

La promoción inmobiliaria: diseño y construcción

Ignacio Albiñana Cilveti
Juan Antonio Pérez Rivarés
Jordi Viguer Pont
Silvia Reina Pardo

PID_00179130



Universitat Oberta
de Catalunya

www.uoc.edu



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

Índice

1. Agentes de la edificación: obligaciones y responsabilidades..	7
1.1. La Ley de la Ordenación de la Edificación	7
1.2. Agentes intervinientes: promotor, proyectista, constructor, director de obra y de la ejecución de la obra, entidades de control de calidad, suministradores de productos	7
1.3. El promotor y "figuras análogas"	7
1.3.1. El concepto de "promotor"	8
1.3.2. La Administración como promotor	9
1.3.3. "Figuras análogas": promotor delegado	10
1.4. Obligaciones de cada agente y responsabilidades	11
1.4.1. Responsabilidad civil (artículo 17 de la LOE)	11
1.4.2. Responsabilidad contractual	13
1.4.3. Responsabilidad derivada del artículo 1.591 del Código civil	13
2. Contrato de arquitectura.....	16
2.1. Objeto del contrato	16
2.2. Régimen legal	17
2.3. Partes del contrato	17
2.4. Pactos y cláusulas más relevantes en el contrato de arquitectura	18
2.5. Responsabilidad civil del arquitecto	24
3. Contrato de construcción.....	25
3.1. Concepto y aspectos generales	25
3.2. Regulación legal	26
3.3. El contrato "llave en mano"	28
3.4. Obligaciones esenciales del contrato de obra	32
3.5. Objeto del contrato de obra	33
3.6. Precio y forma de pago	34
3.6.1. Métodos de fijación del precio en el contrato de construcción	34
3.6.2. Precio cierto y su indeterminación	36
3.6.3. Revisión del precio en el contrato de obra	37
3.6.4. Consideraciones prácticas en cuanto a las cláusulas contractuales que tienen como objetivo la fijación del precio como precio alzado	38
3.6.5. Pago del precio: modalidades	40
3.6.6. Certificaciones de obra	41
3.6.7. Aspectos relevantes que conviene tener en cuenta en la redacción y negociación del contrato de construcción	42

3.6.8.	Garantías	56
3.6.9.	Entrega y recepción de la obra	60
3.6.10.	Los riesgos en el contrato de obra	64
3.6.11.	Extinción del contrato de obra	67
4.	Financiación de la promoción.....	75
4.1.	Consideraciones previas	75
4.2.	Tratamiento contractual de los riesgos	75
4.2.1.	Riesgo legal	75
4.2.2.	Riesgo de construcción	76
4.2.3.	Riesgo de comercialización	77
4.2.4.	Otros riesgos del activo (destrucción)	78
4.3.	Cláusulas más relevantes del contrato de financiación: condiciones económicas	78
4.3.1.	Comisiones	78
4.3.2.	Intereses	78
4.3.3.	Costes de resolución	79
4.3.4.	<i>Gross-up</i> de impuestos y otros gastos	79
4.3.5.	Operativa de cuentas	80
4.3.6.	Asunción de gastos por el financiado	81
4.3.7.	Calendario de amortización	81
4.4.	Cláusulas más relevantes del contrato de financiación: declaraciones y garantías del financiado	82
4.5.	Cláusulas más relevantes del contrato de financiación: obligaciones de la financiada (<i>covenants</i>)	83
4.5.1.	Obligaciones de información	83
4.5.2.	Obligaciones de hacer	83
4.5.3.	Mantenimiento de ratios	83
4.6.	Cláusulas más relevantes del contrato de financiación: causas de vencimiento anticipado	84
4.7.	Cláusulas más relevantes del contrato de financiación: garantías	85
5.	Aspectos tributarios de la financiación de la promoción.....	88
6.	Compraventa de proyectos en construcción: <i>forward purchase y forward funding</i>.....	95
6.1.	<i>Forward purchase</i>	95
6.2.	<i>Forward funding</i>	96
7.	Aspectos fiscales de la compraventa de proyectos en construcción.....	98
8.	Las licencias y autorizaciones previas a la edificación.....	101
8.1.	Concepto de licencia	101
8.2.	Actos sujetos a licencia	101
8.3.	Procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas	102

8.4.	Transmisión y caducidad de las licencias urbanísticas	102
8.5.	Régimen de comunicación previa	103
8.6.	Licencia de parcelación	103
8.7.	Licencia de obras	104
8.8.	Licencia de actividades	104

1. Agentes de la edificación: obligaciones y responsabilidades

1.1. La Ley de la Ordenación de la Edificación

La Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) establece determinadas obligaciones de los diferentes agentes de la edificación, así como su responsabilidad objetiva respecto de los daños materiales causados en el edificio.

El promotor y los llamados "agentes de la edificación" responden por los defectos en la construcción y, en particular, por los "daños materiales ocasionados en el edificio" por vicios o defectos constructivos, en los términos de la LOE.

1.2. Agentes intervinientes: promotor, proyectista, constructor, director de obra y de la ejecución de la obra, entidades de control de calidad, suministradores de productos

La LOE define cada uno de estos "agentes de la edificación" (incluidos, entre otros, el promotor, el proyectista, el constructor, el director de obra, el director de ejecución de la obra, las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación y los suministradores de productos), al tiempo que enumera sus obligaciones y regula sus respectivas responsabilidades por "daños materiales ocasionados en el edificio" derivados de vicios o defectos constructivos.

El contratista es responsable durante un año de los defectos que afecten a los acabados. Todos los "agentes de la edificación" responden:

- durante tres años de defectos constructivos en elementos constructivos e instalaciones debidos al incumplimiento de los requisitos mínimos de calidad, y
- durante diez años por defectos constructivos que afecten a cimientos y elementos estructurales del edificio.

1.3. El promotor y "figuras análogas"

Es responsable como promotor en los términos de la LOE:

- cualquier clase de "promotor" (en el sentido amplio en que este término es configurado por dicha Ley), y

- las denominadas "figuras análogas" (a que nos referiremos más abajo), que se equiparan al promotor a efectos de responsabilidad.

1.3.1. El concepto de "promotor"

El régimen privilegiado de responsabilidad derivado de la LOE se aplican específicamente a la figura del promotor. En consecuencia, conviene detenerse en concretar qué se entiende por "promotor" a los efectos de determinar su responsabilidad conforme a la LOE.

En un intento de englobar los diferentes tipos de actividad de promoción y las diferentes entidades promotoras imaginables, el artículo 9.1 de la LOE ha acogido un concepto amplio de "**promotor**", al definirlo como:

"cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que individual o colectivamente decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título".

A la vista de esta definición:

1) La persona física o jurídica que encuentra una oportunidad de promoción y promueve el proyecto, aporta financiación (con sus propios recursos o mediante financiación bancaria) y se limita a contratar las obras con un contratista general o "llave en mano" (que es quien, a su vez, contrata con subcontratistas, proyectistas, dirección facultativa, etc.) ostenta la consideración de promotor. La persona física o jurídica que, por el contrario, contrata directamente el proyecto con los diferentes contratistas y técnicos involucrados (como acontece en el esquema del contrato de obras "tradicional") tiene asimismo la consideración de promotor.

2) El promotor a menudo no contrata las obras con terceros (el llamado "promotor-comitente"), sino que él mismo (o alguna de sus divisiones o compañías de su grupo) se halla implicada asimismo en la construcción (el llamado "promotor-constructor"); y, en ocasiones, incluso está involucrado en las actividades de marketing y ventas. Sin embargo, ninguno de estos elementos (implicación en la construcción, marketing o ventas) es necesario para ser considerado promotor a los efectos de la LOE.

3) El promotor es a menudo un profesional o un empresario. Sin embargo, en base a la LOE (a diferencia del criterio acogido por la jurisprudencia recaída en aplicación del artículo 1591 del Código civil, "CC"), ni el carácter profesional ni el ánimo de lucro son elementos necesarios para ser considerado promotor. Una persona física o jurídica tiene la consideración de promotor a efectos de la LOE (y se halla, por tanto, sujeto a las responsabilidades que dicha ley le

atribuye) incluso si está implicada en un solo proyecto y éste no se lleva a cabo en el seno de una actividad empresarial ni está dirigido a la venta a terceros. Así, son promotores a efectos de responsabilidad personas o entidades tales como:

- a) el minifundista que promueve una vivienda en una finca de su propiedad para su propio uso (el denominado "autopromotor");
- b) la cooperativa de viviendas que se constituye a los solos efectos de promover la construcción de un edificio destinado al uso de sus propios miembros, o
- c) la comunidad de propietarios que promueve, contrata y sufraga la rehabilitación de la cubierta de un edificio en régimen de propiedad horizontal que supone una alteración de su configuración arquitectónica.

Por último, conviene destacar que tener la propiedad del suelo (o cualquier otro derecho real sobre él) no es requisito necesario para ser considerado promotor. Según la LOE, es obligación de promotor:

"ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él".

Asimilar esta obligación a la exigencia de ser propietario del solar o titular de un derecho real sobre él o a su inscripción registral para ser considerado promotor nos parece excesivo, pudiendo (a nuestro entender) el promotor actuar en tanto que tal en base a una mera habilitación contractual. Este es típicamente el caso en las operaciones de *forward funding* (compraventa de futuro edificio comercializado y arrendado con financiación progresiva a cargo del comprador) cuando se articulan como un contrato complejo o mixto, en las que el vendedor suele tener la calidad de promotor durante todo el proceso de construcción y comercialización en base a acuerdos contractuales, por mucho que el comprador (inversor) que aporta la financiación necesaria para desarrollar el proyecto adquiera título de propiedad sobre el suelo desde el inicio del proceso constructivo.

1.3.2. La Administración como promotor

Incluso las administraciones públicas (ya se trate administraciones territoriales, patronatos públicos, universidades o empresas públicas), cuando actúan como promotores de procesos edificatorios relativos a edificaciones que no consistan en obras públicas o infraestructuras (p. ej. viviendas sociales de promoción pública), tienen la consideración de promotores a efectos de responsabilidad, en la medida en que promueven y financian el proyecto y contratan las obras.

1.3.3. "Figuras análogas": promotor delegado

Cuando el propietario del solar no es un promotor profesional y desea sin embargo involucrarse en una promoción inmobiliaria, habitualmente acude un gestor o empresa profesionalizada que lleva a cabo las tareas propias de la promoción (tales como el desarrollo urbanístico, la gestión de permisos y licencias o las gestiones con la Administración). Entre los propietarios que recurren a los servicios de profesionales de la promoción se cuentan, entre otros:

- 1) los fondos de inversión inmobiliaria que (de conformidad con su normativa reguladora) a menudo tienen vedado involucrarse en actividades de promoción,
- 2) los propietarios de suelo rústico sin experiencia en las actividades de promoción inmobiliaria y
- 3) las cooperativas de viviendas que se constituyen para promover la construcción de un edificio destinado al uso de sus propios miembros.

Las empresas profesionalizadas a que recurren los propietarios (no profesionales) en este contexto no ostentan la calidad de "promotor". Sin embargo, en la medida en que "a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción actúen como promotores", tendrán la consideración de "figura análoga" a los efectos de la LOE y, en consecuencia, se hallarán sujetos a las mismas responsabilidades que el promotor.

Frente al criterio tradicional de la jurisprudencia, que anudaba esta extensión de responsabilidad al **ánimo de lucro** (entendido como la asunción de parte del riesgo empresarial de la promoción y la participación en el beneficio de la promoción), la LOE acoge el criterio según el cual lo determinante a efectos de esta equiparación es que la empresa profesionalizada tenga una **intervención decisoria** en la promoción.

Esta equiparación de las "figuras análogas" al promotor a efectos de responsabilidad tiende a evitar los abusos detectados de quienes aparecían como mandatarios o administradores de cooperativas o comunidades para encubrir su actividad promotora y eludir así sus responsabilidades de promotor. El "verdadero gestor" (que no tiene intervención decisoria) se limita a desarrollar las tareas de organización y mediación a favor de un propietario que es quien "decide e impulsa" las obras, no ostenta la calidad de "figura análoga" y, por tanto, no debería verse afectado por esta equiparación a la figura del promotor a efectos de responsabilidad.

El supuesto típico de "figura análoga" que se presenta en el tráfico jurídico-inmobiliario de nuestros días es el del "promotor delegado", que se produce, por ejemplo:

1) cuando una sociedad inversora desea trasladar las actividades y el riesgo propios del promotor a una sociedad promotora por vía contractual (pudiendo ambas sociedades tener unos mismos socios y/o pertenecer a un mismo grupo de sociedades) o

2) cuando el vendedor actúa en tanto que "promotor delegado" en el ámbito de las operaciones de *forward funding* (venta de futuro edificio construido y comercializado con financiación progresiva a cargo del comprador) cuando se estructuran, no mediante un solo contrato complejo o mixto, sino mediante la combinación de dos contratos coligados.

1.4. Obligaciones de cada agente y responsabilidades

1.4.1. Responsabilidad civil (artículo 17 de la LOE)

Según la LOE, los agentes de la edificación (incluido el promotor) son responsables frente a los propietarios y frente a los terceros adquirentes de los edificios (o parte de ellos) por "daños materiales ocasionados en el edificio", por un plazo que depende de la entidad de los defectos (diez años para defectos estructurales y tres años para defectos de habitabilidad). El plazo de garantía de un año que la LOE establece para defectos de terminación y acabado en principio sólo se atribuye al contratista; sin embargo, es claro que esta responsabilidad anual puede afectar asimismo al promotor en su calidad de responsable solidario.

Estos plazos de garantía se computan a partir de la fecha de suscripción del acta de recepción o del momento en que la recepción se entienda tácitamente producida (lo que tiene lugar cuando, transcurridos treinta días desde la fecha indicada para proceder a la recepción, el promotor no haya puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito). Al no acoger la LOE la tradicional distinción entre "recepción provisional" y la "recepción definitiva", el cómputo de los plazos de garantía tiene como *dies a quo* la fecha de la única "recepción" a que se refiere la LOE. El plazo de prescripción de la acción para exigir responsabilidad por daños materiales es de dos años a contar desde que se produzcan los daños.

Como regla general, el promotor responde por los defectos en la construcción en los términos de la LOE, específicamente por "daños materiales ocasionados en el edificio" por vicios o defectos constructivos. La responsabilidad que

impone la LOE al promotor (con independencia de que sea o no profesional o empresario) es solidaria con las responsabilidades que impone a los demás "agentes de la edificación".

Por tanto, aun cuando el promotor cumpla escrupulosamente con las obligaciones que le atribuye la LOE, no queda liberado de su responsabilidad en virtud de dicho cuerpo legal. Es más, conforme a lo anterior, el promotor puede verse obligado a responder por los daños materiales ocasionados en el edificio, atribuibles a la acción (u omisión) de cualquiera de los demás "agentes de la edificación".

A diferencia de lo que acontece con los demás "agentes de la edificación", la responsabilidad del promotor *ex LOE* no está vinculada al incumplimiento de sus obligaciones. En otros términos, el promotor (a diferencia de los demás "agentes de la edificación") no tiene un ámbito de riesgo propio. Huelga decir que, si el promotor actúa asimismo como constructor, será además potencialmente responsable por los defectos en la construcción correspondientes al ámbito de riesgo que la LOE atribuye específicamente al constructor.

Por tanto, por mucho que LOE lo cuente formalmente entre los "agentes de la edificación", lo cierto es que el promotor ostenta *de facto*, a la luz de los preceptos de la LOE, la condición de fiador. La razón subyacente es que el legislador contempla al promotor como una suerte de "fabricante" o artífice de todo el proceso constructivo.

Específicamente con relación al promotor, la LOE establece que:

"en todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción".

1) El promotor es responsable *ad extra*, no sólo frente al primer adquirente, sino también frente a segundos y sucesivos adquirentes, dentro de los plazos legales de aplicación; ello con independencia de que el promotor se halle legitimado, a su vez, para reclamar dichos daños al "agente de la edificación" (constructor, proyectista, director de la obra, etc.) cuya acción (u omisión) esté en el origen de los daños reclamados. Por razones prácticas, el promotor que sea demandado por el propietario de un edificio (o parte del él) está facultado para llamar al proceso al "agente de la edificación" que estime originariamente responsable de los daños, para que se vea involucrado en un mismo procedimiento judicial, y evitar así las resoluciones judiciales contradictorias que podrían recaer en caso de ventilarse la responsabilidad del promotor y la del agente originariamente responsable en distintos procedimientos.

2) Según establece la LOE, el promotor es responsable "en todo caso". ¿Qué significa "en todo caso" en este contexto? El criterio de imputación es objetivo, de suerte que los propietarios de edificios (o de parte de ellos) no están obligados a demostrar la negligencia del promotor ni el incumplimiento de sus obli-

gaciones. Existe una presunción de nexo causal, por lo que tampoco necesitan probar que el daño se derive de la acción (u omisión) del promotor. La prueba de haberse producido el daño es suficiente para declarar la responsabilidad del promotor, con independencia de que éste haya cumplido sus obligaciones y/o de que se halle o no involucrado en la producción de tales daños.

3) Al margen del derecho del promotor a llamar al proceso a cualquier otro agente de la edificación para que participe en el procedimiento, y de la necesaria suscripción por su parte de una póliza de seguro que cubra la responsabilidad de diez años por daños estructurales y la responsabilidad de tres años por defectos de habitabilidad, la única defensa del promotor frente a la reclamación por daños materiales en el edificio basada en la LOE cuando el demandante demuestre la existencia de defectos consiste en probar que los daños (I) se han ocasionado por caso fortuito o fuerza mayor, (II) por intervención de terceros o (III) por el propio demandante.

4) La LOE sólo regula la responsabilidad por "daños materiales en el edificio". No es de aplicación a la responsabilidad derivada de daños morales, lucro cesante (p. ej., pérdida de las rentas), daños corporales o daños materiales en cosas distintas del propio edificio (tales como edificios colindantes o equipos informáticos del mismo edificio).

5) Los plazos legales de garantía y de prescripción *ex* LOE son claramente inferiores de los que son de aplicación a las reclamaciones de responsabilidad contra el promotor en base al artículo 1.591 CC, tal y como se analizará más abajo.

1.4.2. Responsabilidad contractual

La LOE alude expresamente a que la responsabilidad del promotor conforme a dicha ley no excluye la responsabilidad contractual, ni la responsabilidad por vicios ocultos propia del vendedor en los términos del Código civil.

1.4.3. Responsabilidad derivada del artículo 1.591 del Código civil

La LOE no menciona, sin embargo, otros regímenes legales (tales como los artículos 1.591 o 1.902 y siguientes del Código civil), a los que, individual o conjuntamente, pueden recurrir en sus reclamaciones los propietarios insatisfechos.

En este sentido, conviene destacar que, a nuestro entender, el promotor y los demás "agentes de la edificación" pueden resultar asimismo responsables por defectos en la construcción en base al artículo 1.591 CC.

Se trata de una previsión decimonónica que, de conformidad con la economía de la época, fue concebida originariamente para el supuesto en que el propietario del suelo contrataba a un arquitecto y a un constructor que se hacían cargo de la concepción y construcción de una vivienda para su propio uso.

Ello explica que sólo aluda a la responsabilidad de arquitectos y constructores para el caso de que el edificio devenga ruinoso, si la ruina tiene lugar dentro de los diez años siguientes a la finalización de la construcción y es debida a un defecto de proyecto o de construcción.

En este caso, en contraposición con el plazo de prescripción de dos años establecido por la LOE, la acción prescribe a los quince años contados desde la fecha en que la ruina devenga aparente; excepto en Cataluña, donde el plazo es de diez años contados desde la fecha en que el propietario conozca la ruina o pueda conocerla razonablemente.

La jurisprudencia ha interpretado ampliamente el ámbito de aplicación de este precepto, a fin de adaptarlo a la realidad actual:

1) Nuestros tribunales han aplicado el artículo 1.591 CC, no sólo respecto al constructor, sino también (en un primer momento) respecto al "**promotor-constructor**", y (en última instancia) han acabado aplicándolo a cualquier tipo de promotor, aunque no actúe como constructor.

2) El concepto de "**edificio**" no se halla sujeto a las limitaciones contenidas en la LOE: en este caso nuestros tribunales han acogido una concepción amplia, que no sólo incluye el edificio propiamente dicho, sino cualquier construcción, incluyendo obras mayores y menores, así como obras de reparación de un edificio o construcción.

