

Apuntes en Torno al Régimen Fiscal de las Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos

Arturo Tuesta Madueño*
Roberto Polo Chiroque**

Resumen:

En este artículo se analiza el tratamiento para fines del Impuesto a la Renta de las concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos regulados por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, que rige la entrega de las referidas concesiones. Así, se examina el régimen aplicable a las inversiones realizadas por los concesionarios, el tratamiento de las concesiones auto-sostenibles y las concesiones cofinanciadas. Para culminar este artículo, se proponen cambios legislativos que, en opinión de los autores, ayudarían a dotar de mayor seguridad al régimen actual en beneficio del Estado peruano y de los inversionistas.

Palabras clave:

Inversiones – Concesiones autosostenibles – Concesiones cofinanciadas – Obras públicas de infraestructura y servicios públicos – Impuesto a la Renta

Abstract:

In this report, the main Income Tax aspects related to the concessions of public infrastructure and of public services regulated by Supreme Decree N° 059-96-PCM are analyzed. Hence, the applicable rules for investments made by the concessionaires and the treatment of self-sustained and co-financed concessions will be examined. To conclude this report, legislative changes that, in opinion of the authors would help provide greater security to the current regime on benefit of the Peruvian State and the investors, are suggested.

Keywords:

Investments – Concessions self-sustainable – Co-financed concessions – Public infrastructure and public services – Income Tax

Sumario:

1. Introducción – 2. Concesión: concepto y tipo – 3. Regulación de las concesiones – 4. Régimen fiscal de las inversiones por parte de los concesionarios: del activo fijo al activo intangible y a las concesiones bifurcadas – 5. Conclusiones y recomendaciones

* Abogado, egresado de la Universidad de Lima. Cuenta con un MBA por la Université du Quebec á Montreal (UQAM). Socio del departamento de servicios legales y tributarios de PwC. Profesor de la Maestría en Derecho Tributario de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Abogado, egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con un postgrado en Tributación Internacional por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y estudios de contabilidad en ESAN. Gerente del departamento de servicios legales y tributarios de PwC. Profesor de Impuesto a la Renta en la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.

1. Introducción

La provisión de una adecuada infraestructura pública y la prestación de servicios públicos y conexos en forma eficiente, constituyen factores clave para el desarrollo económico de cualquier país. Sus efectos se despliegan a nivel económico, por la inversión que se debe realizar para desarrollar la infraestructura y también por la integración territorial interna y con el exterior que genera¹.

Bajo este contexto, la concesión constituye uno de los mecanismos que se utiliza para que el Estado encargue la ejecución de obras públicas de infraestructura y la prestación de servicios públicos con la participación de agentes del sector privado.

A modo informativo, solamente para los años 2014 y 2015, Proinversión² promovió 30 proyectos de inversión en infraestructura pública y de servicios públicos para distintos sectores como infraestructura de transportes, electricidad, hidrocarburos, saneamiento y salud, turismo, entre otras. A ellos habría que agregarles los proyectos presentados mediante la regulación de iniciativas privadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente artículo nos proponemos analizar el régimen fiscal aplicable a las concesiones antes mencionadas según lo previsto por las normas vigentes, en particular el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (en adelante TUO de Concesiones), su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 060-96-PCM (Reglamento del TUO de Concesiones) y por el Decreto Supremo N° 132-97-EF, Reglamento de los beneficios tributarios para la Inversión Privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (en adelante, el Reglamento) y otras normas aplicables.

2. Concesión: concepto y tipo

Mediante la concesión, el Estado confiere determinados derechos y obligaciones al particular elegido como concesionario, esencialmente vinculados con la ejecución de determinada obra pública de infraestructura y/o su explotación para

la prestación de un servicio público durante un periodo establecido, culminado el cual los bienes utilizados para dicha concesión revierten al Estado.

Lo anterior implica que, valiéndose de las concesiones, el Estado permite a los concesionarios prestar determinados servicios que deberían ser prestados por él mismo.

Al tratar de conceptualizar a la concesión, Zegarra³ hace hincapié en el interés público que subyace a lo que se concede. Así, indica que la concesión:

“(...) no es más que una relación jurídica pública a través de la cual el Estado, representado por una entidad administrativa designada por ley, otorga por un tiempo determinado la gestión de un servicio público u obra pública de infraestructura de servicios públicos para su aprovechamiento económico, manteniendo el Estado la titularidad respecto de los servicios públicos y las obras públicas de infraestructura, asumiendo un rol de control y regulación y conservando la capacidad de intervención en caso sea de interés público la reversión de la concesión”.

