

# Algunas consideraciones tributarias en torno a las concesiones cofinanciadas

## Implicancias en el Impuesto a la Renta y el Impuesto General a las Ventas

Fernando Núñez Ciallella(\*) y Dante Sanguinetti Marroquín(\*\*)

### 1. Introducción

El presente artículo tiene por objeto abordar algunas consideraciones tributarias sobre las concesiones cofinanciadas. Ello, teniendo en cuenta que este tipo de concesión viene siendo utilizada por el Estado peruano para promover el desarrollo de la infraestructura vial del país.

Nuestro análisis se concentra en los aspectos tributarios más relevantes en relación con el Impuesto a la Renta y el Impuesto General a las Ventas (en adelante, IGV).

En forma previa a desarrollar el tratamiento tributario, consideramos conveniente realizar una breve resumen de las principales características que presenta una concesión, así como las modalidades existentes, con especial referencia a las concesiones cofinanciadas.

### 2. Características y modalidades

Actualmente la concesión<sup>(1)</sup> puede ser vista como una privatización propiamente dicha. Sin embargo,

ello podría llevarnos a un error, en tanto la entrega en concesión en nuestro país solo implica de manera relativa una forma de privatización.

En efecto, en una concesión el concesionario no recibe la propiedad de los bienes que le son concedidos. Vale decir que, con la entrega de los bienes al concesionario, el Estado no renuncia a la titularidad de los bienes o servicios, según se trate de una concesión de obra o de servicios públicos<sup>(2)</sup>.

En definitiva, dentro de una concesión el Estado entrega al concesionario únicamente la tenencia de ciertos bienes o la administración de determinados servicios públicos por el plazo de vigencia de la misma.

Desde un punto de vista general, entendemos por concesión<sup>(3)</sup> el acto jurídico en virtud del cual un ente estatal encomienda o delega temporalmente la ejecución de una obra pública de infraestructura y/o de servicios públicos, bajo la vigilancia y control del ente concedente.

En el caso específico de infraestructuras viales, podemos definir como concesión, el acto administrativo por el cual el Estado (concedente)

(\*) Abogado por la Universidad de Lima. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Tributario (IPDT).

(\*\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Tributario (IPDT) y de la Asociación Civil *ius et veritas*.

(1) Durante muchos años la concesión era entendida como un contrato privado en donde el Derecho Civil regía el destino del mismo (teoría del contrato privado). Sin embargo, el interés público que está detrás del otorgamiento de una concesión conlleva a que esta no puede estar sujeta únicamente a normas de Derecho Privado, pues se podrían superponer situaciones jurídicas de ventaja frente a las de la colectividad.

Por otro lado, encontramos la teoría del acto administrativo, mediante la cual el Estado se coloca en una posición de superioridad frente a los particulares. Es decir, dentro del ejercicio del *ius imperium* decide por sí mismo el perfeccionamiento o no de la concesión, lo cual queda descartado en tanto no otorgaría ninguna seguridad al inversionista.

Finalmente, se plantea la teoría ecléctica, mediante la cual el concedente puede fijar condiciones y requisitos en ejercicio de su poder de imperio, teniendo como límite el resguardo al interés público. Ello motiva a la creación de derechos y obligaciones a favor y a cargo de los contratantes, las cuales solo pueden ser modificadas por acuerdo de ambas.

(2) GÓMEZ DE LA TORRE BARRERA, Andrés. *Concesión de obras públicas: ¿promoviendo la inversión privada en el Perú?* En: *ius et veritas*. Año XI. Número 22. Lima: 2002. p. 74.

(3) El Reglamento de los Beneficios Tributarios para la Inversión Privada de Obras Públicas de Infraestructura y Servicios Públicos, aprobado mediante Decreto Supremo 132-97-EF, define la concesión como la modalidad contractual a través de la cual se promueve la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

entrega a personas jurídicas (concesionarios) la construcción, conservación, mantenimiento y explotación de infraestructuras viales por un plazo determinado.

Nuestra legislación reconoce varias modalidades de concesiones, las cuales han sido recogidas en el artículo 14 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, aprobado mediante Decreto Supremo 059-96-PCM (en adelante, el TUO de la Ley de Concesiones), las mismas que se distinguen en concesiones a título oneroso, gratuito, y cofinanciada por el Estado, dependiendo de las necesidades, viabilidad y condiciones de los bienes materia de concesión.

Veamos un ejemplo, ¿qué sucede cuando el concesionario enfrenta riesgos de diversa índole que no son manejables sin la intervención del Estado, lo cual implica un encarecimiento del costo financiero y, consecuentemente, una afectación en la rentabilidad del proyecto? Por otro lado, ¿qué hacer cuando el proyecto es necesario para el interés público pero su explotación por parte de los concesionarios no resulta financieramente viable?

