

RIESGOS TRIBUTARIOS DE LA AUTOCONSTRUCCIÓN

Juan José Assereto Bossio¹

No cabe duda que la industria de la construcción tiene un papel protagónico en la economía nacional, ha liderado el crecimiento económico de los últimos años y es el foco principal de atención del programa de reactivación aprobado por el Gobierno para enfrentar la actual crisis económica internacional. El tratamiento tributario que recibe es, por tanto, un tema de mucho interés.

El aspecto tributario asociado a esta industria, en el que queremos enfocarnos en el presente trabajo, se encuentra relacionado con el Impuesto General a las Ventas (IGV) y con una práctica bastante extendida entre los agentes económicos dedicados a esta actividad, a la que coloquialmente denominan “autoconstrucción”.

EL CONCEPTO DE “AUTOCONSTRUCCIÓN”

El término en cuestión es extra legal, aunque sin duda tiene su origen en la regulación tributaria, concretamente en la legislación del IGV. Por “autoconstrucción” se alude a una situación opuesta a la venta de inmuebles, concretamente a la primera venta de un inmueble efectuada por el constructor del mismo que, como se sabe, es una operación gravada con el IGV. Como su nombre lo indica, supone que la persona interesada en utilizar el inmueble (el consumidor final) lo “autoconstruya” en lugar de comprarlo; es decir, que lo construya ella misma o que encargue su construcción a un tercero.

¹ Abogado por la Universidad Católica del Perú, socio del Estudio Zuzunaga y Assereto Abogados, miembro activo del Instituto Peruano de Derecho Tributario.

Las modalidades o formas jurídicas que adopta la “autoconstrucción” en la práctica son muchas, desde contratos de construcción o de obra comunes, en los que una persona encarga la construcción del inmueble a una empresa constructora o a un profesional independiente para que ejecute materialmente la obra, pasando por contratos de obra por economía o administración en los que sólo se encarga la dirección técnica y administrativa de los trabajos mas no la ejecución material, llegando hasta complejas figuras asociativas en las que varias personas se asocian para construir, contratan a una de ellas para que administre y/o ejecute materialmente la obra y, una vez culminada la construcción, subdividen el inmueble entre ellas mediante divisiones y particiones.

VENTAJA TRIBUTARIA

Tomando como referencia la modalidad más sencilla de “autoconstrucción”, aquella que se manifiesta a través de contratos de obra comunes, se puede resumir su ventaja de la siguiente forma:

El costo de construcción de un inmueble está constituido, básicamente, por el planeamiento arquitectónico y de ingeniería, por los servicios de administración y ejecución de la obra, por los materiales y por la mano de obra. El precio de venta del mismo, que constituye la base imponible del IGV que grava la primera venta de bienes inmuebles, estará constituido por ese costo más el margen de ganancia que el mercado le permita obtener al constructor.

Ahora bien, si en lugar de comprar el inmueble el adquirente lo construye directamente, contratando a un tercero para que ejecute materialmente la obra, además de ahorrar el margen de ganancia propio de una venta podrá obtener una ventaja tributaria, pues tanto el planeamiento arquitectónico y de ingeniería como el servicio de administración y ejecución de obra tendrán IGV sólo si son prestados por una empresa, no así si son prestados por un profesional independiente; por su parte, la adquisición de los materiales siempre tendrá IGV, pero la mano de obra no, siendo esta última un componente importante del costo de construcción.

Como se aprecia, los conceptos que integran el costo de construcción son similares en ambas operaciones pero, al presentarse segregados en

el caso de un contrato de obra simple, algunos de ellos no se encuentran gravados con el IGV, a diferencia de lo que ocurre en la primera venta del inmueble en la que todos esos costos se consolidan e, incrementados incluso por el margen de ganancia del constructor, conforman el precio de venta que sí se encuentra gravado con el tributo. Siendo ello así, la carga económica del impuesto que es trasladada a quien adquiere el inmueble como consumidor final puede ser menor si encarga la ejecución de la obra en lugar de comprar el inmueble, por simple aplicación de las normas que regulan el impuesto.

El caso es similar en otras modalidades de "autoconstrucción", como el contrato de obra por economía o administración o las figuras asociativas.

PROBLEMÁTICA

No existe, en principio, mayor problema en lo expuesto hasta aquí, la opción de política fiscal adoptada por el legislador es otorgar un tratamiento tributario distinto a la compra del inmueble y al encargo de construcción, por lo que resulta perfectamente válido que los adquirentes sopesen ambas alternativas y que, si están en la posición de hacerlo, opten por aquella que les suponga un menor costo tributario.