En esa misma línea, respecto al rol de la Administración en la concesión, Pedreschi⁴ señala que:

“La concesión implica una transferencia al particular de facultades o potestades propias de la Administración, a efectos de realizar directamente determinada actividad de interés público, lo cual implica ciertamente un aumento del ámbito de competencia de los entes privados. Sin embargo, el derecho del concesionario comprende sólo las facultades necesarias para la ejecución y/o explotación de la obra o la prestación del servicio, manteniendo la Administración de las facultades de control y supervisión, toda vez que la transferencia o delegación en que consiste la concesión, no comporta una renuncia a sus competencias propias y exclusivas. De esta situación, se deriva el hecho de que la facultad transferida al particular mediante la concesión sea temporal y revocable”.

De acuerdo a lo anterior, podemos identificar como elementos sustanciales de la concesión a los siguientes⁵:

1 Sobre este aspecto resulta interesante el estudio de Patricio Rozas y Ricardo Sánchez, Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico (<http://www.cepal.org>).
 2 http://www.proinversion.gob.pe/RepositorioAPS/0/2/JER/PPT_CARTERA_Y_PROYECTOS/proyectos%20promovibles_22%2001%202014%20%5B5%C3%B3%20lectura%5D.pdf.
 3 ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Concesión e iniciativa privada. Themis Revista de Derecho Segunda Época N° 39, 1999, página 102.
 4 PEDRESCHI GARCÉS, Willy. Notas sobre el régimen actualmente vigente aplicable a las Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos de ámbito municipal. Revista de Derecho Administrativo N° 7, año 4, 2009, página 253.
 5 Analizando el concepto en cuestión, la Administración Tributaria ha emitido el Informe N° 153-2008-SUNAT/2B0000 señalando lo siguiente:

- Es una relación de derecho público que se instrumentaliza a través de un contrato suscrito entre el Estado y un privado (concesionario),
- Dicho contrato tiene como objeto conferir al concesionario derechos u obligaciones, vinculadas esencialmente a construir y/u operar determinada obra pública de infraestructura para brindar un servicio público.
- Es un instrumento para que el Estado ejecute obras públicas y brinde servicios públicos valiéndose de recursos del sector privado, a cambio de la posibilidad de aprovechar económicamente dichos bienes u otro tipo de contraprestación a su favor.
- La relación es temporal, vencido su plazo los bienes objeto de la concesión revierten al Estado.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, existe cierta corriente que considera que el factor riesgo, que asume el concesionario, es esencial a la naturaleza de las concesiones, lo que llama la atención respecto de las concesiones cofinanciadas debido a que en éstas dicho factor puede ser inexistente.

En ese sentido, Víctor Baca y Eduardo Ortega⁶ comentan lo siguiente:

"(...) es en ellas que podría llegar a ponerse en cuestión la naturaleza concesional del contrato, pues no basta que el contratista asuma la explotación de la obra o servicio y que éste sea aprovechado por un usuario diferente al Estado, sino que además debe participar (esencialmente agregaríamos) del riesgo.

(...)

No serían concesiones en tanto su objeto no consistiría en la explotación de una infraestructura o servicio público a favor de unos usuarios (quienes puede tener a su cargo o no el pago, siempre y cuando la remuneración se establezca en función del aprovechamiento o utilización del bien o servicio), sino en la realización de una prestación a favor de la Administración, que se remunera incorporando

un factor de riesgo (como, por ejemplo, la calidad del servicio)

(...)

En realidad, si el pago es total no estaríamos propiamente ante una concesión sino ante un contrato de obras o de servicios".

Sin embargo, como lo reconocen los autores citados⁷, no existe, en nuestra legislación, una referencia expresa a dicho elemento como sustancial en la definición de concesión, motivo por el cual se considera que las concesiones, aun cuando se otorguen bajo la modalidad de cofinanciadas o sin riesgo, mantienen su naturaleza concesional.