Es en ese contexto en el cual surge el concepto de concesiones cofinanciadas, recogido por el inciso c) del artículo 14 del TUO de la Ley de Concesiones y por el Reglamento de los Beneficios Tributarios para la Inversión Privada de Obras Públicas de Infraestructura y Servicios Públicos, aprobado mediante Decreto Supremo 132-97-EF (en adelante, el Reglamento de la Ley de Concesiones), las mismas que se caracterizan por una intervención del Estado en lo que se refiere al financiamiento de la concesión.

En el caso específico de las concesiones de obras de infraestructura vial, el financiamiento por parte del Estado se viene presentando a través de los siguientes conceptos, los cuales pasamos a describir<sup>(4)</sup>:

a) El Pago Anual por Obras (en adelante, PAO); Es el aporte que realiza el concedente a través del Ministerio de Economía y Finanzas, con cargo a los recursos del presupuesto del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, al concesionario, conforme a lo que se establezca por la ejecución de las obras de construcción.

Dicho aporte consiste en una cuota anual que asciende a una suma determinada por el contrato de concesión, por un plazo de años fijados en el mismo, correspondiente a la etapa de construcción (y una vez habiendo sido verificadas las condiciones de ciertas etapas determinadas en un tiempo pactado).

b) El Pago Anual por Mantenimiento y Operación (en adelante, PAMO); Es la retribución económica que efectuará el concedente a través del Ministerio de Economía y Finanzas, con cargo a los recursos del presupuesto del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, al concesionario, para efectuar la conservación, el mantenimiento rutinario, periódico y la explotación de las vías del tramo de la concesión.

Dicha retribución consiste en una cuota anual que asciende a una suma determinada por el contrato de concesión, aplicable a partir de la fecha de inicio de la explotación de obras de construcción y hasta el final de la concesión.

c) El Pago por Transitabilidad; Es la retribución económica que efectuará el concedente a través del Ministerio de Economía y Finanzas, con cargo a los recursos del presupuesto del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, al concesionario, con el propósito de mantener la transitabilidad del tramo vial en construcción (o de uno alternativo) desde la fecha de entrada en vigencia de la concesión hasta la culminación de la etapa de construcción de obras, a fin de que todo tipo de vehículo pueda desplazarse sin limitación alguna.

Sobre la base de lo expuesto precedentemente, a continuación pasamos a analizar las consecuencias tributarias que se generan para los concesionarios por la suscripción de este tipo de contratos.

En el caso del Impuesto a la Renta, centraremos nuestro análisis en el PAO, toda vez que el pago de este concepto, en cuanto constituye el cofinanciamiento otorgado por el Estado, genera importantes implicancias tributarias en lo que se refiere a la tributación de los concesionarios.

De otro lado, para propósitos de nuestro análisis respecto del IGV, estamos analizando igualmente las implicancias del PAO, los ingresos por transitabilidad y la posibilidad de acceder a la recuperación anticipada del IGV.

### 3. Impuesto a la Renta

#### 3.1. Naturaleza de las concesiones cofinanciadas y su tratamiento tributario

A efectos de determinar el tratamiento tributario aplicable para el Impuesto a la Renta resulta imprescindible establecer la naturaleza jurídica de las concesiones cofinanciadas.

Lamentablemente, las normas que se encargaban de regular el tratamiento tributario, que debía ser considerado por los particulares al celebrar un contrato de concesión, nos llevaban a un equivoco jurídico en la medida que obligaban a los concesionarios a activar los bienes entregados en

(4) La descripción de estos conceptos ha sido obtenida de los recientes contratos de concesión en obras de infraestructura vial celebrados por el Estado peruano.

concesión para depreciarlos o amortizarlos en todos los casos, pese a que, como veremos más adelante, en las concesiones cofinanciadas esta obligación carece de fundamento económico y contable.

Pasemos a revisar brevemente el texto de estas disposiciones:

De acuerdo con el artículo 22 del TUO de la Ley de Concesiones, el concesionario puede depreciar los bienes materia de la concesión o amortizar los activos intangibles<sup>(5)</sup> derivados del derecho de uso, según corresponda, aplicando los siguientes métodos alternativos: (i) de acuerdo a la vida útil de estos, sin exceder el plazo de 20 años; o, (ii) durante el plazo que reste para el vencimiento del plazo de la concesión.

Por su parte, el Reglamento del TUO de la Ley de Concesiones precisaba que los bienes materia de la concesión debían ser depreciados bajo el método de línea recta, de acuerdo con su vida útil, no pudiendo exceder la tasa anual de 20%. Del mismo modo, indicaba que el concesionario tenía la opción de depreciar íntegramente los bienes materia de la concesión durante el período restante para el vencimiento del plazo de la concesión o de su renovación, aplicando la línea recta, pudiendo en este caso superar la tasa anual de 20% antes referida.

