

---

# *Algunas Consideraciones Sobre el Tratamiento Tributario Aplicable a las Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos*

**Cecilia Hernández Patiño\***

*Graduada en la Universidad de Lima*

*Socia de Hernández & Rosselló Abogados*

## **Introducción**

Sabemos que uno de los temas cruciales que alcanza a los inversionistas en el negocio de las concesiones se deriva de la necesidad de conocer el impacto tributario integral que deberán soportar. En efecto, en la elaboración del modelo económico o presupuesto de rentabilidad del negocio a concesionarse (o ya concesionado), resulta de vital importancia determinar los costos tributarios con la finalidad de:

- Presupuestar la carga tributaria.
- Aprovechar los «beneficios»<sup>1</sup> tributarios previstos.
- Identificar temas no regulados adecuadamente que puedan implicar en la práctica tomar la decisión de asumir o no un riesgo de contingencia tributaria, y en todo caso poder cuantificarla.

Para cumplir este propósito habría que conocer las normas generales relacionadas con el funcionamiento de los principales tributos en nuestro país; las normas generales para la determinación de cada tributo así como las específicas relacionadas con el tema de concesiones. También las concernientes a los convenios de estabilidad jurídica que incluye la estabilidad tributaria tema muy importante si tenemos en cuenta que en el negocio de las concesiones la recuperación de la inversión tiene lugar normalmente en el largo plazo; entre otros.

Este artículo no busca como es obvio agotar el tema, pero si acercarnos un poco y para ello nos permitimos comentar algunos puntos que consideramos de interés, ya sea porque son muy propios del negocio y por consiguiente especiales o porque la regulación no es clara.

## **1. Impuesto a la Renta**

### **1.1. Aplicación del Impuesto a la Renta en la transferencia de bienes a favor del Estado**

El artículo 22 del 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, Decreto Supremo 059-96-PCM, en adelante la *Ley de Concesiones*, establece que 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. Asimismo, agrega la norma, que la transferencia estará inafecta a todo tributo creado o por crearse, incluso de aquellos que requieren mención específica para su exoneración.

Teniendo en cuenta ello, la transferencia de bienes que el concesionario deberá realizar a favor del Estado, estará inafecta al Impuesto a la Renta.

Sin embargo, debe notarse que esta inafectación no alcanza a los bienes que el concesionario transfiere a entidades del Estado con personería jurídica propia, por lo que en este caso sí corresponderá aplicar el impuesto, teniendo en cuenta la regla de valor de mercado.

En efecto, hay experiencias en que los bienes que adquiere el concesionario o las mejoras que realiza como parte de su inversión, revierten durante o al final de la concesión, no necesariamente al Estado de forma directa, sino a empresas estatales de derecho privado, por ejemplo. Bajo este supuesto las normas tributarias dictadas con la finalidad de no afectar

---

\* Realizó estudios de Contabilidad Avanzada y Finanzas en Arthur Andersen & Co. Se especializa en Derecho Tributario, Banca y Finanzas. Ha sido profesora del curso de Impuesto a la Renta de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Ha dictado diversas conferencias sobre tributación (concesiones y actualización tributaria) como miembro activo del Instituto Peruano de Derecho Tributario; para la Facultad de Economía de la Universidad de Lima (tratamiento tributario de los commodities) y para la Cámara de Comercio Americana del Perú (actualización tributaria y sobre precios de transferencia). Es miembro activo del Instituto Peruano de Derecho Tributario; y autora de diversos artículos tributarios compilados en «El mundo de la microeconomía», volúmenes I y II.

<sup>1</sup> Básicamente se trata de normas que más que otorgar beneficios, evitan una inadecuada o gravosa carga tributaria debido a que las normas generales no responden a la naturaleza especial de estas operaciones.