Ahora bien, respecto a las modalidades de la concesión, de acuerdo a su esquema podemos distinguir entre:

1. Concesión BOT (Build-Operate-Transfer): Son contratos de construcción, operación y transferencia (BOT); por el cual una empresa privada construye y financia un proyecto de infraestructura y luego cobra por el uso del servicio durante un período determinado; finalizado dicho período la infraestructura total se transfiere al Estado⁸.
2. Concesión BOOT (Build-Own-Operate-Transfer): Los esquemas BOOT tienen normalmente las siguientes características⁹:
 - a) Una sociedad privada construye activos de infraestructura que tradicionalmente han estado asociados con la inversión realizada por el gobierno general y las sociedades no financieras públicas;
 - b) legalmente dicha sociedad es propietaria y opera esos activos por un tiempo definido y,
 - c) la sociedad privada transfiere la infraestructura al gobierno al término del contrato, que usualmente tiene una vigencia inferior a la vida útil del activo.

Asimismo, por la forma de retribución al concesionario pueden distinguirse:

"(...) la concesión de obras públicas de infraestructura de servicios públicos nace en virtud de un acto de la Administración que, formalizado a través de un contrato de concesión, tiene por objeto la prestación de un servicio público que involucra que el concesionario, por cuenta y riesgo, asuma la realización de actividades de construcción – en caso esté prevista – y de explotación del servicio al cual esté destinada la infraestructura (puertos, aeropuertos, ferrocarriles y carreteras), recibiendo como contraprestación por el mantenimiento de un servicio regular, y dentro de los estándares de servicialidad técnica internacionalmente establecidos, una tarifa o un peaje, abonados directamente por los usuarios, que le permitirá la cobertura de su inversión y percibir réditos dentro del tiempo de vigencia de la concesión. Una de las características generales de una concesión es su temporalidad, lo cual implica que su término está condicionado a la llegada de un determinado plazo, lo cual es algo inherente a la institución jurídica de la concesión"

6 BACA ONETO, Víctor Sebastián y ORTEGA SARCO, Eduardo. Los esquemas contractuales de colaboración público-privada y su recepción por el derecho peruano. Revista de Derecho Administrativo N° 13, 2006, páginas 45 y 47.

7 Al respecto, dichos autores señalan que cobra gran importancia la omisión en el TUO de Concesiones de una norma referida a la asunción del riesgo por el concesionario, lo cual incluso podría ser contradictorio con lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 108-2006-EF.

8 https://www.mtc.gob.pe/portal/home/concesiones/concesiones_otorgadas.htm.

9 http://www.cepal.org/deype/noticias/noticias/4/13354/cr_bcentral.pdf

- a) Las concesiones auto-sostenibles, en las que la explotación de los bienes de la concesión generan recursos suficientes para cubrir la inversión realizada y obtener un margen de rentabilidad acorde, y donde el concesionario asume el riesgo de la explotación del activo y/o servicio, incluido el riesgo de demanda; es decir, si el servicio público no genera ingresos suficientes, es a riesgo del concesionario y no del concedente;
- b) Las concesiones cofinanciadas, siendo éstas aquellas en las que el Estado participa mediante la asignación de recursos para el desarrollo de la obra y/o la prestación del servicio público, es decir, el Estado asume el riesgo de explotación, usualmente garantizando al concesionario el pago de determinadas sumas, y donde el riesgo de demanda es asumido por el Estado;
- y,
- c) Concesiones que involucren ambas formas de retribución, a las que se denomina usualmente concesiones mixtas o bifurcadas, y donde el Estado asume parte del riesgo, usualmente a través de la figura del IMAG o Ingreso Mínimo Anual Garantizado, es decir, el concesionario sólo asume el riesgo por la generación de ingresos por el exceso de la suma que el Estado se ha comprometido a pagarle.

3. Regulación de las concesiones

A nivel normativo, el TUO de Concesiones señala, en su artículo 2, que la modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada, en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, es la concesión.

La concesión es el acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas, nacionales o extranjeras, la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, conforme lo señala el artículo 3 del Reglamento del TUO de Concesiones.

Asimismo, dicha norma indica que la ejecución de la obra comprende la construcción, reparación y/o ampliación y que su explotación o la prestación del servicio comprenden:

- a) La prestación del servicio básico y los servicios complementarios para los que fue entregada la concesión de acuerdo a las condiciones de calidad establecidas en el contrato;
- b) El mantenimiento de la obra; y,
- c) El pago de tarifas, precios, peajes u otros pactados en el contrato de concesión que realizarán los usuarios como retribución

por los servicios básicos y complementarios recibidos.

