximas”, sino que simplemente determinaron los servicios que tendrían tarifas reguladas y la tarifa máxima respecto de cada uno de ellos⁵⁴. Al igual que ocurre en las BALI, las bases de licitación no explicitaron si las tarifas máximas incluían o no IVA.

75. Pues bien, en el contexto de dicha licitación, el MOP confirmó, a petición de los licitantes en las circulares aclaratorias, que las tarifas máximas no incluían IVA⁵⁵.

⁵³ Presentación del Ministerio de Obras Públicas sobre Modelo de Negocio titulada, “Relicitación Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago (AMB)”, de fecha julio de 2014. (Anexo NP-27).

⁵⁴ Por ejemplo, para el caso del sistema de embarque y desembarque, las bases establecían que “*para los vuelos internacionales, la tarifa máxima por la primera hora de permanencia de la aeronave conectada al puente de embarque, será de UF 1,0 y por cada media hora adicional o fracción de ella, será de UF 0,5*”. Bases de Licitación Bases de Licitación de la obra pública fiscal “Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago” año 1997. (Anexo NP-28). Artículo 1.10.2.1, letra a).

⁵⁵ Circular Aclaratoria Licitación Concesión “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago” año 1997, número 8, pregunta 17, literal e), de fecha 17 de septiembre de 1997. (Anexo NP-29).

[Pregunta 17, Circular Aclaratoria N° 8]

17. Se necesita saber cuál será el mecanismo de aplicación del IVA en los siguientes aspectos:

e) Los valores máximos establecidos en las Bases son sin IVA. Por favor ratificar. (Por ejemplo el arriendo de un terreno eriazado urbanizado se podrá cobrar hasta $0,22 \text{ UF/m}^2 + \text{I.V.A.}$)

Respuesta:

Los valores máximos establecidos en las Bases de Licitación no incluyen IVA.

76. Adicionalmente, el Convenio Complementario N°1 de modificación del contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”⁵⁶ correspondiente a la Licitación de 1997, introdujo una serie de nuevas inversiones a las obras y servicios del proyecto originalmente contratado, que serían compensadas, entre otros, con el aumento de las tarifas máximas para los estacionamientos públicos. En este caso, el MOP fue explícito para especificar que, contra la regla general, el IVA sí se encontraba incluido en la tarifa del estacionamiento.

Cuadro N° 2:
Tarifas Máximas de Estacionamientos Públicos para vehículos en general para compensar mayores inversiones

Tiempo de Permanencia en estacionamiento público (t) Horas	Tarifas Máximas de Estacionamientos Públicos (\$) <u>Iva incluido</u> (TMEP _{inc})	
	Vehículos Livianos	Vehículos Pesados
$t \leq 2$	450	900
Hora adicional entre $2 < t \leq 13$	95	190
Hora adicional para $t > 13$	65	130

77. Resulta evidente que la actuación del MOP en el marco de la concesión anterior del Aeropuerto de Santiago constituía un precedente relevante a tener en cuenta por los licitantes de la nueva concesión del Aeropuerto de Santiago, según el cual la regla general es que las tarifas máximas no incluyen IVA, salvo cuando se disponga expresamente lo contrario

⁵⁶ Convenio Complementario N°1, Decreto Supremo MOP N° 669 que modifica el contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago” año 1997, de fecha 30 de abril de 2001 y publicado el día 27 de diciembre de 2001. (Anexo NP-30).

respecto de algún servicio en particular, como lo ocurrido respecto de la tarifa de estacionamiento. La interpretación que hoy sostiene el MOP constituye un injustificado cambio de la propia interpretación del MOP en esta materia.

- Bases de Licitación del Aeropuerto Carriel Sur de Concepción, publicadas en diciembre de 2015

78. Con posterioridad a la publicación en el Diario Oficial del Decreto de Adjudicación del Contrato de Concesión, el MOP inició el proceso de licitación del segundo aeropuerto más importante de Chile, este es, el Aeropuerto Carriel Sur de Concepción, cuyas bases de licitación fueron publicadas en diciembre de 2015. Respecto a dicha licitación, mediante la Circular Aclaratoria N°3, de 19 de febrero de 2016, el MOP introdujo una rectificación a las bases, agregando la definición de “tarifas máximas”, manteniendo el mismo criterio que hemos expuesto en esta presentación en cuanto a que dichas tarifas no incluyen IVA:

“98) Tarifas Máximas: Son aquellas tarifas reguladas en las presentes Bases de Licitación, **que no incluyen el Impuesto al Valor Agregado (IVA)**, y que el Concesionario tiene derecho a cobrar por la prestación de los Servicios Aeronáuticos y No Aeronáuticos Comerciales, con excepción del Servicio de Estacionamiento Públicos para Vehículos en General cuya tarifa incluye el IVA”⁵⁷. (Énfasis agregado).