3) En base a la amplia fórmula ofrecida por el artículo 1.591 CC, que señala que los sujetos responsables de la ruina responden de los daños y perjuicios que ocasione, la jurisprudencia afirma que, a través de dicho precepto, se podrán reclamar cualesquiera quebrantos patrimoniales o, incluso, morales, que la ruina hubiese producido (a diferencia del régimen de la LOE, que sólo permite reclamar daños materiales ocasionados en el edificio). Así, al amparo del artículo 1.591 CC se podrá reclamar el importe de los **daños emergentes** debidamente probados (gastos de reparación, daños en muebles o mercancías, gastos de traslado, mudanza, alquiler, etc.); el **lucro cesante** debidamente acreditado (paralización de la actividad profesional o comercial, pérdida de alquileres y rentas) e, incluso, los daños corporales y morales producidos (lesiones físicas o sufrimiento psicológico por el abandono precipitado de la vivienda).

4) El concepto de "**ruina**" ha sido interpretado por los tribunales muy ampliamente: no se halla restringido a la destrucción o derrumbamiento de la obra (como parece desprenderse de la dicción literal del precepto), sino que incluye la ruina parcial (que sólo afecta a parte del edificio), la ruina funcional (edi-

ficio no susceptible de utilización para su uso previsto) y la ruina potencial (amenaza de derrumbamiento del edificio). En definitiva, cualquier defecto constructivo que excede de las "imperfecciones corrientes" constituye un defecto grave incluido en el concepto de "ruina" a efectos de desencadenar la responsabilidad del contratista o el promotor derivada del artículo 1.591 CC.

Ejemplo

Entre tales defectos se incluyen, por ejemplo, las humedades en algunas zonas del edificio, la caída de placas o losetas de la fachada o desconchados de la misma, filtraciones, goteras, rotura de elementos constructivos, pendientes mal realizadas, desperfectos en elementos técnicos del edificio, defectuosa estructura del edificio, ausencia de elementos constructivos necesarios, grietas y fisuras, desprendimientos de azulejos u otros elementos constructivos, mala ejecución de algunos elementos constructivos, desplazamiento del pavimento o ruidos y vibraciones.

Este concepto amplio de "ruina" ha determinado la aplicación el régimen de responsabilidad decenal derivado del artículo 1.591 CC a muchos supuestos que (en terminología de la LOE) constituyen defectos de habitabilidad o de acabado. A raíz de la entrada en vigor de la LOE, –respecto a las edificaciones a las que su régimen de responsabilidad resulta de aplicación– tales supuestos han dejado de estar amparados por el plazo de diez años de garantía (y del plazo de prescripción de quince -o diez- años de prescripción), y han pasado a estar garantizados por un plazo de tres o un año, según tengan la consideración de defectos de habitabilidad o de defectos de acabado (con un plazo de prescripción de dos años).

Lectura recomendada

Para mayores detalles, podéis ver **J. A. Pérez Rivarés** (2007). "La responsabilidad civil del promotor por defectos constructivos". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (núm. 18, págs. 27-41).

2. Contrato de arquitectura

2.1. Objeto del contrato

Es el contrato por el que un arquitecto se compromete, mediante remuneración, a elaborar, redactar y entregar, en el plazo convenido, un proyecto de edificación (proyecto técnico o arquitectónico) viable y que, por tanto, cumpla con la finalidad deseada y prevista por los contratantes.

El contrato de arquitectura es considerado como contrato de obra (arrendamiento de obra) en contraposición a contrato de prestación de servicios, puesto que dicho contrato implica el encargo a un arquitecto de una obra, en donde la obra o el resultado del trabajo es la realización material de un proyecto técnico; sin que por tanto sea relevante la prestación de un servicio o actividad dirigida a la consecución de dicho fin; es decir, no basta con el mero desarrollo de una actividad concreta sin que se garantice un resultado.

Las características más importantes de todo contrato de arrendamiento de obra son:

- 1) el arquitecto tiene como obligación principal la consecución de un resultado, siendo dicho resultado la entrega de un proyecto arquitectónico viable, y
- 2) el precio pactado es invariable y el arquitecto no podrá pedir aumento de precio, asumiendo por tanto este el riesgo de que los costes y gastos efectivos sean superiores a los presupuestados.

El arquitecto asume el riesgo de la pérdida de la obra (proyecto) antes de ser entregada.

No nos estamos refiriendo a la pérdida material del proyecto (destrucción física del proyecto), sino a la pérdida de viabilidad del mismo en atención a una serie de características esenciales que analizaremos más adelante (obtención de licencias, cumplimiento de los requisitos de la normativa técnica, cumplimiento de la utilidad y finalidad pretendida por el promotor y cumplimiento de los objetivos de coste económico de la obra).

2.2. Régimen legal

El contrato de arquitectura como contrato de arrendamiento de obra está regulado por los artículos 1.588 a 1.600 del CC. Asimismo, las funciones del arquitecto en cuanto proyectista y sus responsabilidades se regulan en la LOE.

Sin perjuicio de la regulación del CC, la LOE y del propio clausulado del contrato de arquitectura, en su momento era especialmente relevante tener en consideración las disposiciones de los estatutos generales de los respectivos colegios profesionales, pues entre los fines de, por ejemplo, los colegios oficiales de arquitectos, se encuentra "ordenar, en el marco de las Leyes, el ejercicio profesional", y entre sus funciones de ordenación se cuenta la de

"establecer, en el ámbito de su competencia, normativas sobre la actividad profesional [...]".

Artículo 3.b) y artículo 7.3.j) de los estatutos generales de los colegios oficiales de arquitectos y su consejo superior, aprobados por Real Decreto 523/2005, de 13 de mayo.

En un momento anterior, el contrato de arquitectura parecía tener un carácter reglado de corte administrativo, al exigir las normas estatutarias que el arquitecto debía comunicar a su colegio todo encargo recibido mediante el otorgamiento de las denominadas "**hojas de encargo**", documento armonizado o formulario aprobado por el Colegio Oficial de Arquitectos, que en muchas ocasiones cumplía la función de contrato.

2.3. Partes del contrato

1) **Arquitecto:** El arquitecto o proyectista¹ es el técnico titulado competente encargado de redactar el proyecto técnico de conformidad con la normativa técnica de la edificación y la normativa urbanística; siendo menos relevante quién le contrata: en la modalidad tradicional de contratación (*design then build*), es el promotor quien efectúa el encargo; mientras que el encargo viene del constructor en el contrato de obra "llave en mano"².

⁽¹⁾Artículo 10.1 LOE.

⁽²⁾A los efectos de este módulo, asumiremos que el contrato de diseño es celebrado entre promotor y proyectista.

El proyectista debe estar en posesión de la titulación académica correspondiente (arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico) y, dependiendo del tipo de edificio, la competencia de redacción del proyecto corresponde a uno u otro (artículo 10.2.a) LOE).

2) **Promotor:** véase apartado 1.3.1 anterior.

3) **Equipo del arquitecto:** en proyectos complejos o de gran dimensión y alcance, es frecuente que el proyectista (generalmente, una sociedad) designe un equipo con atribución de responsabilidades y funciones a cada uno de las personas físicas pertenecientes a ese equipo y con derechos de veto en favor del promotor en caso de cambios o sustituciones de alguno de los más relevantes.

Ejemplo

En este sentido, generalmente se define el papel y funciones, por ejemplo, del arquitecto director (responsable de las funciones básicas de diseño del proyecto inmobiliario, asumiendo la responsabilidad principal en lo que concierne a la elaboración de los trabajos básicos contratados, así como la coordinación general de todo el equipo) o del arquitecto colegiado (encargado de cumplir con los deberes normativos, tales como firma de proyectos, solicitudes de licencias, visados, etc.).

Con independencia de la atribución de funciones y responsabilidades entre miembros del equipo, es la firma de arquitectura (una sociedad) la que asume todas las obligaciones del contrato, como parte firmante del contrato de diseño y, por tanto, obligada a cumplir con la entrega de la obra.

2.4. Pactos y cláusulas más relevantes en el contrato de arquitectura

1) La obligación esencial del arquitecto es la elaboración del proyecto técnico, entendido como la concreción física de la concepción y creación de una obra arquitectónica

El **proyecto técnico** es, por tanto, un conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de las obras (artículo 4.1 LOE) y, en particular, se establecen las soluciones técnicas que aseguren el cumplimiento con los requisitos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad establecidos por la normativa aplicable y en especial por el Código técnico de la edificación y normativa de desarrollo (artículo 3 LOE).

A continuación indicamos una serie de características básicas que ha de cumplir el proyecto técnico:

a) El proyecto técnico debe ser completo y debe definir e identificar en su totalidad la obra objeto del contrato de obra, sin que sea necesario aclaración o desarrollo posterior, es decir, durante la ejecución de la obra. Un nivel de definición y de desarrollo insuficiente o inadecuado (un proyecto básico, por ejemplo), puede dar lugar a que sea necesario definir y acometer nuevas obras (cambios o adiciones al proyecto) no contempladas en el proyecto técnico, que conllevará un incremento en el precio que invalida las cláusulas de invariabilidad del precio, así como el plazo.

b) El proyecto técnico debe cumplir con las exigencias del artículo 1.258 CC y los artículos 10.1 y 10.2.b) LOE³. Por tanto, el proyectista, como agente de la edificación al que se le exige tener la titulación académica adecuada, debe redactar y elaborar el proyecto conforme a las reglas, conocimientos, principios y técnicas del arte de la buena arquitectura, vigentes en el tiempo de ejecución de su trabajo y a los usos de su profesión (*lex artis*). Las normas básicas de la edificación y reglamentos técnicos (por ejemplo, el CTE) son parte integrante de la *lex artis* y, por tanto, son directamente exigibles al proyectista.

⁽³⁾Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley" (artículo 1.258 CC); "redactar el proyecto conforme a la normativa vigente" (artículo 10.2.b) LOE).

c) El proyecto técnico no es sólo una serie de documentos y planos que cumplen con la normativa técnica de la construcción y urbanística, sino que debe ser un proyecto viable, que como tal conlleva el cumplimiento de los siguientes objetivos:

- El proyecto ha de ser susceptible de obtener todas las licencias necesarias: el proyecto ha de ser viable desde el punto de vista urbanístico y, por tanto, ha de permitir obtener las licencias oportunas.
- El proyecto ha de dar cumplimiento a los requisitos de la normativa técnica en el sentido más amplio posible; así, por ejemplo, se le asigna responsabilidad por la adecuación del proyecto a las características geotécnicas del terreno.
- El proyecto ha de dar cumplimiento a la utilidad y finalidad pretendida por el promotor y, por tanto, debe dar respuesta a los objetivos marcados por el promotor (en cuanto a usos, finalidad, funcionalidad, etc.).
- El proyecto ha de dar cumplimiento a los objetivos de coste económico de la obra: el proyecto ha de asegurar que la construcción de la obra se encontrará dentro del objetivo de coste económico marcado por el promotor.

d) La redacción del proyecto técnico se compone generalmente de las siguientes cuatro fases; cada fase del proyecto comprende a las anteriores y significa un mayor grado de definición y concreción del trabajo:

- Estudios previos: es una fase preliminar, que tiene como objetivo expresar las ideas de forma elemental y esquemática; se elaboran planos sin escala y sin acotar; la memoria es expositiva y se prepara una mera estimación del coste.
- Anteproyecto: expresa las características generales a fin de proporcionar una imagen global del proyecto; se prepara una memoria justificativa, existiendo planos a escala y un primer avance de presupuesto.
- Proyecto básico: contiene una definición precisa de las características generales, proponiéndose y justificándose soluciones concretas; la memoria es más completa (expositiva, descriptiva y justificativa); planos a escala y acotados; y presupuesto por capítulos. Permite iniciar el trámite de solicitud de licencias si bien su obtención está condicionada a la presentación del proyecto de ejecución; el proyecto básico no es suficiente para iniciar el procedimiento de petición de ofertas a los constructores, si el promotor pretende tener un precio cerrado; por tanto, tampoco es suficiente para iniciar la construcción.

- Proyecto de ejecución: es un desarrollo completo del proyecto básico, con determinación de detalles y especificaciones de materiales, sistemas constructivos y equipos.

e) El proyecto exige los siguientes documentos (anexo I CTE):

- Memoria: explicación o justificación razonada del proyecto relativa a todos los elementos del mismo (consideraciones técnicas, estéticas, económicas, etc.); con identificación de los técnicos que han intervenido en el proyecto; explicaciones en cuanto al cumplimiento de la CTE; prestaciones del edificio; previsiones en cuanto a cimentación y estructura; sistemas de acabados, instalaciones, etc.
- Planos: representación gráfica de la obra.
- Pliego de condiciones: características y especificaciones técnicas que han de reunir los materiales, equipos y sistemas; condiciones y control de recepción, calidad y rechazo; criterios de uso y mantenimiento; garantías de calidad exigidas.
- Mediciones: de todas las unidades de obra.
- Presupuesto: valoración aproximada de la ejecución material de la obra, agrupada por capítulos; incluyendo presupuesto del control de calidad y del estudio de seguridad y salud.

f) El proyecto técnico se elabora en diversas fases; cada fase del proyecto comprende a las anteriores y significa un mayor grado de definición y concreción del trabajo:

- Trabajos básicos: concepción comercial y arquitectónica (*master plan*) y anteproyectos; planificación urbanística, interior y exterior, y paisajística; redacción de los proyectos, incluido el proyecto de ejecución; proyectos de urbanización, en su caso, y dirección facultativa. El contrato suele incluir una lista no exhaustiva de trabajos. Para evitar dudas de interpretación, suele pactarse que dicha lista no es exhaustiva y que, por tanto, se entiende incluida la realización de cualesquiera trabajos implícitos o que sean necesarios para completar los trabajos descritos.
- Trabajos básicos adicionales: dependiendo del tipo de proyecto inmobiliario, puede ser conveniente establecer una serie de trabajos adicionales respecto a los cuales, pese a no existir un encargo en firme, se establece el contenido y alcance de esos trabajos o servicios para el caso de que el promotor los requiera, por lo que interesa alcanzar de antemano un acuerdo en cuanto a los honorarios.

- Trabajos excluidos: el proyectista puede tener interés, en aras a evitar dudas interpretativas, en que determinados trabajos no queden incluidos en el ámbito del contrato, de modo que su contratación sea adjudicada a un tercero (proyectista o no) o precise de un nuevo acuerdo.

2) Generalmente, el objeto del contrato de diseño no se limita a la redacción de un proyecto viable

Generalmente, el objeto del contrato de diseño no se limita a la redacción de un proyecto viable, sino que se extiende a otra serie de tareas accesorias, que puede ser auténticos trabajos (arrendamiento de obra), o prestaciones de servicios, o ambos.

3) El precio ha de ser cierto

El precio ha de ser cierto, o al menos determinable, por referencia al coste de la obra, las tarifas de honorarios del colegio correspondiente, referencia a coste horario de los profesionales, o cualquier otra fórmula que permita su cuantificación. En la práctica, suele acordarse precios cerrados para lo que cabe denominar trabajos básicos y trabajos básicos adicionales; y, para otro tipo de servicios que en su caso se contemplen en el contrato, cabe pactar fórmulas de cálculo (tarifas horarias, por ejemplo, para presentaciones del proyecto a posibles socios, arrendatarios, inversores o financiadores).

Conviene destacar que con la promulgación de la Ley 7/1997, de 14 de abril de Medidas Liberalizadoras en Materia de Suelo y de Colegios Profesionales, los baremos de honorarios aprobados por los colegios profesionales tendrán "carácter meramente orientativo" (artículo 5 apartado cinco de la citada Ley) y, en este sentido, artículo 7.4.f) de los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Arquitectos y su Consejo Superior.

Dado que el devengo de los honorarios viene normalmente determinado por el grado de avance en cada una de las fases en que se divide la redacción el proyecto, suelen establecerse pactos a fin de establecer reglas que determinan cuándo se entiende comenzada, acabada, etc. una fase en concreto.

4) Pactos relativos a los derechos de propiedad intelectual e industrial

Es conveniente, aunque no siempre posible, incluir en el contrato un pacto en virtud del cual el proyectista ceda al promotor todos sus derechos de autor y de propiedad intelectual en general, correspondientes a las creaciones del proyectista, los planos, dibujos, especificaciones y documentos preparados; facultando expresamente al promotor para modificar, reproducir, publicar, y utilizar la obra del proyectista. Comprometiéndose el proyectista a no violar o infringir ningún derecho de propiedad intelectual de terceros en la ejecución de los trabajos y servicios del contrato.

Ejemplo

A modo de ejemplo, *project management* general del proyecto inmobiliario, gestión urbanística, preparación de maquetas y documentos promocionales y publicitarios, levantamientos y replanteos topográficos, control de calidad y ensayos, etc.

5) Modificaciones

Son aplicables al contrato de arquitectura las consideraciones que realizaremos más abajo al analizar el contrato de obra. En particular, el procedimiento de acuerdo y fijación de honorarios adicionales sigue las pautas ya indicadas respecto al contrato de obra. Sin embargo, conviene hacer las siguientes matizaciones:

a) Aquellas modificaciones que sean necesarias a fin de garantizar o hacer que el proyecto sea viable (tal y como comentábamos anteriormente lo que viabilidad ha de significar) deben ser aceptadas obligatoriamente por el proyectista, sin derecho a incremento de honorarios.

b) Normalmente se suelen fijar en el contrato fórmulas para calcular el incremento de honorarios (por ejemplo, referencias a tarifas horarias de cada uno de los miembros del equipo del proyectista); suele pactarse que únicamente las modificaciones de carácter relevante solicitadas por el promotor por cambio de criterio generen el devengo de honorarios adicionales.

c) En ausencia de pacto en cuanto a la determinación del incremento de honorarios, y en previsión de posibles desacuerdos sobre su importe, es aconsejable incluir una cláusula por la que las partes se sometan a la decisión vinculante que emita un experto independiente que actúe como experto (integrando, así, el consentimiento de las partes al amparo del artículo 1.447 CC), y no como árbitro.

6) Desistimiento por parte del promotor, causas de resolución por incumplimiento y consecuencias de la resolución, responsabilidad

Es de aplicación, sobre este particular, lo que indicaremos al abordar este tema al analizar el contrato de obra.

7) El proyectista ha de ejecutar los trabajos de diseño y arquitectura conforme a la normativa aplicable y a las reglas del arte de la construcción y de la arquitectura

Otra obligación que habitualmente se incluye en el contrato es la consistente en que el proyectista ha de ejecutar los trabajos de diseño y arquitectura conforme a la normativa aplicable y a las reglas del arte de la construcción y de la arquitectura, con la diligencia correspondiente a profesionales del mayor nivel, y conforme a las reglas y usos en vigor.

8) Obligación del arquitecto de estar al corriente

Obligación del arquitecto de estar al corriente en el pago de todas las cuotas, impuestos, seguros, salarios y, en general, en todas las obligaciones sociales y laborales que le correspondan como profesional o empresario; con obligación de acreditar su cumplimiento.

9) Obligación del arquitecto de contratar

Obligación del arquitecto de contratar los seguros convenidos (generalmente seguros de responsabilidad civil), y estar al corriente del pago de las primas del seguro; estableciendo coberturas mínimas.

10) Obligación del arquitecto de cumplir

Obligación del arquitecto de cumplir con los plazos y permitir al promotor, el examen, control e información de los trabajos realizados por el arquitecto.

11) Obligación del arquitecto de soportar

Obligación del arquitecto de soportar, hasta la obtención de todas las licencias, los riesgos de la elaboración de los proyectos técnicos.

12) Obligación del arquitecto de preparación y entrega

Obligación del arquitecto de preparación y entrega de un mínimo de copias de croquis, anteproyectos, proyectos o planos, y en cuanto al número máximo de reuniones y a sus objetivos (reuniones con socios, inversores, financiadores, etc.).

13) La dirección facultativa

Como servicio adicional al contrato propio de arquitectura o como contrato independiente, el promotor ha de contratar a la dirección facultativa.

14) Responsabilidad del arquitecto: vicios

Con independencia de la responsabilidad civil del arquitecto, como un agente más de la edificación y que analizaremos más adelante, en los contratos de arquitectura se recomienda regular su responsabilidad en caso de "vicios" (responsabilidad del arquitecto por vicios, ya sea en su función de proyectista o en la de dirección facultativa).