Por otro lado, por la modalidad de su otorgamiento, el artículo 14 del TUO de Concesiones distingue entre:

- a) Concesiones a título oneroso, imponiendo al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado.
- b) Concesiones cofinanciadas por el Estado, con una entrega inicial durante la etapa de construcción o con entregas en la etapa de la explotación, reintegrables o no.

Con relación a las concesiones cofinanciadas se señala lo siguiente¹⁰:

“El cofinanciamiento de la concesión de una obra pública de infraestructura y/o de la prestación de un servicio público podrá realizarse bajo cualquiera de las siguientes modalidades:

- *Mediante una entrega inicial, durante la etapa de construcción ya sea de la obra pública de infraestructura objeto del contrato o de las obras de infraestructura requeridas para la prestación del servicio público (...).*
- *Mediante entregas parciales durante la etapa de explotación de la obra pública de infraestructura o la ejecución de la actividad prestacional calificada como servicio público (...).*

Dicha modalidad de concesión permite estimular la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos consideradas de cierta importancia por el Estado, pero cuyos costos de ejecución para el particular concesionario sean elevados (...) y cuya explotación no redima los mismos en forma razonable y suficiente al inversionista peruano”.

Tal como puede advertirse, el cofinanciamiento surge como una necesidad para que determinados proyectos, cuya explotación no reeditaría un retorno atractivo para los inversionistas, puedan ejecutarse mediante el aporte económico del Estado para su desarrollo.

- c) Concesiones mixtas, cuando concurren más de una de las modalidades antes señaladas.

Finalmente, respecto a la compensación que reciben los concesionarios, el Decreto Supremo N° 108-2006-EF indica en su artículo 2 que:

10 PEDRESCHI GARCÉS, Willy. Op. Cit. Páginas 255 y 256.

“El Concesionario percibirá como contraprestación por el servicio público a ser prestado, una retribución que puede consistir en: (a) tarifa, peajes, precio, entre otros, a ser cobrados a los usuarios finales, y/o de no ser suficientes, (b) un cofinanciamiento que consiste en recibir un pago total o parcial a cargo del Concedente, que puede provenir de cualquier fuente que no tenga un destino específico previsto por ley, para cubrir las inversiones y/o la operación y mantenimiento, a ser entregado mediante una suma única periódica, y/o (c) cualquier otra modalidad de contraprestación acordada por las partes”.

El artículo 3 del citado Decreto Supremo establece que, en el caso concesiones cofinanciadas por el Estado, a que se refiere el inciso c) del artículo 14 del TUO de Concesiones, los montos que perciba el concesionario por la ejecución y explotación de la obra y/o prestación del servicio constituyen el sistema de recuperación de la inversión y/o de los costos o gastos de operación y mantenimiento efectuados; por lo tanto, la retribución por el servicio prestado por el concesionario.

Bajo el marco normativo expuesto en el siguiente punto, analizaremos el régimen fiscal de las concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

4. Régimen fiscal de las inversiones por parte de los concesionarios: del activo fijo al activo intangible y a las concesiones bifurcadas

El TUO de Concesiones contiene en su artículo 22 señala lo siguiente:

“Artículo 22.- El valor de transferencia de los bienes al Estado durante o al término de la concesión o su renovación será el valor contable de los bienes que no hayan sido totalmente depreciados. La transferencia estará inafecta de todo tributo creado o por crearse, incluso de aquellos que requieren mención específica para su inafectación o exoneración.

El concesionario podrá depreciar anualmente los bienes de la concesión de acuerdo a su vida útil, no pudiendo exceder en este caso la tasa anual de 20%.

Alternativamente, podrá depreciar íntegramente dichos bienes durante el periodo que reste para el vencimiento de la concesión, aplicando para tal efecto el método lineal.

El tratamiento establecido en el segundo y tercer párrafos de este artículo es de aplicación a los activos intangibles de duración limitada derivados del derecho de uso sobre los activos transferidos al Estado. Para estos efectos la tasa de amortización aplicable será igual a la tasa de depreciación establecida para el bien transferido al Estado”.

En nuestra opinión, la principal falencia de esta norma se encuentra en que sólo regula el tratamiento de aquellas concesiones en que el concesionario tiene un activo fijo o un intangible; es decir, las concesiones autosostenibles, pero no para aquellas en que debe reconocerse un activo financiero.

