

QUINCENARIO

Boletín AFIN N° 270

Viernes, 05 de marzo de 2021



afin

Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional



<http://www.afin.org.pe>



3

¿SABÍAS QUE?

APP en infraestructura social

4

ECONOMÍA

Retraso en la revisión y aprobación de documentos en concesiones aeroportuarias

11

LEGAL

Disposiciones tributarias también requieren Análisis de Impacto Regulatorio

14

OPINIÓN

El uso de los *dispute boards* en proyectos de infraestructura en Perú: marco normativo y posibilidades

¿SABÍAS QUE?

La situación actual en agua y saneamiento e infraestructura educativa evidencia una gestión ineficaz: casi la mitad de peruanos con una conexión a red pública de agua la consumen sin ningún nivel de cloro; mientras que menos de un tercio de locales escolares públicos cuentan con los tres servicios básicos.

Se requiere promover asociaciones público-privadas (APP) para brindar acceso y mejorar la calidad de estos servicios, tal como ha sucedido en el sector salud con experiencias exitosas.



Imagen: Andina

46%



de la población que accede a la red pública de agua, la consume sin ningún nivel de cloro.



Imagen: Andina

Solo

31%



de escolares públicos de educación básica cuenta con agua, alcantarillado y electricidad.

ECONOMÍA

**Retraso en la revisión
y aprobación de
documentos en concesiones
aeroportuarias**



Retraso en la revisión y aprobación de documentos en concesiones aeroportuarias



Por:
Yovanna Ramírez
Jefa del área económica - AFIN

Si bien el 2020 fue duro para el sector aeronáutico, año en el que el movimiento de pasajeros en los aeropuertos concesionados del país cayó 68%¹, las estimaciones de la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA, por sus siglas en inglés) indican que el tráfico de pasajeros a nivel global volvería a los niveles de 2019 recién en el 2024.

Movimiento de pasajeros

	2019	2020	Var %
Jorge Chávez	25,402,742	7,566,704	-70%
Primer grupo de AR	6,313,110	2,607,174	-59%
Segundo grupo de AR	3,548,177	1,100,941	-69%
TOTAL	35,264,029	11,274,819	-68%

AR: Aeropuertos regionales

Fuente: Corpac

Elaboración: AFIN

En este sector las inversiones toman algunos años en materializarse. Cada proyecto implica una serie de procedimientos, así como elaboración y revisión de diversos documentos (planes, programas, expedientes, entre otros) con diversas idas y vueltas antes de su aprobación. Por ejemplo, la implementación del nuevo terminal de pasajeros de Juliaca tomará seis años.

Muchas veces se tiende a creer que todos los retrasos en un proyecto con participación privada se deben a incumplimientos de la empresa concesionaria, pero se desconoce (o no se quiere reconocer) que su desempeño se ve afectado por las demoras de las instituciones públicas. En el 2018, el aeropuerto Jorge Chávez recibió la aprobación de la nueva versión del Programa de Seguridad, en un proceso que tomó alrededor de cuatro años.

En el caso de las concesiones de los aeropuertos regionales, el MTC debe dar opinión favorable a la pertinencia de la adquisición y/o reposición de equipamiento, aprobar la declaración de impacto ambiental (conocida como DIA) y sus actualizaciones, revisar y aprobar los entregables,

1. Esto implica un serio golpe a sus ingresos si se tiene en cuenta que, en condiciones normales, de 80% a 85% de los ingresos de un aeropuerto se relaciona a operaciones de pasajeros

así como aprobar los Planes Maestros, Planes de Equipamiento y Programas de Mantenimiento Periódico de cada aeropuerto; entre otras competencias en las que, además, puede requerirse la opinión previa del regulador.