En este sentido, cabe estipular contractualmente qué se entiende por vicios; y se definen como los defectos técnicos de concepción, diseño, planificación, cálculo, disposición o dirección que supongan que (I) el proyecto no es viable, (II) una desviación de las condiciones estipuladas en el contrato, (III) una desviación de las reglas de la *lex artis*, y (IV) con respecto a la dirección facultativa, una desviación con respecto al proyecto técnico o aquellos vicios en la

ejecución material de la obra que puedan ser imputados, al menos a título de culpa *in vigilando*, a la dirección facultativa. A título de ejemplo, cabe especificar los siguientes:

a) **De los planos:** vicios contra la estética, contra el destino de la obras, contra la comodidad o el uso normal del edificio, contra las reglas del arte de la construcción o de la arquitectura en la definición o diseño de la estructura general del edificio o de alguna de sus partes, contra las disposiciones normativas y contra el cálculo de la superficie de la finca o la fijación exacta de su emplazamiento.

b) **De la memoria:** error de cálculo en las proporciones de los cimientos, estructuras, resistencias de muros, inadecuación de los materiales proyectados en cuanto a su naturaleza o calidad, indicaciones deficientes para la ejecución de las obras, o en cuanto a la evaluación detallada de volúmenes y superficies.

c) **Del presupuesto:** omisión en los proyectos técnicos de elementos constructivos indispensables para la ejecución de las obras determinantes de un aumento del coste de las mismas, exceso notable en el cálculo de costes.

d) **Del suelo:** falta de apreciación de las aptitudes del terreno, insuficiencia o defectos de las obras debidas, o sistemas de cimientos inadecuados a la naturaleza del suelo.

f) **De la Dirección Facultativa:** dirigir técnicamente la obra con órdenes e instrucciones contrarias a las reglas del arte de la construcción, dirigir los trabajos con inobservancia de las disposiciones legales aplicables, no revisión o no rectificación de los vicios del proyecto técnico, adopción de medidas contrarias a lo dispuesto en el proyecto técnico, falta de control o inspección general de la ejecución material de las obras.

g) **De las certificaciones de obra o de la certificación de final de obra:** aprobaciones de cuentas incorrectas o defectuosas.

2.5. Responsabilidad civil del arquitecto

Con independencia de la responsabilidad del arquitecto establecida contractualmente, la LOE establece un régimen legal de responsabilidad para el proyectista y para el resto de los agentes de la edificación, que hemos analizado en el apartado 1 anterior.

3. Contrato de construcción

3.1. Concepto y aspectos generales

1) El contrato de construcción, de ejecución de obra o de arrendamiento de obra o de empresa es aquel en virtud del cual el profesional (constructor) se obliga respecto a otra (propietario o promotor), mediante remuneración, a ejecutar una obra y, por tanto, a la obtención de un resultado (obra o edificación), al que, con o sin suministro de materiales, se encamina la actividad creadora del primero, quien asume los riesgos de su contenido.

2) Como rasgos esenciales, destacamos los siguientes:

a) Principio de obtención o garantía de un resultado: el contrato de construcción (o contrato de obra) es un contrato de resultado, en virtud del cual la prestación debida por el constructor es un resultado (la obra); en contraposición al contrato de servicios (arrendamiento de servicios), en que la prestación consiste en el servicio en sí (obligación de medios), es decir, en el desarrollo de una actividad concreta sin que se garantice un resultado.

Así, el artículo 1544 CC distingue entre arrendamiento de obra ("una de las partes se obliga a ejecutar una obra (...) por precio cierto") y arrendamiento de servicios ("o a prestar un servicio por precio cierto").

b) Principio de invariabilidad del precio: el precio pactado es invariable y el constructor no podrá pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el coste del personal o el coste de los materiales, asumiendo por tanto el contratista el riesgo de que los costes y gastos efectivos sean superiores a los presupuestados (artículo 1.593 CC).

c) Principio de riesgo y ventura del constructor: el constructor no puede reclamar el precio de la obra se destruye antes de ser entregada (artículo 1.590 CC).

3) El rasgo más relevante del contrato de arrendamiento de obra es la obtención de un resultado concreto y determinado a cambio de un precio. El constructor no sólo se obliga a prestar su actividad profesional, sino que su obligación esencial es el resultado producido por la misma o, es decir a construir y entregar un resultado (la obra, la edificación terminada).

4) El contrato de obra es un contrato consensual, bilateral y sinalagmático (cada una de las partes es al tiempo acreedora y deudora de sendas obligaciones, enlazadas entre sí por una relación de reciprocidad o sinalagma, constituyendo el deber de la prestación de una de las partes la causa por la cual se obliga la otra).

El contrato de construcción no requiere forma especial alguna.

5) Interesa distinguir entre el contrato de compraventa de cosa futura y el contrato de obra con suministro de materiales; la calificación de un contrato como compraventa o como de obra dependerá, no sólo de la intención perseguida por las partes y manifestada en el propio contrato, sino de las propias circunstancias del caso concreto: si el elemento relevante es la obligación de construir y no sólo de entregar y se estructura como obligación de resultado, estaremos ante un contrato de obra. La diferencia es importante, dado el diferente juego y duración de las responsabilidades del promotor-constructor frente al vendedor (artículos 17 y 18 LOE frente al artículo 1.474 y ss. CC), así como la aplicación o no del derecho de desistimiento unilateral del promotor (artículo 1.594 CC), no reconocido al comprador.

6) La ejecución de la obra comprende tres fases principalmente, y una cuarta si el constructor asume funciones de diseño:

a) fase de ejecución, durante la cual el constructor ejecuta la obra conforme al proyecto y bajo las instrucciones de la dirección facultativa;

b) fase de recepción, durante la cual la dirección facultativa certifica el final de la obra, y promotor y constructor firman el acta de recepción, entregándose la obra al promotor, quien la recibe a su satisfacción, salvo que los defectos impidan la recepción total o parcial, y

c) fase de garantía (uno, tres o diez años), durante la cual el constructor es responsable por los daños materiales por vicios y defectos de la ejecución de la obra (de acabado, habitabilidad y estabilidad).

3.2. Regulación legal

El **contrato de construcción** no tiene una regulación legal específica detallada, a pesar de que el proceso de edificación se halla muy reglamentado: basta con señalar la LOE, el Código técnico de la edificación (o CTE) o la Ley 32/2006, de 18 de octubre, de la Subcontratación en el Sector de la Construcción. Sin embargo, la regulación de las relaciones entre promotor y constructor apenas cuenta con varios artículos del Código civil.

El contrato de construcción se encuadra en el Código civil, dentro de los contratos de arrendamiento de obras, que el artículo 1.544 lo define como aquel en que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto.

Los **contratos de arrendamiento de obra** se regulan en los artículos 1.588 a 1.600 CC.

Los principios contenidos en el Código civil, así como los establecidos en nuestra jurisprudencia, han sido la base que se ha venido utilizando para definir contractualmente los derechos y obligaciones del promotor y del constructor. El presente capítulo pretende tener un enfoque especialmente práctico, en cuanto que el resultado de las cláusulas de los contratos de obra son fruto de la libertad de pactos, que, en ausencia de regulación legal detallada, da gran margen a la libertad de pactos y, por tanto, a la negociación de las partes.

1) Tipos de contrato de construcción.

2) Obras con aportación sólo de trabajo o industria u obras con aportación de trabajo y materiales (artículo 1.588 del CC). Este segundo tipo es claramente el más frecuente.

3) Obras por ajuste o precio alzado, al que se refiere el artículo 1.593 del CC. En consecuencia, el precio es único y alzado, y se satisface en atención a la obra en su totalidad. Dicho tipo de contrato de obra implica la existencia, en palabras del Código civil, de un plano convenido y de un presupuesto cerrado. Por tanto, el precio pactado es invariable, por cuanto que el constructor no podrá pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el coste del personal empleado en o para la obra o el coste de los materiales, asumiendo, por tanto, el constructor dicho riesgo.

4) Obras en el que precio total de la obra se determina mediante fijación de precios unitarios por pieza o cantidad, de forma que para toda la obra se establece el precio por unidad (m^2 de excavación, m^2 de pared, etc.). Pueden plantearse dos alternativas: (I) compromiso de ejecución de un número determinado de unidades de medida a precio cerrado o determinado o (II) determinación del precio por unidad, pero sin determinar las unidades de medida a ejecutar.

5) Obras por piezas o unidades de medida al que se refiere el artículo 1.592 CC, en virtud del cual el contratista se obliga a hacer una obra por piezas o por medida, pudiendo exigir el constructor, salvo pacto en contrario, que el promotor la reciba por partes y que la pague en proporción. Habitualmente, las partes pactan precios unitarios relativos a los materiales a utilizar o a unidades

de obra, de tal forma que el precio final se determina aplicando dichos precios unitarios a la obra efectivamente ejecutada para lo cual es necesario efectuar una medición real de lo efectivamente ejecutado.

6) Obras por administración: el constructor asume la obligación de ejecutar la obra y adquirir los materiales precisos para su realización por encargo o delegación expresa del promotor. El promotor abona el coste efectivo de la mano de obra, materiales utilizados y demás gastos, además de un margen o "beneficio industrial" (puede ser un porcentaje del coste efectivo de obra o, alternativamente, una cantidad alzada). Esta modalidad de contrato de obra tiene una especial naturaleza jurídica mixta: contrato de obra por un lado, y mandato, por otro, para que un tercero compre materiales por cuenta del promotor o por cuenta y en nombre del promotor.

El precio de la obra se calcula con relación a la mano de obra y los materiales aportados por el constructor. Como en el caso anterior, el precio no se concreta de antemano, sino que se determina durante o con posterioridad a la ejecución de la obra, una vez se mida o de otra forma se constate y acredite la obra efectivamente ejecutada. En caso de desacuerdo, la jurisprudencia ha venido aplicando el margen usual de beneficio industrial en el sector de la construcción, que esta jurisprudencia fija en el 15%, salvo que cualquier otro se halle debidamente acreditado.

7) Contrato "llave en mano", que se analiza a continuación.

3.3. El contrato "llave en mano"

1) **Descripción:** En el sector de la construcción se denomina contrato "llave en mano" a aquel en el que se adjudica al constructor tanto el diseño como la gestión y ejecución de la obra, la cual debe ser entregada lista para su utilización (*ready for operation*).

El constructor asume toda la responsabilidad por la realización completa del proyecto: concebir, diseñar, construir y poner en funcionamiento una obra que el propio constructor ha proyectado, conforme a determinados requerimientos y características contratadas con el promotor.

El constructor realiza las tareas propias del proyectista y asume las obligaciones del constructor, tales como suministro y transporte de materiales y la ejecución material de la obra. Asume generalmente, y bajo ese enfoque de responsabilidad global, otras obligaciones: realización de la urbanización interior y exterior; instalaciones y conexiones a red general; obtención de las licencias necesarias para la ejecución de las obras, así como la obtención de cualquier licencia, permiso y autorización, de forma que el contratista entregue el proyecto inmobiliario al propietario en condiciones de operar.

2) El contrato llave en mano es el resultado de una evolución de la demanda, a la que los constructores se han ido adaptando. Su uso se circunscribe normalmente a la construcción de edificios industriales, de servicios o comerciales (hoteles, hospitales, centros comerciales u oficinas), en los que el contratista tiene un alto grado de especialización.

3) Características básicas: diferencias básicas respecto al contrato de obra "tradicional" (*design then bid*):

- En el contrato llave en mano, desaparece la tradicional relación tripartita (promotor-arquitecto-constructor) propia de los contratos de obra (en los que el constructor construye conforme al proyecto/diseño provisto por el arquitecto del promotor); y se sustituye por una relación bilateral promotor-constructor (quien asume el proyecto/diseño o concepción del proyecto).

En el contrato de obra tradicional, la actividad del promotor consiste en la contratación del proyectista y, por tanto, la elaboración del proyecto técnico; tramitación de las licencias y autorizaciones necesarias; contratación de la dirección facultativa; contratación con uno o varios constructores para la ejecución de la obra, y la obtención de las legalizaciones y licencias necesarias para la primera ocupación, apertura y funcionamiento. La actividad del constructor se limita a la ejecución de la obra contratada (con aportación de los medios humanos y materiales necesarios) con sujeción al proyecto elaborado por el promotor.

- En el contrato "llave en mano", la actividad del promotor consiste solamente en la contratación de las obras sobre la base, generalmente, de un anteproyecto junto con sus especificaciones técnicas y memoria de calidades; y la supervisión de la elaboración del proyecto técnico y de su posterior ejecución.

La actividad del constructor, sin embargo, se extiende a las siguientes tareas: contratación del proyectista y elaboración del proyecto técnico; tramitación y obtención por cuenta del promotor de las licencias y autorizaciones necesarias; designación de la dirección facultativa; ejecución de la obra con aportación de los medios humanos y materiales necesarios, y legalización de las instalaciones y tramitación y obtención de las licencias de primera ocupación, apertura y puesta en funcionamiento.

No debemos confundir contrato llave en mano con contrato a tanto alzado: todo contrato llave en mano pretende ser a precio alzado o precio cerrado; pero no todo contrato a precio alzado es un contrato llave en mano.

- Generalmente existe una escasa intervención del promotor en la concepción detallada del proyecto (*design*); a diferencia de los contratos tradicionales, el contrato llave en mano se firma antes de estar redactado el pro-

yecto de ejecución. Esta estructura implica que el cliente pierde el control sobre la redacción detallada del proyecto.

Las especificaciones técnicas generales que se adjunten al contrato (provisas o aprobadas por el promotor) deben describir (I) las principales características arquitectónicas y de calidades y (II) el destino de la edificación que ha de ser proyectada y construida.

La descripción detallada de la obra tiene lugar durante la ejecución del contrato. El constructor debe elaborar el proyecto de ejecución de conformidad con las especificaciones técnicas generales y el anteproyecto o, en su caso, el proyecto básico que se adjuntó al contrato. Esta situación requiere realizar las siguientes consideraciones:

- Como hemos señalado anteriormente, se produce una cierta indeterminación del objeto en el momento de celebrarse el contrato que se resuelve mediante un encargo en favor del constructor para que finalice las labores de diseño conforme a los parámetros técnicos, de calidades y funcionales acordados. Como ha quedado indicado más arriba, esta situación puede generar interrogantes para el promotor, al perder el control del diseño.

En la práctica, esta situación debe resolverse mediante la inclusión de unas especificaciones técnicas y de calidades completas y adecuadas y en caso de alguna laguna; se debería pactar el tomar como referencia un estándar o las características técnicas y de calidad de otra edificación similar ya construida y perfectamente identificable.

- El constructor cuenta con amplios derechos para modificar el proyecto, pero conviene establecer contractualmente que deberán respetarse en cualquier caso los parámetros técnicos, de calidades y funcionales garantizados y pactados en el contrato.

El constructor, por tanto, responde de las posibles lagunas y omisiones de que pueda adolecer el proyecto técnico.

Como contrapartida, los derechos del promotor a introducir modificaciones quedan restringidos (y dan lugar generalmente a una compensación en los costes).

Sin embargo, el promotor está facultado para exigir que el proyecto técnico sea coherente con el proyecto básico (o anteproyecto) y el resto de documentación técnica (especificaciones técnicas y de calidades) que se anexan al contrato y que, por tanto, el proyecto técnico de ejecución sea un desarrollo de lo ya pactado en estos documentos. Normalmente esta situación suele plantear discrepancias, para lo cual se suele acudir a un "experto técnico" o tercer

arbitrador (actuando como experto y no como árbitro) que dirime si las previsiones del proyecto de ejecución son o no coherentes con los parámetros acordados por las partes.

- Asimismo, existe generalmente una escasa intervención del promotor en la ejecución de la obra. El constructor cuenta con libertad para ejecutar las obras del modo que considere adecuado, siempre que el resultado se adecue a las especificaciones técnicas acordadas. El promotor suele contar con un control muy limitado sobre la obra y, en general, no debe interferir en las obras del constructor. La intervención del promotor en la obra suele estar limitada a controlar el cumplimiento del programa de obras y que la calidad obedezca a la pactada.
- Es preciso destacar que en una misma obra, compleja, suelen plantearse una combinación de contratos de obra muy diferentes; así, por ejemplo, los denominados contratos llave en mano "mixtos", en los que el promotor celebra un contrato tradicional de construcción para una parte del proyecto (cimientos y estructura) y un contrato "llave en mano" para el resto de la obra; o los llamados contratos llave en mano "parciales", en los que el promotor celebra un contrato tradicional para la ejecución de la obra en su conjunto y un contrato "llave en mano" para determinadas partes especializadas (sistemas de aire acondicionado y ventilación, por ejemplo); o los llamados contratos "semi-llave en mano", en los que el promotor suscribe varios contratos tradicionales y un contrato "llave en mano" cuyo contratista es responsable de la coordinación de los demás contratistas; o, finalmente, varios contratos "llave en mano", en los que el promotor suscribe varios contratos llave en mano para distintas partes de la obra, estando agrupados todos los contratistas bajo una UTE, para garantizar así la coordinación de todos los contratistas.

3) Ventajas: El contrato llave en mano ofrece las siguientes ventajas:

- Mayor seguridad y certeza respecto al precio, que generalmente será un importe a tanto alzado. Esta ventaja es común a cualquier otro tipo de contrato de obra a tanto alzado, si bien en la modalidad llave en mano, el concepto precio alzado se extiende también a la fase de diseño del proyecto.
- Se garantiza la ausencia de indefinición en el proyecto y por tanto certeza en el precio y en el calendario; por cuanto que el constructor asume la doble tarea de diseñar o proyectar y ejecutar la obra, por lo que no podrá reclamarse incrementos del precio de la obra como consecuencia de indefinición del proyecto constructivo, es decir, de la existencia de lagunas o partes de obra no expresamente contempladas o definidas en el proyecto.
- Simplificación de las relaciones jurídicas entre las partes contratantes, por cuanto que se reúne en una única parte las funciones de proyectista y con-

tratista y, por tanto, se evita la falta de coordinación en caso de que existieran dos personas diferentes para cada una de dichas tareas y se simplifica la determinación de las responsabilidades en caso de incumplimiento. En el supuesto de aparición de defectos, al promotor se le allanaría el camino en sus reclamaciones por cuanto que no debería emplear esfuerzos y sería irrelevante, en las relaciones promotor-constructor, cualquier discusión relativa a identificar si se trata de un defecto de diseño o de ejecución de obra.

- Sin embargo, esta figura presenta para el promotor algún inconveniente, como es la pérdida del control en la definición del proyecto (diseño y redacción de los proyectos técnicos), limitaciones para la realización de modificaciones y en algunos supuestos restricciones en cuanto al derecho de desistimiento que establece en su favor el artículo 1.594 del CC.

Para el constructor, esta figura presenta como inconveniente los riesgos derivados de la aceptación de un precio alzado, así como la asunción de determinados riesgos que en la contratación tradicional le son ajenos (riesgos y responsabilidades del proyectista, obtención de licencias, etc.).

3.4. Obligaciones esenciales del contrato de obra

Las obligaciones más relevantes del promotor son el pago del precio convenido y la recepción de la obra cuando se cumplan las condiciones pactadas; adicionalmente, el promotor asume una serie de obligaciones de carácter legal (ostentar la titularidad de un derecho sobre el suelo que le dé derecho a construir en él y proceder a la obtención de las licencias necesarias, contratación de los seguros exigidos legalmente, obtención, recopilación y entrega de la documentación de la obra ejecutada, etc.), y otras de colaboración encaminadas a posibilitar al constructor el cumplimiento de sus obligaciones; adicionalmente, el promotor puede asumir contractualmente otra serie de obligaciones.

Las obligaciones más importantes y relevantes del constructor son la ejecución de la obra conforme al proyecto técnico, libre de vicios y defectos, y su entrega en el plazo acordado; adicionalmente, el constructor puede asumir contractualmente otra serie de obligaciones, incluso otras que son propias del promotor, como hemos analizado al tratar los contratos "llave en mano".

La obligación esencial del constructor es la ejecución de la obra conforme al proyecto técnico y conforme al resto de los pactos del contrato; adicionalmente, y conforme al artículo 11.2.a) LOE, el constructor, como agente de la edificación al que se le exige tener la capacitación profesional suficiente (artículo 11.2.b) LOE), debe ejecutar la obra conforme a las reglas, conocimientos, principios y técnicas del arte de la buena construcción vigentes al tiempo de

ejecución de la obra y a los usos de su profesión (*lex artis*). Las normas básicas de la edificación y reglamentos técnicos (por ejemplo el CTE) son parte integrante de la *lex artis* y, por tanto, son directamente exigibles al constructor.

Conforme al artículo 11.2.^a) LOE, son obligaciones del constructor ejecutar la obra con sujeción al proyecto, a la legislación aplicable y a las instrucciones del director de la obra y del director de la ejecución de la obra, a fin de alcanzar la calidad exigida en el proyecto.

3.5. Objeto del contrato de obra

El objeto del contrato es, adicionalmente al precio, la obra ejecutada y, por tanto, un resultado que debe reunir las cualidades prometidas de aptitud e idoneidad. Y, como hemos indicado, la obra debe ser completa, correcta (libre de vicios y defectos) y conforme a lo pactado, por un precio y entregada en el plazo convenido.