Empero, en los hechos se presentan casos en los que la iniciativa de optar por un encargo de construcción en lugar de una compra no surge del adquirente, sino del constructor. Así, personas o empresas dedicadas a la construcción como actividad comercial diseñan proyectos inmobiliarios, adquieren los terrenos correspondientes y publicitan los respectivos inmuebles describiendo con detalle las características finales que los mismos tendrán, pero en lugar de ofrecerlos en venta ofrecen construirlos por encargo o asociarse con los potenciales adquirentes para realizar la construcción, previa transferencia de la parte alícuota del terreno. En este esquema, los costos típicos de la construcción son comúnmente facturados por los respectivos proveedores a nombre del adquirente del inmueble, en lugar de hacerlo a nombre del constructor. Al mismo tiempo, cabe la posibilidad que el margen de ganancia que el constructor obtendría en el caso de una venta sea incluido en la operación, en la forma de un incremento en el honorario por ejecución o por administración de la obra o en la forma de participación en utilidades.

Ante esta última situación, cabe preguntarse si se trata acaso de contratos de venta de inmuebles, mal calificados como contratos de construcción o como contratos asociativos; o, si se trata mas bien de una simulación relativa, que busca esconder ventas de inmuebles gravadas con el IGV bajo la fachada de contratos de obra o de contratos asociativos; o, finalmente, si se trata de una fórmula contractual correcta que responde a la real naturaleza del pacto entre las partes.

Como resulta claro, si nos encontráramos ante una mala calificación del negocio jurídico o ante una simulación, la Administración Tributaria tendría las herramientas legales necesarias para desconocer la forma utilizada y darle a la operación el tratamiento tributario de primera venta de bienes inmuebles, acotando el tributo que pudiera haberse omitido y sancionando con intereses y multas a las personas o empresas que hubieran aplicado un tratamiento tributario distinto.

Es este riesgo el que nos anima a abordar este tema. En los hechos, la “autoconstrucción” se ha popularizado entre los constructores, quienes muchas veces priorizan el aspecto formal sobre el sustancial en su afán por acceder a este mecanismo por sus ventajas tributarias y, tal vez por desconocimiento, asumen que para ello basta adoptar contractualmente alguna de las estructuras formales de la autoconstrucción antes descritas, sin sospechar siquiera que pueden estar expuestos a serias contingencias tributarias.

Se trata, en consecuencia, de identificar los hechos que nos permitan señalar con claridad aquellas situaciones en las que nos encontramos ante contratos de compraventa y diferenciarlas de aquellas en las que nos encontramos ante contratos de construcción o contratos asociativos, prescindiendo de la calificación o denominación que las partes hayan podido emplear.

DEFINICIONES

En uso de la autonomía del Derecho Tributario, la legislación del IGV define algunos conceptos que resultan útiles para el propósito del presente trabajo.

En tal sentido, para efectos del citado impuesto el concepto de “venta”

es definido de una forma particular, notoriamente diferente de aquella que utiliza la legislación civil. Así, para propósitos del IGV es venta *“todo acto por el que se transfieren bienes a título oneroso, independientemente de la designación que se dé a los contratos o negociaciones que originen esa transferencia y de las condiciones pactadas por las partes”*.

También es venta para efectos del IGV el “retiro de bienes”, definido como *“todo acto por el que se transfiere la propiedad de bienes a título gratuito”*, salvo los casos expresamente excluidos por la propia ley que regula el tributo y por su reglamento.

Como se aprecia, en lo que al IGV se refiere, el elemento distintivo de una venta es la transferencia en propiedad de un bien, no importando el título o forma jurídica que se utilice para efectuar esa transferencia en aplicación del derecho civil o derecho común.

En lo que toca a inmuebles, tal transferencia en propiedad se encontrará gravada con el impuesto en tanto sea la primera que se realiza respecto del inmueble en concreto y en tanto sea realizada por el constructor del mismo.

Para tal efecto, la misma ley define el concepto de “constructor” como *“Cualquier persona que se dedique en forma habitual a la venta de inmuebles construidos totalmente por ella o que hayan sido construidos total o parcialmente por un tercero para ella”*.

De lo anterior se sigue que las únicas ventas de inmuebles gravadas serán aquellas efectuadas por personas dedicadas al negocio de construir inmuebles para venderlos, ya sea mediante construcción directa o encargando la construcción a un tercero.