Ese es el caso del primer grupo de aeropuertos, que tiene suspendidas -por indicación del MTC- las aprobaciones de los términos de referencia y autorización de inicio de estudios para obras de Planes Maestros en nueve aeropuertos, hasta la normalización de los vuelos nacionales e internacionales, ello a pesar que la información fue presentada hace casi un año. Adicionalmente, el concesionario ya ha presentado -en 2020- los expedientes técnicos para mejoras a los aeropuertos de Pucallpa, Iquitos y Pisco, cuya revisión corresponde al ministerio y regulador, previéndose que se aplicaría el mismo criterio. Asimismo, al segundo grupo no se le reconocieron inversiones en 2019 porque las obras previstas no pudieron ser ejecutadas debido a demoras en la aprobación de los estudios de preinversión para obtener la viabilidad².

Ello se debe a que las concesiones cofinanciadas se encuentran sujetas a los requisitos y procedimientos establecidos en el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones () para la aprobación de los estudios de preinversión y Estudios Definitivos de Ingeniería (EDI).



Proyectos del primer grupo de aeropuertos regionales

Proyecto	Inversión para ejecución de obra (US\$ millones)	Avances en 2020
Rehabilitación del lado aire e inversión de optimización del cerco perimétrico de los aeropuertos de Pucallpa, Iquitos y Pisco	218	Presentación de expedientes técnicos de ejecución obra al MTC y Ositran
Modernización del aeropuerto de Chiclayo	400	Adjudicación de expediente técnico de ejecución de obra
Modernización del aeropuerto de Tumbes	243	Adjudicación del estudio de preinversión a nivel perfil
Rehabilitación del lado aire y ampliación marginal del cerco perimétrico de los aeropuertos de Talara y Cajamarca	57	Adjudicación de expediente técnico de ejecución de obra
Ampliación del aeropuerto de Trujillo	44	Adjudicación de expediente técnico de ejecución de obra

Fuente: AdP Balance de Gestión 2020

Elaboración: AFIN

Además, no existen incentivos para evitar las demoras en las certificaciones ambientales por parte de la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales (DGAAM) del MTC.

Recomendaciones

Un aspecto clave que se requiere mejorar es la gestión de proyectos. Al respecto, sería recomendable designar equipos PMO en el MTC para el acompañamiento y revisión de los entregables y evitar retrasos en la ruta crítica de cada uno.