La obra ejecutada debe ser la que se define proyecto técnico y deberá respetar las instrucciones de la dirección facultativa y cumplir con las exigencias de la *lex artis*.

Dependiendo del tipo de contrato de obra (por ejemplo, en el caso de los contratos de obra "llave en mano", en los que se amplían las obligaciones del constructor), se pueden incorporar obligaciones adicionales para el constructor, que pasan a formar parte del objeto del contrato; sirva lo siguiente como ejemplo, propio de los contratos de obra "llave en mano":

- 1) la gestión global del proyecto tanto a nivel técnico como económico y, por tanto, el diseño del proyecto y la construcción de la obra (naves, edificios, etc.), y, generalmente en proyectos complejos, la ejecución de obras de urbanización interior (accesos, jardines, infraestructuras de suministros, etc.);
- 2) la supervisión del diseño del proyecto técnico; asumiendo frente al promotor las responsabilidades atribuidas al proyectista por la LOE (sin perjuicio del ejercicio de las acciones de repetición);
- 3) las gestiones necesarias para la obtención y pago de las licencias necesarias para la ejecución del proyecto;
- 4) la coordinación de los diversos subcontratistas;
- 5) la planificación, seguimiento y control de calidad de las obras;

- 6) el pago de todos los honorarios y suplidos de la obra (honorarios devengados por los arquitectos de diseño y la dirección facultativa, pagos por suministro de los materiales, pagos a subcontratistas, etc.);
- 7) la ejecución total con suministro de materiales de la obra;
- 8) la redacción y aprobación del Plan de seguridad y salud y la coordinación del cumplimiento de la normativa de seguridad y salud de las obras;
- 9) la obtención y pago de los visados correspondientes y licencias de apertura y funcionamiento, y
- 10) la contratación de los seguros pactados y el pago de sus primas.

3.6. Precio y forma de pago

3.6.1. Métodos de fijación del precio en el contrato de construcción

Dependiendo del tipo o modalidad de contrato de construcción, cabe establecer diversas fórmulas para determinar el precio de la obra. Las más comunes son las siguientes:

1) **Precio alzado (*lump sum*)**, al que se refiere el artículo 1.593 CC, por el que se pacta un precio único y global para la obra en su conjunto o para una parte concreta de la obra. Sus características son las siguientes:

- El precio pactado es invariable, por cuanto que el constructor no podrá pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el coste del personal empleado en o para la obra o el coste de los materiales. Por tanto, el constructor asume el riesgo de que los costes y gastos efectivos sean superiores a los presupuestados. Asimismo, el constructor asume el riesgo de un cálculo erróneo de las cantidades de obra que sean finalmente ejecutadas, de la valoración económica de las mismas, del calendario de ejecución, etc. (el artículo 1.593 CC establece que el contratista:

"(...) no puede pedir aumento del precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales".

- Implica la existencia, en palabras del Código civil, de un plano convenido y de un presupuesto cerrado; por lo que difícilmente un constructor puede asumir el riesgo anteriormente indicado si no existe, ha analizado y ha aceptado, un proyecto de ejecución con total, completa y perfecta definición de la obra a ejecutar hasta sus últimos extremos. Esta perfecta definición de la obra es asimismo una protección para el promotor, pues

constituye su garantía de que lo efectivamente ejecutado responderá a sus objetivos y expectativas.

- El precio alzado puede ser objeto de revisión, porque así queda establecido expresamente en el contrato o por aplicación, no siempre posible, de las situaciones excepcionales que analizamos más abajo. En definitiva, el precio alzado no es siempre un precio fijo (*fixed price*).
- En este tipo de contratos concurren tres características básicas: invariabilidad del precio, presupuesto cerrado y el constructor asume el riesgo. Es importante destacar que la modalidad de precio alzado es la que mejor se adapta a los contratos "llave en mano".

2) **Precio unitario o por unidad de medida (*unit-price*)**, al que se refiere el artículo 1.592 CC, por el que se pacta un precio mediante la fijación de precios unitarios por pieza o cantidad o en función de módulos: a razón de tanto por unidad de obra o de medida (metros cuadrados de excavación, metros cuadrados de pared, pilares, etc.). En este tipo de cláusulas es habitual la inclusión de anexos de precios unitarios, calculándose el precio de la obra mediante la aplicación de dichos precios unitarios a las cantidades de obra ejecutadas, que son objeto de medición, por especialistas (*quantity surveyors*).

3) **Por administración o precio de margen fijo (*cost plus fee*)**, por el que se pacta un precio en función del coste incurrido y debidamente acreditado por el constructor en la ejecución de la obra, al que se le suma un margen en favor del constructor. En definitiva, el precio se fija mediante la suma de los siguientes factores: coste del trabajo, coste de los materiales y beneficio industrial del constructor.

El constructor asume la obligación de ejecutar la obra y de adquirir los materiales precisos para su realización por encargo o delegación expresa del comitente, y el promotor abona el coste efectivo de mano de obra, materiales utilizados y demás gastos, además de un margen de "beneficio industrial", que puede ser un porcentaje del coste efectivo de obra o, alternativamente, una cantidad alzada.

Este sistema exige un estrecho control del coste por parte del promotor, que es incompatible con muchas de las situaciones en las que se puede encontrar el promotor, tales como situaciones en las que el promotor no tiene apenas intervención en la ejecución de la obra (como es habitualmente el caso en los contratos llave en mano).

Es común que en un mismo contrato coexistan varias de las fórmulas antes indicadas, dependiendo de lo que hayan libremente pactado las partes, siendo frecuente combinar un precio alzado con precios unitarios para determinadas unidades.

Ejemplo

Por ejemplo, las obras bajo rasante.

Las partes gozan de plena autonomía para acordar que el precio, que generalmente consiste en una suma de dinero, pueda fijarse en cualquier otro tipo de prestación.

3.6.2. Precio cierto y su indeterminación

El artículo 1.544 del CC establece que el precio debe ser "**precio cierto**". Que el precio sea cierto significa que esté determinado al celebrarse el contrato o que sea determinable; como ya se ha indicado anteriormente, precio cierto no significa precio fijo.

Se discute las consecuencias en caso de que el precio pactado en el contrato no sea cierto. Son numerosas las resoluciones judiciales que afirman que la indeterminación contractual del precio no es causa de nulidad, por lo que no es requisito esencial que quede determinado al tiempo de celebrarse el contrato o que éste establezca la fórmula o reglas para su determinación, siendo suficiente que pueda determinarse posteriormente o por los propios interesados o por un tercero o a través de tasación pericial emitida en atención al coste de los materiales y la mano de obra.

A este respecto, cabe realizar las siguientes consideraciones:

1) En primer lugar, y como se ha analizado anteriormente, la calificación del contrato es determinante para poder aplicar la anterior doctrina jurisprudencial, pues en caso de que el contrato debiera ser calificado de compraventa, la consecuencia sería la nulidad del mismo (artículos 1.445 y ss. del CC).

2) Coincidimos con esta solución, pues en caso de nulidad las consecuencias de la misma acarrearía consecuencias muy negativas para el constructor, pues devendría imposible la restitución de las prestaciones (solución posible en el campo de la compraventa), produciéndose, en principio, un enriquecimiento en favor del promotor. Este hecho puede ser un criterio determinante para poder calificar, en caso de duda, un contrato de compraventa o de arrendamiento de obra.

3) Las anteriores reflexiones no nos deben llevar a relajar las cláusulas del contrato de obra relativas a la determinación del precio, pues aunque ello no implique su nulidad, sí que implica una inseguridad para ambas partes (y para terceros, como es el caso de los financiadores del constructor y del promotor) en cuanto al coste efectivo de la obra, que en tales casos podría venir finalmente determinado, muy seguramente, por un tercero ajeno a la relación comercial (dictamen de un perito); por ello, resulta aconsejable, en supuestos de dificultad o de complejidad en la concreción contractual de la fórmula de determinación del precio, establecer las reglas que sirvan para determinar el pre-

cio: nombramiento en ese momento de un experto o técnico independiente o de las reglas a seguir para su nombramiento, reglas para determinar el coste de las obras por referencia a índices, reglas que deba seguir ese experto, etc.

4) En supuestos de falta de determinación del precio y en caso de desacuerdo, el Tribunal Supremo, en aras a respetar el principio de conservación de los negocios jurídicos, ha venido manteniendo que el precio quedará fijado por la determinación que resulte de la tasación pericial de la obra. Asimismo, el Tribunal Supremo ha aplicado, sobre el coste de la obra acreditado por dicha pericial, el margen usual de beneficio industrial en el sector de la construcción, que esta jurisprudencia fija en el 15%, salvo cualquier otro debidamente acreditado.

3.6.3. Revisión del precio en el contrato de obra

Tal como señalábamos anteriormente, el hecho de que exista un precio alzado no significa que en determinados casos no pueda ser susceptible de variación:

1) **Existencia de pacto expreso que así lo prevea.** Entre las cláusulas de revisión del precio más habituales, cabe destacar las siguientes:

- *rise and fall clauses*, por las que se transfiere al promotor el riesgo de inflación sobre los costes de la mano de obra y materiales;
- *variation clauses*, por las que se incrementa el precio en caso de que el promotor ordene modificaciones en el proyecto (nos remitimos al apartado relativo a "*Modificaciones de la obra*"); así, se establece en el 1.593 CC que:

" (...) no puede pedir aumento del precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales; pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca un aumento de obra, siempre que hubiera dado su autorización el propietario".

- *hardship clauses*, por las que se incrementa el precio en caso de acontecimientos imprevisibles que rompan el equilibrio contractual (cláusulas de salvaguardia).

En cualquier caso, en contratos de precio alzado (artículo 1.593 CC) el constructor no podrá exigir la aplicación de los anteriores supuestos y, por tanto, exigir revisión de los precios, salvo que se haya previsto expresamente en el contrato.

2) **Aplicabilidad del principio *rebus sic stantibus*.** Numerosas han sido las sentencias que han abordado esta cuestión, creando una doctrina muy completa de la que cabe destacar los siguientes principios básicos:

- Sólo puede invocarse en contratos a largo plazo, tracto sucesivo o de ejecución diferida.

- No procede su aplicación cuando la mayor onerosidad sobrevenida entra en el *aleas* del contrato (el principio de riesgo y ventura es posiblemente el principio más característico del contrato de obra).
- Ha de producirse una alteración de las circunstancias que alcance dimensiones extraordinarias.
- Total imprevisibilidad de las circunstancias con las que se contaba al tiempo de contratar.
- Se ha de producir una exorbitante desproporción entre las prestaciones de las partes o una excesiva onerosidad para una de ellas.
- Inexistencia de otro medio para remediar y salvar el perjuicio.
- Aplicación restrictiva pues no puede suponer una quiebra del principio *pacta sunt servanda*.

El campo de aplicación de esta doctrina a los contratos de obra resulta, a nuestro juicio, bastante reducido, dado que tan solo es aplicable en supuestos muy concretos. Sin embargo, en caso de que el promotor pretenda, si no reducir aun más el riesgo de aplicación de esta doctrina, al menos delimitar la incertidumbre de su aplicación, puede resultar aconsejable regular expresamente los supuestos en que, por sus dimensiones extraordinarias, las partes acuerdan revisar el precio del contrato.

Así, por ejemplo, podría establecerse que cabe la revisión de precios en el supuesto de que se produjera en el mercado un incremento de precio de alguno de los materiales por encima de un porcentaje (por ejemplo, un 20%) (pero excluyendo expresamente incrementos de varios materiales que, sumados, excedan de dicho porcentaje) y siempre que el constructor acredite dicho incremento y que el mismo haya afectado a los suministros utilizados en la obra; pudiéndose pactar que ese incremento del coste, por encima del citado porcentaje, se reparta entre las partes, por ejemplo, por mitades.

3.6.4. Consideraciones prácticas en cuanto a las cláusulas contractuales que tienen como objetivo la fijación del precio como precio alzado

1) Es preciso asegurar el principio de invariabilidad del precio; y, en tal sentido, ha de quedar clara la voluntad de las partes de fijar un precio normativo como tope a pagar por el promotor. Así, por ejemplo, suele estipularse expresamente en el contrato que es un contrato por precio cerrado, entendiéndose por tal que la obra ha sido adjudicada por un precio único, cierto y previamente determinado a tanto alzado, cerrado por las partes en base al proyecto técnico que se adjunta al contrato, y no susceptible de variación alguna, sea cual fuere el número de unidades o medición de las mismas que se hagan necesarias para la total ejecución y terminación de la obra contratada en sus calidades, condi-

ciones y plazo que se establecen en el contrato. Suele estipularse también que en dicho precio se encuentra ya incluida y considerada la revisión de precios para toda la ejecución de la obra.

2) A fin de asegurar ese precio alzado, el promotor habitualmente requiere al constructor que asuma los riesgos relativos al suelo, al proyecto técnico, a las variaciones en el coste de materiales y de la mano de obra, y cualquier otro riesgo y circunstancia.

3) Así, por ejemplo, cabe que el constructor declare en el contrato que ha realizado o revisado los estudios técnicos relativos a la composición del suelo y asuma cualquier riesgo por circunstancias imprevistas en la condición del suelo (por ejemplo, existencia de aguas subterráneas o geología que encarece la obra) o por la existencia de elementos o sustancias extrañas (tales como ruinas, residuos o contaminación). En este sentido, cabe exigir al constructor que reconozca en el contrato que, antes de la firma del contrato, ha comprobado, examinado e inspeccionado el emplazamiento de la obra y sus especificaciones (incluidas la naturaleza y características del solar) y sus alrededores, así como los medios de acceso, que conoce las características geológicas y geotécnicas del terreno, a través del estudio geotécnico, y que, por tanto, renuncie contractualmente a cualquier reclamación u objeción amparada en el desconocimiento de tales extremos.

La inclusión de este tipo de cláusulas no pretende alterar por vía contractual el régimen de obligaciones y responsabilidades establecidos en la LOE, que en el caso de análisis (estudios del suelo) corresponde al proyectista (dado que la no inclusión de un estudio geotécnico es responsabilidad del proyectista), sino minimizar los riesgos de que situaciones no previstas requieran modificaciones del proyecto técnico y, por tanto, de la obra, que facultarían al constructor a exigir una variación en el precio y, posiblemente, en el plazo de ejecución.

4) Asimismo, y a título de ejemplo, cabe pactar contractualmente que el proyecto técnico (incluidas las especificaciones técnicas y la memoria de calidades) que se adjunta al contrato ha sido revisado y aprobado por el constructor, y que el proyecto ejecutivo es completo y suficiente para que consiga el objetivo pretendido, sin necesidad de ulterior definición, desarrollo o aclaración a nivel de proyecto; de tal modo que, en el supuesto de que para su ejecución fuese precisa la realización de alguna actuación no prevista en dicho proyecto técnico, deberá ser realizada por el constructor, estando comprendida su ejecución en el precio cerrado. En tales casos, el constructor suele asumir y responsabilizarse de las mediciones del proyecto.

5) En este sentido, el constructor suele manifestar además que es conocedor del trabajo y de los materiales necesarios para llevar a cabo la obra, y que asume cuantos riesgos se deriven de variaciones en el coste de personal, materiales y/o suministros. Asimismo, suele reconocer que antes de la firma del contrato ha

comprobado la disponibilidad de mano de obra y materiales, medios de transporte y alojamiento para el personal, etc., no cabiendo, por tanto, reclamación ni objeción alguna amparada en su desconocimiento de tales extremos.

6) Finalmente, suelen pactarse cláusulas de cierre, en virtud de las cuales el constructor asume cualesquiera otros riesgos, contingencias o circunstancias que puedan tener impacto en las obras y, en consecuencia, en el coste.

3.6.5. Pago del precio: modalidades

El pago del precio de la obra es la obligación fundamental del promotor de la obra, que, conforme al artículo 1.599 CC, debe pagarse al hacerse entrega de la obra, salvo pacto o costumbre en contrario. En consecuencia, para determinar el momento del pago, se estará en primer lugar a lo pactado, en segundo lugar a la costumbre y, en defecto de ambos, a lo dispuesto en dicho artículo 1.599 CC.

Rige en este asunto el principio de autonomía de la voluntad sin restricción alguna y, de hecho, la práctica revela múltiples fórmulas y modalidades de pago, dependiendo de las circunstancias de cada caso y negociación. Resumimos a continuación algunos de los más comunes:

1) pago contra certificaciones de obra, a emitir generalmente con periodicidad mensual;

2) pagos parciales de carácter periódico (de carácter mensual o trimestral), no sobre la base de mediciones (formalizadas o no en certificaciones de obra), sino de conformidad con un calendario fijo de pagos, que no coincide necesariamente con el coste efectivamente incurrido por el constructor en cada momento del calendario, pero que sí ha de ser coherente con el avance de la obra;

3) pagos parciales, igualmente periódicos, coincidentes con la finalización de determinados hitos de obra (*milestones*), tales como la terminación de la cimentación o de la estructura, o el cerramiento del inmueble.

En estos dos últimos casos, suele exigirse igualmente la emisión de certificaciones de obra, si bien con efectos diferentes: se emiten certificaciones parciales de la ejecución de la obra, sin valoración económica, cuya finalidad es la de acreditar la evolución de los trabajos y el cumplimiento del programa de las obras que generalmente se adjunta al contrato de obra.

A nuestro juicio, dichos pagos parciales deben ser considerados, salvo pacto en contrario y dependiendo de la modalidad de contratación, como anticipos o pagos a cuenta del precio, que es plenamente exigible en el momento en que el constructor haya cumplido con sus obligaciones contractuales. En efecto, estos pagos son provisionales y llevan implícita la condición de que el promotor reciba la obra en los términos y plazo pactados. Dichos pagos no presumen la

recepción ni la aprobación de la obra, ni implican un reconocimiento de cumplimiento del constructor de sus obligaciones. Cuando las obras se contratan para entregarse llave en mano sólo podrá estimarse cumplida la obligación del constructor cuando la obra esté terminada, aunque antes se hayan abonado liquidaciones provisionales a cuenta del precio que resulte de la liquidación definitiva.

Lo anterior debe ponerse en el contexto de la modalidad de contratación, pues si la obra hubiese sido contratada conforme a lo establecido en el artículo 1.592 CC (obra por piezas), y salvo pacto en contrario, el constructor podría exigir al promotor que la reciba, y por tanto la apruebe y abone su precio, por partes. En ese sentido, el citado precepto dispone que, en tal caso, se presumirá aprobada y recibida la parte satisfecha.

3.6.6. Certificaciones de obra

Las certificaciones de obra son documentos que (a) acreditan la realización (generalmente parcial) de la obra contratada, (b) que legitiman al constructor para el cobro parcial del precio de la obra y (c) que requieren, para su válida emisión, el cumplimiento de un procedimiento de aprobación y firma por determinados profesionales, todo ello conforme a los pactos contenidos en el contrato de obra.

El proceso habitual de aprobación y emisión de las certificaciones de obra es el siguiente:

- 1) La certificación es emitida por el constructor y certifica el valor de las unidades de obra completamente ejecutadas durante el periodo de referencia (generalmente, mensual); el contrato debe establecer si el constructor está legitimado para certificar el valor de los materiales, equipos e instalaciones acopiados en la finca.
- 2) El importe que figura en cada certificación constituye el valor final del trabajo ejecutado (incluido el beneficio industrial).
- 3) Suele exigirse la entrega por el constructor, junto con la certificación, de documentos adicionales acreditativos del cumplimiento de sus obligaciones fiscales, laborales y frente a la Seguridad Social y frente a sus subcontratistas.
- 4) El promotor y la dirección facultativa deben dar su conformidad a la certificación de obra presentada en un plazo determinado (que suele oscilar entre cinco y diez días hábiles). La conformidad dada no tiene otra significación que la de ir entregando al constructor cantidades a cuenta del precio en una cuantía proporcional al valor de la obra ejecutada. Su aprobación y su pago no implica la recepción provisional o definitiva de las unidades de obra ejecutadas y pagadas, ni la conformidad con las unidades de obra ejecutadas.

5) En caso de disconformidad por parte de la dirección facultativa, el constructor deberá eliminar la unidad o unidades objeto de disconformidad de la certificación de obra en cuestión, para su subsanación o aclaración en la próxima certificación, expidiendo una nueva certificación. En caso de que la disconformidad provenga únicamente del promotor, normalmente se pacta la intervención de un técnico independiente (la dirección facultativa u otro tercero). Para no retrasar el pago de las certificaciones, es asimismo frecuente modificar la certificación conforme al requerimiento del promotor, solventándose la disconformidad en la certificación siguiente.