Cualquiera de estas dos opciones, precisada la citada norma reglamentaria, debía ser adoptada en el ejercicio en que los bienes materia de la concesión pasaban a integrar el activo del concesionario.

Como puede apreciarse, todas las disposiciones tributarias que hemos citado partían de la premisa que los bienes entregados en concesión tenían la condición de activo fijo o intangible para el concesionario, situación que solo se presenta en el caso de las concesiones autofinanciadas.

En otras palabras, las citadas normas no regulaban el supuesto específico de las concesiones cofinanciadas, en las cuales no existe fundamento económico ni contable para que el concesionario considere como activo fijo (o en su caso, como intangible) los bienes entregados en concesión.

Debe tenerse presente que la consideración de un bien como activo fijo o intangible se relaciona con la obligación de asumir los riesgos asociados al referido bien.

En el supuesto de concesiones autofinanciadas, existe una asunción de riesgos por parte del concesionario en cuanto la gestión de los bienes entregados por el Estado. Adicionalmente, la recuperación de la inversión se encuentra sujeta primordialmente a los importes pagados por los usuarios por su uso (peajes), lo cual implica que la misma no se encuentra asegurada.

En cambio, en el caso de las concesiones cofinanciadas tal asunción de riesgos no existe. Ello se sustenta en el hecho de que, de acuerdo a lo pactado en estos contratos, a medida que se vaya cumpliendo con la ejecución de las obras correspondientes se origina un derecho incondicional e irrevocable para el concesionario a cobrar el PAO<sup>(6)</sup>.

En efecto, de conformidad con lo estipulado en este tipo de contratos, el Estado ha asumido la obligación de cancelar el PAO a medida que el concesionario cumpla con ejecutar las obras comprometidas. Lo anteriormente dicho nos lleva a la conclusión de que la explotación de los bienes de la concesión se encuentra totalmente desvinculada al derecho de percibir el PAO.

De este modo, resulta evidente que la recuperación de la inversión por parte del concesionario está asegurada y, por ende, no existe riesgo alguno de su retorno, toda vez que no depende de su ulterior explotación o del cumplimiento de algún requisito adicional.

Esta inexistencia de riesgo financiero origina importantes implicancias en lo que se refiere al tratamiento contable y, por ende, tributario, que debe ser aplicado por el concesionario respecto de los bienes recibidos en concesión.

Asimismo, en el contexto en el que fueron dictadas las normas citadas, resultaba claro que ninguna de ellas eran aplicables a las concesiones cofinanciadas<sup>(7)</sup>.

En este sentido, y atendiendo a las características específicas que presenta una concesión cofinanciada, somos de la opinión que el concesionario no debe reconocer los bienes otorgados por el Estado como parte de su activo fijo, sino que tiene que registrar un activo financiero. Según la Norma Internacional de Contabilidad (en adelante NIC) 12, se define un activo financiero como cualquier activo que posea una de las siguientes formas: (i) efectivo; (ii) un instrumento de patrimonio neto de

(5) De acuerdo a la NIC 38 un intangible es aquel activo no monetario identificable, carente de sustancia física y que se encuentra destinado a la generación de beneficios económicos futuros.

(6) Incluso se establece que el derecho a cobrar el PAO no se verá afectado o invalidado por ninguna circunstancia, incluyendo, pero no limitado al fracaso, imposibilidad, impracticabilidad en el uso de las obras por cualquier razón. Asimismo, se precisa que la verificación de cualquier causal relacionada con el término del contrato de concesión tampoco constituye un evento de suspensión o interrupción del PAO por parte del Estado.

(7) Esta situación se pretendió superar con la publicación del Decreto Supremo 108-2006-EF, el cual estableció que, en el caso de concesiones cofinanciadas, los importes percibidos por el concesionario constituirían la retribución económica por el servicio prestado (servicio de construcción), los mismos que tenían por objeto permitir la recuperación de la inversión.

otra entidad; (iii) un derecho contractual; y, (iv) un contrato que sea o pueda ser liquidado utilizado instrumentos de patrimonio propios de la entidad.

En el caso de una concesión cofinanciada, el contrato celebrado con el Estado le confiere al concesionario un derecho contractual a cobrar una contraprestación por la ejecución de las obras. El activo financiero se registrará contra el avance de la obra y el consecuente derecho a cobrar el PAO<sup>(8)</sup>, debiendo ser registrado por el concesionario al valor de mercado correspondiente a cada etapa de la construcción cumplida. En caso exista una diferencia entre este valor y el del PAO, la misma constituirá el componente financiero que se genera por el diferimiento del pago de la contraprestación por la ejecución de las obras, conforme se desarrolla en el acápite 3.3. siguiente.

