

VACÍOS EN LA LEGISLACIÓN DE OBRAS POR IMPUESTOS A PARTIR DE SU APLICACIÓN PRÁCTICA

GAPS IN THE PUBLIC WORKS TAX DEDUCTION LAW AND ITS PRACTICAL APPLICATION

Laura Zúñiga*

The Public Works Tax Deduction Law has been enacted to foster public investment at a local and regional level by including participation from the private sector and through the subscription of agreements with local and regional governments.

Nonetheless its noble purposes, in the application field of the Law, normative gaps are put into evidence, which impede its practical application. In the present article, the author shows which are the Law's deficiencies, while analyzing them and proposing possible solutions.

KEY WORDS: *System of public investment; public works tax deduction system; local and regional governments; Investment Projects; normative gap.*

La Ley de Obras por Impuestos tiene como objetivo principal impulsar la inversión pública de impacto regional y local, con la participación del sector privado, mediante la suscripción de convenios con los gobiernos regionales y/o locales.

No obstante su noble propósito, en el ámbito aplicativo de la ley se evidencian ciertos vacíos normativos que dificultan su aplicación práctica. Es así que –en el presente artículo– la autora nos muestra cuáles son estas deficiencias a la vez que, luego de hacer un análisis de las mismas, nos propone posibles soluciones.

PALABRAS CLAVE: *Sistema de Inversión Pública; régimen de obras por impuestos; Gobiernos locales y regionales; proyectos de Inversión; vacío normativo.*

* Abogada. Asociada en el Estudio Rodrigo, Elías y Medrano.

I. INTRODUCCIÓN

Todos nos hemos preguntado en algún momento “¿qué hacen los municipios o los gobiernos regionales correspondientes con los fondos que obtienen como consecuencia de la recaudación de nuestros tributos?” O, “¿adónde se destinan los fondos que ciertos gobiernos locales o gobiernos regionales reciben por concepto de regalías o canon minero?” “¿Acaso no deberían ser más desarrolladas las regiones o los distritos que cuentan con acceso al canon minero?” La realidad nos ofrece un panorama distinto y, ante la evidencia en contrario, se genera insatisfacción ciudadana en relación a la administración de los gobiernos regionales o locales. Ello responde, principalmente, a que, de una u otra forma, hemos interiorizado que la recaudación de tributos debe manifestarse en la ejecución de obras o la implementación de servicios que permitan a la administración pública mejorar la calidad de vida de los contribuyentes.

Ciertamente, los recursos que los gobiernos regionales y locales obtienen a través de la recaudación de tributos son, efectivamente, destinados a la ejecución de obras que comprenden el plan de gobierno regional o local. No obstante ello, pocas veces dichos recursos se traducen en obras efectivas o que, a pesar de haberse destinado a la ejecución de obras, estas podrían dilatarse por meses e inclusive años, o simplemente nunca concluirse.

¿A qué responde dicha situación? La respuesta es compleja. Existen diversos factores que atraviesan transversalmente la problemática municipal y regional. Así, sólo por mencionar algunas, podemos señalar la deficiencia para el cobro de tributos, la evasión fiscal, la corrupción y a las trabas burocráticas representadas en el Sistema Nacional de Inversión Pública [en adelante, SNIP] a las que se enfrenta la administración cuando de inversión con recursos del sector público se trata.

En ese contexto, surge una alternativa legal que permite a los gobiernos regionales y/o locales, o las mancomunidades municipales, ejecutar obras de sus respectivos planes de gobierno con la eficiencia que caracteriza al sector privado. Esta alternativa se encuentra constituida por el Régimen de Obras por Im-

puestos [en adelante, el Régimen], regulado por la Ley 29230, Ley que impulsa la Inversión Pública regional y local con Participación del Sector Privado, y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 5-2014-EF [en adelante, el Reglamento]. No obstante ello, si bien el Régimen constituye un mecanismo que provee beneficios a todas las partes intervinientes en él, consideramos que aún no ha sido suficientemente impulsado por el Gobierno, y existen, en la legislación actual, ciertos vacíos que se evidencian durante su aplicación práctica.

El presente artículo tiene por objeto describir el marco legal del Régimen y los vacíos que hemos podido identificar en él, los mismos que dificultan su implementación práctica.