79. Como se aprecia, el MOP define “Tarifas Máximas” como un valor que no incluye IVA. Y, cuando decide alterar esta regla general respecto del servicio de estacionamiento público, incorpora una excepción específica y expresa. De este modo, la actual argumentación del MOP en cuanto a considerar como términos sinónimos “Tarifa Máxima” y “Valor Final” es contradictoria con su propia conducta.

- Bases de Licitación del Aeropuerto Diego Aracena de Iquique

⁵⁷ Circular Aclaratoria Licitación Concesión “Aeropuerto Carriel Sur de Concepción” año 2015, número 3, de fecha 19 de febrero de 2016. (Anexo NP-31).

80. Con las Bases de Licitación del Aeropuerto Diego Aracena de Iquique sucede lo mismo. La Circular Aclaratoria N°4, de fecha 24 de agosto de 2016⁵⁸, agregó la misma definición de tarifas máximas incorporada en la licitación del Aeropuerto de Concepción, ratificando que la regla general es que la “tarifa máxima” no incluye IVA, salvo que expresamente se disponga lo contrario por el MOP en las Bases de Licitación.
81. Nuevamente, en este proceso de licitación, mediante la introducción de una excepción explícita respecto del servicio de estacionamientos, se estableció que las tarifas máximas de ese servicio sí incluyen IVA.
82. Siguiendo entonces el propio análisis del MOP en el proceso de preguntas y respuestas, el modelo económico regulado y descrito en otras concesiones aeroportuarias, y el sentido claro de la Ley del IVA, es evidente que se debe aplicar el IVA sobre el valor de la operación, el que en este caso, corresponde a la tarifa fijada por la Concesionaria, la que no puede ser superior a la fijada por la autoridad en las BALI.

VIII. NO ES EFECTIVO QUE “TARIFA MÁXIMA” SEA SINÓNIMO DE “VALOR FINAL”

83. El MOP, a través del Oficio DGOP N°1102 ha sostenido que “las tarifas máximas autorizadas en las Bases de Licitación, para la prestación de los servicios con tarifas reguladas antes indicados constituían los valores finales que se encontraban facultados para cobrar a los usuarios por su prestación, que entonces debían considerar todo eventual incremento asociado, incluyendo el IVA”. (Énfasis agregado).
84. Esa aseveración del MOP carece de todo fundamento legal y contractual. En efecto, en ninguna parte de la Ley de Concesiones, el Reglamento de Concesiones o de las BALI se

⁵⁸ Circular Aclaratoria Licitación Concesión “Aeropuerto Diego Aracena de Iquique” año 2016, número 4, de fecha 24 de agosto de 2016 (Anexo NP-32).

establece que los valores asociados a las Tarifas Máximas por los Servicios Regulados que se encuentran afectos al pago de IVA, incorporan el referido impuesto de recargo.

85. Los cuerpos legales, reglamentarios y contractuales antes citados tampoco incorporan el concepto “Valor Final”. En efecto, el MOP intenta introducir artificiosamente ese término a la discusión que nos ocupa, a pesar que el mismo no tiene sustento ni asidero jurídico en materia de concesiones.
86. La Concesionaria tiene derecho a cobrar las Tarifas Máximas establecidas en las BALI en virtud de lo dispuesto en el Contrato de Concesión, cuestión distinta al desembolso total de los usuarios por los respectivos servicios, que se componen de la Tarifa Máxima y del IVA correspondiente, en caso que el Servicio Regulado se encuentre afecto a dicho tributo.