### 3.2. Oportunidad de reconocimiento del PAO

La oportunidad de reconocimiento de este ingreso para propósitos fiscales deberá ser efectuada sobre la base de los criterios de imputación contenidos en la Ley del Impuesto a la Renta.

De acuerdo con el inciso a del artículo 57 de la Ley del Impuesto a la Renta, los ingresos de tercera categoría deben ser computados sobre la base del criterio de lo devengado. No obstante ello, es preciso advertir que ni la Ley del Impuesto a la Renta ni ninguna otra disposición tributaria contiene una definición del concepto del devengado. Vale decir, el legislador no ha hecho uso de la denominada autonomía del Derecho Tributario en relación a este concepto.

En atención a ello, y bajo el entendido que el devengado es un concepto que proviene de la contabilidad, es evidente que sus características solamente pueden ser determinadas mediante las normas contables. Esta interpretación se sustenta en lo dispuesto por la Norma IX del Título Preliminar del Código Tributario, según la cual, en lo no previsto por las normas tributarias, resultan de aplicación las normas distintas a las tributarias, siempre que no se les opongan ni las desnaturalicen<sup>(9)</sup>.

No existe una NIC que se encargue de regular específicamente el concepto del devengado en forma general, sin embargo algunas de ellas, como el Marco Conceptual para la Preparación y Presentación de los Estados Financieros de las Normas Internacionales de Contabilidad y la NIC 18 se refieren a este concepto.

El párrafo 22 del Marco Conceptual para la Preparación y Presentación de los Estados Financieros de las NIC señala que, sobre la base del postulado del devengado, los efectos de las transacciones y otros hechos se reconocen cuando ocurren, y no cuando se cobra o paga el correspondiente efectivo o equivalente de efectivo<sup>(10)</sup>.

En igual sentido, la NIC 18 establece -entre sus objetivos- que un ingreso es reconocido cuando es probable que los beneficios económicos futuros fluyan a la empresa y estos beneficios puedan ser medidos confiablemente.

En el caso particular de las actividades de construcción, el párrafo 22 de la NIC 11 precisa que el reconocimiento en resultados de los ingresos ordinarios y los costos asociados con los mismos deben ser reconocidos en resultados cuando puedan ser estimados con suficiente fiabilidad.

En resumen, citando a Miguel Mur Valdivia<sup>(11)</sup>, podemos señalar que el reconocimiento de ingresos por la prestación de servicios exige la cuantificación y percepción confiable del ingreso, la estimación confiable del grado de avance del servicio y de los costos incurridos o por incurrir hasta completarlo.

En este contexto, el ingreso deberá ser reconocido conforme al grado de avance de la obra, tomando en consideración los gastos asociados en forma proporcional.

Sobre la base de todo lo expuesto, pensamos que el ingreso por el PAO se devenga en el momento que se origine el derecho a cobrarlo. Este derecho surge con la expedición de cada Certificado de Avance de Obra (en adelante CAO)<sup>(12)</sup> emitido por la entidad reguladora, el cual otorga un derecho de naturaleza incondicional e irrevocable para el concesionario sobre el PAO correspondiente<sup>(13)</sup>.

(8) En contrapartida, la concesionaria deberá reconocer un pasivo financiero a favor de la empresa subcontratista por las obligaciones asumidas frente a esta última.

(9) Sobre la base de lo establecido en el artículo 223 de la Ley General de Sociedades, precisado por la Resolución del Consejo Normativo de Contabilidad 013-98-EF/93.01, las NIC oficializadas mediante Resoluciones del Consejo Normativo de Contabilidad "constituyen normas vigentes en nuestro país".

(10) En este último supuesto nos encontraremos ante el criterio de lo percibido, el cual resulta únicamente aplicable para el reconocimiento de renta por parte de personas naturales y para el reconocimiento de las rentas de fuente extranjera que no provienen de la ejecución de un negocio o empresa por parte de personas jurídicas y personas naturales.

(11) MUR VALDIVIA, Miguel. *El Criterio de lo Devengado en el Impuesto a la Renta*. Ponencia correspondiente a las VII Jornadas Nacionales de Tributación.

(12) El Certificado de Avance de Obra (CAO) será emitido por la entidad reguladora al término de cada hito de avance de obra a solicitud del concesionario y previa elaboración del Informe de Avance de Obras donde se dejará constancia de las obras construidas y el monto invertido durante el período de construcción.

(13) Los Derechos al cobro del PAO serán reconocidos mediante certificados emitidos por el Estado denominados CRPAO.

Entendemos que únicamente con la emisión del indicado certificado el concesionario se encontrará en aptitud de: (i) medir confiablemente el ingreso; y, (ii) tener certeza de que el PAO será pagado por el Estado según las condiciones convenidas.