II. ASPECTOS GENERALES DEL RÉGIMEN

El Régimen tiene por objeto impulsar la ejecución de proyectos de inversión pública de impacto regional y local con la participación del sector privado mediante la suscripción de convenios con los gobiernos regionales y/o locales referidos a proyectos de inversión [en adelante, los Convenios y los Proyectos de Inversión, respectivamente].

Las empresas privadas que suscriban los Convenios recibirán los Certificados de Inversión Pública Regional y Local - Tesoro Público [en adelante, CIPRL], los mismos que podrán ser aplicados contra los pagos a cuenta y de regularización del Impuesto a la Renta de tercera categoría (hasta un porcentaje máximo de 50% de dicho impuesto correspondiente al ejercicio anterior), siempre que se cumplan determinados requisitos para la ejecución de los proyectos de inversión.

A. Elementos del Régimen

Son elementos esenciales del Régimen los siguientes:

1. Proyectos de Inversión

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 29230¹, se encontrarán bajo los alcances del Régimen los proyectos de inversión pública que se encuentren en armonía con las disposiciones del SNIP, sin calificar si estos proyectos deban tener o no un componente de infraestructura.

¹ La Ley 29230 fue recientemente modificada por la Ley 30056 del 2 de julio de 2013.

De conformidad con las disposiciones vigentes que regulan el marco regulatorio del SNIP, se entiende como proyecto de inversión pública “a toda intervención limitada en el tiempo que utiliza total o parcialmente recursos públicos, con el fin de crear, ampliar, mejorar, o recuperar la capacidad productora o **de provisión de bienes o servicios**; cuyos beneficios se generen durante la vida útil del proyecto y éstos sean independientes de los de otros proyectos” [El énfasis es nuestro].

En ese mismo sentido, el Reglamento reitera la posibilidad de que los proyectos de inversión pública priorizados para efectos del Régimen no sean únicamente “proyectos de infraestructura” o proyectos con un “componente de infraestructura mayoritario”, ya que no precisa las disposiciones establecidas en la Ley 29230.

Adicionalmente, el Reglamento ha incorporado, dentro de los compromisos a ser asumidos por la entidad privada, la posibilidad de prestar servicios de mantenimiento de la obra, permitiendo un abanico más amplio de posibilidades respecto de los proyectos a implementarse.

Es decir, el proyecto podrá encontrarse bajo los alcances del Régimen en tanto haya sido viabilizado bajo el SNIP. De esta manera, proyectos consistentes en la prestación de servicios o cuyo componente de infraestructura fuere minoritario podrían ser ejecutados.

De una lectura conjunta de la Ley 29230 y su Reglamento, consideramos que se puede inferir que los proyectos de inversión pública materia del Régimen podrán:

- a) Tener componentes de infraestructura mayoritariamente o no.
- b) Consistir en la prestación de servicios, ya que este tipo de proyectos se encuentra bajo el alcance de las disposiciones del SNIP. Cabe resaltar que ni la Ley 29230 ni su Reglamento rechazan o restringen la posibilidad de que la prestación de servicios sea el componente principal del proyecto priorizado. Siendo ello así, en nuestra opinión, el suministro de bienes podría encajar dentro del concepto de proyecto bajo el alcance de las disposiciones del Régimen. No obstante ello, cabe destacar que, a la fecha, en la práctica no se ha implementado un

proyecto que contemple únicamente la prestación de servicios bajo los alcances del Régimen.

- c) Integrar actividades de mantenimiento del proyecto, las mismas que podrían ser brindadas por la misma entidad privada que suscriba el convenio de cooperación con la entidad pública ya sea para construir una obra o prestar un servicio determinado. A efectos de reconocer las labores de mantenimiento bajo el Régimen, la entidad privada deberá presentar un expediente de mantenimiento en el cual se señalen las actividades a realizar, su periodicidad, cronograma y costo, así como los niveles de servicio o estándar de calidad correspondiente a utilizar y a alcanzar.

Estos proyectos de inversión pública deberán encontrarse relacionados en la lista a ser elaborada por la entidad pública titular del proyecto y actualizada por el órgano del SNIP que fue el encargado de declarar la viabilidad del proyecto.

2. Los gobiernos regionales, los gobiernos locales y las mancomunidades municipales

En el marco del Régimen, los gobiernos regionales y/o locales, o las mancomunidades municipales (para los proyectos de alcance intermunicipal o regional) serán los encargados de convocar al proceso de selección de cada Proyecto de Inversión, sea a través de un Comité Especial constituido para tales efectos o de un encargo a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada [en adelante, ProInversión]. Los recursos que demanden los gobiernos regionales y/o locales para la gestión y promoción del Régimen podrán ser determinados sobre canon, regalías mineras, rentas de aduanas y participaciones de las referidas autoridades.