## Algunas Consideraciones Sobre el Tratamiento Tributario...

tributariamente estas transacciones han quedado cortas debiendo considerarse lo siguiente:

- En concesiones bajo el modelo BOT<sup>2</sup>, las transferencias de bienes o mejoras ocurren automáticamente luego de adquiridos o mejor dicho construidos por efecto de la accesión que se produce a los bienes del concedente. En este supuesto no se deberá producir una ganancia neta (o renta neta), pues el valor de venta debería ser el costo de adquisición o construcción de esos bienes o mejoras. En ciertos casos puede haber una ganancia si entre el momento de la compra de los bienes y el momento en que tiene lugar la accesión, el tiempo transcurrido permite una variación en los precios incrementándose el valor de mercado. Esta renta neta se encontrará gravada. Y en cualquier caso, el ingreso por la venta formará parte de la base de cálculo para los pagos a cuenta del Impuesto a la Renta del mes en que ocurra la transferencia, pues dicha base de cálculo la conforman los ingresos netos del mes.
- En concesiones bajo el modelo BOOT<sup>3</sup> en cambio la transferencia debería producirse al final de la concesión. En este caso la utilidad resultará de la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable de los activos transferidos; siendo el valor de mercado el que normalmente se obtiene en operaciones similares. En nuestro entendimiento ese valor debería ser el que figure en libros si así se pacta, pues es sustentable el que estas transacciones, en el contexto de una concesión, normalmente se produzcan a ese valor: así está dispuesto por Ley; con lo cual no debería obtenerse una utilidad. El ingreso por la venta formará parte de la base de cálculo para los pagos a cuenta del mes en que ocurra la transferencia.

### 1.2. Depreciación de Activos - Régimen General

Las depreciaciones por desgaste o agotamiento de los bienes del activo fijo que los contribuyentes utilicen en actividades productoras de rentas gravada son deducibles a fin de determinar la renta neta, sobre la cual se calculará el Impuesto a la Renta.

Las depreciaciones se calcularán sobre los valores de adquisición o producción de los bienes o sobre los valores que resulten del ajuste por inflación del balance, en su caso. A dichos valores se agregará, si

corresponde, el de las mejoras incorporadas con carácter permanente.

El costo computable incluye los gastos incurridos con motivo de su compra tales como: fletes, seguros, gastos de despacho, derechos aduaneros, instalación, montaje, comisiones normales y otros similares que resulten necesarios para colocar a los bienes en condiciones de ser usados, excluidos los intereses. En los casos de bienes importados no se admitirá, salvo prueba en contrario, un costo superior al que resulte de adicionar al precio ex fábrica vigente en el lugar de origen, los gastos especificados en el párrafo anterior. No integrarán el valor depreciable las comisiones reconocidas a entidades que integran el mismo conjunto económico que hubieran actuado como intermediarios en la operación de compra, a menos que se pruebe la efectiva prestación de los servicios y la comisión no exceda de la que usualmente se hubiera reconocido a terceros no vinculados al adquirente.

En cuanto a las tasas de depreciación, las mismas se establecerán en función de la vida útil de los activos siendo las tasas máximas de depreciación las siguientes:

Bienes	Tasa máxima de depreciación
Inmuebles.	3%(tasa fija)
Ganado de trabajo y reproducción; redes de pesca.	25%
Vehículos de transporte terrestre (excepto ferrocarriles); hornos en general.	20%
Maquinaria y equipo utilizados por las actividades minera, petrolera y de construcción; excepto muebles, enseres y equipos de oficina.	20%
Equipos de procesamiento de datos.	25%
Maquinaria y equipo adquirido a partir del 01.01.91.	10%
Otros bienes del activo fijo.	10%

Los bienes depreciables, excepto inmuebles, que queden obsoletos o fuera de uso, podrán, a opción del

2 Construir, Operar y Transferir, que implican que la inversión pasa a propiedad del concedente, no obstante que el derecho de explotación de la inversión corresponde al concesionario durante el plazo del contrato. Normalmente, se trata de bienes públicos como pueden ser las carreteras.

3 Construir, Detentar la propiedad, Operar y Transferir, que implican que la inversión es de propiedad del concesionario durante el plazo del contrato. En este caso se trata de bienes que no son públicos como pueden ser las redes de tendido eléctrico.

contribuyente, depreciarse anualmente hasta extinguir su costo o darse de baja por el valor aún no depreciado a la fecha del desuso, debidamente comprobado.

### 1.3. Depreciación de Activos - Régimen Especial

En resumen, visto en régimen general, los bienes materia de la concesión también podrán ser depreciados bajo uno de los siguientes métodos, a elección:

- El método de línea recta y de acuerdo con su vida útil, no pudiendo exceder en ningún caso la tasa anual del 20%, se requerirá de un informe técnico dictaminado por profesional colegiado o por el organismo técnico competente cuando la vida útil difiera (hoy léase exceda) de la establecida en la legislación del Impuesto a la Renta. Puede ser el caso de ciertos inmuebles cuya vida útil es menor de 33 años, con lo que la tasa será mayor del 3% que fija el régimen general.
- El concesionario podrá optar por depreciar íntegramente los bienes materia de la concesión durante el período que reste para el vencimiento del plazo de la concesión o de su renovación, aplicando el método de línea recta, pudiendo en este caso superar la tasa anual del 20%.