IX. LA INVOCACIÓN DEL MOP DEL ARTÍCULO 1.10.10, LETRA A.4. DE LAS BALI, CONSTITUYE UNA DEMOSTRACIÓN DE LA ARBITRARIEDAD DE SU POSTURA

87. Otro argumento contenido en el Oficio DGOP N°1102 para afirmar que las Tarifas Máximas no incluyen IVA y que serían “valores finales” es la errada e impertinente invocación del artículo 1.10.10, letra A.4. de las BALI, que establece que son de cargo de la Concesionaria los impuestos de cualquier naturaleza a que pudiera estar afecta la prestación y explotación de los Servicios Aeronáuticos y No Aeronáuticos del Contrato de Concesión. En efecto, el citado artículo señala:

“Serán de cuenta exclusiva del Concesionario las contribuciones e impuestos fiscales, municipales o de cualquier otra naturaleza a que pudiera estar afecta la prestación y explotación de los Servicios Aeronáuticos y No Aeronáuticos señalados en las presentes Bases de Licitación, o los derechos que de ella emanen, incluidos el pago de derechos, multas o sanciones que se le impusieran por cualquier autoridad judicial, administrativa, municipal u otra, y en general cualquiera responsabilidad que tenga como causa o se derive del ejercicio de los derechos que confiere la prestación y explotación de cada servicio”.
(Artículo 1.10.10, letra A.4 BALI).

88. A partir de dicho artículo, el DGOP sin dar mayores argumentos, afirma que quedó claramente establecido en las BALI que las tarifas máximas serían “valores finales”:

“Complementando lo anterior, en la **letra A4. del artículo 1.10.10** [...] se hizo de cargo de la Sociedad Concesionaria ‘... las contribuciones e impuestos fiscales [...] a que pudiera estar afecta la prestación [...] de los Servicios [...]’”. (Énfasis agregado).

“[...] en el texto de las Bases de Licitación se indicó expresamente que todas las contribuciones e impuestos a que pudiera estar afecta la prestación y explicación de los Servicios Aeronáuticos y No Aeronáuticos señalados en las mismas, o los derechos que de ella emanen, serían de cargo de la Sociedad Concesionaria, dejando entonces claramente establecido desde el punto de vista contractual que las tarifas máximas fijadas en el pliego de condiciones constituían **valores finales** que los licitantes se encontraban facultados para cobrar a los usuarios por la prestación de tales servicios”.

“[...] habiéndose fijado en las Bases de Licitación las tarifas máximas a ser cobradas a los usuarios por determinados servicios, estableciéndose además que todos los impuestos a que estuviesen afectos serían de cargo de la Sociedad Concesionaria, no cabe sino concluir que en las Bases de Licitación de la concesión se especificó de manera categórica que las tarifas máximas autorizadas para tales servicios incluían IVA [...]”⁵⁹.

89. Dicho argumento, central para la posición del MOP, es errado por las razones ya explicadas. Adicionalmente, hago presente que se trata de un argumento que contradice el actuar del MOP en (i) la Licitación de 1997 del anterior Aeropuerto de Santiago, (ii) la licitación del nuevo aeropuerto de Carriel Sur de Concepción y (iii) la licitación del aeropuerto Diego Aracena de Iquique, procesos en los cuales existe la misma cláusula y, sin embargo, se reconoce por la citada Secretaría de Estado que las tarifas máximas no incluirían IVA⁶⁰, como vimos en el capítulo anterior.

⁵⁹ Oficio Ordinario del Director General de Obras Públicas, número 1102, de fecha 19 de octubre de 2016.

⁶⁰ Bases de Licitación Bases de Licitación de la obra pública fiscal “Aeropuerto Carriel Sur de Concepción” año 2015. (**Anexo NP-33**). Artículo 1.10.10, letra A.4. Y; Bases de Licitación Bases de Licitación de la obra pública fiscal “Aeropuerto Diego Aracena de Iquique” año 2016. (**Anexo NP-34**). Artículo 1.10.10, letra A.4.

90. En efecto, en la Licitación de 1997, la misma cláusula estaba incluida en las bases respectivas en el artículo 1.10.3. En el artículo 1.10.10, letra A.4 de las bases de licitación de la concesión del Aeropuerto Carriel Sur de Concepción, y también en el artículo 1.10.10, letra A.4 en las bases de licitación de la concesión del Aeropuerto Diego Aracena de Iquique. Y como vimos, en todas esas licitaciones se estableció la regla general que las tarifas máximas no incluían IVA.