6) Del importe de cada certificación se descuenta el porcentaje acordado en concepto de retención, en garantía de cualesquiera daños, vicios o desperfectos, y para hacer frente a los trabajos de subsanación y reparación de dichos daños, así como en garantía de las penalidades y demás obligaciones pecuniaras del constructor conforme al contrato.

7) La emisión de certificaciones de obra no sustituye la emisión de facturas, que deben cumplir con los requisitos exigidos por la normativa fiscal: de hecho, el promotor exige su recepción con anterioridad al pago de la certificación. Habitualmente se suele pactar un plazo (15, 30, 60 o 90 días) desde la emisión de la certificación (y la factura) para que su pago devenga exigible.

8) Finalmente, debemos destacar que el director de la obra debe conformar las certificaciones parciales de las unidades de obra ejecutadas (artículo 12.3, letra c de la LOE). Asimismo, el director de la ejecución de la obra debe suscribir las certificaciones (artículo 13.2.c) de la LOE).

3.6.7. Aspectos relevantes que conviene tener en cuenta en la redacción y negociación del contrato de construcción

1) **Propiedad y posesión de la obra.** La transmisión al promotor de la propiedad de la obra ejecutada se produce por accesión, a medida que se vaya ejecutando. El contrato de obra suele incluir la obligación del constructor de transmitir el título de propiedad libre de todo tipo de derechos de preferencia, reclamaciones, garantías reales u otros derechos o gravámenes.

Tradicionalmente, la ejecución de la obra por parte del constructor venía acompañada de la cesión por parte del promotor de la posesión del solar al constructor. Se entendía que la mejor fórmula para trasladar al constructor todos los riesgos derivados de la ejecución de la obra (destrucción de la obra, daños a terceros, etc.) era dar la posesión del solar al constructor.

La cesión de la posesión implicaba, sin embargo, otros riesgos para el promotor, en casos de controversia con el constructor, por cuanto que el promotor no podía privar al constructor de la posesión, por ser ésta susceptible de especial protección por nuestras leyes.

Por estos motivos, ha devenido habitual en la práctica que el promotor se reserve la posesión, de modo que el constructor ejecute las obras en tanto que mero servidor de la posesión (*as a mere licensee*).

Es constante la jurisprudencia y reiterada la doctrina que sostienen que el constructor no tiene una posesión del inmueble *stricto sensu*, sino tan sólo lo que los antiguos llamaron una mera detentación o posesión en nombre de otro, que no está protegida de forma especial. El constructor es un mero o simple servidor de la posesión del constructor, siendo el dueño de ella el verdadero poseedor.

Esta figura tiene amparo legal en nuestro ordenamiento: el artículo 431 CC prevé situaciones que, por su extrema debilidad y dependencia, no pueden ser amparadas frente al dueño o poseedor superior de la cosa. En el mismo sentido, el artículo 444 CC señala que "los actos meramente tolerados no afectan a la posesión" o no "aprovechan" (1.942 CC) a la posesión los actos "en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño". La justificación de esta afirmación aplicada al contrato de obra es que el constructor no desarrolla su actividad en el solar en su nombre y con independencia, sino subordinado al propietario, mientras que para que haya posesión tiene que haber cierta autonomía y no la simple tenencia al servicio de otro y bajo su dependencia estricta.

El promotor debe garantizar al constructor el derecho de acceso al interior del inmueble, que sólo puede restringirse por requerimientos razonables del promotor por motivos de seguridad. Sin embargo, el constructor suele ser responsable de gestionar y costear el acceso al inmueble desde el exterior (accesos por carretera, señalización y obtención de los permisos necesarios).

Como analizaremos más adelante, el constructor asume el riesgo de pérdida de la obra hasta el momento de la entrega de la obra al promotor (artículos 1.589 y 1.590 CC).

2) Modificaciones de la obra

a) Consideraciones generales: las modificaciones son consustanciales a la propia ejecución de una obra. A diferencia de los contratos administrativos, el CC no reconoce expresamente la facultad del promotor de introducir modificaciones en el proyecto y, por ende, en la obra; por lo que, en principio, el promotor no goza de una facultad *ex lege* para imponer esa modificación al constructor.

El artículo 11.2 LOE incluye entre las obligaciones del constructor la de soportar modificaciones; pero, a nuestro juicio, la LOE está aquí pensando más en las modificaciones de carácter técnico que ordene la dirección facultativa, que en las modificaciones que voluntariamente ordene el promotor de modo unilateral.

Los supuestos de modificación pueden ser muy variados: por inviabilidad técnica, en cuyo caso el constructor no puede oponerse a ellos; o por inviabilidad legal (requerimientos de licencia o urbanísticos, etc.), que deben asimismo ser soportados por el constructor, sin perjuicio, en ambos casos, del posible impacto que dichas modificaciones puedan tener en precio y plazo.

Otros supuestos de modificación pueden ser por motivos económicos (abaratamiento de la obra) o comerciales (requerimientos de arrendatarios o usuarios finales). El constructor debe aceptar las modificaciones introducidas al proyecto técnico (aumentos o reducciones) de carácter simple que no impliquen una novación objetiva del contrato, incluso en caso de que no medie pacto expreso entre las partes y sin que sean relevantes las razones o causas de dicho modificación. En cualquier caso, es conveniente que el promotor se reserve esta facultad en el contrato de obra.

Indudablemente, cuando la relación contractual entre el constructor y el promotor es de naturaleza compleja (así, por ejemplo, en el caso de una permuta de solar por construcción u otras figuras que están más próximas a la compra-venta que a la ejecución de obra), esta facultad de introducir variaciones o modificaciones queda fuertemente restringida. El contenido de este derecho, la forma de ejercitarse y las consecuencias de su ejercicio suele estar regulados en los contratos de obra.

b) Limitaciones: el derecho del promotor de introducir modificaciones no puede interpretarse como un derecho ilimitado y unilateral. Así, suelen imponerse diversas restricciones en la práctica.

En primer lugar, es preciso destacar que tales restricciones son lógicas, en cuanto pueden alterar por completo el objeto material del contrato, tanto por defecto (reducción del tamaño de la obra, que podría interpretarse como un desistimiento del artículo 1.594 CC), como por exceso (incremento de la obra); conviene tener en cuenta que, en grandes obras o de gran complejidad, el constructor ha tenido que planificar y organizar la ejecución de la obra convenientemente, incluso coordinarla con otras que pudiera tener igualmente en marcha, incluso la contratación de personal y de subcontratistas especializados, que una modificación puede afectar gravemente a esa planificación de tal forma o en tales proporciones que supondría una modificación esencial de las bases del contrato, por afectar a la concepción misma del proyecto.

Por tanto, se suelen establecer límites cuantitativos que, en caso de excederse por defecto o por exceso, requieren el consentimiento del constructor. En este sentido, suele establecerse que las modificaciones no pueden exceder un porcentaje del valor total de las obras (dependiendo del tipo de obra, dicho porcentaje suele variar entre un 15% y un 25%).

Las modificaciones no pueden afectar a unidades ya ejecutadas o de ejecución inmediata, o a pedidos contratados en firme por el constructor, salvo que el promotor asuma el perjuicio ocasionado.

Las modificaciones, por lo general, dan derecho al constructor a ajustes en el plazo de ejecución y en el precio, que, como establece el artículo 1.593 CC, exige el consentimiento del dueño.

En cuanto a la forma requerida para dicho consentimiento, es preciso destacar que no se requiere constancia escrita ni en forma determinada.

c) Procedimiento: solicitud y aceptación de las modificaciones. Habitualmente, el contrato establece el procedimiento para la aprobación de modificaciones; procedimiento que pretende ser breve y simple a fin de minimizar cualquier incidencia que podría afectar negativamente a la marcha de la obra. A continuación detallamos uno de los procedimientos más habituales.

El promotor deberá notificar al constructor de las modificaciones propuestas, y éste deberá pronunciarse, en un plazo breve (a modo de ejemplo, 10 o 20 días), sobre si la citada modificación conlleva un coste adicional o un plazo mayor de ejecución; si así fuere, deberá comunicar cuáles van a ser los costes adicionales, tanto los directamente imputables a dicha variación como los indirectos (gastos generales) derivados del mayor plazo de ejecución de las obras, o dicho mayor plazo de ejecución.

El promotor podrá aceptar o no el coste adicional y el mayor plazo de ejecución propuestos dentro de un plazo breve (por ejemplo, 5 o 10 días). En caso de aceptación, el coste adicional especificado por el constructor se añadirá al precio, abonándose el mismo al finalizarse los trabajos que sean consecuencia de la modificación acordada. En caso contrario, el promotor podrá, bien retirar su propuesta de modificación, o bien se estará a la fórmula que estipule el contrato para solventar la controversia en cuanto coste y plazo. Entre tales fórmulas, son habituales las siguientes: (I) que la controversia se someta a la opinión de un tercer experto independiente que designen las partes; (II) que el mayor coste se determine mediante la aplicación de la lista de precios unitarios que se adjunte al contrato; o (III) que el mayor coste se determine por referencia a índices de coste de materiales publicados por instituciones públicas o privadas.

3) Subcontratistas: el constructor puede subcontratar total o parcialmente la obra, salvo que la misma se hubiera encargado en atención a sus cualidades personales (artículo 1.595 CC) o que el promotor hubiera prohibido la subcontrata (artículo 1.721.1.º CC). El constructor responde de lo ejecutado por el subcontratista (artículo 1.596 CC y artículo 17.6 LOE). Hay que tener en cuenta la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

Es preciso realizar las siguientes consideraciones de tipo práctico. Es aconsejable para el promotor exigir al constructor que cualquier contratación de un subcontratista sea comunicada a la dirección facultativa y al promotor, con indicación de las obras que pretende subcontratar y del nombre y demás circunstancias del subcontratista.

Asimismo, le conviene exigir al constructor que los subcontratistas y su personal cuenten con la suficiente cualificación, preparación y experiencia para la ejecución de la obra, y que se comprometa a retirar de la obra a aquellos subcontratistas que la dirección facultativa considere que son inadecuados o carentes de la cualificación o experiencia necesaria.

4) Suspensión de las obras: el CC no regula expresamente, a diferencia de la normativa de los contratos administrativos, los supuestos de suspensión. Sin embargo, en la práctica los contratos de obra suelen contemplar distintos supuestos de suspensión y regular sus consecuencias:

a) Posibles supuestos de suspensión: generalmente se regulan supuestos de fuerza mayor o que de alguna forma no sean atribuibles a actos u omisiones de uno de los contratantes (en caso contrario, constituiría un incumplimiento, con las consecuencias que el propio contrato pudiera prever).

Así, por ejemplo, orden de suspensión o paralización por órgano judicial, autoridad laboral, Administración local o cualquier otra autoridad pública; condiciones climatológicas, huelgas u otras causas de fuerza mayor; destrucción total o parcial por caso fortuito, etc. En definitiva, se prevén supuestos de fuerza mayor, es decir, acontecimientos imprevisibles o inevitables que imposibilitan (temporal o definitivamente) la ejecución del contrato.

b) Consecuencias: se suele pactar que el efecto es liberar a la parte afectada de sus obligaciones contractuales durante el tiempo que dure la fuerza mayor (suspensión); o, en caso de prolongación permanente o por periodo en exceso de un plazo (por ejemplo, 6 meses), la resolución del contrato.

5) Cumplimiento defectuoso durante la ejecución de la obra: la obligación esencial del constructor es la ejecución de la obra conforme a lo convenido (proyecto técnico y resto de pactos), la normativa aplicable (incluida las licencias, autorizaciones y otros permisos concedidos), a las reglas de la buena

práctica de la construcción (*lex artis*) y a los usos o normas profesionales, de forma que la edificación resultante reúna las condiciones para que sea apto e idóneo para el destino y uso para el que fue construido.

El propietario podrá inspeccionar y controlar el trabajo del constructor, no sólo en el momento de la recepción de la obra, en cuanto que la obligación del constructor es de resultado, sino también durante la fase de ejecución.

Así, los contratos de obra suelen reconocer al propietario facultades de inspeccionar y ejercitar un control técnico sobre la obra, por sí mismo o con el asesoramiento técnico correspondiente, y con independencia y de forma adicional al seguimiento hecho por la dirección facultativa. Habitualmente, el propietario está facultado para requerir al constructor, durante la ejecución de la obra, la subsanación de aquellos incumplimientos incurridos durante la ejecución de la obra; de modo que, si tales defectos son graves y no son subsanados, o sus requerimientos son desatendidos, el propietario estará facultado para resolver el contrato y tendrá derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios causados.

6) Facultades del promotor relativas a la inspección y control de la obra durante su ejecución: en la práctica contractual se viene confiriendo al promotor una serie de facultades tendentes a inspeccionar y controlar la ejecución de la obra:

a) Durante la fase de redacción del proyecto, en el contexto de obras llave en mano, los contratos suelen establecer procedimientos de revisión y/o aprobación por el promotor, entendiéndose esa aprobación a los únicos efectos de comprobar que el proyecto técnico se ajusta a las características y calidades fijadas en el anteproyecto, sin que se libere al constructor de la responsabilidad de su realización.

b) Durante la fase de ejecución de las obras, se conviene establecer la obligación del constructor de entregar informes periódicos relativos al avance de las obras.

Es aconsejable para el promotor establecer en el contrato de obra una facultad expresa en su favor a fin de que pueda realizar, directamente y por sí solo o con el asesoramiento o asistencia de un asesor técnico, un control, seguimiento e inspección del inicio, desarrollo y finalización de las obras. Este asesor técnico es libremente designado por el promotor, y sus honorarios suelen ser sufragados por el promotor.

Esta facultad de inspección y control, con independencia de que sea estructurada en el contrato de obra como un derecho y una facultad del promotor de ejercicio libre y discrecional, debe ser entendida por el promotor, a pesar del silencio de la LOE, como un auténtico deber, y ello en un doble sentido:

- Por un lado, en cuanto a su deber de buena fe frente al constructor, pues, en caso de que el promotor no realizara estas tareas de inspección y control durante la obra, reservándose o concentrando toda su actividad fiscalizadora al momento de la recepción, podríamos encontrarnos en una situación de ejercicio abusivo de sus derechos, por cuanto que la subsanación de los defectos que pudieran identificarse en el momento de la recepción puede ser más costosa o difícil de alcanzar; huelga decir que en ningún caso este posible abuso de derecho puede amparar o exculpar situaciones de dolo o negligencia del constructor.
- Por otro lado, no sólo por su responsabilidad (artículo 17 LOE) frente a los propietarios y usuarios del artículo 16 de la LOE, sino también por su propio estatuto de actuación establecido por la LOE, requiere una actuación de máxima diligencia en la organización, desarrollo y control del proceso constructivo.

Dada la complejidad técnica de muchas de estas obras, generalmente el promotor designa y contrata un asesor técnico cuyas funciones suelen ser las siguientes: (I) acceso ilimitado a las obras para el seguimiento y control de las mismas; (II) asistencia a las reuniones de obra; (III) posibilidad de interlocución con la dirección facultativa en relación a la marcha y ejecución de las obras; (IV) denuncia a la dirección facultativa de posibles incumplimientos del constructor; y (V) intervención en las certificaciones de obra y en las actas de recepción de las obras.

Igualmente, es conveniente regular el contenido concreto de ese derecho de inspección y control durante la ejecución de la obra, y, en tal sentido, el promotor y su asesor técnico deben tener el derecho a inspeccionar la obra en cualquier momento con el fin de analizar, al menos, con la dirección facultativa la marcha de las obras, debiéndose comprometer el constructor a facilitar tal tarea de control y seguimiento periódico.

Asimismo, tanto el promotor como su asesor técnico deben estar facultados para poder formular observaciones sobre la ejecución de la obra, que deben ser dirigidas a la dirección facultativa y al constructor. En caso de desacuerdo por parte del constructor, la cuestión deberá ser dirimida por un tercero independiente, es decir, la dirección facultativa o el experto independiente a que nos referiremos posteriormente.

En la medida en que las observaciones realizadas por el promotor o por su asesor técnico, aun refrendadas por el constructor, puedan tener un impacto en cuanto a la seguridad o estabilidad del inmueble, o en general puedan invadir las áreas o funciones que legalmente la LOE tiene atribuidas a la dirección facultativa en cuanto que profesional responsable de la obra, requerirá el acuerdo expreso de ésta. En caso contrario, la controversia deberá ser resuelta conforme a las previsiones de la LOE.

Asimismo, el promotor y su asesor técnico deben estar facultados para dirigirse a la dirección facultativa en el caso de que, a su juicio, no se hubiera dado debido cumplimiento al plan de control de calidad, a fin de que se realicen los ensayos o pruebas que a su juicio se hubieran omitido.

7) Controversias, arbitraje técnico: en caso de producirse conflictos o desacuerdos relativos a la existencia o no de dichos incumplimientos de tipo técnico o constructivo, o controversias con respecto a la forma de su subsanación, se suele pactar el sometimiento de las partes a la decisión que adopte un experto independiente, que solventará las controversias de carácter técnico. En este sentido, son importantes las siguientes reflexiones:

Es conveniente que este experto independiente actúe como tercer arbitrador y no como árbitro y que, por ende, pretenda completar el consentimiento dado por las partes en el contrato, integrando el mismo mediante una decisión basada en su criterio técnico; este procedimiento de resolución de controversias se enmarca dentro del principio establecido en el artículo 1.447 CC y, por tanto, es ajeno a la aplicación la Ley sobre Arbitraje. Conviene estipular contractualmente que el pronunciamiento del experto será inmediatamente vinculante para las partes e inapelable.

Este arbitraje técnico pretende la rápida solución de conflictos de carácter técnico, tales como la errónea interpretación de las especificaciones técnicas o del proyecto ejecutivo, la calidad de las obras o la determinación del incremento de los costes derivados de las modificaciones solicitadas por el promotor.

El nombramiento recae normalmente en una empresa consultora de primera línea (y, dependiendo del tipo de obra, con experiencia internacional, nacional o local); aunque no es inusual referir dichas controversias a la dirección facultativa.

Suelen pactarse plazos cortos (5 o 10 días) para la resolución de las controversias, de tal forma que no se afecte al plazo de ejecución de la obra.

En cuanto al pago de los honorarios del experto independiente, se pueden establecer varias fórmulas: que su pago corresponda a la parte cuya pretensión no ha sido considerada, o que el coste se satisfaga por mitades.

En cuanto a la designación del experto independiente, caben igualmente, en caso de desacuerdo entre las partes multitud de fórmulas, entre las que cabe destacar las siguientes: nombramiento ya firme en el propio contrato; nombramiento de un tercero, que será el encargado de seleccionar el experto independiente; la inclusión de una lista en el propio contrato, de modo que la selección definitiva se realice mediante sorteo o insaculación; o nombramiento

to por parte de una de las partes de entre una lista de tres o cinco candidatos seleccionados por la otra, siempre que dichos candidatos cumplan una serie de requisitos.

Asimismo, es conveniente contemplar la posibilidad de que sea necesario el nombramiento de un sustituto en caso de dimisión, conflicto de interés o negativa a desarrollar sus funciones.

8) El plazo de ejecución de la obra: el plazo de entrega debe configurarse como un elemento esencial del contrato: cada vez existe una mayor exigencia en los contratos de financiación al promotor de que los proyectos inmobiliarios estén en funcionamiento en una fecha cierta, so pena de incumplir el contrato de préstamo; deben tenerse en cuenta también los requerimientos de arrendatarios y usuarios finales, que necesitan asegurarse de que la fecha de toma de posesión del inmueble sea una fecha cierta e inamovible; o, finalmente, la oportunidad de ese proyecto inmobiliario en un mercado de cambios continuos, etc.

El inicio del cómputo del plazo suele coincidir con uno de los siguientes momentos: firma del contrato, firma del acta de replanteo u obtención de las licencias correspondientes.

La modificación de los plazos puede venir causada por razones de fuerza mayor o por acuerdo entre las partes (como consecuencia, por ejemplo, de variaciones en la obra).

Los contratos de obra normalmente prevén supuestos de prórroga automática, tales como: (I) prórrogas por fuerza mayor, por ejemplo, catástrofes naturales, huelgas (distintas a las huelgas que afecten exclusivamente al constructor o sus subcontratistas), motines, etc.; o causas climatológicas que impidan una correcta ejecución de las obras a juicio de la dirección facultativa. No obstante, suele pactarse que las prórrogas debidas a retrasos por fuerza mayor no den lugar a incremento alguno en el precio.