3. Los inversionistas

Los inversionistas podrán ser empresas privadas nacionales o extranjeras, o sucursales de empresas extranjeras (estas categorías incluyen a las empresas que hayan suscrito convenios de estabilidad jurídica con el Estado) que cumplan con los requerimientos económicos y técnicos del proceso de selección respectivo. Conviene mencionar que no podrán participar en el proceso de selección de inversionistas aquellas empresas que se encuentren en causales de inhabilitación conforme a lo estableci-

do en el Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones con el Estado. En cambio, podrán participar en el Régimen los consorcios que se presenten con una promesa formal de constitución, la cual deberá concretarse con anterioridad a la suscripción del respectivo Convenio.

4. Los Certificados de Inversión Pública Regional y Local

Los CIPRL son emitidos por el Ministerio de Economía y Finanzas una vez recibido el Proyecto de Inversión ejecutado o sus etapas sin observaciones por parte del supervisor de la misma. Representarán el monto de inversión de la empresa privada ejecutora en el Proyecto de Inversión.

Los CIPRL pueden ser emitidos parcialmente (es decir, con periodicidad trimestral) por avance de obra en aquellos proyectos cuya ejecución demande plazos mayores a seis meses. Cada CIPRL podrá ser negociable bajo ciertas circunstancias² y tendrá una vigencia de diez años desde su fecha de emisión.

Cabe destacar que los CIPRL tendrán una reevaluación anual del 2% por el saldo insoluto y

al término de su vigencia podrán solicitar la devolución a la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria [SUNAT] mediante la emisión de notas de crédito.

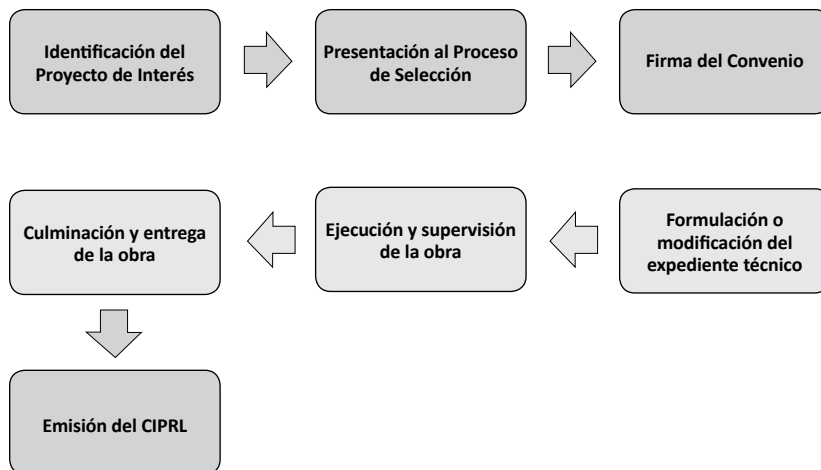
5. La Contraloría General de la República

En el marco del Régimen, la Contraloría General de la República ejerce acciones de control sobre los gobiernos regionales y los gobiernos locales en dos momentos:

- A través de la emisión de un informe previo³ a la suscripción del Convenio con el inversionista; y,
- A través de la contratación de una sociedad auditora al culminar la ejecución del proyecto.

Considerando que el inversionista utiliza recursos propios para la ejecución del Proyecto de Inversión, no corresponde a la Contraloría revisar los procedimientos utilizados durante la ejecución de la obra.

El Régimen funciona de acuerdo a lo expresado en el siguiente diagrama de flujo:



² De acuerdo a lo indicado por la Ley 29230 y su Reglamento, el CIPRL solo podrá ser negociable en aquellos casos en los que el inversionista no sea la entidad encargada de la construcción/ejecución del Proyecto de Inversión, a efectos de que pueda cederse a su favor el CIPRL. Consideramos que, si bien este es un reconocimiento a lo que sucede en la realidad, debería recogerse la posibilidad de que los CIPRL sean completamente negociables sin condición alguna. Y es que existen circunstancias en las cuales la “negociabilidad” de los CIPRL podría ser un incentivo interesante para la ejecución de los Proyectos de Inversión bajo el Régimen. Así, por ejemplo, en los casos de los financiamientos que podrían requerir los inversionistas, los bancos financieristas podrían solicitar que el CIPRL sea endosado o cedido a su favor como garantía de pago. Hacer del CIPRL un instrumento bancable podría hacer más factible la ejecución de este tipo de Proyectos de Inversión.