De otra parte, la Ley del IGV también define de manera particular el concepto de “construcción” como actividad, señalando que reciben ese calificativo para propósitos del impuesto *“Las actividades clasificadas como construcción en la Clasificación Internacional Industrial Uniforme (CIIU) de las Naciones Unidas”*.

En ese sentido, calificarán como “contratos de construcción” para efectos del IGV, aquellos en los que una de las partes se compromete a

la prestación de un servicio a cambio de una retribución, encontrándose tal servicio en el listado de actividades consideradas como construcción por las Naciones Unidas.

Finalmente, la legislación del IGV no contiene definición propia de contratos asociativos, por lo que en este aspecto se debe recurrir a las definiciones contenidas en la legislación de la materia, concretamente en la Ley General de Sociedades.

ELEMENTOS DISTINTIVOS

Como resulta evidente, el inmueble que es construido para ser vendido también es producto de una actividad de construcción, por lo que en ese extremo las definiciones contenidas en la Ley del IGV no resultan de mucha utilidad para distinguir si en un supuesto de "autoconstrucción" nos encontramos realmente ante contratos de obra o ante figuras asociativas en las que el usuario o consumidor final del inmueble es quien construye o quien encarga la construcción; o, por el contrario, si nos encontramos ante una venta de bien inmueble mal calificada o que aparece disimulada tras la forma de un contrato de obra o de un contrato asociativo.

El único elemento diferenciador que surge de las referidas definiciones es, en consecuencia, el relativo a la transferencia de propiedad. En efecto, siguiendo las definiciones contenidas en la Ley del IGV, nos encontraremos ante una operación de venta cuando medie transferencia de propiedad del bien inmueble construido, lo que alcanza incluso a aquellas situaciones en las cuales se presenta la operación como una "autoconstrucción"; por el contrario, estaremos ante un supuesto de "autoconstrucción" propiamente dicho cuando no exista tal transferencia en propiedad.

Si bien existe escasa jurisprudencia del Tribunal Fiscal sobre esta materia, el criterio anterior ha sido confirmado por dicha instancia en la Resolución N° 0256-3-1999, en la que, buscando diferenciar los contratos de construcción de los contratos de venta de inmuebles, el Tribunal afirma que los primeros no subsumen transferencia en propiedad porque su esencia es el trabajo que no constituye una mercancía, mientras que los segundos sí suponen transferencia en propiedad de bienes.

Ahora bien, no obstante esta clara distinción teórica, en la práctica la diferenciación puede no ser tan simple. En efecto, la suscripción de un contrato de obra, acompañada de la facturación directa de materiales, mano de obra y otros costos al adquirente del inmueble por parte de los respectivos proveedores, bien pueden disimular eficientemente la existencia de transferencia en propiedad, aún cuando para efectos reales (léase, verdadera intención de las partes) tal transferencia en propiedad exista.

Se trata, en consecuencia, de identificar aquellos aspectos de la operación comercial que nos permitan definir quien detenta la propiedad del inmueble durante su construcción, al margen de la fórmula contractual utilizada. En ese orden de ideas, nos encontraremos ante una venta y no ante una "autoconstrucción", cuando existan aspectos que permitan concluir que el adquirente o consumidor final no tenía la propiedad efectiva del inmueble durante su construcción; viceversa, nos encontraremos ante una "autoconstrucción" y no ante una venta si se presenta la situación contraria.

PROPIEDAD DEL TERRENO

Un primer aspecto diferenciador que salta a la vista es la propiedad del terreno. Conforme con la legislación civil, el propietario de un terreno es también titular de todo lo que se construya sobre él, salvo que medie un contrato de superficie. En ese sentido, se podría afirmar que existe efectivamente un encargo de construcción si quien realiza el encargo es propietario del terreno; por el contrario, se podría afirmar que existe una mala calificación del contrato o una simulación relativa si el propietario del terreno es quien recibe el encargo de construcción.

Este razonamiento es compartido por el Tribunal Fiscal, que sentencia en ese sentido en la antes citada Resolución N° 0256-3-1999 y también en la Resolución N° 0615-2-2001.