Aeropuerto 1997 (1.10.3)	Carriel Sur de Concepción (1.10.10 letra A.4)	Diego Aracena de Iquique (1.10.10 letra A.4)
Serán de cuenta exclusiva del concesionario las contribuciones e impuestos fiscales, municipales o de cualquier otra naturaleza a que pudiera estar afecta la prestación y explotación de los servicios de los servicios no aeronáuticos y aeronáuticos señalados en las presentes Bases de Licitación, o los derechos que de ella emanen, incluidos el pago de derechos, multas o sanciones que se impusieran por cualquier autoridad judicial, administrativa, municipal u otras, y en general cualquier responsabilidad que tenga como causa o se derive del ejercicio de los derechos que confiere la prestación y explotación de cada servicio.	Serán cuenta exclusiva del Concesionario las contribuciones e impuestos fiscales, municipales o de cualquier otra naturaleza a que pudiere estar afecta la prestación y explotación de los Servicios Aeronáuticos y No Aeronáuticos señalados en las presentes Bases de Licitación, o los derechos que de ella emanen, incluidos el pago de derechos, multas o sanciones que se le impusieran por cualquier autoridad judicial, administrativa, municipal u otra, y en general cualquiera responsabilidad que tenga como causa o se derive del ejercicio de los derechos que confiere la prestación y explotación de cada servicio.	
Tarifas máximas + IVA (Pregunta N°17 Circular Aclaratoria N°8)	Tarifas Máximas + IVA (Nueva Definición N°98 Circular Aclaratoria N°3)	Tarifas Máximas + IVA (Punto 14 Circular Aclaratoria N°4)

91. Por tanto, queda demostrado que dicha cláusula nada tiene que ver con la cuestión de si las Tarifas Máximas incluyen o no IVA, y menos puede ser prueba de la interpretación del MOP.

92. Adicionalmente, hago presente que el origen de la incorporación de esta cláusula en los contratos de concesión aeroportuarios tiene que ver con la transcripción casi idéntica del artículo 51, letra A. N° 5 del DAR 50 del Reglamento de Tasas y Derechos Aeronáuticos, aprobado por Resolución de la Dirección General de Aeronáutica Civil N° 259 (Exenta) del

año 1996, norma que claramente no tenía por objeto precisar, como lo pretende el MOP, si una tarifa máxima incluye o no IVA. A mayor abundamiento, esta norma tiene por destino definir el alcance de las obligaciones del concesionario, por ejemplo, en cuanto a la necesidad de pago de permisos de edificación por la infraestructura que se construye y explota, y así lo entendieron los licitantes del Contrato de Concesión quienes realizaron consultas en este sentido⁶¹.

X. SI EXISTIERE CUALQUIER AMBIGÜEDAD O DUDA EN LAS BALI, LO QUE DESCARTO, EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y LA DETERMINACIÓN DE LAS TARIFAS MÁXIMAS DEBEN INTERPRETARSE CONTRA EL REDACTOR DEL MISMO

93. A partir del estudio de los antecedentes de la Concesión, es dable señalar que, en lo relativo a los Servicios Regulados, las Tarifas Máximas no incluyen IVA. Sin perjuicio de lo cual, si se estimara que existe alguna duda o ambigüedad a ese respecto en las BALI, la interpretación de esta parte Concesionaria debe primar.
94. Lo anterior, porque dicha ambigüedad o falta de explicación solo es imputable al MOP, toda vez que fue dicha parte quien redactó las BALI, hoy el Contrato de Concesión. En efecto, todas las modificaciones a las BALI y, consecuentemente, al Contrato de Concesión, tuvieron como único autor y redactor al MOP. Los licitantes tuvieron únicamente la posibilidad de efectuar preguntas y de solicitar que se aclararan algunos aspectos de las BALI.
95. En ese orden de ideas, durante el proceso de preguntas y respuestas, los oferentes realizaron consultas respecto de la aplicación del IVA sobre las Tarifas Máximas reguladas en las BALI. El MOP decidió responder a los licitantes únicamente citando la Ley del IVA, dando a entender que debía aplicarse la regla general.

⁶¹ Ver Circular Aclaratoria N°3, Consulta 123.