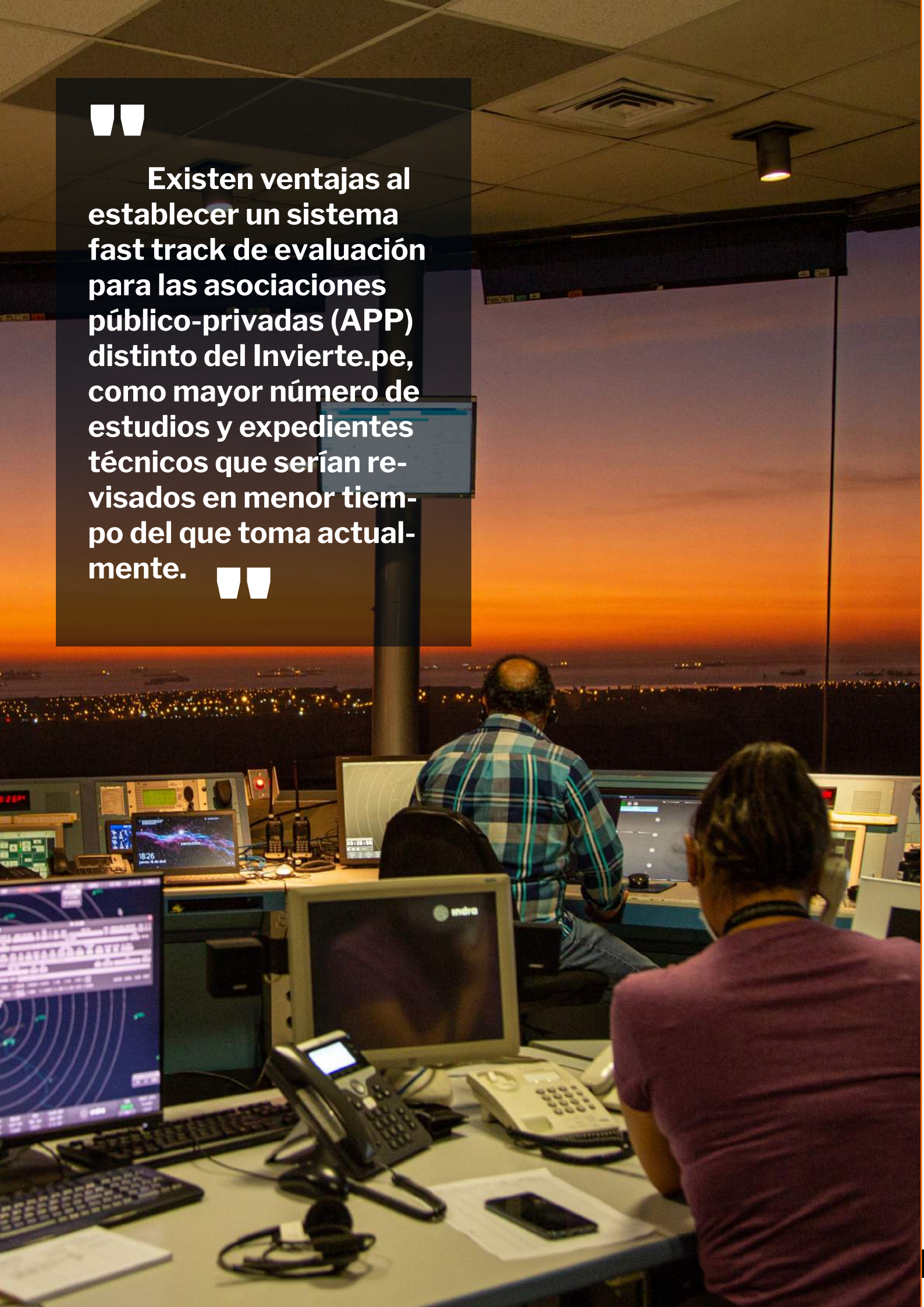
Por otro lado, existen ventajas al establecer un sistema fast track de evaluación para las asociaciones público-privadas (APP) distinto del Invierte.pe, como mayor número de estudios y expedientes técnicos que serían revisados en menor tiempo del que toma actualmente.

Adicionalmente, el sector enfrenta una oferta nacional limitada de profesionales en ingeniería y arquitectura suficientemente capacitados para abordar proyectos de gran envergadura, lo que dificulta su desarrollo. Al respecto, los respectivos colegios profesionales podrían permitir que la emisión de colegiaturas a profesionales extranjeros se realice de manera virtual.

Finalmente, para evitar periodos indefinidos de respuesta por parte de las entidades públicas se podría establecer el silencio administrativo positivo, como en los asuntos relacionados con la certificación ambiental o en los relativos a autorizaciones de la FAP o SERFOR.



Existen ventajas al establecer un sistema fast track de evaluación para las asociaciones público-privadas (APP) distinto del Invierte.pe, como mayor número de estudios y expedientes técnicos que serían revisados en menor tiempo del que toma actualmente.





SUNAT

LEGAL

**Disposiciones tributarias
también requieren
Análisis de Impacto
Regulatorio**



Disposiciones tributarias también requieren Análisis de Impacto Regulatorio



Por:
Aldo Chirinos
Jefe del área legal - AFIN

Con fecha 07 de noviembre de 2020, se publicó la Resolución de Superintendencia N°000193-2020/SUNAT (en adelante, la “Resolución”) que modifica la normativa sobre la emisión electrónica del recibo por honorarios, factura y nota de crédito, que entró en vigencia a partir del 01 de abril de 2021.

Los principales cambios introducidos por la Resolución han sido (i) la reducción del plazo de envío de facturas y notas a un día posterior de su emisión; y (ii) la incorporación de nuevos campos sobre forma de pago y retención del IGV.