³ El informe previo deberá ser emitido en un plazo que no excederá los diez días hábiles contados a partir de la entrega de toda la documentación señalada en la primera disposición complementaria y final de la Ley. De no emitirse el informe en el plazo previamente señalado, se considerará que el pronunciamiento de la Contraloría General de la República será favorable respecto del Proyecto de Inversión.

B. Modalidades del Régimen

1. Ejecución del Proyecto de Inversión por iniciativa del gobierno regional o local correspondiente

En virtud de esta modalidad, el respectivo gobierno regional o local se encargará de la realización de los estudios necesarios en la etapa de preinversión de los Proyectos de Inversión bajo el SNIP y, luego de declarada la viabilidad de los Proyectos de Inversión, convocará al concurso correspondiente para la selección de la empresa privada que se encargará de la elaboración del expediente técnico definitivo y la ejecución del Proyecto de Inversión como parte de la etapa de inversión conforme a las disposiciones del SNIP.

2. Ejecución del Proyecto de Inversión por iniciativa privada

Conforme a lo establecido en el Reglamento, las empresas privadas podrán proponer –en calidad de petición graciable– proyectos a los gobiernos regionales o locales a efectos de que puedan ser incluidos en la lista de obras priorizadas y viables que pueden ser ejecutadas bajo el Régimen.

Para estos efectos, las entidades del sector privado interesadas deberán presentar al gobierno regional o local correspondiente, entre otros, el estudio de preinversión a nivel perfil de los Proyectos de Inversión elaborado conforme a la normativa del SNIP, así como la documentación sustentatoria del costo del estudio del proyecto a nivel de perfil y del costo de los estudios a nivel de factibilidad del proyecto propuesto, si fuere el caso.

Las entidades del sector privado interesadas deberán presentar al gobierno regional o local correspondiente la siguiente información:

- a) Nombre o razón social del proponente con indicación del Registro Único de Contribuyente, el domicilio legal y un representante legal acompañado de los poderes que lo facultan para tales efectos.
- b) Estudio de preinversión a nivel perfil del proyecto elaborado conforme a la normativa del SNIP. En caso el proyecto requiera estudios a nivel de factibilidad, previamente deberá contar con el perfil aprobado y la autorización para factibilidad correspondiente.

- c) Documentación sustentatoria del costo del estudio del proyecto a nivel de perfil y del costo de los estudios a nivel de factibilidad del proyecto propuesto si fuere el caso.

Los proyectos que propongan las entidades del sector privado no deberán coincidir con proyectos priorizados conforme a la legislación aplicable o que hayan sido declarados viables previamente.

Una vez presentada la solicitud, la unidad formuladora del gobierno regional o local registrará: (i) El proyecto en el Banco de Proyectos del SNIP; y, (ii) el costo de estudio de preinversión. Dicho registro no constituye la aceptación de la prioridad ni de la pertinencia técnica del proyecto propuesto, así como tampoco del reconocimiento del costo del estudio de preinversión a nivel de perfil.

La determinación de la priorización del proyecto dependerá de la evaluación que realizarán, a la luz de la normativa del SNIP, la unidad formuladora y la oficina de promoción de la inversión del gobierno regional o local, según fuere el caso. En el marco de esta evaluación deberá considerarse que la propuesta podrá ser rechazada en caso se determine que el proyecto:

- a) Está sobredimensionado respecto a la demanda prevista y que sus beneficios están sobreestimados; o,
- b) Beneficia únicamente a la empresa privada que propone su priorización.

Asimismo, no podrán ser declarados viables proyectos que hayan sido rechazados anteriormente bajo las disposiciones del Régimen. En caso el proyecto fuera declarado viable, este será incluido en la lista de proyectos priorizados para la selección de la entidad privada que lo ejecutará conforme a las disposiciones de la Ley 29230 y su Reglamento.