No obstante, cabe preguntarse si basta este elemento para efectuar la distinción. En los hechos, los constructores que desean desarrollar un proyecto y utilizar para ello la "autoconstrucción" compran el terreno correspondiente y, antes de iniciar la obra, transfieren partes alicuotas del mismo a los usuarios o consumidores finales interesados en el pro-

yecto. En ese contexto cabe preguntarse: ¿es la transferencia de una alícuota del terreno un contrato con finalidad propia o sólo un medio para lograr la transferencia de un inmueble construido, disimulada bajo una forma jurídica tributariamente menos onerosa?

La propiedad del terreno es, por tanto, un elemento de importancia, pero no resulta definitivo. Con ello coincide también el Tribunal Fiscal, que en la Resolución N° 04318-5-2005 realiza la respectiva salvedad al afirmar que existe venta y no servicio de construcción cuando la propiedad de la obra es del constructor, incluso si el terreno no le pertenece por entero.

RIESGO

Un segundo aspecto diferenciador, que consideramos de gran importancia, es el riesgo. Todo propietario asume el riesgo de pérdida de su bien, lo que aplica al caso de inmuebles en proyecto o en desarrollo de construcción.

En ese orden de ideas, nos encontraremos ante una venta pese a la utilización formal de alguna modalidad de "autoconstrucción", si durante la etapa previa a la entrega del inmueble terminado el riesgo por la eventual pérdida de dicho inmueble fuera asumido por quien recibe el encargo de construcción; por el contrario, estaremos ante una verdadera "autoconstrucción" si el riesgo de tal eventualidad fuera asumido por el usuario o consumidor final del inmueble.

Decimos que a nuestro juicio este aspecto es de gran importancia porque simularlo puede atentar contra los intereses del adquirente, lo que puede hacerse notorio en caso de una mala calificación del contrato o de una simulación relativa, permitiendo que tales situaciones sean más fáciles de detectar. En efecto, un adquirente que tenga por intención adquirir un inmueble terminado puede, eventualmente, prestarse a adquirir una alícuota del terreno, celebrar un contrato de construcción y recibir comprobantes de pago a su nombre por los distintos costos de construcción, pero bien asesorado no aceptará el riesgo de pérdida del inmueble durante su construcción porque ello le puede suponer un serio detrimento económico.

En ese sentido, la persona que tiene por propósito adquirir un inmueble terminado pretenderá la entrega de tal inmueble o la devolución de su dinero en caso la obra no concluya y hará constar tal provisión en el contrato respectivo o tomará otras provisiones tendentes al mismo fin. Se pueden citar como ejemplo práctico los recientes casos de obras paralizadas por orden municipal por accidentes laborales, supuesto en los cuales la demora en la entrega y la incertidumbre acerca del futuro de las obras pueden llevar a la resolución de los contratos que pudieran existir. Si en la hipótesis que ello ocurriera tal resolución conllevara por derecho la devolución del dinero ya percibido por parte del constructor, quedaría claro que la verdadera naturaleza de dicho contrato era la de una compraventa, incluso si las partes hubieran adoptado una forma jurídica distinta, pues el riesgo estaría siendo asumido por el constructor.

El Tribunal Fiscal también coincide con este criterio, como se aprecia de la Resolución N° 04318-5-2005, en la que califica una operación como venta, desconociendo la forma de encargo de construcción utilizada por las partes, afirmando que, para que este último exista, las personas que encargan la construcción deben hacerlo bajo su costo y riesgo, lo que supone que ante cualquier eventualidad el bien se pierde para ellos y no para quien recibe el encargo.

En la misma línea de interpretación, la Resolución N° 05243-1-2003 confirmó la calificación de contrato de construcción que fue otorgada por las partes a la operación que fue materia de ese caso, afirmando que el constructor no asumía expresamente la responsabilidad y el riesgo por la pérdida de la obra en el respectivo contrato y que la responsabilidad por los sucesos que pudieran ocurrir durante la construcción, como por ejemplo la imposición de sanciones administrativas, corría por cuenta de los adquirentes. Respecto a este último punto, precisó incluso que ese hecho no se desvirtuaba si los adquirentes podían reclamar posteriormente al constructor por la imposición de dichas sanciones.

Esta última Resolución agrega una consideración interesante en relación al elemento del riesgo, al señalar que tiene una incidencia económica. En ese sentido, afirma que en la adquisición de un inmueble por la vía de un contrato de construcción se justifica que el costo sea me-

nor en comparación con su adquisición por la vía de una compra, porque en el primer caso el adquirente asume el riesgo mientras que en el segundo no.