Sobre el particular, consideramos que la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (en adelante, SUNAT) ha publicado la Resolución sin considerar el proceso operativo ni los problemas que suscitan dichas modificaciones para las empresas que emiten grandes volúmenes de comprobantes de pago diariamente.

La SUNAT ha establecido que la finalidad de este cambio es que el usuario pueda tener mayor certeza, y en un menor plazo, que sus emisiones cumplan con las condiciones de un documento electrónico. Sin embargo, la presente Resolución no ha considerado las dificultades técnicas, funcionales y operativas que genera la medida. Asimismo, este cambio exige revisión, modificación e implementación de diversos procesos internos, y adaptación de nuevas condiciones.

A continuación, detallamos las principales problemáticas de implementación de la Resolución:

a) Dificultades respecto del proceso de emisión de facturas y sus notas:

- Existen casos que, por temas contractuales, se emiten dentro de los dos primeros días siguientes al cierre de mes, considerando como fecha el último día del mes anterior. Las cifras están sujetas a un proceso de validación de los sistemas de liquidación o confirmación que se cierra en días posteriores a la culminación de la operación.
- Existen procesos masivos de facturación electrónica, por soluciones de datos, contratadas por usuarios corporativos y del sector público inclusive, en donde el procesamiento de la facturación puede demorar entre tres a cuatro días y se les asigna como fecha de emisión, la del inicio de ciclo. En consecuencia, si se mantiene el ciclo y se les cambia la fecha de emisión (que podría variar cuando termine el proceso) los principales afectados son los clientes del sector público, que por contrato exigen que se cumpla con la emisión del documento considerando una misma fecha.

- De reducirse el plazo de envío, se tendrá un fuerte impacto a nivel comercial, pues los procesos de liquidación de ventas por consignación, ventas con clientes corporativos, y entidades del Estado, requieren que las facturas sean emitidas con fechas previas al de su real emisión, con lo cual queda menos tiempo para cumplir con el plazo indicado en la Resolución.

b) Dificultades técnicas y funcionales relacionadas con la implementación:

Para el caso de concesiones en telecomunicaciones:

- Las empresas de telecomunicaciones cuentan con diversos sistemas de facturación, los cuales requieren, como mínimo entre siete a doce meses para implementar cualquier cambio, sea en estructura o plazos.
- Para lograr la reducción del plazo de envío, se requiere implementar una serie de cambios y reingeniería de procesos en algunos sistemas que participan del flujo. Sin embargo, esto no asegura poder cumplir con el plazo de un día sobre todo en los sistemas comerciales en donde se tienen limitantes de capacidad de procesamiento muy fuertes, así como un diseño que implica que ciertos procesos sólo se pueden ejecutar al final del día.
- Requiere implementar procesos de regeneración automática de comprobantes electrónicos en los diferentes sistemas de facturación cuando estos sean rechazados por SUNAT al haberse excedido del plazo establecido.
- Se requiere un cambio en la operación, ya que se requiere mejorar los plazos de atención ante posibles incidencias pues los sistemas de facturación no son infalibles y esto conlleva a un costo adicional en la emisión e implementación de alertas.

Para el caso de concesiones de vías públicas:

- Las concesiones incluyen tramos viales con varias unidades de peaje, ubicadas en

localidades de todo nuestro país, con conexión a internet limitada o nula como, por ejemplo, Uchumayo en Arequipa, Pampa Cuéllar en Moquegua o Caracoto en Puno.

- Las unidades de peaje operan las 24 horas del día y todo el año sin pausa. Siendo esto así, en promedio se emiten hasta cientos de miles de comprobantes electrónicos al mes, esto es, decenas de miles al día y más de mil por hora.