Las empresas privadas tienen derecho a que los gastos por los estudios de preinversión que realicen sean reembolsados. Sin embargo, el reembolso no será efectivo en los siguientes supuestos:

- a) El proyecto sea rechazado;
- b) No se realice o concluya el proceso de selección de la empresa privada;

- c) La empresa privada no se presente al concurso correspondiente; o,
- d) Cuando la entidad pública no proceda a realizar el proceso de selección correspondiente al estudio detallado o expediente técnico para la ejecución de la obra.

C. Procedimiento para la ejecución del Régimen

La selección de la empresa privada para el financiamiento y/o ejecución del Proyecto de Inversión estará a cargo de un Comité Especial⁴, el cual se encargará de la organización y ejecución del proceso hasta el otorgamiento de la buena pro o cancelación del proceso, de ser el caso. El Comité Especial es competente, entre otras funciones, para:

- a) Elaborar las Bases: Las Bases deberán contener, como mínimo, los términos de referencia, el estudio de preinversión, los requisitos técnicos, el plazo para el mantenimiento del proyecto, el cronograma referencial respectivo, entre otros. El plazo para su elaboración no podrá exceder los cuatro días hábiles.
- b) Convocar al proceso: Transcurrido el plazo para la elaboración de las Bases, al día hábil siguiente, el Comité procederá a realizar la convocatoria, la cual debe ser publicada en el diario oficial “El Peruano” y en otro de circulación local. Una vez convocado el proceso de selección, las empresas privadas tienen un plazo de diez días hábiles para presentar su expresión de interés.
- c) Absolver las consultas u observaciones: Tomará tres días si es que solo expresa su interés una empresa privada y seis días si son dos o más.
- d) Integrar las Bases: Al día hábil siguiente de concluido el plazo anterior, el Comité Especial procederá a la integración de las Bases como reglas definitivas, no pudiendo ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna.
- e) Evaluar las propuestas: La evaluación y verificación tomará dos días hábiles si es que solo expresa su interés una em-

presa privada y cuatro días hábiles si son dos o más.

- f) Otorgar la buena pro: El otorgamiento de la buena pro se efectuará el día hábil siguiente de culminado el plazo del proceso de evaluación y verificación.

Si antes de iniciar la ejecución del proyecto la empresa privada identifica la necesidad de realizar modificaciones en la fase de inversión, podrá solicitar a la entidad pública el reconocimiento de los costos en que incurriría para sustentar fichas de modificaciones conforme a la normativa del SNIP, siempre que el proyecto siga siendo socialmente rentable y sostenible.

D. Beneficios del Régimen

A partir de lo expuesto, podemos señalar que los principales beneficios del Régimen son los expuestos en el cuadro a continuación.

Actor	Beneficios
Gobiernos Locales/ Regionales	<ul style="list-style-type: none"> • Se permite adelantar recursos financieros. • Se otorga un buen uso del canon y de las regalías mineras.
Inversionista	<ul style="list-style-type: none"> • Permite asociar su imagen con obras de alto impacto social. • El Régimen constituye un mecanismo para desarrollar programas de responsabilidad social corporativa.
Sociedad	<ul style="list-style-type: none"> • Disminuye la espera de la población por la provisión de servicios públicos de calidad.

III. VACÍOS IDENTIFICADOS EN EL MARCO LEGAL DEL RÉGIMEN A PARTIR DE SU APLICACIÓN PRÁCTICA

Pese a encontrar en el Régimen un marco normativo determinado, consideramos que aún existen vacíos en la legislación vigente que se manifiestan durante la implementación práctica de la ejecución de los Proyectos de Inversión. Los principales vacíos que hemos podido identificar se relacionan con: (i) El reconocimiento en los CIPRL de los mayores costos incurridos por el inversionista durante la ejecución del Proyecto de Inversión; (ii) la gestión de permisos y/o autorizaciones para la ejecución del Proyecto de Inversión por asesoría o mejoras del expediente técnico del proyecto;

⁴ Dependiendo si el Proyecto fue encomendado a ProInversión o es ejecutado por la entidad pública correspondiente, el comité encargado de estas labores podrá ser compuesto por diversos funcionarios.

y, (iii) la ausencia de ciertas cláusulas tipo en los documentos estandarizados del Régimen.

a. Reconocimiento en los Certificados de Inversión Pública Regional y Local de los mayores costos incurridos por el inversionista durante la ejecución del Proyecto de Inversión por asesoría o mejoras del expediente técnico del proyecto

Antes de iniciar su ejecución, todo Proyecto de Inversión deberá ser declarado viable de acuerdo a las disposiciones del SNIP. Luego de la evaluación del SNIP, la oficina de inversión del gobierno regional o local correspondiente deberá incluir dicho proyecto en el banco de proyectos del Ministerio de Economía y Finanzas, señalando al momento de dicha inclusión un valor referencial para su ejecución. El Reglamento establece que “[E]l costo total referencial de la inversión para realizar la convocatoria estará compuesto por el monto de inversión determinado en el estudio de preinversión con el que se declaró la viabilidad del Proyecto a ejecutar, **así como por el costo de los estudios de preinversión en el caso que el Proyecto haya sido propuesto por el sector privado**” [El énfasis es nuestro].