Como se aprecia, la asunción del riesgo por una u otra parte no sólo resulta un aspecto determinante por sí mismo a los efectos de establecer la verdadera naturaleza del contrato, sino que tiene influencia directa en otro aspecto diferenciador importante, el costo de adquisición.

COSTO DE ADQUISICIÓN

En efecto, el costo de adquisición es un tercer aspecto diferenciador y, a nuestro criterio, es tan o más importante que el riesgo.

Además de lo señalado en la Resolución del Tribunal Fiscal que acabamos de citar respecto a cómo el nivel de riesgo asumido por el adquirente influye en el costo de adquisición, resulta claro que en una compraventa de bien inmueble existe un componente en el precio que no existe en la "autoconstrucción", que es el margen de ganancia del constructor. Una persona que "autoconstruye" un inmueble lo adquirirá "al costo", en el sentido que su costo de adquisición será la suma de los distintos costos de construcción mencionados al inicio del presente artículo; por el contrario, quien adquiere un inmueble por la vía de la compra pagará un precio en el que, a la suma de los costos de construcción, se agrega un margen de ganancia para el vendedor.

Si bien es cierto que en una operación simulada tal margen de ganancia puede ser encubierto bajo el ropaje de un incremento en la retribución por ejecución o por administración de obra a favor del constructor, los intereses de las partes y los distintos valores de mercado pueden hacer evidente tal simulación.

En efecto, un constructor que tenga la intención de vender el inmueble pretenderá percibir como ingreso un monto que incluya su margen de ganancia; aún más, pretenderá que tal margen de ganancia sea tan elevado como el mercado de compraventa de inmuebles lo permita. Como se sabe, dicho mercado fija el precio de venta de inmuebles en base a variables muy particulares y propias, como el valor por metro cuadrado construido en una determinada zona, contrariamente a lo que

ocurre con la retribución por ejecución o por administración de obra, cuya cuantía se fija en base a variables distintas, asociadas al trabajo efectivamente realizado y al valor de dicho trabajo en el mercado.

En ese orden de ideas, en una operación simulada que pretenda ocultar una venta se podrá apreciar una retribución por ejecución o administración de obra superior en cuantía a la regular en el mercado y un costo total de adquisición para el consumidor final equivalente al que resultaría de calcular el precio de mercado para la venta del inmueble, pese a que en la forma dicho consumidor pueda aparecer encargando la construcción e incluso asumiendo el riesgo de pérdida del bien durante la misma. Al contrario, un adquirente cuya real intención sea la de encargar la construcción del inmueble tendrá como motivación principal el ahorro en el costo de adquisición que ello le supone en comparación con la compra, por lo que no aceptará un acuerdo en el que termine pagando lo mismo que si comprara el bien.

Lo anterior también ha sido recogido como criterio por el Tribunal Fiscal, aunque sin el énfasis que nosotros le damos en este trabajo. En efecto, en la Resolución N° 08136-1-2004 dicha instancia se pronuncia confirmando la existencia de un contrato de obra por administración debido, entre otros, a la existencia de una contraprestación fijada en mérito del trabajo realizado, prueba de lo cual fue el hecho que tal contraprestación fuera expresada como un monto fijo por periodo quincenal de trabajo. No obstante, existen opiniones discrepantes (aunque minoritarias) al interior del propio Tribunal respecto a la importancia de este elemento como diferenciador, ello se aprecia del voto discrepante a la Resolución N° 05243-1-2003, según el cual la diferencia de precio que pudiera existir entre un contrato de construcción y una venta en razón del distinto nivel de riesgo asumido por el adquirente, no es prueba suficiente de que la operación sea en realidad un contrato de construcción y, en el caso concreto, no sólo concluye que la operación en realidad era una venta sino que el precio pactado debe ajustarse al valor de mercado que corresponde a una venta.

FINANCIAMIENTO DE COSTOS DE CONSTRUCCIÓN

Un cuarto aspecto diferenciador importante, aunque a nuestro juicio no tan definitivo como los dos anteriores, es la provisión de los recursos

económicos para cubrir los distintos costos propios de la construcción.

En ese sentido, será propio de una venta de inmueble que sea el constructor quien provea tal financiamiento, mientras que lo típico en una "autoconstrucción" será que tal financiamiento sea provisto por el adquirente que realiza el encargo de construcción.