- Una de las etapas principales del proceso de facturación es la consolidación de los comprobantes electrónicos, emitidos en cada una de las unidades de peaje. Así, en muchos casos, los concesionarios generan los comprobantes localmente por los sistemas de cada peaje y posteriormente, son procesados de forma centralizada antes de su envío al Operador de Servicios Electrónicos aprobado por SUNAT (en adelante, OSE).

- En las localidades con limitado acceso a internet, dicha conexión se encuentra expuesta a frecuentes cortes debido a: (i) cortes del servicio de energía eléctrica, (ii) limitaciones operativas del proveedor estatal o privado, (iii) lluvias y tormentas; y/o, (iv) vandalismo. La interrupción de los servicios puede extenderse por varios días. En consecuencia, el procesamiento y consolidación de comprobantes electrónicos puede detenerse por varios días.



Consideramos que la SUNAT ha publicado la Resolución sin considerar el proceso operativo ni los problemas que suscitan dichas modificaciones para las empresas que emiten grandes volúmenes de comprobantes de pago a diario.



- Los comprobantes emitidos en las unidades sin conexión a internet son trasladados físicamente (mediante USB) a la sede operativa del concesionario para su consolidación, lo que puede tardar más de un día.
- Es de notar que, conforme a lo establecido en la Resolución, cuando se incumpla con los plazos de envío, el OSE no puede realizar la comprobación material de las condiciones de emisión de estos documentos y, en consecuencia, no tendrán la calidad de factura o nota electrónicas. Originando que (i) se deba emitir nuevos comprobantes de pago a fin de ser enviados dentro del nuevo plazo, lo que aumenta la carga operativa y, además, retrasaría el envío regular de documentos; y, (ii) puede llevar a que los nuevos comprobantes sean emitidos y, por ende, registrados en un periodo distinto al que se prestó el servicio, generando contingencias para efectos del IGV y pagos a cuenta del IR, tales como la imposición de multas.

Puede advertirse que las medidas dispuestas por la Resolución no son razonables, ya que, si bien persigue un fin válido, también genera contingencias tributarias a numerosas empresas y a los usuarios en general, toda vez que, debido a problemas de conectividad o de energía eléctrica, así como por los propios procesos de facturación de las compañías, el nuevo plazo de envío de documentos no podría ser cumplido adecuadamente.

La medida puede llegar a ser incluso ineficaz. Como hemos señalado, es probable que los concesionarios de vías públicas y otras numerosas compañías incumplan el plazo de envío de los documentos, por causas no imputables y, como consecuencia de ello, se desconozca su calidad de comprobante electrónico.

En este escenario, las empresas deberán emitir nuevos comprobantes para ser enviados dentro del plazo legal, lo que, en lugar de coadyuvar a que los usuarios conozcan si los comprobantes cumplen con las condiciones de emisión con mayor rapidez, se generen muchos más retrasos.

Por último, es importante destacar que, como consecuencia del Estado de Emergencia Nacional, ha quedado restringido el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personal, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio, hecho que agrava la dificultad de la implementación de las diversas modificaciones establecidas en la Resolución, no solo en tiempos y costos, sino también respecto del personal que efectúa trabajo remoto.

En este punto, es importante señalar que, en reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha señalado que el ejercicio de las potestades públicas debe ser acorde a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Por ejemplo, la sentencia recaída en el Expediente N° 1209-2006-PA/TC, señaló textualmente lo siguiente:

“Los principios de razonabilidad y proporcionalidad, previstos en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución son pues el parámetro de determinación de validez de los actos (normativos y no normativos) que establezcan límites a los derechos fundamentales”.

El referido principio de razonabilidad “es un criterio íntimamente vinculado al valor Justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias”.

De acuerdo a lo anterior, para que el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración Pública sea válido constitucionalmente debe (i) cumplir con el principio de razonabilidad, esto

es, que existan razones justificantes para la adopción de la medida; y, por ende, (ii) no debe ser arbitrario.