En efecto, la depreciación o amortización requieren necesariamente que el contribuyente sea titular de un activo, fijo o intangible, respectivamente, por lo que, de no existir estos elementos, la norma citada resultará inaplicable, y para ello, a falta de una definición expresa de estos conceptos, debemos remitirnos a las normas contables.

Al respecto, consideramos importante mencionar recientes pronunciamientos del Tribunal Fiscal y la Administración Tributaria respecto de este tema.

Así, por ejemplo, en las Resoluciones N° 10577-8-2010 y 15502-10-2011 se ha concluido que, por encima de lo que hayan pactado las partes en el ámbito contractual, si contablemente un contrato de arrendamiento califica como financiero, el arrendatario deberá considerar el bien objeto del contrato como un activo suyo y depreciarlo para fines del IR¹¹.

11 A título ilustrativo, en la Resolución N° 010577-8-2010 se indicó lo siguiente:

“Que en el presente caso se tiene que de acuerdo con los términos pactados (...) la recurrente debía considerar las operaciones bajo análisis, como un arrendamiento financiero y no como un arrendamiento operativo, que además la determinación del Impuesto a la Renta se inicia en los resultados contables, respecto de los cuales se procede a realizar la conciliación correspondiente con las normas tributarias, en tanto estas últimas establezcan disposiciones particulares, y en el presente caso de conformidad con los parámetros establecidos en la NIC N° 17, los bienes dados en leasing debían ser considerados como activo fijo de la recurrente, por lo que no correspondía que efectuara la deducción de las cuotas de arrendamiento para fines tributarios, dado que no existía norma alguna que exigiera o permitiera otorgar a esta operación, un tratamiento distinto al que posee para efecto contable.

(...)
Que de acuerdo con lo señalado en los considerandos anteriores se tiene que este Tribunal admite la posibilidad que la Administración establezca la realidad económica que subyace en un contrato que posee la calidad de acto simulado, supeditando dicha actuación a la acreditación fehaciente del negocio que en realidad ha llevado a cabo el contribuyente; sin embargo, sobre la base del registro contable de las transacciones, se tiene que en rigor el tratamiento otorgado no ha sido de un arrendamiento operativo, como pretende sustentar la contribuyente, sino el de arrendamiento financiero” (el subrayado es nuestro).

Dicha posición se sustenta en que la determinación del IR parte de los resultados contables y a partir de éstos se realizan los ajustes tributarios correspondientes cuando las normas tributarias establecen tratamientos específicos que se alejan del referido resultado^{12 13}; por lo que cuando las normas del IR no contengan reglas específicas que permitan calificar en forma particular una operación, la misma debe mantener la naturaleza y el tratamiento que la contabilidad le ha otorgado.

Sin embargo, el TUO de Concesiones no establece una norma especial que exceptúe a los concesionarios de partir del resultado contable para aplicar un tratamiento fiscal especial.

En efecto, el TUO de Concesiones establece un tratamiento fiscal especial para la depreciación de los bienes de la concesión, pero únicamente en el sentido que permite un plazo distinto al del régimen general del IR, lo que no significa que se adopta una definición de depreciación distinta.

Por el contrario, el citado artículo 22 se remite a una definiciones contables ("*depreciación*" y "*activo intangible*") para permitir que los concesionarios puedan recuperar sus inversiones.

Más aun, se aplican las mismas reglas para la recuperación de contratos que permiten el reconocimiento de un activo fijo y los que dan origen a un activo intangible en virtud al derecho de uso que se tiene sobre las inversiones en bienes que se realiza.

De acuerdo a lo señalado anteriormente, lo relevante para que un concesionario pueda acogerse al tratamiento especial al que se refiere el artículo 22 del TUO de Concesiones, es que los bienes de la concesión sean parte de su activo fijo o que califiquen como un activo

intangible equivalente a la inversión realizada, y de esa manera poder recuperar la inversión realizada en vía de depreciación o amortización, respectivamente.

Para estos propósitos, y como hemos señalado, la jurisprudencia del Tribunal Fiscal ha sido consistente en indicar que son las normas contables las que definen qué califica como activo, ya sea fijo o intangible, concepto que se vincula directamente con el asumir los beneficios y riesgos del bien, entre otros elementos.

Así, por ejemplo, aunque en el contrato de concesión se establezca en forma expresa que los bienes de la concesión son de propiedad del concesionario (término de naturaleza jurídica) y que, además, asume los riesgos y beneficios de dichos bienes, será un análisis económico de los derechos y obligaciones que resultan del contrato lo que nos indicará si para propósitos contables estamos ante un activo del concesionario o no, y por tanto si lo puede depreciar o amortizar, o no puede hacerlo.