El Tribunal Fiscal recoge también este criterio, aunque no de manera uniforme. En la Resolución N° 04318-5-2005 concluye por la recalificación de una operación como venta, entre otras razones, porque la gestión y los gastos para llevar a cabo el proyecto (diseño del edificio, elección de arquitectos e ingenieros, contratación de personal en general, compra de materiales, elección de proveedores, control del avance de la obra, obtención de licencias, entre otros), eran de cargo del constructor.

No obstante, en la Resolución N° 05243-1-2003 confirma que una operación se encuentra bien calificada como contrato de construcción pese a que el constructor haya recibido el encargo de elaborar el proyecto, seleccionar al arquitecto y al proyectista, colaborar con el desarrollo de los planos y especificaciones del proyecto, contratar y supervisar las obras de construcción, ocuparse del manejo económico y preparar un informe periódico del avance. La diferencia notoria con el caso anterior es el aspecto de la financiación; en ese sentido, en este segundo caso el Tribunal resalta la existencia de una asociación de propietarios que asume la obligación de realizar aportes periódicos en función de los requerimientos que realice el constructor, así como la obligación de cargo del constructor de rendir cuenta de los gastos a dicha asociación.

Abundando en lo anterior, el Tribunal afirma en esta última Resolución que la existencia de una proyección de gastos a mediano plazo, soportado en un cuadro general de adquisición de materiales con fechas estimadas de utilización y un cronograma o cuadro de avance de obra, son pruebas importantes (aunque no definitivas) de la existencia de un contrato de construcción. Para el voto discrepante planteado en dicha Resolución, el cronograma de avance de obra es esencial para la modalidad y su ausencia es prueba determinante de la existencia de una venta.

En la misma línea de interpretación, señala el Tribunal que la fecha de los cargos y abonos que realizan las personas que encargan la construcción es un elemento importante y afirma que si tales cargos y abonos se realizan de forma periódica a lo largo del tiempo en que se desarrolla la obra es un indicativo de la existencia de un contrato de construcción, mientras que si se dan sólo al final de la obra, es indicativo de la existencia de una venta. El voto discrepante, por su parte, considera que la existencia de pagos periódicos por parte de los adquirentes no es indicativo suficiente de la existencia de un contrato de construcción y afirma que si al final existen cuentas por cobrar a favor del constructor, la operación es una venta.

Como se aprecia, si bien hay pronunciamientos del Tribunal en un sentido, las opiniones respecto a este punto distan de ser unánimes.

Por nuestra parte, consideramos que este elemento no resulta tan determinante como los anteriores porque el financiamiento puede provenir del adquirente tanto en una venta como en una "autoconstrucción". En efecto, no resulta poco usual que en una venta de bien futuro el constructor solicite al adquirente adelantos del precio y que tales requerimientos tengan como principal finalidad, precisamente, financiar la construcción. En tal sentido, pueden existir pagos por parte del adquirente previos a la entrega del bien terminado, tanto en una venta como en un encargo de construcción.

En el mismo orden de ideas, no resulta extraño que en un encargo de construcción queden saldos por cancelar a favor del constructor al finalizar la obra, ya sea por gastos realizados por cuenta del adquirente como por retribución por ejecución o administración de la obra, por lo que la existencia de un pago final posterior a la entrega del inmueble terminado es una situación que bien puede presentarse tanto en una "autoconstrucción" como en una venta.

Coincidimos con el Tribunal Fiscal en el sentido que, si los pagos previos a la entrega del inmueble terminado responden a un cronograma de avance de obra asociado a una proyección de gastos y de adquisición de materiales, existirá un indicio de la existencia de un encargo de construcción; no obstante, la presencia de estos elementos no es determinante a nuestro juicio y su ausencia tampoco debe llevar necesaria-

mente a la conclusión contraria. En efecto, consideramos que, en cualquier supuesto, debe recurrirse a otros aspectos más determinantes, como la asunción del riesgo y el costo de adquisición, para determinar la verdadera naturaleza de la operación.

COMPROBANTES DE PAGO POR COSTOS

Asociado al aspecto del financiamiento de los costos de construcción se encuentra otro aspecto, de carácter formal, vinculado con los comprobantes de pago por dichos costos.

En ese sentido, los proveedores de bienes y servicios normalmente emitirán dichos comprobantes a nombre del titular de la obra. Siendo ello así, si los emiten a nombre del constructor será un indicativo que la operación entre éste último y el adquirente o consumidor final es una venta; por el contrario, si los emiten a nombre del adquirente o consumidor final será un indicativo que nos encontramos ante una "autoconstrucción".