Es habitual pactar penalizaciones en caso de retrasos. Las penalizaciones se pueden determinar o cuantificar de diversas maneras, según se pacte en el contrato; pero lo habitual es acordar una cantidad fija por día de retraso (en función del volumen de obra retrasada y de los días de retraso). Asimismo, se suelen pactar, además de estas penalizaciones fijas, otras de carácter "abierto" por daños sufridos por el promotor en sus relaciones con terceros: indemnizaciones a arrendatarios o compradores finales. Finalmente, tras pasada una fecha límite, puede pactarse la resolución del contrato por incumplimiento.

9) Otras cláusulas relevantes del contrato de obra: a continuación analizaremos otras cláusulas habituales de los contratos de obra.

a) Documentos contractuales: como veremos más adelante, son muchos los documentos, libros planos y proyectos necesarios para ejecutar una obra, y varios los agentes que intervienen, por lo que no es difícil pensar que puede haber en dichos documentos previsiones contradictorias, instrucciones también diferentes, lo que puede crear conflictos interpretativos durante la ejecución de la obra, que aconsejan pactar un orden de prevalencia entre todos ellos para el caso de que existan discrepancias; dejando lógicamente a salvo aquellas instrucciones de la dirección facultativa que respondan a cumplimiento de disposiciones normativas (seguridad y otras exigencias técnicas impuestas por la normativa).

b) Asunción de otros riesgos por parte del constructor:

- Suficiencia de los documentos: declaración por parte del constructor de que el proyecto técnico es suficiente, idóneo y viable para la realización de la obra contratada y que, en caso de que resultara necesaria documentación adicional para la ejecución de la obra, dicha documentación debe ser obtenida por el constructor a su costa, sin que ello implique incremento del precio ni mayor plazo de ejecución.
- Condiciones de la finca: declaración por parte del constructor de que ha examinado e inspeccionado la finca, y de que conoce y acepta todos los riesgos y contingencias que pueden afectar a la finca y a la ejecución de la obra, incluidas las condiciones topográficas, geotécnicas y medioambientales.
- No limitación alguna en cuanto a la contratación y utilización de cuantos medios técnicos, humanos y materiales sean precisos para la correcta ejecución de la obra.

c) Obligación de cumplir con las instrucciones de la dirección facultativa: el constructor asume la obligación de reparar o sustituir toda unidad de obra que, a juicio de la dirección facultativa, no esté ejecutada con arreglo al proyecto o de acuerdo con las normas de la buena construcción, sin que faculte al constructor a pedir una ampliación del plazo ni una compensación económica; así como el derecho de la dirección facultativa de ordenar la suspensión de la obra en caso de que concurran riesgos que así lo aconsejen.

d) Reuniones de seguimiento, inspección y oficina de obra: pactos en relación con el derecho del promotor para convocar y celebrar reuniones conjuntas con el constructor, la dirección facultativa y el asesor técnico del promotor (*project manager* u otro tipo de asesor), para hacer seguimiento de la evolución de las obras, y tratar cualquier asunto relacionado con la ejecución de la obra; derecho del promotor y de la dirección facultativa de inspeccionar los materiales a utilizar en la obra y el lugar de trabajo, y de comprobar el cumplimiento y

adecuación de las medidas de seguridad; obligación del constructor de contar con unas oficinas en la propia obra en la que se tendrá toda la documentación exigida por la normativa en relación con la ejecución de la obra.

e) Propiedad intelectual e industrial: pacto por el que el constructor cede en favor del promotor todos sus derechos de propiedad intelectual e industrial y, en particular, los derechos de autor (salvo, lógicamente, los derechos morales de autor) correspondientes a las creaciones, planos, dibujos, especificaciones y documentos, etc. preparados o elaborados por el constructor (planos de taller); así como el compromiso del constructor de no infringir ningún derecho de propiedad intelectual o industrial, y en particular ningún derecho de autor o patente de terceros en la ejecución de la obra.

f) Obligaciones laborales: compromisos del constructor, tanto con respecto al personal propio como al subcontratado, de

- cumplir con todas las normas en materia laboral y de seguridad e higiene en el trabajo;
- estar al corriente de pago de las obligaciones de Seguridad Social;
- ser responsable de la seguridad del personal, propio o ajeno, que intervenga en la obra, haciendo que se cumpla con las normas de seguridad e higiene en el trabajo, y
- acreditar el cumplimiento de tales obligaciones (mediante la entrega de modelos TC1 y TC2 y de certificados de la Seguridad Social); con derecho del promotor a retener cualquier pago hasta que se acredite el cumplimiento de tales obligaciones.

g) Suficiencia y cualificación: obligación del constructor de asignar a la obra suficientes recursos humanos y materiales, y de que el personal asignado cuente con la suficiente cualificación, preparación y experiencia para la ejecución de la obra, debiéndose comprometer a retirar de la obra al personal que la dirección facultativa considere inadecuado o carente de la cualificación o experiencia necesaria.>

h) Suministro de materiales, normas de mantenimiento y responsabilidad: compromiso de:

- suministrar los materiales necesarios para la ejecución de la obra, que podrán ser rechazados por la dirección facultativa si no se ajustan a las especificaciones técnicas requeridas;
- asumir responsabilidad de la calidad de los materiales;

- entregar las instrucciones de uso y mantenimiento de los materiales, así como las garantías de calidad, para su inclusión en el Libro del Edificio;
- no uso de material o componente que sea conocido o sospechoso dentro de la industria de la construcción como nocivo para la salud o la seguridad.

i) Obligaciones relativas al "Plan de control de calidad": obligaciones del constructor de cumplir, a su cargo, con las previsiones del Plan de control de calidad, que generalmente se adjunta al propio contrato, y de realizar los ensayos del control de calidad correspondientes y de comunicar al promotor los resultados de los mismos. Dichas pruebas y ensayos deben hacerse en laboratorios homologados.

j) Seguridad y salud: obligación de cumplir con la normativa de seguridad y salud en el trabajo en vigor durante la ejecución de la obra y, en particular, ejecutar las medidas y programas establecidos en el Estudio de Seguridad y Salud que generalmente se acompaña al contrato.

k) Vallado, vigilancia y publicidad: obligación del constructor de:

- instalar vallas para el cerramiento del espacio donde se ejecute la obra, así como proceder a su vigilancia y protección;
- instalar, a su costa, las conducciones y acometidas de suministros a pie de la obra, y
- no colocar en la obra ninguna clase de anuncios publicitarios o de cualquier otra clase.

l) Revisiones y aprobaciones: pactos en virtud de los cuales no se limita la responsabilidad del constructor por el hecho de que haya habido revisiones, controles, pruebas, ensayos, etc. (por parte del promotor o de terceros) de cualquier trabajo realizado por el constructor, ni por la obtención de licencias o autorizaciones administrativas.

m) Exoneración al promotor de cualquier responsabilidad: pacto por el que el constructor se compromete a mantener indemne al promotor de cualquier acción o reclamación que traiga causa de acciones u omisiones del constructor o sus subcontratistas con ocasión de la ejecución de la obra y en particular acciones sobre la base de la LOE.

n) Asesor técnico del promotor: suele ser frecuente que el promotor celebre un contrato de prestación de servicios de consultoría o asesoramiento con un asesor técnico que le asistirá en el control, seguimiento e inspección del inicio, desarrollo y finalización de las obras; de tal forma que dicho asesor técnico actúe como mandatario del promotor y pueda ejercitar los derechos que el contrato de obra concede al promotor.

o) Documentación en relación con la obra: La realización de una obra lleva aparejada la preparación y obtención de una serie de documentos que analizamos a continuación:

p) Acta de replanteo: es el documento que se firma antes del inicio de la obra entre el constructor y la dirección facultativa, en el que se manifiesta que el terreno donde se va realizar la obra se encuentra en situación física apta e idónea para iniciar la obra conforme al proyecto y que, por tanto, no hay impedimentos, y con motivo del cual se comprueba asimismo la adecuación del proyecto técnico al solar en el que se va a edificar. Generalmente, el plazo de ejecución de la obra comienza a computarse desde este momento.

q) Estudio de seguridad e higiene en el trabajo: es el estudio previo al inicio de las obras, que contiene las medidas preventivas adecuadas a los riesgos que conlleva la ejecución de las obras, que debe incorporarse al proyecto e identifica el responsable dentro de la obra de su seguimiento y cumplimiento.

r) Libro de órdenes y asistencias: es el libro (anexo II del CTE) en que, bajo responsabilidad del director de la obra (artículo 12.3 c) LOE) y el director de ejecución de la obra (artículo 13.2 d) LOE), se consignan las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto técnico, así como las instrucciones u órdenes que la dirección facultativa dirige al constructor.

s) Certificaciones de obra: es un documento emitido por el constructor y conformado por la dirección facultativa que pretende cumplir una doble finalidad: por un lado, acredita el valor de las obras ejecutadas durante un plazo determinado (generalmente mensual); y, por otro lado, es el documento que, debidamente conformado por la dirección facultativa y aprobado por el promotor, legitima al constructor para exigir el pago de su prestación por la obra ejecutada. Conviene hacer las siguientes observaciones:

- el contrato de obra debe expresar si el constructor puede incluir en las certificaciones correspondientes a los materiales que han sido acopiados en la propia obra y que, por tanto, no han quedado todavía incorporados a la propia obra y que, hasta que no queden incorporados, dichos materiales siguen siendo propiedad del constructor;
- la certificación representa el valor final de la obra ejecutada y, por tanto, incluye coste de materiales, mano de obra, gastos indirectos (por ejemplo alquiler de máquinas o grúas, seguros) de administración (gastos generales) y el beneficio industrial del constructor;
- generalmente, los contratos de obra establecen que la aprobación de una certificación de obra por el promotor no implica la aprobación de la obra ejecutada ni su recepción por el promotor, lo cual se pospone a la recepción de la totalidad de la obra.

t) Libro del edificio: es el conjunto de documentos (artículo 7 LOE) que incorpora (I) el proyecto técnico y sus modificaciones (planos *as built*), (II) el acta de recepción, (III) la relación de los agentes que han intervenido en el proceso de edificación, (IV) la documentación relativa a las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones; y (V) la documentación acreditativa del control de recepción en obra de los productos, equipos y sistemas que se suministren en las obras (artículos 7.2 y 8.1.2 CTE) que deben ser entregados, acabada la obra, a los usuarios finales del edificio.

A pesar del carácter técnico del Libro del edificio, el promotor es el responsable de su preparación y entrega (artículo 9.2 e) LOE). El propietario o usuario final del edificio debe documentar a lo largo de la vida útil del edificio todas las intervenciones (reparación, reforma o rehabilitación) realizadas debiendo consignarlas en el Libro del edificio (artículo 8.2.2 c) CTE).

u) Visado de proyecto técnicos: es, con respecto a arquitectos, el examen o reconocimiento que hace el Colegio de Arquitectos correspondiente al trabajo profesional que se refleja documentalmente y esté autorizado con la firma de un arquitecto, y tiene por objeto: (I) acreditar la identidad del arquitecto responsable y su habilitación para el trabajo de que se trate y (II) comprobar la integridad formal (que no material o de fondo) de la documentación en que deba plasmarse el trabajo conforme a la normativa (artículo 31 RD 523/2005, de 13 de mayo, aprobando estatutos de los Colegios Oficiales de Arquitectos).

10) Cesión en el contrato de obra: la cesión del contrato consiste en la cesión de la posición contractual que cada una de las partes tiene en el contrato de obra y, por tanto, no solamente a la cesión de uno o varios derechos (cesión del derecho a cobro de una certificación de obra o cesión del derecho de reclamar en caso de defectos). A nuestro juicio, la cesión de la posición contractual en cuanto que se ceden igualmente obligaciones, requiere el consentimiento de la otra parte.

En cualquier caso, no es extraño que los contratos de obra contengan una cláusula específica para regular los supuestos de cesión. Normalmente, la cesión por el constructor de su posición contractual requiere el consentimiento expreso del promotor, y su fundamento suele estar en la confianza que el promotor ha depositado en el constructor y en sus cualidades personales (experiencia, cualificación, recursos humanos y profesionales, etc.) tras procesos estrictos de selección del constructor. Sin embargo, para el supuesto de cesión por el promotor, el texto de los contratos de obra suelen ser más flexibles. Ello obedece a que la obligación esencial del promotor es el pago y, por tanto, estableciendo requisitos de solvencia, quedaría protegido el interés del constructor. Adicionalmente, esta flexibilidad es necesaria en atención a los requisitos habituales que las entidades financiadoras suelen exigir al promotor, como se indica en el siguiente apartado.

11) Cesión como garantía en financiaciones de proyectos inmobiliarios: con anterioridad a la firma del contrato de obra, es aconsejable analizar la estructura de financiación del proyecto y prever los requerimientos de la entidad financiadora; todo ello, a fin de estructurar una operación que sea financiable.

La entidad financiadora siempre va a exigir un precio cerrado, pues debe asegurarse de que el principal del préstamo, sumado al capital a invertir por el promotor, será suficiente para finalizar las obras y poner el proyecto en funcionamiento; proyecto que deberá generar los recursos económicos adecuados para afrontar los compromisos de tal financiación.

Habitualmente, el contrato de obra suele incluir los siguientes pactos:

a) La entidad financiadora debe estar legitimada para cumplir las obligaciones del promotor por cuenta de éste, en caso de retraso por su parte en el cumplimiento de sus obligaciones de pago, para así asegurar la continuidad, no sólo de la ejecución de la obra, sino también del propio contrato de obra; a tal fin, el constructor suele quedar obligado a notificar a la entidad financiadora cualquier incumplimiento por parte del promotor, concediendo a ésta un periodo adicional para que pueda subsanar el incumplimiento del promotor por cuenta de éste.

b) A través de la cesión en garantía o de cualquier otra fórmula de garantía, la entidad financiadora o cualquier tercero designado por ésta (así, por ejemplo, el adjudicatario en una ejecución hipotecaria del proyecto) deviene legitimado para subrogarse en la posición contractual del promotor (*step-in*), a fin de asegurarse la continuidad y finalización de la obra en tiempo y conforme al coste pactado en el contrato de obra. La hipoteca sobre el inmueble no resulta suficiente, dado que el banco ha de asegurarse de que el proyecto inmobiliario en su conjunto se completará conforme a lo inicialmente previsto.

3.6.8. Garantías

1) Garantías del propietario: retenciones y avales

a) **Garantía de correcta ejecución:** garantiza el pago de determinada cantidad al promotor en caso de que el constructor incumpla o cumpla defectuosamente sus obligaciones contractuales (en tiempo y en coste). Las características básicas son las siguientes:

- Asegura al promotor los medios financieros necesarios que le permitan, por un lado, el cobro de cualesquiera daños, desperfectos, omisiones, vicios, etc., así como penalidades (por ejemplo retrasos) y demás obligaciones pecuniarias del constructor en virtud del contrato de obra; y, por otro lado, asegura, en caso de dificultades durante la obra y antes de la recepción, el ejercicio de la facultad de resolver el contrato y conseguir la ejecución efectiva y material del proyecto (a través de terceros). Aminora o eli-

mina los daños por retrasos en la finalización de la obra o por incremento de costes, que puedan producirse en caso de sustitución del contratista.

- Su montante suele oscilar entre el 5% y el 10% del precio total del contrato; salvo que el contrato también incluya trabajos de diseño, en cuyo caso esta garantía suele calcularse sobre el precio relativo a la ejecución de la obra solamente.
- Suele instrumentarse como un aval bancario o mediante retenciones sobre los pagos que el promotor vaya efectuando al constructor durante la ejecución de la obra. En caso de que sea aval bancario, suelen ser garantías a primer requerimiento: el promotor puede reclamar el pago sin tener que probar el incumplimiento, y el banco no puede oponer ninguna excepción que se derive del contrato de obra.
- Su validez se extiende normalmente hasta la expiración del año de garantía por defectos de terminación o acabado (la antigua recepción definitiva). Si su montante es superior al 5%, se suele fraccionar su devolución entre la recepción y la expiración del año de garantía, de tal forma que el montante quede en un 5% durante dicho periodo de garantía (para cubrir la subsanación de los defectos que pueden detectarse durante dicho periodo).
- En supuestos de proyectos complejos, generalmente proyectos industriales bajo la modalidad "llave en mano", el contratista entrega una garantía de cumplimiento (*performance guarantee*) que garantiza el adecuado rendimiento de la instalación según las especificaciones técnicas pactadas.

Ejemplo

Por ejemplo, producción de tanta cantidad de producto por minuto de calidad determinada.

b) Garantía de reembolso: se exige en los casos en que el promotor haya anticipado parte del precio antes de empezar las obras (que el constructor utiliza para comprar materiales, hacer los primeros pagos a subcontratistas, etc.). Se pacta habitualmente su reducción progresiva. Normalmente se instrumenta a través de aval bancario.

c) Otros pactos en garantía del promotor: (I) derecho del promotor a la subrogación (*step-in*) en los contratos con subcontratistas en caso de incumplimiento del constructor; y (II) la figura del *nominated subcontractor* (subcontratista designado o impuesto por el promotor para la realización de determinadas prestaciones contractuales), si bien tal designación no limita la responsabilidad del constructor y se asegura el promotor una determinada calidad en una parte de la obra (instalaciones eléctricas, etc.).

2) Garantías del constructor

a) Pago anticipado: normalmente se le exige al promotor un pago inicial anticipado a la firma del contrato, y el resto del precio se abona por avance de obra, lo que hace innecesario pactar garantías adicionales. El constructor uti-

liza este anticipo para el pago de honorarios del proyectista (en los contratos "llave en mano") o para comprar materiales, hacer los primeros pagos a subcontratistas, etc. Este pago se va compensando contra los pagos a efectuar por el promotor a medida que avanza la obra, quedando completamente reembolsado en el momento de la recepción.

b) Derecho de retención sobre cosa mueble (artículo 1.600 CC): el citado artículo establece que el que ha ejecutado una obra en cosa mueble tiene el derecho de retenerla en prenda hasta que se le pague. Entendemos que el constructor (contratista de obra inmueble) no tiene la facultad de retención que el ejecutor de una obra en cosa mueble disfruta al amparo del artículo 1.600 CC.

c) Suspensión de la obra: aunque no se prevé expresamente ni en el CC ni normalmente en los contratos de obra, en virtud del último párrafo del artículo 1.100 CC, el constructor estaría facultado para paralizar o suspender la ejecución de la obra en caso de incumplimiento por el promotor de sus obligaciones de pago.

d) El crédito refaccionario: se define como aquel crédito nacido de obras de construcción, reparación o mejoras de bienes inmuebles a favor del financiador, constructor y proveedor de materiales o de trabajo.

Los créditos refaccionarios gozan de preferencia en relación con el bien inmueble de que se trate: los anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, con igual preferencia que los hipotecarios (artículo 1.923.3° CC); y los no anotados ni inscritos (artículo 1.923.5° CC), con preferencia sólo respecto a otros créditos distintos de los expresados en los números anteriores del artículo 1.923 CC (créditos en favor del Estado, los de los aseguradores, los hipotecarios y refaccionarios inscritos o anotados y los preventivamente anotados por mandamiento judicial, embargo o ejecución de sentencia).

El procedimiento y requisitos para la inscripción en el Registro de la Propiedad del crédito refaccionario queda regulado en los artículos 59 y ss. de la LH y en los artículos 155 y ss. del RH (que reconoce como refaccionario las subvenciones públicas destinadas a la reparación, rehabilitación, y mejora de los edificios urbanos, instalaciones, fachadas y elementos comunes).

El artículo 90.1.3.° LC califica a los créditos refaccionarios como créditos con privilegio especial.

Si concurren varios créditos refaccionarios, su prelación será: (a) los hipotecarios y refaccionarios anotados o inscritos gozan de preferencia entre sí por orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro, y (b) los refaccionarios no anotados o inscritos gozan de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad.

3) Garantías de los subcontratistas: la acción directa de los subcontratistas contra el propietario (artículo 1.597 CC)

El artículo 1.597 CC reconoce en favor de los subcontratistas una acción directa contra el propietario, al establecer que los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que este adeude a aquel cuando se hace la reclamación.

Este derecho supone una excepción al principio general del artículo 1.257 CC, que establece que "los contratos solo producen efectos entre las partes que lo otorgan (...)", por cuanto que se le reconoce al acreedor reclamar frente a un tercero, el propietario, que es ajeno a la relación contractual entre el constructor y dicho acreedor que dio lugar al crédito objeto de reclamación.