La opción deberá adoptarse en el ejercicio que los bienes materia de la concesión pasan a integrar el activo del concesionario.

Para el ejercicio de la opción bastará que el concesionario lo comunique a la Administración Tributaria dentro del plazo establecido para la presentación de la declaración jurada anual del Impuesto a la Renta. La opción así ejercida regirá para la depreciación de los bienes adquiridos en el ejercicio al

que corresponde la referida declaración jurada. Lo dicho puede llevarnos a pensar que la opción puede ejercerse de modo diferente respecto de los activos adquiridos en cada ejercicio.

### 1.4. Amortización de Intangibles

Bajo el régimen de concesiones existen dos tipos de activos intangibles con tratamiento tributario diferente:

- Aquellos que representan una inversión no resarcida en activos fijos de propiedad de terceros, pero sobre los cuales se tiene el derecho de explotación mientras estos bienes tengan vida útil o durante el plazo de la concesión si el plazo fuese menor que la vida útil. Este es el escenario de las concesiones BOT, cuando las adquisiciones o construcciones que se realizan (p.e. mejoras) pasan a propiedad del Estado o a un tercero, ya sea por accesión o por efecto del contrato, no obstante que el derecho de uso y explotación de ese bien permanece en manos del concesionario.

Estos intangibles deberán amortizarse durante el plazo que los activos fijos que se tiene derecho a explotar nos procuren ingresos, o sea durante su vida útil;

ello por el principio de alocación ingreso/gasto que es lo que determina la utilidad de la operación o negocio en cada período<sup>4</sup>.

Por esta razón el tratamiento de depreciación establecido respecto de los activos fijos es de aplicación a este tipo de activos intangibles de duración limitada derivados de el derecho de uso o explotación. Para estos efectos la tasa de amortización aplicable será igual a la tasa de depreciación establecida para el bien transferido, ya sea que apliquemos el régimen general o bien el especial en sus dos modalidades.

***“La opción así ejercida regirá para la depreciación de los bienes adquiridos en el ejercicio al que corresponde la referida declaración jurada.”***

4 La utilidad que genera una inversión por cuestiones prácticas debe medirse año tras año pues se requiere de dicha información para conocer la marcha del negocio, así como para sufragar impuestos, entre otras necesidades y deberes. Pero en realidad nosotros sabemos que la utilidad es una, y se origina desde el momento en que comienza a existir el contribuyente, hasta que se éste extingue, es decir dentro de un plazo indefinido. No obstante existe la inevitable necesidad natural de obtener cierta información y con cierta continuidad, pues ni los accionistas ni el Estado pueden esperar de forma indeterminada dicha información. A este efecto se requiere dividir esa utilidad única, en utilidades por períodos, para establecerla y aplicarla con fines de distribución, reinversión, pago de impuestos, etc.: o para la toma de decisiones de negocio según la marcha de la empresa medida en esos términos. Pero estas utilidades parciales, que deben ser periódicas, deben tener una duración tal que permitan lograr algún equilibrio entre (i) la confiabilidad en la determinación de la utilidad por las partes y (ii) la oportunidad en que dicha utilidad se determina, se informa y se aplica. En otras palabras, el período debe ser lo suficientemente amplio para proporcionar en su estimación resultados más o menos exactos y equitativos año tras año lo que nos da confiabilidad en la capacidad contributiva por ejemplo, pero también debe ser lo suficientemente corto para proporcionar la información utilizable y necesaria a corto plazo para determinar los impuestos por ejemplo. El período predominante adoptado en todos los sistemas de imposición a la renta abarca un año calendario. Al margen de los problemas y distorsiones que ocasiona esta periodicidad anual (que en algunos casos pueden ser extremos), lo que queremos expresar en esta nota es que una de las razones que inspiran al principio de alocación ingreso/gasto tiene que ver con determinar confiable y uniformemente estas utilidades parciales en la oportunidad que culminan dichos períodos.