Un adecuado análisis de impacto regulatorio permitiría que nuestras autoridades emitan normas que tomen en cuenta todas las posibilidades y consecuencias posibles de sus imposiciones. Mientras no exista un análisis de tal rigurosidad seguirán con propuestas de imposible ejecución.

Una reforma urgente e indispensable que los candidatos a la Presidencia y al Congreso deberían propiciar es justamente la calidad en la emisión de normas por toda autoridad local, regional o del gobierno central. Mientras las normas que se aprueben se sigan emitiendo sin un correcto proceso de análisis, seguiremos creando perjuicios innecesarios.



El uso de los *dispute boards* en proyectos de infraestructura en Perú: marco normativo y posibilidades



Por:

Ives Becerra

**Director Legal y de Administración Contractual
en Rutas de Lima**

Como es de conocimiento, todo megaproyecto de infraestructura tiene un componente importante vinculado al riesgo constructivo el cual, muchas veces, pretende ser mitigado seleccionando una empresa constructora de probada reputación y experiencia en la industria, asumiendo que la misma será capaz de organizar eficientemente todas las actividades y recursos necesarios para cumplir con las actividades constructivas del proyecto (frecuentemente bajo un esquema de Suma Alzada), y gestionar todas las incidencias que se vayan presentando en el camino para cumplir con los plazos contractualmente comprometidos por el inversionista o titular del derecho de explotación de la infraestructura respectiva.

No obstante, es importante reconocer que, por las particularidades propias de la industria de la construcción (multiplicidad de partes y relaciones contractuales, constantes restricciones vinculadas a la disponibilidad de predios, existencia de interferencias no catastradas, etc.) el potencial surgimiento de conflictos se encuentra presente durante toda la ejecución del proyecto y debe ser debidamente abordado y encauzado por los distintos agentes involucrados.

En tal sentido, con miras a implementar mecanismos que eviten impactos en el avance y continuidad de las actividades del proyecto, se torna indispensable adoptar mecanismos que, a modo de fast track, acompañen la ejecución de los mismos solucionando “en tiempo real” aquellas situaciones y eventos que, previsiblemente, podrían generar una eventual controversia entre las partes y, por ende, un impacto en los plazos de terminación de las obras necesarias para brindar el servicio público comprometido.

Considerando las necesidades expuestas anteriormente, la industria de la construcción, a nivel internacional, ha adoptado la incorporación de los Dispute Boards como mecanismos que pretenden coadyuvar a la adecuada y eficiente gestión de los proyectos, proveyendo un foro de solución de controversias especializado, ágil, flexible y, sobre todo, contemporáneo a la marcha y avance de la ejecución de los proyectos.

El Perú no ha sido ajeno a la incorporación de este mecanismo siendo que, para el caso de las Obras Públicas, mediante resolución N.º 185-2019-OSCE/PRE, de fecha 18 de octubre de 2019, se publicó

la Directiva N°012-2019-OSCE/CD, la cual reemplaza a la derogada Directiva N°020-2016-OSCE/CD. Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 250-2020-EF, de fecha 03 de setiembre de 2020, se establece que, de no haber sido pactado en el contrato original, las partes pueden acordar incorporar a la cláusula de solución de controversias del contrato que las soluciones de estas estén a cargo de una Junta de Resolución de Disputas en aquellos contratos de obra cuyos montos sean inferiores o iguales a veinte millones con 00/100 Soles (S/ 20 000 000,00), siendo esta incorporación obligatoria para contratos cuyos montos sean superiores.