### 3.3. Componente financiero del PAO y sus implicancias en el Impuesto a la Renta

En principio, el PAO constituye la contraprestación por la ejecución de las obras. Empero, también existe un componente financiero que forma parte de este pago, el cual se origina por la posibilidad de diferimiento que se le concede al Estado. Adviértase, que de acuerdo a lo establecido en los contratos de concesión, el PAO puede ser pagado por el Estado en forma fraccionada y en un plazo que puede extenderse hasta quince años. A la luz de la legislación vigente, este componente financiero se encuentra exonerado del Impuesto a la Renta.

Efectivamente, de conformidad con el inciso h) del artículo 19 de la Ley del Impuesto a la Renta, se encuentran exonerados de este impuesto los intereses y demás ganancias provenientes de créditos concedidos al Sector Público Nacional, incluyendo las operaciones de préstamo, las emisiones de bonos y demás obligaciones y, en general, cualquier operación de crédito, con la excepción de los depósitos en encaje realizados por las instituciones de crédito<sup>(14)</sup>.

Al respecto, el inciso a) del artículo 9 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta precisa que, la exoneración es aplicable respecto de los intereses y demás ganancias provenientes de operaciones de créditos concedidos a organismos y entidades a que se refiere el primer párrafo de su artículo 7<sup>(15)</sup>; así como a las Empresas de Derecho Público, sin excepción alguna, y Empresas Estatales de Derecho Privado del Sector Financiero de Fomento.

Así, la posibilidad que tiene el Estado de cancelar la contraprestación en forma diferida implica la existencia de un crédito concedido por el concesionario y, por ende, el componente financiero que se origine deberá ser tratado como un ingreso

exonerado del Impuesto a la Renta. Nótese que la noción de “créditos concedidos al Sector Público Nacional” a que hace referencia la norma exoneratoria debe ser entendida en el sentido más amplio, conforme a lo reconocido por el propio Tribunal Fiscal en su Resolución 403-2-99 de fecha 14 de abril de 1999.

Ahora bien, por otro lado, el reconocimiento de ingresos exonerados implica la existencia de una serie de limitaciones para la deducibilidad de gastos por parte del concesionario.

En un primer momento debe tenerse en consideración que el inciso a) del artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta establece que solo serán deducibles los intereses y demás gastos financieros en la parte que excedan el monto de los ingresos por intereses exonerados. De acuerdo a esta disposición corresponde que el concesionario efectúe una adición a su renta imponible por un importe equivalente a los ingresos financieros exonerados. De este modo, solo la parte que excede los ingresos financieros exonerados tendrá la condición de deducible<sup>(16)</sup>.

Adicionalmente, la determinación de la renta neta del concesionario estará sujeta a la limitación establecida en el inciso p) del artículo 21 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, conocida comúnmente como el “gasto inherente a la renta exonerada e inafecta”. En virtud de esta limitación se pretende identificar qué gastos directos y, en todo caso, qué porcentaje de los gastos comunes se encuentran vinculados con los ingresos exonerados e inafectos que se hubieran obtenido durante el ejercicio gravable.

Existen dos procedimientos para establecer el gasto inherente a la renta exonerada e inafecta. El primero de ellos, denominado “método directo”, implica que el contribuyente pueda identificar los gastos que incidan directamente en la generación de rentas gravadas, exoneradas e inafectas y, por otro lado, aquellos que sean comunes.

El segundo procedimiento, denominado “método indirecto”, precisa que se considera como gasto inherente a la renta exonerada e inafecta al importe que resulte de aplicar al total de los gastos comunes el porcentaje que se obtenga de dividir las

- (14) Cabe resaltar que mediante el Decreto Legislativo 972 se ha modificado el texto de este inciso. Por consiguiente, a partir del ejercicio 2009, los ingresos derivados de préstamos concedidos al sector público se encontrarán afectos al Impuesto a la Renta salvo en lo referido a los intereses y ganancias de capital provenientes de bonos emitidos por el Estado peruano: (i) en el marco del Decreto Supremo 007-2002-EF; (ii) bajo el programa de Creadores del Mercado o el mecanismo que lo sustituya; o, (iii) en el mercado internacional a partir del año 2002, así como los intereses y ganancias de capital provenientes de Certificados de Depósitos del Banco Central de Reserva del Perú, utilizados con fines de regulación monetaria.
- (15) Dentro de las cuales se encuentran las siguientes: (i) el Gobierno Central; (ii) los Gobiernos Regionales, (iii) los Gobiernos Locales; (iv) las Instituciones Públicas sectorialmente agrupadas o no; (v) las Sociedades de Beneficencia Pública; y, (vi) los Organismos Descentralizados Autónomos.
- (16) Para tal efecto no se computarán los intereses exonerados generados por valores cuya adquisición haya sido efectuada en cumplimiento de una norma legal o disposiciones del Banco Central de Reserva del Perú, ni los generados por valores que reditúan una tasa de interés, en moneda nacional, no superior al 50% de la tasa activa de mercado promedio mensual en moneda nacional (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca y Seguros.

rentas brutas exoneradas e inafectas entre el total de rentas brutas gravadas, exoneradas e inafectas.