## Algunas Consideraciones Sobre el Tratamiento Tributario...

- Otro tipo de activo intangible lo constituyen aquellos que representan una inversión necesaria para la producción pero que no implican un derecho de explotación de un activo fijo de propiedad de terceros. El tratamiento tributario de estos activos lo contiene el artículo 44 inciso g) de la Ley del Impuesto a la Renta, conforme al cual:

*“ no son deducibles para la determinación de la renta imponible, la amortización de llaves, marcas, patentes, procedimientos de fabricación, juanillos y otros activos intangibles similares. Sin embargo el precio pagado por activos intangibles de duración limitada, a opción del contribuyente, podrá ser considerado como gasto y aplicado a los resultados del negocio en un solo ejercicio o amortizarse proporcionalmente en el plazo de 10 años”.*

Así, resulta importante diferenciar la inversión en un activo fijo de terceros que se realiza para explotar directamente el activo, del que se realiza sólo en cumplimiento de un compromiso de inversión determinado para explotar otro activo, que puede ser por ejemplo la concesión misma en su conjunto.

Ejemplo de experiencias relacionadas a este tema, es el de contratos que obligan al concesionario a realizar determinadas inversiones en mejoras (inmuebles) en los últimos años de la concesión, inclusive en el último año. Como no será difícil prever, el costo de esa inversión no podrá ser explotada durante su vida útil debido a los pocos años con que se cuenta. En ese caso de seguro se obtendrá una pérdida. Y es que en este escenario, resulta que no nos encontramos ante una inversión en activos que producen ingresos directos por su explotación, sino que nos encontramos ante un activo intangible de duración limitada necesario para acceder a la concesión.

En efecto, se trata de un costo de la concesión donde si bien la obligación de pagarlo tenga lugar al final de la misma, los ingresos se producen desde el principio. En consecuencia, su tratamiento se encuentra regulado por el inciso g) del artículo 44 de la Ley del Impuesto a la Renta, antes citado. Con ello el mismo puede ser amortizado hasta en un año.

En este caso, el problema específico radica en sí, para propósitos tributarios dicha amortización puede alocarse desde el principio de la concesión, y no desde que se realiza la inversión propiamente dicha.

La Ley del Impuesto a la Renta nos da una clara luz cuando dispone la deducción *“del precio pagado por el intangible”* (el subrayado es nuestro). Somos

de la opinión, que esta regla de carácter general debiera modificarse para permitir amortizar este tipo de intangibles no desde su pago, sino desde el momento en que se asumió la obligación de adquirirlo y por tanto de ser titular de la concesión que es la circunstancia que nos genera los ingresos que justifican ese compromiso adoptado a futuro. Tal como se encuentra regulado, actualmente, este tema se presenta una situación antitécnica pues en la realidad de los hechos se está limitando la deducibilidad de la amortización de esta inversión al no poder ser absorbida por los ingresos, debido al pequeño plazo remanente de la concesión. Es decir, habrá un gran gasto por amortización y pocos ingresos que la compensen generándose en consecuencia una sobrecarga tributaria.

### 2. Impuesto General a las Ventas

En primer lugar, realizaremos una breve explicación de la sistemática de este impuesto y de sus principales características.

#### 2.1. Aspectos Generales

El IGV es un impuesto que grava el consumo, es plurifásico, no acumulativo, debido al mecanismo de sustracción, en nuestro caso sobre base financiera. Así, nuestra legislación ha recogido como modalidad de aplicación del IGV la imposición al valor agregado. Esta modalidad impositiva implica la afectación de todas las operaciones de venta y de servicios que forman parte de la cadena de producción y/o comercialización, pero reconociendo un sistema de aplicación de créditos fiscales. De esta forma, las empresas que pagaron el IGV por sus adquisiciones pueden recuperar dicho monto al utilizarlo como crédito fiscal contra el IGV que grava sus ventas.

En este sentido, resulta que el incidido económico del impuesto es finalmente el consumidor final, quien al no poder utilizar el IGV de sus compras como crédito (por no realizar operaciones gravadas con el impuesto), recibe toda la carga económica.

#### 2.2. Devolución Anticipada del IGV

El IGV ha sido concebido para que no incida ni económica ni financieramente en los productores y comerciantes, pues éstos van trasladando la carga en sus ventas. Sólo deberá incidir sobre el consumidor final.

No obstante lo expuesto, dicho sistema se desnaturaliza cuando una empresa requiere de un período largo de inversión para iniciar o expandir su

actividad productiva, generando una excesiva o prolongada acumulación del crédito fiscal, lo que al final representa un sobre costo financiero.