96. El MOP tuvo la oportunidad de establecer clara y explícitamente una excepción a las normas generales contenidas en la Ley del IVA, e indicar que las Tarifas Máximas sí lo incluían, pero optó por no hacerlo. Más aún, si el MOP argumenta ahora que su intención al contestar lo anterior fue establecer que las Tarifas Máximas sí incluían IVA, no podría ser oído. Primero, porque como ya se dijo, tuvo la oportunidad de aclarar esta posición y no lo hizo. En segundo lugar, porque argumentar que, en su entendimiento, la Ley del IVA determina que las tarifas incluyen IVA, equivaldría a invocar en su favor su propio error de derecho.
97. Lo expuesto, es de suma relevancia a la hora de considerar las técnicas de interpretación que deben aplicarse para determinar las condiciones económicas del Contrato y determinación de las Tarifas Máximas reguladas. A este respecto, debemos destacar que el H. Panel Técnico ha hecho presente al MOP *“la importancia que la redacción de las BALI y sus Circulares Aclaratorias permitan una interpretación armónica con la ley y su Reglamento, evitando ambigüedades que puedan afectar la competencia durante la etapa de licitación”*⁶². Asimismo, recientemente, en una discrepancia que enfrenta esta Concesionaria con el MOP, el H. Panel Técnico sentenció en el voto de mayoría que *“[...] las respuestas del MOP a las consultas de los licitantes mantuvieron una línea clara [...]. Sin embargo, dada la importancia del tema consultado por los participantes, estas debieron haberse hecho cargo de las legítimas dudas de los licitantes y haber dado una respuesta completa y clarificadora en vez de una mera remisión a la misma definición que motivó a las preguntas”*⁶³.
98. Toda ambigüedad debe ser interpretada contra su redactor, pues corresponde aplicar las reglas de interpretación del Código Civil. Así lo ha reconocido la CGR, destacándose el Dictamen N° 26.889 de 1982 que señala, en la parte pertinente, lo siguiente: *“[...] Las cláusulas de los contratos administrativos, a falta de reglas propias contenidas en ellos, pueden y deben interpretarse de acuerdo a normas de interpretación de los contratos contenidas en el Código Civil.”* En este mismo sentido, la jurisprudencia arbitral, que ya en

⁶² Recomendación del Honorable Panel Técnico en la Discrepancia caratulada “Sociedad Concesionaria Rutas del Desierto S.A. con Ministerio de Obras Públicas”, Denominada D01-2015-3 (“Recomendación en Discrepancia D01-2015-3”), de fecha 9 de octubre de 2015. (Anexo NP-35).

⁶³ Recomendación del Honorable Panel Técnico en la Discrepancia caratulada “Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. con Ministerio de Obras Públicas”, Denominada D01-2017-16 (“Recomendación en Discrepancia D01-2017-16”), de fecha 6 de marzo de 2016. (Anexo NP-36).

el año 2002 sostuvo que las cláusulas ambiguas de las bases de licitación deben interpretarse en contra del MOP, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1566 del Código Civil⁶⁴.

99. Las Comisiones Arbitrales han sostenido a este respecto:

“80. Que, además de las razones expuestas, debe considerarse que en la elaboración de las bases de licitación, la Concesionaria no tiene injerencia alguna, limitándose a estudiar las mismas y en función de sus estipulaciones y sus propios estudios financieros, económicos y técnicos, formular la correspondiente oferta [...]”⁶⁵.

“83. Que la buena fe exige [...] de las BALI, que ella sea cierta, exacta y completa, de manera de no producir confusión o equívocos en la contraparte. Especialmente necesario es esto en los contratos dirigidos, de adhesión y en general en aquellos contratos en que prácticamente no hay proceso de negociación, sino que una de las partes establece las condiciones y la otra sólo tiene la opción de someterse a las mismas si quiere contratar [...] quien ha inducido a error es responsable del mismo”⁶⁶.

XI. COMPETENCIA DEL HONORABLE PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES Y ADMISIBILIDAD DE LA SOLICITUD

100. Conforme al artículo 36 de la Ley de Concesiones, “*las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión, podrán someterse a la consideración de un Panel Técnico a solicitud de cualquiera de ellas.*” Por su parte, el artículo 36 bis de la misma ley dispone que “*los aspectos técnicos o económicos de una controversia podrán ser llevados a conocimiento de la Comisión Arbitral, o de la Corte de Apelaciones, sólo cuando hayan sido sometidos previamente al conocimiento y recomendación del Panel Técnico*”. (Énfasis agregado).