La existencia de estas dos limitaciones son dos factores que deben tenerse en cuenta al momento de llevar a cabo un planeamiento fiscal.

En efecto, ante la evidente necesidad de contar con liquidez para llevar a cabo la construcción de la obra, se debe tener necesariamente en consideración las consecuencias tributarias que podrían originarse para el concesionario. A modo de ejemplo, si el concesionario decide obtener un préstamo ante el sistema financiero o efectuar una emisión de bonos en el mercado de capitales, los intereses que se generen como consecuencia de estas operaciones estarán sujetos a las limitaciones detalladas precedentemente. En cambio, si el concesionario opta por financiarse a través de la transferencia de los derechos de cobro del PAO (representados en el CRPAO), las pérdidas que resulten por la aplicación de una tasa de descuento en la operación serán plenamente deducibles al no encontrarse sujetas a restricción alguna.

Lo expuesto se sustenta en lo establecido en reiterada jurisprudencia por el Tribunal Fiscal<sup>(17)</sup> en el sentido de que la deducción de pérdidas resultantes de una enajenación no se encuentran sujetas al principio de causalidad contenido en el artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta, al encontrarse relacionadas con la determinación de la renta bruta y no de la renta neta<sup>(18)</sup>.

#### 4. Impuesto General a las Ventas

##### 4.1. Tratamiento tributario del IGV en las concesiones cofinanciadas

Dentro de las operaciones gravadas con el IGV en nuestro país se encuentran las prestaciones de servicios que ocurran dentro del territorio nacional. En tanto la ejecución de las obras materia de concesión presuponen la prestación de un servicio por parte del concesionario hacia el Estado, esta operación se encontrará gravada con el IGV.

De este modo, bajo el esquema en que se desarrollan las concesiones cofinanciadas, los PAO se encontrarán gravados con dicho impuesto en su integridad, es decir, tanto por las actividades de construcción como por el componente financiero (bajo la aplicación del principio de accesoriedad<sup>(19)</sup> o por tratarse de un crédito otorgado por un particular).

##### 4.2. Nacimiento de la obligación tributaria

Tan importante como determinar si existe o no la obligación del pago de un impuesto es determinar el momento en que resulta exigible la referida obligación tributaria. En efecto, resulta determinante poder distinguir entre el nacimiento de la obligación tributaria, el plazo que se tiene para pagar y el momento a partir del cual resulta exigible el referido tributo<sup>(20)</sup>. Y es que lo más frecuente es que estos conceptos acontezcan en momentos distintos, con lo cual, de no tenerse en consideración, ello podría dar origen a omisiones e infracciones en el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

El artículo 4 de la Ley del IGV<sup>(21)</sup> describe los momentos del nacimiento de la obligación tributaria teniendo en cuenta el tipo de operación frente a la cual nos encontremos. Bajo este orden de ideas, la obligación tributaria del IGV en este caso surgirá en el momento en que se haga efectivo el cobro del PAO o cuando se emita la factura, lo que ocurra en primer lugar.

##### 4.3. Tratamiento tributario de la transferencia de los CRPAO

Como es sabido, el principal atractivo para el concesionario -más allá del negocio de la construcción en sí- viene dado por el financiamiento que pueda conseguir para llevar a cabo la referida construcción. Es en este contexto que se han venido transfiriendo los derechos del PAO representados en los CRPAO a efectos de obtener el financiamiento con antelación y no esperar a que el Estado pague año a año el valor de la construcción.

En la medida que las cuentas por cobrar contenidas en los CRPAO no califican como bienes

(17) Resoluciones 06051-1-2003; 03452-3-2005; 04232-5-2005 y 00727-5-2006.

(18) Este criterio ha sido adoptado también por la propia Administración Tributaria conforme se aprecia del Informe 155-2006/SUNAT de fecha 19 de junio de 2006.

(19) Numeral 1 del artículo 5 del Reglamento de la Ley del IGV: "Accesoriedad. En la venta de bienes, prestación de servicios o contratos de construcción, exonerados o inafectos, no se encuentra gravada la entrega de bienes o la prestación de servicios afectos siempre que formen parte del valor consignado en el comprobante de pago emitido por el propio sujeto y sean necesarios para realizar la operación de venta del bien, servicio prestado o contrato de construcción".