El valor referencial para la ejecución no necesariamente será aquel monto de inversión reconocido en los CIPRL que se emitan a favor del inversionista. El artículo 6 de la Ley establece que los CIPRL tienen por finalidad “[...] la cancelación **del monto que invierta la empresa privada en la ejecución del Proyecto**” [El énfasis es nuestro]. En concordancia con dicha disposición, el artículo 18.1 del Reglamento señala textualmente que “los CIPRL serán emitidos por el monto total invertido por la empresa privada en el Proyecto o en cada una de las etapas conforme a lo dispuesto en el Convenio **y teniendo en cuenta lo señalado en el numeral 12.4 del artículo 12 del Reglamento**” [El énfasis es nuestro].

Por su parte, el numeral 12.4 del artículo 12 del Reglamento establece que “[L]as variaciones o modificaciones que tenga el Proyecto durante la fase de inversión se incorporan al costo total referencial de la inversión, sujetándose a las disposiciones del SNIP”.

Es así que las bases del concurso para la selección del inversionista suelen establecer que en el monto de la inversión a reconocerse en los CIRPL se podrán incluir las mejoras y/u obras

adicionales que el inversionista incorpore al Expediente Técnico, siempre que se ejecuten de acuerdo a las disposiciones del SNIP.

Las normas del SNIP regulan la posibilidad de modificar los expedientes técnicos de proyectos cuya viabilidad ya haya sido declarada. Para tales efectos, sólo será posible modificar los expedientes técnicos de un proyecto ya declarado viable por el SNIP cuando:

- a. La modificaciones introducidas al Proyecto de Inversión no sean sustanciales. Sobre el particular, se consideran modificaciones no sustanciales: El aumento en las metas asociadas a la capacidad de producción del servicio, el aumento en los metrados, el cambio en la tecnología de producción, el cambio de la alternativa de solución por otra prevista en el estudio de preinversión mediante el que se otorgó la viabilidad, el cambio de la localización geográfica dentro del ámbito de influencia del Proyecto de Inversión y el cambio de la modalidad de ejecución del Proyecto de Inversión; y,
- b. Se trate de proyectos cuyo monto de inversión total con el que fue declarado viable no exceda los límites establecidos a continuación.

Monto de declaratoria de viabilidad	% de variación
Menor o igual a S/. 3'000,000.00	No más de 40%
Mayor a S/.3'000,000.00 y menor o igual a S/. 6'000,000.00	No más de 30%
Mayor a S/. 6'000,000.00	No más de 20%

En caso no se cumplan los requisitos aquí establecidos, el Proyecto deberá iniciar nuevamente el proceso ante el SNIP para evaluar su declaratoria de viabilidad o, por el contrario, el inversionista podrá optar por resolver el Convenio suscrito con el gobierno regional o local correspondiente.

No obstante los diversos criterios que ofrece la legislación vigente para el reconocimiento de la inversión que se incorporaría a los CIPRL, lo cierto es que, en la aplicación práctica del Régimen, la realidad desborda los alcances de la normativa. Nos explicamos.

Un primer problema se presenta porque ni la Ley 29230 ni su Reglamento establecen con

claridad qué conceptos están comprendidos en el “monto total invertido” por la empresa privada en un Proyecto de Inversión. Siendo ello así, el inversionista podría entender que todos aquellos gastos incurridos para la celebración del Convenio y posterior ejecución del proyecto son parte del “monto invertido” y, por tanto, deberían ser incluidos dentro de los CIPRL. Esto significaría que todos los costos de asesoría –financiera y/o legal–, así como la evaluación y elaboración de informes sobre los estudios de prefactibilidad entregados por el gobierno regional o local correspondiente que elabore el inversionista antes de la suscripción del Convenio, deberían ser también reconocidos en los CIPRL en caso el inversionista resultase adjudicatario del Proyecto de Inversión.