Destacamos a continuación sus características más relevantes:

a) Es requisito esencial que el precio pactado en el contrato de obra entre el promotor y el constructor sea por un tanto alzado (artículo 1.593 del CC), según establece el propio artículo 1.597 CC y ha sido interpretado por la jurisprudencia. A nuestro juicio, la expresión "tanto alzado" debe entenderse como que el crédito del constructor debe ser cierto y determinado.

b) Disfrutan de dicha acción directa cualquier persona física o jurídica que (a) esté vinculada con el constructor por una relación laboral (artículo 32 ET) o de prestación de servicios, (b) aporte a la obra trabajo, materiales o trabajo y materiales, (c) con independencia de que sea subcontratista o subcontratista del subcontratista. En este último caso, dicho subcontratista también podrá dirigirse contra el propio constructor.

c) Es necesaria la existencia de un crédito del subcontratista frente al constructor y de otro crédito de éste frente al promotor en el momento en que el primero reclame a este último, y ambos créditos deben surgir en relación a la misma obra, por lo que el subcontratista no puede reclamar al propietario un crédito nacido de obra distinta a la que generó el crédito del contratista frente al propietario.

d) El subcontratista podrá reclamar frente al promotor en la medida en que su crédito frente al constructor esté vencido y sea exigible, si bien el pago del promotor en favor del subcontratista sólo será efectivo en el momento en que el crédito del constructor frente al promotor esté igualmente vencido y sea asimismo exigible.

e) La reclamación del subcontratista frente al promotor no requiere la insolvencia de hecho del constructor ni la declaración en concurso del constructor.

f) La acción del artículo 1.597 CC es considerada como una acción directa e independiente del subcontratista frente al promotor, y no como una aplicación especial de la acción subrogatoria general del artículo 1.111 CC.

g) En caso de concurrencia entre varios acreedores directos, y dado que todos ellos tendrían la misma naturaleza (créditos refaccionarios), gozarían de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad por aplicación analógica del artículo 1.927.3.º CC).

h) El pago hecho por el promotor al constructor con anterioridad a su vencimiento y exigibilidad puede no ser liberatorio, pudiendo los subcontratistas reclamarle daños y perjuicios.

3.6.9. Entrega y recepción de la obra

1) **La recepción: concepto y efectos:** la recepción de la obra es la declaración de voluntad del promotor por la cual éste reconoce (a) la finalización de la obra (objeto del contrato); (b) la correcta ejecución de dicha obra conforme al proyecto técnico, la *lex artis* y el resto de los pactos establecidos en el contrato; y (c) que se ha cumplido igualmente el resto de las cláusulas contractuales cuyo cumplimiento se ha pactado como necesario en el momento de la entrega (así, por ejemplo, entrega de documentación, obtención de licencias en caso de contrato "llave en mano", etc.).

No debemos confundir "recepción" con "entrega": el contrato de construcción debería contemplar expresamente ambos hechos o actos jurídicos y los efectos del acaecimiento de cada uno de ellos. No debe pasarse por alto que en la práctica inmobiliaria es muy común asimilar ambos actos, haciéndolos coincidir en el tiempo, y así se pacta normalmente en los contratos, pero no debemos olvidar que son actos diferentes con efectos diferentes y que pueden ocurrir en momentos diferentes.

Los efectos de la recepción, a salvo de cualesquiera otros que pudieran pactar las partes en el contrato de construcción, son los siguientes:

a) El cumplimiento del contrato por el constructor por lo que se refiere a su obligación esencial: la completa y correcta ejecución de la obra.

b) El cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en la LOE (artículo 17 LOE) se iniciará a partir de la fecha en que se produzca la recepción (artículo 6.5 LOE).

c) Cualquier vicio o defecto de aparición posterior daría lugar, en todo caso, a una responsabilidad de origen legal (artículo 17 LOE); no siendo, por tanto, aplicable la teoría de los vicios ocultos (que se establece en el artículo 1.484 y ss. CC); y daría lugar a la obligación del constructor a la reparación *in natura*, o reparación equivalente mediante el pago de indemnización.

d) En cuanto a los defectos aparentes, cesa la responsabilidad del constructor, por cuanto que dichos defectos debieron ser denunciados por el dueño en el momento de la recepción; salvo los casos de dolo y aquellos defectos que aun aparentes fueran de carácter ruinoso, en cuyo caso permanece la responsabilidad del constructor.

e) Las garantías establecidas en la LOE no cubren los daños ocasionados por modificaciones u obras realizadas en el edificio después de su recepción, salvo las de subsanación de los defectos observados en la misma (artículo 19.9.d) LOE).

f) Salvo pacto en contrario, con la recepción nace la obligación del pago por el dueño del precio de la obra.

2) La entrega. Concepto y efectos: la entrega de la obra es la puesta a disposición por el constructor en favor del promotor de la obra objeto del contrato. El constructor tiene la obligación de hacer entrega de la obra una vez ejecutada, y el promotor tiene la obligación de recibirla.

Los efectos de la entrega, a salvo de cualesquiera otros que pudieran pactar las partes en el contrato de construcción, son los siguientes:

a) Cesa la posesión o el título que el constructor tuviera sobre la obra.

b) Se transfieren los riesgos de pérdida de la cosa del constructor al promotor, por lo que cualquier pérdida que pudiera sufrir la obra con posterioridad a la entrega deberá ser soportada por el promotor (conforme a los artículos 1.589 y 1.590 CC) y, por tanto, no quedará cubierta por la póliza de seguros del constructor (todo riesgo construcción), por lo que el promotor deberá tenerla contratada y en vigor en el momento de la entrega.

c) Se transfiere al promotor la obligación de mantenimiento y conservación de la obra, salvo pacto en contrario.

3) Fases de la recepción de la obra; verificación de la obra por el promotor.

a) **Fase previa o preparatoria**, durante la cual el constructor ha de recopilar la documentación acreditativa del cumplimiento de todas las condiciones requeridas para proceder a la recepción y de que, no sólo se ha ejecutado la obra de forma completa y correcta, sino que también se han cumplido el resto de las condiciones establecidas en el contrato de obra para su recepción:

- Emisión del certificado final de obra (artículo 6.4 LOE). Es el documento (anexo II del CTE) que se emite con la finalización de la obra por el director de la ejecución de la obra. Se debe adjuntar al certificado final de obra (anexo II.3 del CTE) la descripción de las modificaciones que, con la conformidad del promotor, se hubiesen introducido en la obra, haciéndose constar su compatibilidad con las condiciones de la licencia, así como la relación de los controles realizados durante la ejecución de la obra y sus resultados.
- El constructor debe notificar la finalización de la obra (artículo 6.4 LOE) y la recepción, salvo pacto expreso, tendrá lugar dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su terminación, que se acredita mediante el certificado final de obra; dicho plazo se cuenta desde la fecha de la notificación escrita efectuada al promotor.
- Cabe la recepción tácita, que se entenderá producida, si transcurridos 30 días desde la fecha indicada, el promotor no hubiera puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito (artículo 6.4 LOE).

b) **Fase de verificación de la obra**, durante la cual el promotor ejercita su facultad de comprobar que la obra ha sido debida y correctamente ejecutada y, por tanto, que es conforme con el proyecto técnico y la *lex artis*, y que se han cumplido el resto de pactos del contrato; es habitual, por no decir necesario, que el promotor cuente, para el proceso de verificación y recepción, con la asistencia de un asesor técnico. El promotor y su asesor técnico en su visita de comprobación deben identificar y definir el defecto.

c) **Fase de aceptación o rechazo**, practicada tal verificación, el promotor podrá aceptar o rechazar la obra. El artículo 1.598 CC establece que "la obra se ha de hacer a satisfacción del propietario". Sin embargo, dicho principio de "a satisfacción del propietario" no debe interpretarse como una decisión discrecional del dueño, sino que, como dice el artículo 6.3 LOE, el rechazo deberá ser motivado por escrito, y dicha facultad de aprobación se configura conforme a los siguientes límites que establece el artículo 6.3 LOE: la obra no está terminada; la obra no se adecua a las condiciones contractuales; o la obra no sirve para los fines normales para los cuales fue contratada. En definitiva, a resultas de la comprobación o verificación puede ocurrir que:

La obra fue ejecutada debidamente y conforme al proyecto técnico y a lo pactado en el contrato, en cuyo caso procede la aprobación y recepción de la obra. Habitualmente y con anterioridad a la LOE, los contratos de obra "tradiciona-

les" solían distinguir entre recepción provisional (*provisional acceptance*) y la recepción definitiva (*final acceptance*). En la recepción provisional el promotor toma posesión de la obra y se reserva el derecho de exigir la reparación de los defectos que se manifiesten durante el período comprendido entre ambas recepciones. La LOE habla de una única recepción si bien el juego de la garantía de un año por defectos en elementos de terminación o acabado hace que las consecuencias sean en la práctica las mismas.

- La obra (I) no está totalmente ejecutada, (II) no se ejecutó correctamente (existen defectos sustanciales) o (III) no se ajusta a lo pactado, en cuyo caso el promotor puede negarse a recibir la obra. Si se rechaza la recepción de la obra, el rechazo deberá estar motivado por escrito y reflejarse en el acta de recepción, en la que se fijará un nuevo plazo para su recepción (artículo 6.3 LOE). En este sentido, es habitual definir como defecto mayor que justifica el rechazo la existencia de múltiples defectos menores que, agrupados, impliquen que el valor del coste de su subsanación exceda de cierto porcentaje del coste de la obra (por ejemplo, 3%).
- c) La obra tiene defectos menores o de escasa importancia (reservas); en tal caso, las partes pueden haber pactado que el promotor debe aceptar la obra y recibirla de forma condicionada, es decir, supeditada a la subsanación de esos defectos menores. En tal caso, se hace constar en el acta de recepción dichos defectos, los cuales deberán ser subsanados por el constructor en el plazo que se pacte en la citada acta; generalmente se pacta que, transcurrido este plazo sin que el constructor haya subsanado los defectos apreciados, el promotor podrá ejecutar, por sí o por tercero, los trabajos de subsanación, descontando el importe de dicha subsanación del importe retenido por el promotor en garantía.
- d) Existan discrepancias entre las partes. Para cubrir tal eventualidad, es aconsejable incluir en el contrato de obra una cláusula por la que las partes se sometan a la decisión vinculante de un experto independiente, que actúe como experto (integrando, por tanto, el consentimiento de las partes al amparo del artículo 1.447 CC) y no como árbitro.

La aceptación ha de recaer sobre la totalidad de la obra o, cuando así se acuerde por las partes, por unidades o fases de obra completas y terminadas (en la modalidad de contrato de obra por piezas o medida, en virtud del artículo 1.592 CC).

d) Acta de recepción (artículo 6.2 LOE): la recepción debe consignarse en un acta que deberá estar firmada, al menos⁴, por el promotor y el constructor (artículo 6.2 LOE), si bien generalmente es también firmada por la dirección facultativa, para lo cual es conveniente la inclusión de esta tarea en el contrato que se suscriba con la dirección facultativa.

⁽⁴⁾En las obras en que sea obligatorio la obtención de un seguro decenal de daños, las compañías de seguros requieren la intervención de la OCT, que esté haciendo el seguimiento de la obra a efectos de la emisión de dicho seguro, en el acto de recepción, acompañándose al acta de recepción un informe de final de obra emitido (el documento denominado D6) por dicha OCT.

El acta de recepción deberá contener, al menos (artículo 6.2 LOE): (I) la fecha de certificado final de obra, (II) el coste final de la ejecución material de la obra, (III) la declaración de la recepción de la obra con o sin reservas, especificando, en su caso, dichas reservas de manera objetiva y el plazo en que deberán ser subsanados los defectos observados, y (IV) las garantías que, en su caso, se exijan al constructor para asegurar sus responsabilidades. Se deberá adjuntar al acta de recepción el certificado final de obra y su documentación anexa y el informe final de obra (D6) emitido por la OCT correspondiente.

El acta de recepción formará parte del Libro del edificio (artículo 7.2 LOE). El cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en la LOE se iniciará a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción (artículo 6.5 LOE).

Generalmente se pacta en el contrato de obra que, otorgada el acta de recepción, se procede a la entrega de la obra y (I) ésta deberá entregarse limpia y libre de escombros o materiales y, por tanto, susceptible de su inmediata ocupación, (II) el importe del pago final de la obra (liquidación de la obra) deviene exigible, (III) el promotor retiene el aval bancario o las cantidades retenidas hasta que los defectos menores queden debidamente subsanados y que además haya transcurrido el plazo de un año a contar desde la fecha del acta de recepción sin la aparición de nuevos defectos, y (IV) el constructor procede a la entrega de la documentación exigida por la LOE así como toda la documentación técnica necesaria para el uso del edificio; original del certificado final de obra; planos *as built* de arquitectura e instalaciones; manual de mantenimiento del edificio; el libro del edificio; las garantías de toda la maquinaria instalada en el edificio otorgadas por los fabricantes o industriales que hayan procedido a su suministro o instalación, etc.

Transcurrido el año de garantía, se extingue la responsabilidad del constructor por lo que se refiere a los defectos de los elementos de terminación o acabado y, asumiendo que todos los defectos han quedado subsanados sin aparición de nuevos, el promotor procede a la devolución de la garantía de correcta ejecución o las retenciones practicadas.

3.6.10. Los riesgos en el contrato de obra

1) **Consideraciones generales:** la ejecución de una obra implica una serie de riesgos que, dependiendo de los pactos contenidos en el contrato de obra, son asumidos por una de las partes. La práctica tradicional apoyada por lo establecido en el CC ha atribuido tales riesgos al constructor; sin embargo, dicha atri-

bución de riesgos es claramente disponible por las partes y, por tanto, susceptible de ser regulada libremente por las partes. Las siguientes consideraciones se refieren al régimen de riesgos (y sus consecuencias) derivados de la relación contractual entre promotor y constructor, y, por tanto, son ajenas y diferentes de los que corresponden a su estatuto de responsabilidad frente a terceros conforme al artículo 17 de la LOE.

2) La invariabilidad del precio: como hemos analizado, el precio pactado es invariable (artículo 1593 CC); el constructor asume el riesgo de que los costes y gastos efectivos sean superiores a los presupuestados. Asimismo, el constructor asume el riesgo de un cálculo erróneo de las cantidades de obra que sean finalmente ejecutadas, valoración económica de las mismas, calendario de ejecución, etc.

3) La pérdida o destrucción de la obra: la obra se realiza a riesgo y ventura del constructor y, por tanto, debe hacerse responsable de los riesgos derivados de la destrucción de la obra; en efecto, los artículos 1.589 y 1.590 CC establecen el principio general de que el riesgo de la pérdida de la obra con anterioridad a su entrega al propietario corresponde al constructor. En caso de destrucción total o parcial de la obra, el constructor no está facultado para pedir o reclamar del promotor precio alguno por el trabajo o por los materiales puestos, según el caso, por el constructor. Conviene destacar las siguientes consideraciones:

- Si el constructor se obligó a poner su trabajo o industria solamente y, por tanto, sin obligación de aportación de los materiales, el constructor no puede reclamar precio por su trabajo (artículo 1.590 del CC); igualmente, si el constructor se obligó a poner el material, el constructor no podrá reclamar precio del propietario, debiendo sufrir la pérdida (artículo 1.589 del CC).
- Adicionalmente, en caso de destrucción de la obra, no puede entenderse que el constructor quede liberado de su obligación consistente en la ejecución de la obra encargada por el promotor conforme al contrato de obra; por el mero hecho de la destrucción el constructor sigue vinculado por esa obligación, salvo en los supuestos previstos en el artículo 1.184 (el deudor queda liberado en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible).
- La aplicación de este principio general tiene su aplicación en supuestos de pérdida por caso fortuito, por lo que la consecuencia puede ser distinta si la causa de la pérdida es atribuible a la acción u omisión de un tercero; si la pérdida es por culpa del promotor la regla se invierte, pudiendo el constructor reclamar el reembolso de los costes del trabajo y los materiales, así como cualquier otro daño y perjuicio que se hubiera causado y, dependiendo de las circunstancias, podrá entenderse que existe un in-

cumplimiento del promotor, lo que facultará al constructor a resolver el contrato de obra.

En caso de que la causa de tal pérdida fuese atribuible a un subcontratista o a cualquier otro tercero, sería de aplicación el principio general antes expuesto, en cuanto que el constructor se ha obligado a la obtención de un resultado concreto y determinado; todo ello, sin perjuicio del derecho de repetición a que hubiere lugar.

Si la causa es atribuible al propio constructor, además de ser de aplicación el principio contenido en los artículos 1.589 y 1.590 CC, el promotor podrá reclamar cualquier otro daño y perjuicio que se hubiera causado y, dependiendo de las circunstancias, podrá entenderse que existe un incumplimiento por parte del constructor, lo que facultará al promotor a la resolución del contrato de obra.

- El riesgo de destrucción se trasfiere al propietario en el momento de la entrega de la obra, por cuanto que en ese momento el constructor habrá cumplido con su obligación más esencial del contrato de obra: la construcción y entrega de la obra.
- El principio general establecido en los artículos 1.589 y 1.590 CC tiene, conforme a los citados artículos, las siguientes excepciones:

(I) Mora del promotor en la recepción de la obra. El promotor se encuentra en mora si la obra ha sido finalizada conforme a lo pactado, ésta se ha puesto por el constructor a disposición del propietario y el promotor retrasa su recepción sin justa causa. La recepción de la obra es indudablemente un derecho del promotor, en cuanto que finalizada la obra podrá reclamar al constructor la entrega de la prestación debida, la entrega de la cosa; pero la recepción es también una obligación del promotor por cuanto que si el constructor acaba la obra conforme a lo pactado está facultado para exigir del promotor su recepción; en definitiva la no recepción de la obra por parte del promotor es un incumplimiento de una de sus obligaciones más importantes y como tal incumplimiento debe responder de los daños y perjuicios causados, conforme a la doctrina general del artículo 1.101 CC.

(II) La destrucción proviene de la mala calidad de los materiales puestos por persona distinta del constructor, siempre que éste haya advertido oportunamente esta circunstancia al promotor. Resulta coherente no hacer responsable al constructor del riesgo de la destrucción cuando la causa sea la mala calidad de los materiales no puestos por el constructor, de la que haya advertido oportunamente al promotor. Estamos en un supuesto donde la causa no es el caso fortuito, sino que la destrucción es directamente imputable a un tercero ajeno

a la esfera del constructor; si bien, dada la pericia técnica que se presume del constructor, se exige adicionalmente que identifique dicha mala calidad y así lo advierta al propietario.

Merece la pena detenernos en la expresión "que haya advertido oportunamente". A nuestro juicio, en las relaciones bilaterales entre constructor y promotor, y, por tanto, sin trascender a terceros, las consecuencias establecidas en el artículo 1.590I CC son claras: si el constructor advirtió oportunamente, se invertirá la regla y podrá requerir al promotor el pago de la contraprestación por su trabajo. Sin embargo, por lo que se refiere a sus obligaciones y responsabilidades frente a terceros (terceros adquirentes) que se regulan en el artículo 17 LOE, las consecuencias han de ser y, a nuestro juicio son, otras.

El último párrafo del artículo 17.6 LOE establece la responsabilidad del constructor por los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar. Este precepto va más allá de lo establecido en el artículo 1.590 CC, por cuanto que atribuye responsabilidad al constructor en caso de que éste haya "aceptado" productos de construcción defectuosos. A nuestro juicio, la incorporación de esos materiales o productos a la obra implican una aceptación por el constructor de los citados materiales o productos y, por tanto, una asunción de los riesgos que tales deficiencias puedan originar. No basta requerir, protestar, denunciar o advertir al promotor o a la dirección facultativa para eximirse de responsabilidad; la incorporación de estos materiales defectuosos, ya sea de forma consciente o inconsciente, con advertencia o sin ella, le sitúan frente a los terceros adquirentes como responsable, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad de los demás agentes de la edificación.

4) Otros riesgos susceptibles de regulación en el contrato de obra: el promotor habitualmente requiere al contratista que asuma, asimismo, los riesgos relativos a (a) la suficiencia del proyecto técnico (esto es, que reconozca contractualmente que el proyecto técnico es suficiente, idóneo y viable para la realización de la obra contratada, y que, en caso de que resultara necesaria documentación adicional para la ejecución de la obra, dicha documentación será obtenida por el constructor a su costa, sin que ello implique incremento del precio ni mayor plazo de ejecución) y (b) las condiciones de la finca; es decir, que reconozca contractualmente que ha examinado e inspeccionado la finca, y que conoce y acepta todos los riesgos del suelo, incluidas sus condiciones topográficas, geotécnicas y medioambientales.