⁶⁴ Sentencia de la Comisión Arbitral, caratulada “Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A con Ministerio de Obras Públicas”, de fecha 14 de agosto de 2002. (Anexo NP-37).

⁶⁵ Sentencia de la Comisión Arbitral, caratulada “Rutas de los Ríos Sociedad Concesionaria con Ministerio de Obras Públicas”, de fecha 24 de junio de 2009. Párrafo 80 de la sentencia. (Anexo NP-38).

⁶⁶ *Ibid.*, párrafo 83.

101. Este H. Panel Técnico ha reconocido precisamente que su competencia en la materia tiene un carácter amplio pues “**todos** los aspectos técnicos y económicos de una discrepancia entre una Sociedad Concesionaria y el Ministerio de Obras Públicas deben ser sometidos al Panel Técnico de Concesiones”⁶⁷. (Énfasis agregado).

102. De las normas legales recién citadas se desprende claramente que es una exigencia legal que todos los aspectos técnicos y económicos de una discrepancia sean sometidos al H. Panel Técnico de Concesiones antes de ser presentados ante una Comisión Arbitral. Es lo que ocurre en este caso, la Concesionaria y el MOP tienen una discrepancia económica o con aspectos económicos que resultan centrales para la Concesión, toda vez que acoger la postura del MOP ocasionaría a la Concesionaria importantes perjuicios económicos, alterando el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión.

POR TANTO,

SÍRVASE ESTE H. PANEL TÉCNICO acceder a esta presentación en los términos señalados en ella y, en definitiva admitirla a tramitación y en su mérito formular una recomendación técnica y económica a la luz de lo expuesto y de los antecedentes aportados, de forma tal que:

- (i) Acoja la presente solicitud y, en definitiva, recomiende a las partes que conforme a las BALI, las Tarifas Máximas definidas en éstas para los Servicios Regulados no incluyan IVA, y por ende, ese impuesto debe recargarse sobre la tarifa cobrada por el Concesionario en el caso de servicios afectos a ese impuesto;
- (ii) Recomendé que los cobros que haya efectuado Nuevo Pudahuel por Servicios Regulados recargando el IVA sobre dichas tarifas, se han ajustado al Contrato de Concesión;

⁶⁷ Recomendación en Discrepancia D01-2015-3, página. 4.

- (iii) Recomiende al Inspector Fiscal dejar sin efecto las órdenes y actos que han dado origen a la discrepancia (Oficio Ordinario N°131/15, Oficio Ordinario N°154/15, Anotación Folios 36 y 37 del Libro de Obras de fecha 7 de noviembre de 2016, párrafos 1 y 2);
- (iv) Recomiende al Director General de Obras Públicas dejar sin efecto el Oficio Ordinario N°1102/16 del DGOP;
- (v) Recomiende al MOP indemnizar a mi representada todo perjuicio que fuere consecuencia de la incorrecta interpretación del MOP incluyendo aquellos que deriven del cobro de tarifas sin adicionar sobre dicho valor el IVA (ocurridos antes de obtenerse un pronunciamiento jurisdiccional final sobre la materia que se somete a recomendación del H. Panel Técnico) en caso que los actos de la autoridad descritos en esta presentación no sean oportunamente suspendidos; y,
- (vi) Recomiende, conforme a lo expuesto en los puntos anteriores, que el Director General de Obras Públicas y el Inspector Fiscal enmienden y modifiquen los actos administrativos contrarios a la recomendación del H. Panel Técnico.