(20) La obligación tributaria nace cuando se realiza el hecho previsto en la ley como generador de dicha obligación. De otro lado, en relación a la exigibilidad de los tributos, tratándose de aquellos que inicialmente son autodeterminables por el propio deudor tributario, si el órgano administrador es la Administración Tributaria, el plazo para el pago de los tributos de determinación mensual (como el caso del IGV), los anticipos y los pagos a cuenta mensuales es de 12 primeros días hábiles del mes siguiente al de su nacimiento y, en consecuencia su exigibilidad será al primer día siguiente del vencimiento del referido plazo.

(21) Artículo 4 de la Ley del IGV. "La obligación tributaria se origina:

(...) c) En la prestación de servicios, en la fecha en que se emita el comprobante de pago de acuerdo a lo que establezca el Reglamento, o en la fecha en que se percibe la retribución, lo que ocurra primero.

En los casos de suministro de energía eléctrica, agua potable, y servicios finales telefónicos, télex y telegráficos, en la fecha de percepción del ingreso o en la fecha de vencimiento del plazo para el pago del servicio, lo que ocurra primero".

muebles, de acuerdo a la definición establecida en el artículo 3 de la Ley del IGV, su transferencia definitiva no se verá incidida por este impuesto.

Cabe agregar, que, de conformidad con las normas que regulan específicamente las transferencias de créditos, el transferente será el contribuyente del impuesto respecto de las operaciones que originaron dichos créditos y por los conceptos no devengados que expresamente se incluyan o excluyan en el documento que sustente la transferencia.

En ese sentido y conforme lo indicado precedentemente el concesionario deberá tributar por el IGV que grave los PAO tanto por las actividades de construcción como por el componente financiero.

#### **4.4. Naturaleza del pago por transitabilidad y su tratamiento tributario**

La ejecución de las obras de construcción se realiza por lo general a través de proyectos de larga maduración, es decir, aquellos en los cuales la percepción de ingresos viene dada por la percepción del PAO. Pese a ello, desde el inicio de las labores de construcción, los concesionarios se ven en la obligación de incurrir en una serie de gastos propios de las etapas de construcción con el objeto de acondicionar y de mantener el tramo vial en construcción.

De acuerdo con los contratos de concesión que hemos podido revisar es el Estado el obligado a cubrir dichos gastos, haciendo que el concesionario se vea en la obligación de reconocer un ingreso por este concepto. En atención a ello debemos señalar que, en tanto nos encontramos frente a un servicio prestado en el país, este ingreso se encontrará gravado con el IGV a partir de la fecha en que se emita el comprobante de pago o se reciba la retribución, lo que ocurra primero, de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 4 de la Ley del IGV.

De otro lado, debemos recordar que en obras de larga maduración económica como las que comúnmente son materia de este tipo de concesiones, el concesionario tiene la posibilidad de acceder al régimen de recuperación anticipada del IGV, en tanto que, este impuesto producto de sus compras (crédito fiscal) que asume económicamente no podría ser absorbido por el IGV de sus ventas (impuesto bruto) al no haber iniciado actividades productivas.

Nótese que para efectos de la recuperación anticipada del IGV, los ingresos que perciba el concesionario por concepto de transitabilidad no darían origen a la etapa operativa de la concesión en la medida que no se estaría, en estricto, dentro de las operaciones de explotación de la obra, con lo cual no existiría impedimento en acceder a la recuperación anticipada del IGV<sup>(22)</sup>.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, debe tenerse presente que los desembolsos que efectúe el concesionario, relacionados con las actividades de transitabilidad, no calificarían para la recuperación anticipada del IGV, toda vez que el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Concesiones establece que la cobertura del régimen de recuperación anticipada a favor de los concesionarios solamente comprende el crédito fiscal del IGV pagado por servicios, contratos de construcción e importación o adquisición local de bienes intermedios nuevos o de bienes de capital nuevos, que sean utilizados directamente para la ejecución de los proyectos o para la explotación de las obras públicas de infraestructura o de servicios públicos.

#### **4.5. Aplicación del régimen de recuperación anticipada del IGV**

Bajo la estructura del IGV, el régimen de recuperación anticipada de dicho impuesto cobra importancia en aquellos escenarios particulares - como el descrito precedentemente-, en los cuales, por diversas razones, no se puede utilizar el crédito fiscal en su momento, debiendo soportarse económicamente con un fuerte costo financiero, lo cual atenta contra la estructura y naturaleza del IGV como impuesto al valor agregado.

En ese contexto, resulta oportuno recordar que el IGV es en esencia un impuesto al consumo a través del cual las empresas acreditan, no solo los insumos y materias primas que utilizan, sino también los gastos en las inversiones que efectúan. Sin embargo, tratándose de una empresa que no se encuentra en la etapa operativa, no podría efectuar estas acreditaciones y solo podría acreditarlas una vez que se encuentre en la etapa de producción.