El Tribunal Fiscal también ha tenido una voz respecto a este punto. En efecto, en la Resolución N° 04318-5-2005 afirma que el uso por parte del constructor del crédito fiscal originado en la adquisición de bienes y servicios supone un reconocimiento de la titularidad de la obra y es una evidencia de la existencia de una venta.

En el mismo sentido, en la Resolución N° 08136-1-2004 señala como pruebas de la existencia de un encargo de construcción, el que las adquisiciones de materiales sean registradas en la contabilidad de quien efectúa el encargo y que el personal encargado de la construcción figure en la planilla de esta misma persona.

Si bien tales pronunciamientos parecen marcar un derrotero claro, a nuestro juicio este aspecto no es tan determinante como pareciera percibirse de las Resoluciones citadas. En efecto, la posibilidad que el constructor realice gastos por cuenta de la persona que le encarga la construcción y que procure los comprobantes de pago a su propio nombre en lugar de hacerlo a nombre del adquirente, se encuentra expresamente prevista como un supuesto de hecho válido en la última parte del primer párrafo del artículo 14° de la Ley del IGV, que a la letra

señala: *“Los gastos realizados por cuenta del comprador o usuario del servicio forman parte de la base imponible cuando consten en el respectivo comprobante de pago emitido a nombre del vendedor, constructor o quien preste el servicio”.*

Como se aprecia, en la legislación del IGV se contempla la posibilidad que el constructor realice gastos por cuenta del adquirente y que procure los respectivos comprobantes de pago a su propio nombre, situación en la cual esta norma dispone que el constructor agregue el monto correspondiente en la base imponible del impuesto que grava su propia retribución. De esa forma, se logra que el uso del correspondiente crédito fiscal por parte del constructor quede compensado con el mayor impuesto bruto que el mismo debe reconocer y, además, se logra que el referido crédito sea efectivamente trasladado al adquirente; es decir, se regula un reembolso con efecto tributario.

Siendo ello así, es perfectamente posible que los comprobantes de pago por los costos de construcción se emitan a nombre del constructor y que éste último haga uso del crédito fiscal correspondiente, sin que ello descarte la posibilidad que nos encontremos ante un encargo de construcción y no ante una venta.

Sin duda el análisis al detalle de la documentación podría, en determinados casos, darle una mayor solidez a este aspecto como definidor de la verdadera naturaleza de la operación comercial, pero en términos generales se trata, a nuestro juicio, de un aspecto secundario en relación con otros más importantes como el riesgo y el costo de adquisición.

PERMISOS Y LICENCIAS

Otro aspecto formal que puede ayudar a determinar la naturaleza de una operación comercial es el relativo a los permisos y licencias necesarios para la construcción.

En ese sentido, si tales permisos y licencias son tramitados por el constructor será un indicativo de la existencia de una venta; por el contrario, si son tramitados por el adquirente será evidencia de la existencia de una “autoconstrucción”.

Se trata de un aspecto formal asociado al tema del riesgo que hemos desarrollado anteriormente y que, por tanto, resulta sin duda importante. Así lo reconoce el Tribunal Fiscal en la Resolución N° 05243-1-2003, que considera las gestiones realizadas por los propietarios originales para obtener los permisos y licencias necesarios para la demolición del inmueble antiguo y para la construcción del nuevo, como evidencia de la existencia de un encargo de construcción.

La asunción de responsabilidad ante las autoridades correspondientes por parte de quien encarga la construcción, es evidencia de la asunción del riesgo sobre el inmueble en construcción y, por tanto, de la titularidad sobre el mismo.

PENALIDADES

A juicio del Tribunal Fiscal, el pacto de penalidades por demora en la entrega del inmueble terminado es una evidencia de la existencia de una venta, como puede apreciarse de la Resolución N° 04318-5-2005.

Discrepamos en este punto del Tribunal, pues pactar penalidades por demora en la entrega del producto final también es una figura válida en los encargos de construcción. En efecto, siendo que en tales contratos lo que se compromete es un trabajo, no resulta extraño que se establezcan fechas límites o metas para la realización del mismo y que se sancione con penalidades su incumplimiento, por lo que mal podría afirmarse que se trata de un aspecto que pueda ser diferenciador.