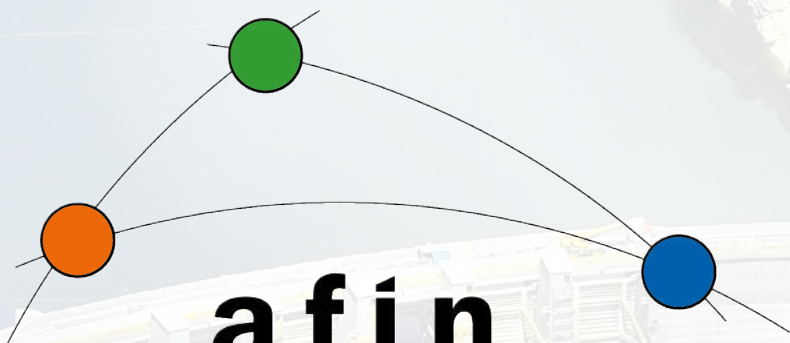
Asimismo, el Estado ha adoptado una política orientada a fomentar el uso de los denominados “Contratos Estandarizados”, los cuales recogen las mejores prácticas y experiencias consolidadas a nivel internacional en materia de ejecución de proyectos de infraestructura. Así, conforme a lo establecido en el Decreto de Urgencia N° 021-2020, el cual regula lo relativo a los denominados “Proyectos Especiales de Inversión Pública”, se promueve el uso de los Contratos Estandarizados, los cuales ya han sido utilizados con éxito en el país en experiencias recientes (como el caso del uso de los Contratos NEC en los Juegos Panamericanos Lima 2019).

Es de notar que los referidos Contratos Estandarizados contemplan en su estructura y filosofía principios orientados a generar entornos colaborativos en los cuales las partes adopten un rol preventivo y proactivo en torno a la solución de desavenencias y disputas (dispute avoidance), dejando de lado las conductas estratégicas y actitud confrontacional usualmente desplegadas por las mismas. De igual modo, tales Contratos Estandarizados incluyen “Mecanismos Escalonados de Solución de Controversias” (Multi-tier), los cuales contemplan el uso de los Dispute Boards (por ejemplo, conforme a lo establecido en The FIDIC Rainbow Suite 2017, se establecen los siguientes niveles: Dispute Avoidance / Adjudication Board, Amicable Settlement, y Arbitration).

En lo que respecta al uso de los Dispute Boards en las Asociaciones Público Privadas, tenemos que tal posibilidad existe desde la emisión de la Ley N°30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, de fecha 01 de diciembre de 2013, la cual, en su Undécima Disposición Complementaria Modificatoria (la cual modificó el numeral 9.6 del artículo 9 del Decreto Legislativo 1012), estableció que en los nuevos contratos a suscribirse, podrá considerarse en la etapa previa al inicio del arbitraje nacional, que las partes puedan someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas, a solicitud de cualquiera de ellas.

Asimismo, conforme a lo establecido en el Art. 79° del Decreto Supremo N° 410-2015-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, se establece que en los contratos de Asociación Público Privada con un Costo Total de Inversión mayor a ochenta mil (80 000) UIT, puede establecerse que las controversias sean sometidas a una Junta de Resolución de Disputas, precisando que la Junta de Resolución de Disputas puede constituirse desde el inicio de la ejecución contractual, con el fin de desarrollar adicionalmente funciones de absolución de consultas y emisión de recomendaciones respecto a temas y/o cuestiones solicitadas por las partes del contrato (Art. 79.3).

Debemos precisar que, en el caso de las Asociaciones Público-Privadas, pese a contar con un marco normativo emitido incluso con anterioridad a las nuevas disposiciones para implementar la utilización de los Dispute Boards en la ejecución de Obras Públicas, así como fomentar el uso de los referidos Contratos Estandarizados, tal herramienta no viene siendo utilizada de modo generalizado en la ejecución de los contratos de Asociación Público Privada. En tal sentido, es importante concientizar a los operadores del sector en relación a las bondades y beneficios que supone incorporar a los Dispute Boards como parte de los proyectos, de tal modo que aquellos cuenten con un mecanismo ágil y especializado de solución de controversias “en tiempo real”, lo cual no solo va redundar en reducir el impacto en los plazos de ejecución de los mismos, sino que también va a “descongestionar” la vía arbitral filtrando todas aquellas controversias que pueden ser solucionadas de modo contemporáneo al avance de los proyectos.



afin

Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional

