

N° 181
AÑO LV
ENERO - JUNIO
1987

ISSN 0303 - 9986



REVISTA DE DERECHO

**UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION**

**Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales**

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO EN LA TRANSFERENCIA DE CIERTOS INMUEBLES CON CONSTRUCCIONES Y EN LOS CONTRATOS GENERALES DE CONSTRUCCION. UNA VISION OPERATIVA

MARIO JARPA FERNANDEZ

Profesor de Derecho Económico

Universidad de Concepción

GABRIELA JARPA SEPULVEDA

Abogado

1. REFERENCIA GENERAL. La Ley N° 18.630 procuró afectar al impuesto al valor agregado a la actividad de la construcción y, para ello, tomó tres medidas fundamentales: a) afectó con IVA a los contratos generales de construcción por suma alzada; b) gravó con IVA la transferencia y la promesa de transferencia (incluyendo contratos de arriendo con opción de compra) de ciertos inmuebles con construcciones; y c) gravó con IVA ciertas adjudicaciones.

Hemos usado la expresión transferencia, en lugar de ventas, para señalar que esta palabra, en materia de IVA, tiene un alcance mucho más amplio que en Derecho Civil.

Dicha ley ha sido interpretada administrativamente en diversas circulares del Servicio de Impuestos Internos, siendo posible destacar las números 24, 25, 26, 27, 28 y 39, que han sido publicadas en los Diarios Oficiales a partir del 30 de julio de 1987, las dos primeras, hasta el 17 de octubre de 1987, la última.

La circular 26 declara: "Las transferencias de bienes corporales inmuebles, por regla general, no se encuentran afectas al IVA", y añade: "La nueva normativa legal grava con IVA la actividad de la construcción, y, como consecuencia de ello, resultan afectadas las ventas y otros actos asimilados a éstas, celebrados por empresas constructoras, y que recaigan sobre bienes corporales inmuebles construidos en todo o en parte por ellas".

Limitaremos nuestro estudio a las "normas permanentes" que contiene la ley, silenciando por lo mismo, la burocrática y compleja reglamentación del período transitorio.

2. IVA EN LOS CONTRATOS GENERALES DE CONSTRUCCION POR SUMA ALZADA

2.1. Para conseguir directamente el fin propuesto, la ley afectó a IVA a los contratos generales de construcción por suma alzada, que hasta la vigencia de la ley estaban conceptualmente no afectos, o, de acuerdo con el tenor literal del DL 825, exentos.

Para gravar estos contratos, la ley atiende fundamentalmente al "flujo económico" generado por ellos y, en consecuencia, quedan afectos los estados de pago que presenten las empresas constructoras, por contratos de este tipo y, en general, todo pago que ellas reciban a cuenta o con ocasión de esos contratos, aun cuando no estén precedidos por un estado de pago.

2.2. Esta norma rige para los pagos que se realicen desde el 1° de octubre de 1987, cualquiera sea la fecha en que se celebró el contrato de construcción o ejecutaron las obras; salvo que, tratándose de contratos de este tipo, celebrados hasta el 30 de septiembre de 1987, pudiera aplicarse una situación de excepción descrita en los artículos transitorios, en cuyo caso la exención, o situación anterior favorecerá a los estados de pago que se cursen hasta el 31 de marzo de 1988.

2.3. La norma recién indicada no presenta mayores complicaciones; salvo:

- a) necesidad de emitir facturas al momento de cursar cada estado de pago o de recibir cada pago, y
- b) un incremento de sus requerimientos de caja, para pagar el débito fiscal; en especial tratándose de

estados de pago que no dan derecho al crédito especial que se analizará más adelante.

En consecuencia, las empresas constructoras quedan incorporadas de lleno al mecanismo general o normal de créditos y débitos del IVA, situación que, en esta área simplifica la operatoria de estas empresas.

Por lo demás, esas empresas estaban de hecho acostumbradas a operar con IVA, pues este impuesto se ha aplicado siempre a los contratos de construcción de especialidades y, con sus modalidades propias, en los contratos de construcción por administración.

2.4. Por concordancia, deja de aplicarse el mecanismo de recuperación parcial de IVA (del art. 21 DL 910), que favorecía a las empresas constructoras, en relación a este tipo de contratos.

No obstante la derogación del art. 21 citado, éste, en su texto antiguo, continuará aplicándose durante el período de 18 meses indicado, a las empresas que tengan contratos en ejecución, que queden amparados con la norma transitoria que hemos mencionado; pero sólo en relación con esos contratos amparados por el régimen transitorio.

2.5. Más adelante analizaremos los efectos de esta incorporación al IVA para los mandantes o propietarios.

3. TRANSFERENCIA DE INMUEBLES CON CIERTAS CONSTRUCCIONES

3.1. *ENUNCIADO GENERAL:* Con el ánimo de afectar también a la actividad de la construcción que algunas empresas constructoras realizan por cuenta propia, así como para gravar actividades de la construcción que realizan algunas personas sin organizarse o identificarse como empresas constructoras, la ley optó por gravar con IVA la transferencia de bienes raíces con ciertas construcciones.

En términos generales se necesita, tratándose de una transferencia:

- a) que existan construcciones en el predio que se transfiera,
- b) que ellas hayan sido "ejecutadas para la venta" (esto es, exista habitualidad real o presunta), y
- c) hayan sido construidas en todo o siquiera en parte directamente por el propietario.

3.2. *EN RELACION AL PRIMER REQUISITO: CONCEPTO DE CONSTRUCCION.* El concepto de construcción está tomado en sentido amplio e incluye, no sólo los edificios, galpones u otras obras mayores, sino, por ejemplo, las obras de urbanización que se realicen en un terreno, en especial con ocasión de un loteo (de manera que la venta de un sitio, sin ninguna construcción visible, puede quedar afecta a IVA si es que concurren los requisitos pertinentes); y las ampliaciones, transformaciones o modificaciones mayores de una obra.

Naturalmente interesa sólo la materialidad de la existencia; y no altera la conclusión la circunstancia que las obras no tengan recepción municipal o estén inconclusas.

La circular 26 precisa que no quedan comprendidos dentro de este concepto los trabajos de mantención, salvo que por su envergadura, pudieran calificarse de remodelación o transformación.

3.3. *SEGUNDO REQUISITO: LAS CONSTRUCCIONES DEBEN HABERSE REALIZADO PARA LA VENTA.* En materia de transferencia (aunque no en adjudicaciones que se analizará más adelante) lo fundamental es que la construcción existente en el inmueble haya sido construida "para la venta", lo que presupone habitualidad real o presunta.

Hemos preferido esta redacción a la equívoca que usa la ley, al hacer referencia a "empresas constructoras", pues la misma ley se encarga de calificar como tales a toda persona que construya para la venta.

El concepto de habitualidad es el mismo que señala el art. 4° del Reglamento de la Ley del IVA (DS 55 de 1977).

3.4. *CASOS EN QUE LA CONSTRUCCION NO HA SIDO EJECUTADA "PARA LA VENTA".* Lo dicho permite excluir del área de aplicación del IVA a las transferencias de terrenos en que las construcciones existentes:

- a. hayan sido adquiridas por un particular, quien no las amplió ni transformó.

- b. hayan sido construidas por su propietario, para su uso personal o para el arriendo (lo que se presumirá si, durante años, ha vivido él o miembros de su familia en ese inmueble; o lo ha dado en arrendamiento), y
- c. forman parte del activo fijo o inmovilizado de la empresa propietaria, en cuanto se hayan usado para tal fin durante un tiempo prudente. Impuestos Internos añade otra exigencia, al parecer arbitraria: que le sean necesarios para su giro. Esto se aplica aun cuando la propietaria sea una empresa constructora.

3.5. CASOS EN QUE EXISTEN "CONSTRUCCIONES PARA LA VENTA" . Casos obvios:

a) Si una empresa constructora construye viviendas, parece lógico concluir que ellas están destinadas a la venta, y

b) Si una persona todos los años construye y vende una vivienda, es obvio que tiene habitualidad.

Caso discutible: si una persona construye una vivienda y, recién terminada o incluso antes de terminarla la vende, será una cuestión de hecho saber si la construyó para la venta (lo que se presumirá) o si se vio forzado a venderla por situaciones especiales. Es ésta una difícil situación de hecho.

Impuestos Internos ha dicho (circular 26) que debe tomarse en cuenta la "naturaleza, cantidad y frecuencia" de las obras, para "determinar si el ánimo que guió al contribuyente para construirlas fue su uso o consumo, o para la reventa".

3.6. TERCER REQUISITO: QUE LA OBRA HAYA SIDO CONSTRUIDA EN TODO O SIQUIERA EN PARTE, DIRECTAMENTE, POR EL VENDEDOR.

Esto significa:

a. que si una persona compra un inmueble en el que existe una vivienda y en seguida la transfiere, sin haberla ampliado, transformado o modificado, esa transferencia no está afecta a IVA. Le corresponde al vendedor probar los hechos anteriores, por lo que parece razonable exigir, también por esta razón, en todo estudio de títulos, el certificado de recepción final de las obras existentes en el predio.

b. que si una persona construye ella una vivienda u otra obra, incluso con el fin confeso de transferirla (vale decir "para la venta"), pero acredita que encargó a una empresa constructora la ejecución de la totalidad de la obra, por suma alzada, tampoco está afecta a esta transferencia. Lo anterior obliga a exigir contrato escrito y facturas, y en lo posible protocolizar estos documentos y anotarlos al margen de la inscripción de dominio, de manera de estar en condiciones de probar más tarde la circunstancia referida.

3.7. OBLIGACION DE FACTURAR. Si la venta queda afecta a IVA, debe el vendedor emitir factura. La factura debe emitirse con las leyendas y secuencia señalada en el modelo incluido en la circular N° 26.

Sabemos que el art. 97 del Código Tributario sanciona fuertemente el no emitir factura en los casos en que sea procedente; o emitirla sin ajustarse a las exigencias legales y reglamentarias.

Esta obligación no tiene especial complicación tratándose de una empresa constructora. Cuando más suelen surgir dificultades en operaciones masivas, cuando no se sabe oportunamente por la empresa qué fecha "exigió" en Notaría el Banco que financia la operación.

3.8. SITUACION DEL PARTICULAR QUE, EXCEPCIONALMENTE, QUEDE OBLIGADO A EMITIR ESTA FACTURA. Pero la exigencia relacionada en el número anterior puede ser muy molesta, lenta y costosa, para un particular que, por ejemplo, haya tratado de construir directamente su casa; y que por circunstancias especiales (pero que Impuestos Internos no las acepta como prueba de que no hubo ánimo para vender; o que sencillamente no se pronuncia, a pretexto que esto es materia de una revisión posterior), debe venderla.

Lento y costoso, porque Impuestos Internos no permite actualmente el "timbraje ocasional de facturas"; siendo necesario que inicie actividades, abra libros, imprima y timbre facturas, presente la declaración de IVA, confeccione balance de término de giro, obtenga el certificado correspondiente; y durante cierto número de meses tenga que ir presentando declaraciones sin movimiento.

Y porque, en el común de los casos, el comprador no tendrá tampoco facturas de compra que pudiera emitir, si es que se concluyera que fueran ellas procedentes, dada la calidad de "vendedor" que

estamos atribuyendo al particular.

Y más grave aún: aunque haya exigido facturas y no boletas; y aunque las haya guardado, no podrá recuperar el IVA soportado en la compra de materiales, y subcontratos; pues se exige que esas facturas tengan fecha posterior a la declaración de iniciación de actividades. Esto significa que el particular tendrá que financiar él un impuesto del orden del 7% de la parte del precio de la venta afecta a IVA.

3.9. OPORTUNIDAD EN QUE SE DEBE EMITIR LA FACTURA, EN CASO DE TRANSFERENCIA. Ella debe emitirse al momento de otorgarse la escritura definitiva de venta; o al momento de la entrega real o simbólica del inmueble con construcciones, si es que ésta es anterior.

Bajo ciertas condiciones puede postergarse legalmente la emisión de la factura hasta dentro de los cinco primeros días del mes calendario siguiente, pero debe emitirse la factura con fecha del período correspondiente.

Excepcionalmente será necesario emitir otras facturas adicionales: (a) en el caso de percepción de intereses, que no se hubieren incluido en la factura originaria, y (b) en el caso de cobrarse posteriormente reajustes, pero sólo en la parte que éstos excedan de la variación de la Unidad de Fomento.

No es legalmente procedente emitir nueva factura al percibir el saldo de precio, que se quedó adeudando al momento de firmarse la escritura definitiva de venta, pues como se dijo, aquí se tributa en base al total del precio que no hubiere sido ya facturado, esté o no pagado en ese acto.

3.10. OBLIGACION DEL NOTARIO ANTE QUIEN SE OTORGA LA ESCRITURA. Debe exigir se le acredite que la operación no queda afecta a IVA; y, de quedar afecta, debe exigir se le exhiba la factura emitida (sin que sea necesario se le acredite, en este caso, y en virtud de texto expreso de la ley, el pago del IVA).

Particularmente difícil parece la posibilidad de rematar, en juicio ejecutivo, a una empresa constructora o en general a un "vendedor", un bien cuya transferencia obliga a emitir factura; ya que seguramente el demandado no va a querer colaborar; el Tribunal no tiene facturas; no hay Martillero que las emita (como se hace en los remates judiciales de bienes corporales muebles del giro), y el Notario no puede autorizar la venta, ni aun en pública subasta, sin que se le exhiba la factura.

En todo caso parece útil recordar que conforme el art. 108 del Código Tributario la infracción a las obligaciones tributarias no produce nulidad del respectivo contrato.

No nos parece razonable esta traba a la escrituración, al menos cuando el vendedor que quedó afecto no sea propiamente una empresa, sino una persona, lo que ocurrirá con cierta frecuencia en el caso de las adjudicaciones en liquidación de comunidades. Nos parece preferible haber seguido el criterio imperante en otros países, por ejemplo en España. Tenemos a la vista una escritura pública otorgada en Logroño, en 1984, en que se lee: "La presente compra-venta constituye transmisión Empresarial de Bienes Inmuebles, sujeta a IVA; manifiesta la parte vendedora haberlo repercutido sobre la parte compradora para su ingreso en la Delegación de Hacienda. Hago las reservas legales y especialmente las de carácter fiscal (obligación de autoliquidación y afección de bienes al pago de impuesto).

3.11. OBLIGACION DEL CONSERVADOR DE BIENES RAICES. No puede inscribir sin que se le acredite haberse cumplido la obligación anterior.

3.12. BASE IMPONIBLE. El IVA se calcula, en transferencias.

A. si no hubo promesa previa: sobre el valor total de la venta, deducido el valor del terreno, dentro de los límites que permite la ley;

B. si hubo promesa sin pagos a cuenta del precio: rige lo anterior.

C. si hubo promesa, con pagos a cuenta del precio, y se emitieron respecto de esos anticipos las facturas correspondientes: La base imponible está formada, aquí, sólo por la parte del precio que no haya sido aún facturada (deducido el valor del terreno con los límites señalados). No interesa en este caso el "flujo económico", y deberá facturarse y calcularse el IVA incluso sobre las cuotas del precio que tengan pago pendiente.

4. PROMESA DE VENTA, INCLUYENDO CONTRATOS DE ARRIENDO CON OPCION DE COMPRA

4.1. Las promesas de venta de inmuebles con construcciones ejecutadas en todo o en parte siquiera por

el vendedor, y construidas para la venta (incluyéndose los contratos de arriendo con opción de compra) quedan afectas a IVA, aplicándose lo dicho en el número tres, con la siguiente salvedad: las facturas deben emitirse al momento de recibir cualquier suma a cuenta del precio. De manera que en este caso, al igual que en la tributación de los contratos generales de construcción, se está al "flujo económico".

4.2. Lo dicho vale sólo en relación a las promesas en que no se hace entrega material inmediata del inmueble prometido vender. Pues si hay entrega material, real o simbólica, prima la norma que obliga a facturar por el total del precio (véase nuestro número 3.9)

5. CASOS EN QUE SE GRAVA LA PERCEPCION DE DINEROS O BIENES.

Pueden señalarse:

- a. valores recibidos a cuenta de promesa de venta de un inmueble afecto, incluyendo contratos de arriendo con opción de compra; sin que medie entrega material o simbólica.
- b. valores recibidos a cuenta de la venta aún no escriturada, de un inmueble afecto, y sin que medie entrega material o simbólica.
- c. valores recibidos a cuenta de un contrato general de construcción, de un inmueble; o de contratos de especialidades;
- d. valores recibidos a cuenta de un contrato general de urbanización de un inmueble; por estar considerada la urbanización como una construcción;
- e. "anticipos, canje o recuperación de retenciones".
- f. así como "los gastos de financiamiento" que se cobren por separado.

6. ADJUDICACIONES

La ley grava, en ciertos casos, las adjudicaciones de bienes raíces con construcciones, sin atender (en este caso, a la habitualidad, vale decir, aunque no estén destinados a la venta).

En efecto, quedan gravados la adjudicación de bienes corporales inmuebles, en el caso de la liquidación de sociedades que sean empresas constructoras (nótese que el concepto comprende a toda sociedad, cualquiera sea su giro, que de hecho haya construido directamente una obra corporal inmueble para la venta, y que ese bien, así construido, sea objeto de la adjudicación), de comunidades que no sean hereditarias ni provengan de la disolución de la sociedad conyugal y de cooperativas de viviendas, construidos total o parcialmente por la sociedad, comunidad o cooperativa.

7. EL CREDITO ESPECIAL, EN MATERIA DE VIVIENDAS

El legislador estimó que en el precio de las viviendas, antes de la vigencia de la ley que comentamos, y considerando los efectos de la devolución parcial del IVA por aplicación del mecanismo del DL 910, el IVA soportado en la compra de materiales y de los contratos de especialidades, incidía, en promedio, en un 7% del precio total de la construcción.

Para evitar que subieran las viviendas se ideó un "crédito especial", del 65% del débito fiscal, vale decir, de un 13% del precio total de la construcción; crédito especial que si bien está establecido en favor del vendedor, favorece al comprador de viviendas.

Con ese arbitrio, las viviendas debieran no cambiar de precio, después de aplicada la norma en estudio.

8. PARTICULARES, INMOBILIARIAS Y CONSTRUCTORAS

Las normas que comentamos han puesto de relieve los conceptos de particulares (persona natural o sociedad con giro distinto del inmobiliario, que no construyen para la venta, sino para uso propio), inmobiliarias (sociedades destinadas a adquirir inmuebles y eventualmente a venderlos; y que ejecutan por medio de empresas constructoras la construcción de las obras que levanten en esos predios).

Dispone la circular 26, en su capítulo IV N° 1, "la intermediación de inmuebles construidos para el adquirente, quien posteriormente los vende sin que medie algún tipo de construcción, ya sea en carácter de obras adicionales, complementarias, ampliaciones, terminaciones o remodelaciones, no queda afectada al IVA.

Tal es el caso de las "inmobiliarias", cuando se limiten a comprar y vender propiedades, o a encargar, mediante la celebración de uno o más contratos generales de construcción, la construcción total de un inmueble para su venta".

Si una persona se limita a comprar y vender bienes raíces; o si encarga a terceros la construcción "del total de una obra", no adquiere la calidad de "constructora".

Para los fines de esta ley, es empresa constructora toda persona que "habitualmente" se dedica a la venta de inmuebles que ella "construye directamente" en todo o al menos en una parte. Quedan comprendidas dentro de este concepto personas naturales o jurídicas, incluso aquellas que "eventualmente" construyen ellas, al menos en parte, un inmueble destinado a la venta, y aquéllas respecto de las cuales el Servicio ha estimado que concurre el requisito de la habitualidad.

Impuestos Internos califica también de "empresa constructora" a quien encarga la ejecución de una obra por medio de un contrato general, pero "por administración".

Impuestos Internos acepta que una constructora haya actuado, respecto de un conjunto determinado, como Inmobiliaria, lo que ocurre cuando la primera haya encargado a otra constructora, en virtud de un contrato general de construcción, la ejecución total de la obra.

9. LA NUEVA NORMATIVA, ¿ENCARECE O NO LA CONSTRUCCION DE OBRAS CORPORALES INMUEBLES?

Para contestar esta pregunta hay que distinguir entre a) compradores que recuperan el total del IVA sea por el mecanismo normal de créditos y débitos o por procedimientos especiales; y b) quienes no lo recuperan.

Para los primeros, la aplicación del sistema significa disminuir el valor de las obras que ejecuten o encarguen, ya que si bien se les recarga IVA, pueden recuperar el total de éste por el mecanismo de créditos y débitos. Antes, el IVA soportado era, para ellos, IVA irre recuperable.

Para quienes no pueden recuperar el IVA, hay que distinguir:

- a. si adquieren viviendas, o encargan su construcción, y como se ha explicado en el punto 6, no debiera encarecerse la vivienda, supuesto que el vendedor haya guardado las facturas y haya oportunamente iniciado actividades;
- b. si construyen o compran obras distintas de viviendas, y salvo que el nuevo art. 21 del DL 910 les dé derecho a crédito especial, verán aumentar el valor de esas obras.