Esta particularidad origina un costo financiero para toda empresa que invierta en el país, especialmente en sectores que requieren de inversiones a gran escala, es decir, que estén empleando fuertes inversiones de capital durante un prolongado período. Así las cosas, considerando -entre otros- los factores

(22) Sin embargo, también se sostiene que el cobro de la transitabilidad supondría el inicio de las actividades productivas de la concesión y consecuentemente la pérdida del beneficio de recuperación anticipada del IGV; sin embargo, consideramos que la transitabilidad es un concepto distinto a la ejecución del proyecto (construcción de las obras) o la explotación de las mismas (mantenimiento de las obras), por lo que no calificaría para la recuperación anticipada del IGV y en consecuencia no enervaría la posibilidad de solicitar la recuperación anticipada del IGV por parte del concesionario.

mencionados, se creó el régimen de recuperación anticipada del IGV en nuestro país.

En buena cuenta, la recuperación anticipada del IGV en nuestro país contiene un beneficio financiero pensado para aquellas empresas con inversiones a gran escala. Este beneficio<sup>(23)</sup> consiste en adelantar el crédito fiscal originado en las compras realizadas por las empresas durante la etapa preoperativa.

De este modo, a través del régimen de recuperación anticipada del IGV se permite que las empresas perciban el IGV de las compras antes que inicien sus operaciones, con lo cual, el beneficio se encontrará dado por el costo de oportunidad del monto correspondiente del IGV que sería devuelto. En caso las empresas no se acogieran a un régimen de recuperación anticipada del IGV, el crédito fiscal

derivado de las compras efectuadas por estas solo sería utilizado a partir del momento que estas inicien sus operaciones pues, solo en esta etapa, se habrían efectuado operaciones de ventas gravadas con un IGV contra el cual podría compensarse el crédito fiscal acumulado durante la mencionada etapa preoperativa.

Resulta claro, pues, que la recuperación anticipada del IGV permite gozar de manera excepcional del crédito fiscal en un momento que, conforme a la estructura de determinación del IGV en nuestra legislación, no podría haber sido aprovechado oportunamente.

Como puede advertirse, este beneficio financiero resulta de vital importancia para la viabilidad de aquellas concesiones cofinanciadas cuya etapa productiva se difiere en el tiempo. <sup>FE</sup>

(23) Se plantea la interrogante de determinar si la recuperación anticipada del IGV podría ser calificada como un beneficio tributario o si esta tendría una naturaleza distinta.

Consideramos relevante la disquisición de determinar si la recuperación anticipada del IGV constituye o no un beneficio tributario, no solo por denominar a las cosas por su verdadero nombre, a efectos de evitar posteriores confusiones, sino que adicionalmente, debe tenerse en consideración que los beneficios tributarios tienen un tratamiento especial para efectos de su creación y vigencia, tal como lo dispone el Decreto Legislativo 977, el cual establece el marco para la dación de exoneraciones, incentivos o beneficios tributarios.

Somos de la opinión que el régimen de recuperación anticipada del IGV no podría calificar como un beneficio puesto que responde a la propia naturaleza del impuesto que se encuentra detrás de este.

En efecto, el importe pagado por las operaciones que dan origen al crédito fiscal no han sido pensadas por el legislador ni estructuradas para causar un serio perjuicio financiero en el contribuyente que se encuentra en una etapa preoperativa y que viene realizando inversiones, sobre todo si estas resultan considerables. Y es que el crédito fiscal tiene propósitos distintos y no podría generar distorsiones en el mercado, como la de romper con el principio de neutralidad que consiste en uno de los principales objetivos que busca cautelar en esencia el IGV.

De este modo, tratándose de operaciones en las que resulte necesaria la existencia de la recuperación anticipada del IGV, es decir, frente al escenario en el cual el contribuyente no pueda utilizar el crédito fiscal obtenido durante la etapa preoperativa, nos encontraremos frente a un supuesto excepcional en el que se estaría distorsionando la determinación del IGV, cargando de este modo al contribuyente con un costo financiero (recuperación en el tiempo del crédito fiscal) que no le corresponde.

Bajo esta premisa, la recuperación anticipada del crédito fiscal no puede enfocarse como un beneficio tributario, entendido este último como el trato diferenciado respecto del régimen general, porque es este el que en la realidad no se podría aplicar, con lo cual, el régimen de recuperación anticipada surge como un mecanismo de corrección de un efecto no deseado y no acorde con los principios que busca lograr el IGV. No teniendo la naturaleza de beneficio tributario propiamente dicho, no le resultan aplicables las exigencias propias de los beneficios tributarios.