Sin embargo, al no contar con una normativa clara al respecto, existe un espacio para que las autoridades competentes rechacen la inclusión de estos conceptos en los CIPRL, señalando que la inversión efectuada será reconocida siempre que se haya materializado con posterioridad a la suscripción del Convenio y que tenga incidencia directa con la ejecución del Proyecto de Inversión.

No obstante lo anterior, reconocemos que la normativa vigente no es clara al definir qué conceptos podrán ser incluidos en el CIPRL, por lo que no podemos descartar que los costos de los referidos estudios puedan, en la práctica, ser incorporados por el gobierno regional o local como parte de la inversión realizada en el proyecto. Sin embargo, no conocemos proyectos de obras por impuestos previos en los que esto haya ocurrido. De existir tales antecedentes y, sobre la base de los mismos, podría solicitarse al gobierno regional o local la incorporación de dichos estudios dentro del convenio a ser suscrito con el inversionista a fin de que estos puedan formar parte del CIPRL del Proyecto de Inversión.

No obstante, como hemos indicado, no es posible asegurar que el gobierno regional o local correspondiente aceptará dicha inclusión en tanto ello no se deriva claramente de la normativa vigente. Este problema no sería tal en los casos en los que la ejecución de un Proyecto de Inversión sea consecuencia de una

petición graciable. De cualquier manera, es evidente en los casos donde la iniciativa de ejecución fue del gobierno regional o local.

Un segundo problema se presenta con las mejoras que podría hacer el inversionista a los estudios de prefactibilidad efectuados por el gobierno regional o local. No es poco frecuente que los estudios de prefactibilidad elaborados por los gobiernos regionales o locales se encuentren incompletos, que no contemplen un análisis correcto sobre la obra a ejecutarse o simplemente estén desfasados. En tal sentido, el inversionista deberá realizar, muchas veces, cambios sustanciales al proyecto antes de iniciar su ejecución. Estos cambios, dependiendo de la magnitud que tengan, podrían superar los límites establecidos en la normativa SNIP y, por tanto, requerir otra declaratoria de viabilidad. En ese escenario, si bien el inversionista podría resolver el Convenio, también es cierto que se enfrentaría, entre otros, a las siguientes contingencias: (i) Perdería una inversión estimada y proyectada inicialmente; y, (ii) en caso el inversionista no sea el constructor del Proyecto, el inversionista debería resolver el contrato de obra suscrito, incurriendo, quizá, en penalidades.

En nuestra opinión, sujetar la existencia de mejoras al expediente técnico del Proyecto de Inversión a los límites establecidos en las normas del SNIP y a los criterios de “sustancialidad” resulta un desincentivo a la implementación de mejoras en el mismo.

b. La gestión de permisos y/o autorizaciones para la ejecución del Proyecto de Inversión

Otro problema surgido de la aplicación práctica del Régimen es la determinación del obligado principal para la gestión de los permisos y/o autorizaciones para la ejecución del Proyecto de Inversión, tales como el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos [en adelante, el CIRA] o los Estudios de Impacto Ambiental [en adelante, los EIA] que se requieran⁵.

Al respecto, ni la Ley 29230 ni su Reglamento establecen disposiciones específicas en torno a la obligación del inversionista de gestionar y obtener autorizaciones y permisos para la eje-

⁵ Cabe resaltar que no hacemos referencia a los permisos propios de construcción, puesto que, entendemos, se trata de licencias propias del Inversionista.

cución de una obra de infraestructura bajo el Régimen. Ni las Bases de los concursos ni los formatos de Convenio suelen incluir una referencia expresa ni una obligación a cargo del inversionista o del gobierno regional o local correspondiente.

Siendo ello así, debemos revisar el marco legal vigente aplicable a la protección del patrimonio cultural de la nación o las normas ambientales aplicables.

En el caso de las normas del patrimonio de la nación, se establece claramente que, de manera previa a la ejecución de cualquier proyecto de inversión privada, deben obtenerse las autorizaciones correspondientes del Ministerio de Cultura que acrediten que no se pone en riesgo el Patrimonio Cultural de la Nación (Estudios de Evaluación Arqueológica y, de ser el caso, el CIRA). Al respecto, la Ley 28296⁶ establece que dichas autorizaciones no serán exigibles cuando se trate de concesiones u obras públicas destinadas a la ampliación, mejoramiento, rehabilitación, operación o mantenimiento de infraestructura preexistente (excepto cuando se trate de extensión del trazo).

A partir de lo expuesto, concluimos que, para efectos de la ejecución del Proyecto de Inversión, en caso se requiriese un CIRA, el artículo 3 de la Resolución Suprema 4-2000-ED señala que la obtención del CIRA es obligación del titular del proyecto (“El plazo para expedir el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA) para el desarrollo de proyectos de inversión u obras públicas y privadas no será mayor de diez días calendario, contados desde la fecha de presentación de la solicitud en la dependencia competente del Instituto Nacional de Cultura. Transcurrido dicho plazo, sin que exista un pronunciamiento de la entidad, **el titular del proyecto queda autorizado a iniciar las obras y actividades**, sin perjuicio de los demás títulos habilitantes que sean aplicables de acuerdo al Sector correspondiente”). [El énfasis es nuestro]

Por tanto, aun cuando se determinase que el Proyecto de Inversión requiere de un CIRA, no correspondería al inversionista solicitarlo, ya que este no es titular del proyecto. El proyec-

to es de titularidad del gobierno regional y/o local correspondiente, siendo el inversionista únicamente la empresa seleccionada para ser el ejecutor y el financista del Proyecto de Inversión (que, *per se*, es un proyecto de inversión pública).

En el caso particular de los EIA, debemos señalar que las políticas para la prevención de impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio de proyectos de inversión se encuentran comprendidos en el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, el cual ha sido regulado mediante la Ley 27446 (Ley de Impacto Ambiental) y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 019-2009-MINAM (Reglamento de la Ley de Impacto Ambiental).

El artículo 3 de la Ley de Impacto Ambiental señala expresamente que no podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicios y comercio y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas o habilitarlas si estas no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la resolución expedida por la respectiva autoridad competente.

De acuerdo con la Ley General del Ambiente, se encuentran obligados a obtener las certificaciones ambientales correspondientes los titulares de las operaciones. Como señalamos en el caso del CIRA, ello no correspondería al inversionista, ya que este no es titular del proyecto. En efecto, el Proyecto de Inversión es de titularidad del gobierno regional y/o local correspondiente, siendo el inversionista únicamente la empresa seleccionada para ser el ejecutor y el financista del mismo (que, *per se*, es un proyecto de inversión pública).

c. La ausencia de ciertas cláusulas tipo en los documentos estandarizados del Régimen

De acuerdo con la Ley 29230 y su Reglamento, ProInversión sería la entidad encargada de aprobar y publicar los documentos estandarizados del Régimen. Entre estos, podemos contar el Convenio, las Bases para el Concurso de selección del inversionista, la convocatoria del gobierno regional y/o local, etcétera.

⁶ Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.

Si bien los documentos estandarizados contienen ciertas cláusulas principales, consideramos que aún resulta necesario profundizar en lo siguiente:

- a) Establecer con claridad qué sucederá en los casos de conflictos sociales que impidan la ejecución del Proyecto. ¿Podrían ser considerados como casos de fuerza mayor? En nuestra opinión, es necesario establecer un mecanismo de salida al inversionista ante situaciones similares, las cuales son frecuentes y muchas veces incontrolables.
- b) Señalar qué sucedería si los gobiernos regionales y/o locales no cumplieren con entregar los terrenos o las obras preexistentes del proyecto en un período determinado. En ese caso, podría el inversionista tener derecho a resolver el Convenio sin responsabilidad alguna, así como el reconocimiento de la inversión ejecutada.

- c) Dejar constancia que los gobiernos regionales y/o locales no deberán involucrarse durante la ejecución del proyecto. Además, es el inversionista quien tiene toda la facultad para señalar directrices durante la ejecución a efectos de evitar requerimientos que podrían entorpecer la ejecución del mismo.

IV. CONCLUSIÓN

Si bien las normas que regulan el Régimen tienen por objeto promover el desarrollo y ejecución de los Proyectos de Inversión (consiguiendo, en muchos, casos su objetivo), lo cierto es que la realidad sobrepasa al espectro de la norma y es ante estas situaciones que debería contemplarse, más que una modificación de las leyes que regulan el Régimen, una mejor estandarización de los Convenios de Colaboración a suscribirse, a efectos de no sólo viabilizar el otorgamiento de la buena pro de un Proyecto de Inversión, sino a poder concretar su ejecución y entrega.