Aunque existe una corriente de opinión que considera técnicamente cuestionable que el tratamiento fiscal se apoye en forma sustancial en las definiciones contables, consideramos que la redacción del artículo 22 citado anteriormente deja poca cabida a una interpretación en sentido contrario desde que se remite en forma expresa a nociones contables como activo fijo, depreciación y amortización, que no se encuentran definidas en las normas tributarias, siendo además un principio aceptado el que la imposición a la renta se encuentra unida a los conceptos contables, salvo disposición legal en contrario.

En este contexto, encontraremos un activo fijo o un activo intangible en las concesiones en que,

12 En síntesis, lo resuelto por el Tribunal Fiscal es como sigue:

- Para efectos de la determinación del IR, los hechos y transacciones deben contabilizarse, en principio, de acuerdo con lo previsto por las normas contables, para luego realizar las conciliaciones respectivas con las normas tributarias que rigen determinadas operaciones.
 - Si la operación recoge las situaciones previstas en la NIC 17 – Arrendamientos, para ser calificada como un arrendamiento financiero, el tratamiento tributario debe seguir lo dispuesto por las normas contables, pues no existe norma alguna que permita otorgar un tratamiento distinto al contable.
 - Esta situación no se desvirtúa por el hecho que el arrendador no haya sido una empresa bancaria, financiera u otra empresa autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros, lo cual implica en todo caso que el régimen tributario particular previsto por la citada norma no resulte de aplicación a dicha operación, ya que dentro del ejercicio de la libertad contractual a que se contrae el artículo 1354 del Código Civil, el arrendador y el arrendatario podían acordar válidamente la celebración de carácter financiero u operativo.
 - Como consecuencia, los bienes materia de un arrendamiento financiero deben ser considerados activo fijo del arrendatario, quien no puede deducir, para efectos tributarios, las cuotas de arrendamiento financiero.
- 13 Por su parte, la Administración Tributaria, al analizar un contrato de superficie, se remitió al tratamiento contable para efectos tributarios de la siguiente manera:
- Dado que las normas que regulan el IR no definen cuándo se considera devengado un ingreso o un gasto, resulta necesaria la utilización de los criterios contables. De acuerdo a ello, el contrato de superficie debe regirse por la NIC 17 Arrendamientos.
 - Si una transacción califica como un arrendamiento financiero bajo las normas contables, el tratamiento tributario aplicable debe ser el siguiente:
 - i) La operación debe tratarse como una venta.
 - ii) El arrendador debe reconocer como ingreso de actividades ordinarias el monto pactado en la fecha de la transferencia, según lo dispuesto por la NIC 18.
 - iii) El arrendatario debe reconocer los derechos que tiene sobre el bien y depreciarlo, de ser el caso.

más allá de la fórmula legal o contractual, el concesionario asume los riesgos y beneficios de la explotación del bien y la prestación del servicio (concesiones autosostenibles), en tanto que en las concesiones en que ese riesgo es asumido por el concedente, encontraremos un activo financiero (cuenta por cobrar).

Aun cuando escapa a los alcances de este artículo el analizar los principales motivos que desestiman el reconocimiento de un activo (fijo o intangible), creemos interesante puntualizar que estos, de acuerdo a la CINIIF 12, son los siguientes: i) El concesionario no controla el activo ni tampoco tiene derecho irrestricto; ii) El Estado define el precio y la base sobre la que se determina; iii) El Estado establece a quienes se proveerá el servicio; iv) El Estado define la forma de proveer el servicio; y, v) La infraestructura revierte siempre al Estado.

A tal efecto, las preguntas clave son: ¿Cómo se retribuye la inversión del concesionario? ¿Quién asume el riesgo de la demanda?

Por tanto, si el concesionario recibe una retribución sin asumir el riesgo de la demanda del servicio en concesión, no existe posibilidad que registre contablemente un activo fijo ni un activo intangible.

En esa línea, en aquellos casos en los que el concesionario celebra concesiones cofinanciadas y recibe como contraprestación una retribución sin asumir el riesgo de la demanda, contablemente la operación es calificada como la prestación de un servicio y da origen al reconocimiento de una cuenta por cobrar a favor del concesionario contra el Estado.