Para contrarrestar este problema se ha previsto un régimen de excepción creando el “Régimen de Recuperación Anticipada del IGV”, el cual consiste en la devolución mediante la emisión por parte de la Administración Tributaria de notas de crédito negociables, del crédito fiscal originado en la adquisición o importación de bienes, adquisición de servicios y contratos de construcción, siempre que se cumplan determinados requisitos, siendo el más importante el que no se haya iniciado la actividad productiva de la inversión, pues es esta circunstancia la que recién permite el traslado al consumidor, de la carga del impuesto a través de las ventas de bienes o servicios.

Por un problema de técnica de interpretación, existen dos posiciones con relación al alcance del beneficio. Una posición opina que el Régimen Especial de Recuperación Anticipada, sólo alcanza a las empresas que se encuentran en etapa pre-operativa, pues sólo en esta circunstancia el Concesionario se encuentra impedido de trasladar la carga del IGV. La segunda posición, que es la que compartimos, opina que en el caso de proyectos de concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, el beneficio también debe alcanzar a los concesionarios que se encuentran en etapa de expansión, toda vez que en esta circunstancia el contribuyente tampoco se encuentra en aptitud de trasladar el IGV invertido en la citada expansión, sino hasta que empieza a explotarla. Máxime si normalmente la principal inversión como objetivo del Contrato de Concesión es la citada expansión.

En el caso que nos ocupa podría entenderse como “inicio de la actividad productiva” al inicio de la explotación de estas inversiones de infraestructura, tal y como lo señala el Artículo 3 del Decreto Supremo 132-97-EF, Reglamento de los Beneficios Tributarios para la Inversión Privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, norma que establece:

*“ se considerará que los concesionarios inician sus operaciones productivas respecto de cada contrato de concesión, cuando realicen las operaciones de explotación de las obras públicas de infraestructura o de servicios públicos (...), y que están contenidas en el objeto principal del Contrato de Concesión”.*

Cabe señalar que el Tribunal Fiscal es de esta segunda corriente de opinión; por lo que es remota la

posibilidad que la Administración Tributaria intérprete que este régimen no se ha previsto para las empresas que se encuentren en etapa de expansión.

Donde sí existe un grave riesgo de pérdida de beneficio es cuando se considera que, aún existiendo el saldo a favor suficiente para solicitar la devolución del crédito fiscal, se pretenda que ese saldo sujeto a devolución i) se haya originado en las adquisiciones efectuadas durante la etapa pre-operativa o de expansión, y ii) que aún no haya sido resarcido por la vía regular. Es decir, se le estaría identificando específicamente desconociendo que nuestro sistema de aplicación del crédito fiscal ha adoptado el método de la base financiera, de un lado; pero lo que es más grave, que aún identificándolo específicamente resulta que no se ha consumido, pues la operación “regular” que lo puede compensar es la explotación de la línea de negocio expandida y no operaciones de líneas preexistentes.

Se trata de una interpretación sin ningún sustento legal ni técnico que pretende aplicar una suerte de esquema FIFO o PEPS (primeras entradas primeras salidas –por demás previsto para temas de valuación de existencias que no tienen que ver con el IGV) que “identifica” de manera específica si el crédito fiscal acumulado durante la etapa de expansión ya se recuperó o no por la vía regular, aún cuando por dicha causa no se haya podido compensar el crédito acumulado de otras líneas de negocio. Esto equivale a no conceder la recuperación anticipada en circunstancias de expansión, sino solamente en etapa pre-operativa, único caso bajo el cual ningún monto por crédito fiscal se habría recuperado por la vía regular. Cabe señalar, que existe jurisprudencia que avala esta posición limitante y antitécnica.

Una controversia de esta naturaleza aún cuando el superior jerárquico modifique su criterio y confirme nuestra opinión ordenando la devolución anticipada, puede ocasionar la inutilidad de este beneficio. En efecto, puede suceder que por el plazo que tome la controversia, la devolución se “conceda” tan tardíamente que ya no sólo el crédito materia de devolución, sino todo el crédito se haya recuperado por la vía regular sin que quede ningún saldo, pero si un gran sobre costo para el concesionario proporcional a todo plazo que se requirió para compensar su crédito.

A fin de evitar este problema, que para efectos prácticos supone la inexistencia del “beneficio”, consideramos que sería necesario una norma aclaratoria 