PRIMER OTROSÍ: Sírvase este H. Panel Técnico tener por acompañados los siguientes documentos, como antecedentes de la presentación:

- **NP-01**, Bases de Licitación de la Obra Pública Fiscal “Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago”, año 2014
- **NP-02**, Acta de Evaluación de Ofertas Técnicas Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, de fecha 2 de febrero de 2014
- **NP-03**, Acta de Apertura de las Ofertas Económicas de la Licitación de la Obra Pública Fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, de fecha 4 de febrero de 2015
- **NP-04**, Dictamen de la Contraloría General de la República, número 33.411, de fecha 10 de septiembre de 1999

- **NP-05**, Sentencia de la Excma. Corte Suprema Número de Ingreso de Corte 6370-2009, “Bravo Cisternas, Fredy y otros con Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A” , de fecha 17 de agosto de 2011
- **NP-06**, Carta de Nuevo Pudahuel en relación a la obra pública fiscal “Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago” año 2014, referencia: NP-ADM-NC-RP-2015-132, de fecha 24 de agosto de 2015
- **NP-07**, Carta de Nuevo Pudahuel en relación a la obra pública fiscal “Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago” año 2014, referencia: NP-ADM-NC-RP-2015-154, de fecha 7 de septiembre de 2015
- **NP-08**, Acta y certificado emitido por la Notario Público doña Margarita Moreno Zamorano, de la Vigésima Séptima Notaría de Santiago, en la que constan la publicación de las tarifas en el sitio www.nuevopudahuel.cl, de fecha 16 de septiembre de 2015
- **NP-09**, Oficio Ordinario del Inspector Fiscal -MOP- de la Concesión denominada “Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago” año 2014, número 131, de fecha 30 de septiembre de 2015
- **NP-10**, Carta de Nuevo Pudahuel en relación a la obra pública fiscal “Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago” año 2014, referencia: NP-ADM-NC-RP-2015-249, de fecha 7 de octubre de 2015
- **NP-11**, Oficio Ordinario del Inspector Fiscal -MOP- de la Concesión denominada “Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago” año 2014, número 154, de fecha 15 de octubre de 2015
- **NP-12**, Carta de Nuevo Pudahuel en relación a la obra pública fiscal “Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago” año 2014, referencia: NP-ADM-NC-RP-2015-279, de fecha 20 de octubre de 2015
- **NP-13**, Oficio Ordinario del Director General de Obras Públicas, número 1102, de fecha 19 de octubre de 2016
- **NP-14**, Libro de Obras, de la obra pública fiscal “Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago” año 2014, Folios 36 y 37, de fecha 7 de noviembre de 2016

- **NP-15**, Carta de Nuevo Pudahuel en relación a la obra pública fiscal “Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago” año 2014, referencia: NP-ADM-NC-RP-2016-1295, de fecha 14 de noviembre de 2016
- **NP-16**, Oficio Ordinario del Inspector Fiscal -MOP- de la Concesión denominada “Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago” año 2014, número 1548, de fecha 16 de noviembre de 2016
- **NP-17**, Oficio Ordinario del Inspector Fiscal -MOP- de la Concesión denominada “Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago” año 2014, número 1784, de fecha 28 de diciembre de 2016
- **NP-18**, Carta de Nuevo Pudahuel en relación a la obra pública fiscal “Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago” año 2014, referencia: NP-ADM-NC-RP-2016-1555, de fecha 23 de diciembre de 2016
- **NP-19**, Oficio Ordinario del Inspector Fiscal -MOP- de la Concesión denominada “Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago” año 2014, número 462, de fecha 29 de marzo de 2017
- **NP-20**, Carta Nuevo Pudahuel, referencia: NP-ADM-NC-RP-2017-476 en relación a la obra pública fiscal “Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago” año 2014, de fecha 28 de marzo de 2017
- **NP-21**, Oficio Ordinario del Servicio de Impuestos Internos, número 1.622, de fecha 26 de julio de 2013
- **NP-22**, Oficio Ordinario del Servicio de Impuestos Internos, número 2.261, de fecha 13 de mayo de 2004
- **NP-23**, Dictamen de Contraloría General de la República, número 6.577, de fecha 12 de marzo de 1991
- **NP-24**, Dictamen de Contraloría General de la República, número 29.080, de fecha 14 de abril de 2015
- **NP-25**, Dictamen de Contraloría General de la República, número 13.162, de fecha 9 de abril de 2002
- **NP-26**, Circular Aclaratoria Licitación Concesión “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago” año 2014, número 10, de fecha 15 de diciembre de 2014