FINALIDAD COMÚN Y PARTICIPACIÓN EN UTILIDADES EN CONTRATOS ASOCIATIVOS

En aquellos supuestos en los se pactan complejas modalidades asociativas, mediante las cuales un constructor se asocia con otras personas para el desarrollo de un proyecto inmobiliario y luego se reparte con ellas el inmueble resultante vía división y partición, existen elementos típicos de los contratos asociativos que deben ser tomados en cuenta a los efectos de determinar si la operación comercial ha sido correctamente calificada.

Nos referimos, en concreto, al fin común que debe existir en toda asociación, expresado en las asociaciones con fin lucrativo en la obtención de una utilidad o rédito.

Así, contratos en los que el constructor y sus "socios" tengan intereses distintos y en los que estos últimos no participen efectivamente en la distribución de utilidades, no pueden ser reconocidos como asociativos.

En esa línea se pronuncia el Tribunal Fiscal en la Resolución N° 04318-5-2005, en la que desconoce la calidad de contrato asociativo que pretendía defender la empresa acotada al concluir, luego de analizar las características de la operación, que el único interés de los denominados "socios" era adquirir un inmueble terminado que sería construido por dicha empresa. Por tal motivo, desconoce que la entrega de dinero por parte de los "socios" a favor del constructor haya tenido la calidad de "aporte" y que la entrega del inmueble más accesorios por parte del constructor a favor de los "socios" responda a la calidad de "participación en utilidades", concluyendo que se trata en realidad de prestaciones recíprocas.

También en esa Resolución, afirma el Tribunal que la falta de participación de los "socios" en las utilidades obtenidas por la integridad del proyecto, es un claro indicativo de la inexistencia de un contrato asociativo.

Coincidimos en este punto con el Tribunal, en el sentido que la ausencia de estos aspectos en un contrato que pretende ser asociativo es determinante para concluir en la existencia de una simulación y en la necesidad de una recalificación. En efecto, un constructor que pretenda ocultar ventas bajo la apariencia simulada de una "autoconstrucción" bajo la modalidad de un contrato asociativo, podrá adoptar una serie de medidas formales para lograr tal propósito, pero no renunciará a obtener para sí las utilidades del proyecto.

CONCLUSIONES

De todo lo anterior, concluimos lo siguiente:

- Existen dos aspectos determinantes para definir la verdadera naturaleza de una operación comercial que involucre la construcción de

inmuebles, que son el riesgo y el costo de adquisición.

En efecto, los intereses contrapuestos de las partes llevarán a que el riesgo sobre el inmueble en construcción y a que la responsabilidad ante autoridades administrativas corran de cargo del titular o propietario, al margen de la forma jurídica adoptada, por lo que se trata de un indicativo claro de la existencia o inexistencia de transferencia en propiedad del inmueble terminado.

En el mismo sentido, las pretensiones económicas de las partes no variarán por la forma jurídica que se adopte, por lo que las naturales diferencias de valor entre una venta y una "autoconstrucción" pueden evidenciar la verdadera naturaleza del acuerdo.

- Tratándose de contratos que pretendan ser asociativos, resulta determinante la existencia de una finalidad común entre los socios, expresada en la participación efectiva en las utilidades del proyecto, nuevamente porque la oposición de intereses entre las partes que es propia de los contratos de venta llevará a que el constructor reserve tales utilidades para sí, al margen de la forma adoptada.
- Resultan aspectos interesantes, aunque secundarios respecto de los anteriores, la propiedad del terreno al inicio de la construcción, el financiamiento de los costos de construcción y la procura de los comprobantes de pago por los mismos.

En tal sentido, será común que en una venta el titular del terreno sea el constructor, que dicho constructor solvete los costos de construcción y que procure los respectivos comprobantes de pago a su propio nombre, los registre en su contabilidad y utilice el respectivo crédito fiscal. Por el contrario, será común que en un encargo de construcción el titular del terreno sea el adquirente, que sea también el adquirente quien financie los costos de construcción y que los comprobantes de pago sean emitidos a su nombre.

Sin perjuicio de ello, hemos visto como ello no es absoluto y como cualquiera de esos aspectos puede darse también en la figura opuesta, sin que ello sea determinante para concluir en un sentido u otro respecto a la verdadera naturaleza de la operación. En tal

sentido, si bien pueden colaborar eficientemente con el análisis, debe siempre priorizarse los aspectos mencionados en las conclusiones anteriores

- No resulta trascendente, a nuestro juicio, el aspecto relativo al pacto de penalidades por demora en la entrega del inmueble terminado, porque puede presentarse válidamente, cualquiera fuera la verdadera naturaleza de la operación.

Lima, octubre de 2009