Esta situación se presenta, por ejemplo, cuando el concesionario obtiene el derecho a cobrar al Estado sumas predeterminadas en función al avance de las inversiones comprometidas con independencia de la prestación del servicio o de la demanda que pudiera existir. En estos casos, es irrelevante para el concesionario los resultados de la prestación de los servicios públicos y, por el contrario, es al Estado a quien afectará o beneficiará la cuantía de los ingresos que se generen. Nótese que el hecho de que contractualmente se indique que el pago al concesionario se financiará con los ingresos del servicio (peajes, tarifas, etc.) no resulta relevante si es que el Estado se ha comprometido a que el concesionario reciba siempre una suma mínima, ya que ello revela que es el Estado quien asume el riesgo.

En consecuencia, en este tipo de concesiones, el concesionario no puede acogerse al tratamiento establecido en el artículo 22 del TUO de Concesiones, por lo que el régimen tributario que

le será aplicable es el de prestación de servicios (construcción o servicios en general, según corresponda).

Así, en tanto en el caso de concesiones autosostenibles, el concesionario reconoce un activo (fijo o intangible) e ingresos por la prestación del servicio público, de los que deducirá la depreciación o amortización del activo, en el caso de concesiones cofinanciadas, reconocerá un ingreso por la prestación del servicio y desde el momento en que inicia el cumplimiento de sus inversiones. Si el pago del Estado es diferido, reconocerá una cuenta por cobrar, con el consiguiente componente financiero (intereses) a devengarse en el plazo concedido para el pago de la retribución.

Sobre este último punto, es posible (es más, es lo usual) que los pagos acordados a futuro por el Estado (bajo el sistema de Pago Anual por Obras –PAO, Pago Anual por Servicios –PAS, u otros) no discriminen el capital de la deuda (retribución por el servicio), de los intereses (retribución por el diferimiento en el pago), caso en el cual corresponderá al concesionario separar dichos componentes en función a un análisis económico de la composición del pago único acordado, atendiendo al valor de mercado del servicio, tasas de interés de mercado, tipo de deuda y garantías, etc. De esta forma, durante la etapa de inversión se reconocerá como ingreso la parte que corresponda a la prestación del servicio de construcción y posteriormente, se devengará el ingreso (intereses) por el financiamiento otorgado al Estado.

Ahora bien, mayor complejidad presentan las concesiones en las que una parte de la inversión es retribuida mediante una contraprestación sin riesgo para el concesionario, mientras que la recuperación y rentabilidad de la otra parte de la inversión queda sujeta a la demanda del servicio por los usuarios.

Ese tipo de concesiones reciben la calificación contable de mixtas o bifurcadas, pues dan lugar al reconocimiento de un activo financiero por la retribución asegurada y un activo intangible por la parte correspondiente a la inversión cuya recuperación depende de la demanda de los usuarios y que no se encuentra asegurada por el Estado.

Desde una perspectiva tributaria, lo que corresponde en tal supuesto es que el concesionario aplique el régimen general del IR respecto de la parte del contrato de concesión que da origen al reconocimiento de un activo financiero, en tanto que por la parte de su inversión cuyo riesgo es asumido por el Estado (y

que genera el reconocimiento de un activo fijo o intangible), aplicará lo dispuesto por el artículo 22 del TUO de Concesiones.

5. Conclusiones y recomendaciones

Las concesiones son una de las principales herramientas del Estado para proveer servicios públicos a la población del país y promover el desarrollo económico. Consecuentemente, es primordial que, por ser proyectos de gran envergadura y que demandan ingentes recursos económicos, se cuente con un marco tributario claro y que recoja todas o la mayor parte de variantes que dichos contratos pueden presentar.

Actualmente, la norma vigente sólo regula el tratamiento fiscal de las concesiones

autosostenibles, por lo que es no sólo deseable sino necesario, que se actualice dicha norma y se regulen en forma expresa los demás tipos de concesiones, de forma tal que se brinde seguridad y certeza a los potenciales inversionistas.

Debe tenerse presente, además, que si bien con la ayuda de las normas contables es posible establecer el tratamiento contable aplicable, no es deseable que un tema de esta importancia no cuente con una regulación propia. Desde que las normas contables y sus impactos suelen ser modificados periódicamente, con la consiguiente incertidumbre para los operadores económicos que se deben apoyar en ellas para determinar la aplicación o no del régimen tributario correspondiente. 