- **NP-27**, Presentación del Ministerio de Obras Públicas sobre Modelo de Negocio titulada, “Relicitación Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago (AMB)”, Julio de 2014
- **NP-28**, Bases de Licitación de la obra pública fiscal “Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago”, año 1997
- **NP-29**, Circular Aclaratoria Licitación Concesión “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago” año 1997, número 8, de fecha 17 de septiembre de 1997
- **NP-30**, Convenio Complementario N°1, Decreto de la Dirección General de Obras Públicas N° 669 que modifica el contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago” año 1997, de fecha 27 de diciembre de 2001
- **NP-31**, Circular Aclaratoria Licitación Concesión “Aeropuerto Carriel Sur de Concepción” año 2015, número 3, de fecha 19 de febrero de 2016
- **NP-32**, Circular Aclaratoria Licitación Concesión “Aeropuerto Diego Aracena de Iquique” año 2016, número 4, de fecha 24 de agosto de 2016
- **NP-33**, Bases de Licitación Bases de Licitación de la obra pública fiscal “Aeropuerto Carriel Sur de Concepción” año 2015 año 2015
- **NP-34**, Bases de Licitación Bases de Licitación de la obra pública fiscal “Aeropuerto Diego Aracena de Iquique” año 2016
- **NP-35**, Recomendación del Honorable Panel Técnico en la Discrepancia caratulada “Sociedad Concesionaria Rutas del Desierto S.A. con Ministerio de Obras Públicas”, Denominada D01-2015-3, de fecha 9 de octubre de 2015
- **NP-36**, Recomendación del Honorable Panel Técnico en la Discrepancia caratulada “Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. con Ministerio de Obras Públicas”, Denominada D01-2017-16, de fecha 6 de marzo de 2016 .
- **NP-37**, Sentencia de la Comisión Arbitral, caratulada “Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A con Ministerio de Obras Públicas”, de fecha 14 de agosto de 2002

- **NP-38**, Sentencia de la Comisión Arbitral, caratulada “Rutas de los Ríos Sociedad Concesionaria con Ministerio de Obras Públicas”, de fecha 24 de junio de 2009

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase este H. Panel Técnico tener por acompañada copia autorizada de la reducción a escritura pública del Acta de la Cuarta Sesión de Directorio de Sociedad Concesionaria Nueva Pudahuel S.A., otorgada en la Notaría de don Eduardo Avello Concha con fecha 22 de julio de 2015, repertorio N° 20.209-2015, en que consta mi personería para representar a Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A.

TERCERO OTROSÍ: Sírvase este H. Panel Técnico tener presente que proponemos las siguientes diligencias y audiencias:

- Citar a audiencia pública a las partes de este proceso a exponer las discrepancias que someten a conocimiento y recomendación de este H. Panel Técnico. Asimismo, se solicita que en dicha audiencia puedan exponer los apoderados a quienes se confiere poder en esta presentación, o a quienes designe en su oportunidad.
- Solicitar a la Dirección General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas informar sobre la discrepancia que se discute en autos y acompañar todos los antecedentes vinculados a dicha controversia que obren en su poder.

CUARTO OTROSÍ: Sírvase este H. Panel Técnico tener presente que sin perjuicio de la recomendación que se emita en estos autos, mi representada se reserva el derecho de iniciar y presentar nuevas solicitudes ante el H. Panel Técnico por hechos relacionados a aquellos que se describen en esta presentación, como asimismo de interponer acciones contenciosas señaladas en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley de Concesiones, sea ante la respectiva Comisión Arbitral o ante la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, así como solicitar las medidas indicadas en el artículo 36 ter de dicha Ley ante cualquiera de dichos órganos jurisdiccionales.

QUINTO OTROSÍ: Sírvase este H. Panel Técnico, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 20 letra a) de las Normas de Funcionamiento del H. Panel Técnico de Concesiones de Obras Públicas, tener por acompañada copia íntegra de esta presentación en formato digital.

SEXTO OTROSÍ: Sírvase este H. Panel Técnico tener presente que designo como abogados patrocinantes y confiero poder a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión señores Jorge Bofill Genzsch (jbofill@bofillescobar.cl) y Sebastián Yanine Montaner (syanine@bofillescobar.cl), ambos domiciliados en Avenida Apoquindo 3472, piso 19, comuna de Las Condes, Santiago, quienes podrán actuar conjunta o separadamente de manera indistinta, y quienes firman en señal de aceptación.