3.6.11. Extinción del contrato de obra

1) Resolución: el contrato de obra puede ser resuelto en caso de incumplimiento de las obligaciones del contrato de obra por cualquiera de las partes, en aplicación del artículo 1.124 CC. La parte cumplidora puede resolver el

contrato de obra al amparo del citado artículo, en cuanto que contiene obligaciones recíprocas. En relación con el derecho de resolución en caso de incumplimiento:

a) No basta cualquier incumplimiento para justificar el derecho de resolución previsto en el artículo 1.124 CC, pero tampoco se ha de exigir que la falta de cumplimiento deba ser reiterada y demostrativa de una rebeldía en el incumplimiento.

La jurisprudencia, a la hora de interpretar y aplicar el artículo 1.124 CC, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, para atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato.

El incumplimiento ha de ser grave, no precisándose una actuación dolosa, y relativo a obligaciones principales, no meramente accesorias. El derecho de resolución es aplicable tanto a incumplimientos del constructor como del promotor.

b) Quien ejercita la facultad de resolución no debe haber incumplido sus obligaciones, salvo que ello sea consecuencia de un incumplimiento anterior de la otra parte.

c) El promotor podrá resolver el contrato por incumplimiento durante la ejecución de la obra y, por tanto, con anterioridad al vencimiento del plazo pactado para finalizar y entregar la obra, en la medida en que dicho incumplimiento, siendo sustancial, determine la imposibilidad de que se cumpla la finalidad perseguida por los contratantes. Asimismo, el promotor podrá igualmente resolver el contrato si, al vencimiento de dicho plazo, el citado incumplimiento sustancial frustra dicha finalidad.

En caso de que, posteriormente a la entrega de la obra y, por tanto, habiendo recaído un reconocimiento expreso por parte del promotor de que el constructor ha cumplido con su obligación esencial (construcción y entrega de la obra) y de que el contrato ha quedado sustancialmente cumplido, aparecieran defectos graves, ello facultaría al promotor a reclamar la reparación in natura cuando fuese posible o, en su caso, la indemnización que compense al promotor de los gastos necesarios para resolver y sanar tal defecto y, en ambos casos, el abono de los daños y perjuicios causados.

d) Normalmente las partes suelen incluir expresamente en el contrato de obra supuestos de incumplimiento que facultan a la parte cumplidora a resolver el contrato de obra. Generalmente la finalidad de esta cláusula es pactar lo que las partes entienden como incumplimiento grave o esencial que permita la

resolución del contrato, pretendiendo, por tanto, que sirva de ayuda interpretativa para el juzgador sobre las consecuencias que las partes pretendieron dar a determinados incumplimientos.

e) Algunas causas que suelen incluirse en los contratos de obra son las siguientes:

- la falta de pago por parte del promotor; falta de posesión pacífica de la finca por parte del constructor;
- la paralización por el constructor de la obra sin causa justificada por un determinado plazo;
- retrasos en la finalización de la construcción de la obra, superiores a un determinado plazo en esta línea, para poder reaccionar con antelación suficiente a fin de que el promotor pueda alcanzar el objetivo de plazo deseado. Puede establecerse como causa de resolución retrasos en los plazos intermedios de obra o hitos de obra contenidos en el programa de obras que se adjunte al contrato;
- la existencia durante la ejecución de la obra de defectos graves, acreditada por la dirección facultativa o un tercero que designen las partes (el técnico o experto independiente) en la ejecución material de la obra, el incumplimiento grave del proyecto técnico, del contrato de obra, la *lex artis* de la construcción o de las instrucciones dadas por la dirección facultativa;
- la no acreditación del cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social, o la no acreditación de la contratación de las pólizas de seguros pactadas o pago de las primas correspondientes.

f) Conforme a la jurisprudencia, los efectos o las consecuencias de la resolución deben cumplir dos objetivos: el promotor está obligado al pago de la obra útil ejecutada al tiempo de la resolución y la parte cumplidora está facultada para reclamar los daños y perjuicios causados por tal incumplimiento; por otra parte, dicha indemnización o resarcimiento tiene como finalidad volver el patrimonio afectado a la situación en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento.

En cualquier caso entendemos recomendable regular expresamente en el propio contrato las consecuencias de su resolución. En este sentido, la siguiente enumeración pretende ser coherente con la jurisprudencia al respecto:

Si el incumplimiento fuese imputable al promotor:

- el constructor suspenderá las obras, quedará liberado de cualquier obligación relativa a las obras no ejecutadas, sin perjuicio de las responsabilidades legales y contractuales respecto a las obras ejecutadas;
- liquidación y pago de la obra útil ejecutada al tiempo de la resolución y conforme a las reglas de valoración establecidas en el contrato (de la aplicación de estas reglas debe resultar una valoración coherente y proporcional con el precio total de la obra que habrá sido acordada como precio cerrado); según se determine por un tercero (la dirección facultativa o el técnico o experto independiente), así como por los desembolsos realizados para el pago de bienes y servicios aun no incorporados a la obra pero llevados a cabo en atención a ella;
- compensación por parte del promotor por los costes, debidamente justificados, que el constructor deba abonar a terceros por el desistimiento de contratos celebrados con los subcontratistas y suministradores;
- indemnización por la no ejecución de la obra pendiente (concepto equivalente al beneficio industrial que analizaremos más adelante al referirnos al desistimiento por parte del promotor) que suele determinarse en base a un porcentaje del precio de la obra pendiente de ejecución; y
- pago por parte del promotor de cualquier otra cantidad que pudiera pactarse como cláusula penal.
- Si el incumplimiento fuese imputable al constructor:
 - el promotor suspenderá el pago de las cantidades ya devengadas y pendientes de pago hasta la total liquidación de la obra útil conforme a las reglas de valoración establecidas en el contrato y la liquidación de los daños y perjuicios que más adelante detallamos;
 - compensación por parte del constructor por los daños y perjuicios causados; por ejemplo, el mayor coste en el que pueda incurrir el promotor con la contratación de un nuevo constructor en comparación al coste en el que hubiera incurrido con el constructor cuyo contrato queda resuelto, lucro cesante derivado de los alquileres dejados de percibir (u otro tipo de ingresos del promotor vinculados al edificio) y cualquier otro gasto que, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, sea justificable y pueda acreditarse;
 - entrega por el constructor de la documentación en su poder o cualquier otra preparada o elaborada (planos de taller) por el constructor o sus subcontratistas en relación a la obra;

- reembolso del constructor al promotor de los pagos realizados por el promotor a aquél en relación con las obras pendientes de ejecución al tiempo de la resolución;
- cesión, a requerimiento del promotor de alguno de los contratos celebrados por el constructor con los subcontratistas, técnicos, suministradores o cualquier otro tercero en relación con la obra (*step in rights*);
- desalojo efectivo del inmueble con retirada de cuantas instalaciones y máquinas tenga el constructor instaladas en el inmueble, y
- pago por parte del constructor de cualquier otra cantidad que pudiera pactarse como cláusula penal.

2) **Desistimiento unilateral:** el artículo 1.594 CC establece en favor del promotor la facultad de desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra, aunque ésta haya empezado. Esta facultad se ha de considerar como una excepción al principio general de la irrevocabilidad de los contratos por decisión unilateral o por la sola voluntad de una de las partes.

Muchas son las razones de tipo económico o fáctico que ha citado la doctrina y otras muchas que pueden plantearse para justificar legítimamente tal excepción. Desde el punto de vista económico y fáctico caben imaginar los siguientes supuestos o ejemplos:

Problemas de financiación para completar la ejecución de la obra, cambios normativos que harían la obra más costosa o de menor utilidad (problemas o cuestiones urbanísticas), el acaecimiento de eventos no previstos o el descubrimiento de hechos, tales como la aparición de problemas de contaminación o de hallazgos restos arqueológicos, etc.

Esto implicaría mayores plazos de ejecución y por tanto retrasos en la puesta en funcionamiento del proyecto inmobiliario o mayores costos, cambios en el mercado (baja precomercialización del proyecto o crisis económicas) que hacen que el proyecto devenga económicamente inviable.

En definitiva, son muchas las causas que cabe imaginar que justificarían la existencia de tal facultad de desistimiento; pero aun más, la norma no exige la existencia de un hecho o circunstancia que justifique el ejercicio de tal facultad, sino que tal facultad resulta incondicional, quedando absolutamente desvinculada de cualquier tipo de razón objetiva (imprevisible o no) que legitime la existencia de tal excepción al principio general comentado.

Como primera conclusión, podemos afirmar que se trata de una facultad unilateral o la simple voluntad del dueño, cuyo ejercicio no tiene por qué basarse en una razón o causa objetiva. Sin embargo, debemos señalar que tal facultad de desistimiento debe aceptarse exclusivamente en aquellos contratos de ejecución de obra que queden claramente enmarcados en el arrendamiento de obra y, por tanto, no debe ser de aplicación directa, salvo pacto expreso, en otros contratos más complejos en los que la ejecución de la obra es un elemento importante de esa relación contractual más compleja, pero que no es la relación contractual más característica o definitoria de esa operación.

Ejemplo

Así, por ejemplo, en el caso del *forward funding*, en que, pese a existir una ejecución de obra y, por tanto, unos pactos propios del contrato de obra, éste se enmarca en una relación compleja, cuya nota característica es la compraventa (de cosa futura), donde no cabría (salvo pacto) tal facultad de desistimiento.

El artículo 1.594 CC establece la obligación del dueño de indemnizar al constructor de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de la obra; la definición exacta de estos conceptos, su alcance y cuantificación es, en nuestra opinión, de dificultad extrema, por lo que es aconsejable regularlo expresamente en el propio contrato de obra:

a) Por gastos y trabajos, entendemos el total del coste incurrido por el constructor en la ejecución de la obra hasta el momento del desistimiento, lo cual implica tres tipos de gastos: (I) los desembolsos que el constructor haya efectuado o deba efectuar para el pago de bienes y servicios incorporados a la obra; (II) esos mismos desembolsos para el pago de bienes y servicios aun no incorporados a la obra pero hechos en contemplación de ella, incluidos los de transporte de materiales, normal acopio de materiales; (III) asimismo, entendemos aquellos otros que sean consecuencia directa de tal desistimiento, como la indemnización pagadera por el constructor a un tercero por la resolución anticipada de contratos (alquiler de grúas), o cancelación de pedidos cursados con anterioridad al desistimiento para obras a ejecutar con posterioridad.

b) Por utilidad se entiende el beneficio que hubiera obtenido el constructor de haberse realizado el total de la obra.

A nuestro juicio, la determinación de los conceptos indemnizables no deberían plantear grandes dudas. Sin embargo, la mayor dificultad estriba en la cuantificación de dichos conceptos.

a) En primer lugar, la doctrina y las sentencias de los órganos judiciales se han planteado si, para la determinación de los "gastos y trabajos", hay que atender al precio contractual (en el supuesto en que nos encontremos en un contrato de obra a precio alzado) o al coste real; así, por ejemplo, determinada jurisprudencia afirma que

"aun existiendo precio alzado, si la parte proporcional de la obra ejecutada no cubriese los gastos realmente realizados y el importe de los trabajos efectuados, la liquidación debe realizarse según esos gastos e importes reales"; sin embargo, en otras sentencias se establece que "por trabajos se ha de entender los llevados a cabo en la parte de la obra ya realizada, cuyo precio debe ser abonado al contratista, haciéndolo, si el precio fuese alzado y total, en proporción que corresponda, según la parte ejecutada".

b) En segundo lugar, se plantea cuál ha de ser el importe de dicha utilidad; debe calcularse con arreglo a los márgenes o elementos de referencia que figuren en el contrato y, en otro caso, el que pueda probarse en el proceso; sin que exista jurisprudencia uniforme al respecto.

Es nuestra recomendación que se fijen en el contrato de obra las normas que se han de utilizar para determinar el importe de la indemnización. Para ello, planteamos las siguientes reflexiones o pautas:

Como se ha indicado más arriba, "el contratista ha de quedar indemne", por lo que el desistimiento no puede crearle un daño o pérdida. Así por ejemplo, deben ser indemnizables todos aquellos costes directamente derivados de la existencia del desistimiento, tales como la indemnización pagadera por el constructor a un tercero por la resolución anticipada de contratos (alquiler de grúas) o la cancelación de pedidos cursados con anterioridad al desistimiento para obras a ejecutar con posterioridad. Por tanto, el contrato debería marcar los conceptos indemnizables.

- Igualmente, la valoración de esos conceptos indemnizables debe ser coherente y proporcional al precio de la obra (acordada como precio cerrado), por lo que esa valoración, debiendo atender a valores reales, no puede representar una proporción superior a la que representa el grado de avance de la obra al tiempo del desistimiento en relación con el precio del contrato. No podemos compartir el criterio según el cual el constructor pueda ser indemnizado por importes que no guarden proporción con el precio del contrato en relación al volumen de obra ejecutada; que podría conducir al constructor a ser el mayor interesado en el desistimiento.
- Generalmente se recomienda pactar un porcentaje o varios, dependiendo del grado de avance de la obra, que, aplicado al precio de la obra pendiente de ejecutarse, represente la compensación por la utilidad o beneficio que hubiera obtenido el constructor de haberse realizado el total de la obra.

3) Otras causas de extinción: paralización o destrucción por fuerza mayor: las partes generalmente pactan otras causas que permiten la resolución unilateral del contrato de obra, sin que dicha resolución esté fundada en un incumplimiento de alguna de las partes.

Así, por ejemplo, la paralización de las obras por causas de fuerza mayor por plazo determinado o el retraso o la previsión de retraso en la finalización de las obras cuando el retraso viene causado por una destrucción fortuita total o parcial y la reconstrucción excede o es previsible que exceda de un plazo determinado.

Conviene pactar también las consecuencias de la resolución en tales supuestos: generalmente, la liquidación y pago de la obra útil ejecutada al tiempo de la resolución, y ello conforme a las reglas de valoración establecidas en el contrato, según se determine por un tercero (la dirección facultativa o el téc-

nico o experto independiente, según proceda). De la aplicación de estas reglas debe resultar una valoración coherente y proporcional con el precio total de la obra (acordada como precio cerrado).

4. Financiación de la promoción

4.1. Consideraciones previas

En este apartado nos centraremos en el estudio del préstamo o crédito hipotecario como fórmula más habitual en la financiación inmobiliaria. En primer lugar hay que destacar que la financiación de proyectos inmobiliarios presenta características y tratamiento contractual diferente, dependiendo de si nos encontramos ante un proyecto inmobiliario en construcción (o tan sólo en fase de elaboración de los proyectos técnicos) o, si por el contrario, el proyecto inmobiliario está en explotación (construcción acabada, comercializado y produciendo rentas). Los riesgos de cada una de estas financiaciones son distintos y, por tanto, también el tratamiento contractual de los mismos.

4.2. Tratamiento contractual de los riesgos

En la financiación de un proyecto en construcción o promoción, podemos distinguir los siguientes riesgos:

4.2.1. Riesgo legal

El riesgo legal es el riesgo de que el proyecto sea factible jurídicamente (titularidad y cargas, situación urbanística, medioambiental y licencias del proyecto).

En primer lugar, será necesario realizar una revisión o *due diligence* legal por parte de los asesores jurídicos de la entidad bancaria, que permita a dicha entidad identificar dichos riesgos y definir, en consecuencia, su cobertura.

En esta revisión legal, resulta de suma importancia la revisión del contrato de ejecución de obra a fin de confirmar que la obra se ha contratado sobre la base de un precio cerrado, debiendo los asesores técnicos del banco analizar, como se verá más adelante, los proyectos técnicos a fin de confirmar que no existen lagunas ni partes de obra pendientes de contratar y, más importante aún, no contempladas en el presupuesto de obra y por tanto, en el plan de negocio del proyecto.

Asimismo, es importante confirmar que el promotor cuenta con todos los contratos, que serán igualmente objeto de revisión, necesarios para iniciar y finalizar la construcción del proyecto, y que todos estos contratos se encuentren en condiciones aceptables para el banco financiador sin que presenten contingencias de ningún tipo.

Identificados los riesgos, estos deben ser debidamente cubiertos:

1) mediante el establecimiento en el contrato de financiación de estipulaciones que impongan al promotor una serie de obligaciones de hacer o el establecimiento de condiciones que deben ser cumplidas por el promotor con carácter previo a cualquier disposición de fondos (declaración de obra nueva, posposición de condiciones resolutorias, renuncia de terceros a derechos de adquisición preferente, cancelación de cargas, tales como la carga de urbanización, etc.), o

2) mediante la exigencia, en casos excepcionales, de recurso contra la matriz del futuro prestatario, cuando éste resulta un vehículo constituido *ad hoc* para ese proyecto (SPV).

4.2.2. Riesgo de construcción

El riesgo de construcción es el riesgo de que el calendario y costes de construcción del proyecto se ajuste al plan de negocio. Igualmente, para este riesgo, será necesario que los asesores técnicos y financieros del banco realicen un análisis y revisión del presupuesto de construcción. Adicionalmente, se establecen los siguientes mecanismos contractuales, a fin de asegurar que el proyecto se finalizará en tiempo, coste y sin contingencias:

1) Pactos que vinculan la disposición de los fondos a la consecución de hitos de construcción, a fin de asegurarse de que el avance de obra y la disposición de fondos son coherentes con lo previsto.

Igualmente, generalmente se exige, como requisito previo a la entrega de los fondos, que los técnicos vayan cuantificando, al alcanzar cada uno de dichos hitos, el coste de las obras pendientes de ejecución, confirmando si podrán acabarse las obras con los fondos pendientes de disposición; así el banco se asegura de que, a pesar de que el promotor ha dispuesto de la totalidad del principal, la obra no llegará a un punto en donde no puede finalizarse por falta de fondos y, por tanto, anticiparse a esta situación, sin que el banco haya entregado la menor cantidad de fondos posible.

2) Obtención por parte de la matriz de determinadas garantías (personales o bancarias) que garanticen la finalización de las obras en tiempo y coste, pudiendo el banco tener recurso contra ella.

Estas garantías cubren cualquier desviación en cuanto al coste de la obra (*cost overrun*) o más genéricamente, se garantiza (*performance guarantee*) la ejecución de las obras conforme al calendario (en caso de que hubiera alguna desviación en algún hito, esta garantía pretende cubrir el coste de la contratación de mayores recursos materiales y humanos para incrementar el ritmo de obra) y coste del presupuesto.

3) Nombramiento por el banco de un *project monitor*, cuya función es controlar, supervisar y monitorizar la ejecución de las obras de construcción, confirmando al banco que la ejecución se realiza conforme a lo pactado en cuanto a calendario, calidad, correcta ejecución y coste.

4) Establecimiento de cláusulas de *step-in*, en virtud de las cuales se concede al banco el derecho de que cualquier tercero (que intervenga en el proceso constructivo como consecuencia, generalmente, de la ejecución de las garantías, por ejemplo, hipotecaria), pueda, en caso de incumplimiento del promotor, subrogarse en todos los contratos (ya no sólo garantías) celebrados por el promotor con terceros (*step in*) con ocasión de la ejecución de las obras; a fin de asegurar la continuación de aquellos contratos que resulten de interés y redunden en beneficio para la finalización de las obras.

5) Finalmente, los contratos de financiación suelen incluir como obligación del promotor el cumplimiento del calendario de las obras y de apertura y puesta en explotación del proyecto, así como la ejecución de las obras conforme al proyecto técnico; cualquier modificación de estos documentos requerirá la previa aprobación del banco.

4.2.3. Riesgo de comercialización

El riesgo de comercialización es el riesgo de que el nivel de ocupación y el nivel de rentas del proyecto que efectivamente se alcance se ajuste a lo establecido en el plan de negocio del proyecto. El tratamiento de este riesgo es generalmente el siguiente:

1) Contratación de un experto inmobiliario, que valide las asunciones y objetivos comerciales del proyecto, y a tales efectos emita un informe de valoración del mismo.

2) Pactos que vinculan la disposición de los fondos a la consecución de hitos de comercialización del proyecto, a fin de asegurarse de que el progreso en la comercialización y la disposición de fondos son coherentes con lo previsto.

3) Incluso en determinados proyectos con incertidumbres relevantes en cuanto a la comercialización, suele exigirse garantía de la matriz que cubre todo o parte de las cantidades adeudadas en cada momento, reduciéndose el importe de la garantía de forma escalonada según se vayan incrementando los porcentajes de precomercialización.

4) Igualmente es frecuente el establecimiento de cláusulas de *step-in* o de cesión o subrogación automática, de forma que en caso de ejecución de alguna de las garantías del proyecto (por ejemplo, la ejecución hipotecaria), el futu-

ro propietario pueda subrogarse en todos los contratos del proceso de comercialización y, en especial, en los contratos de arrendamiento (de cosa futura) suscritos.

4.2.4. Otros riesgos del activo (destrucción)

Es el riesgo de daños a la construcción o a terceros, o de desaparición del activo durante la ejecución de las obras como consecuencia de un evento imprevisible. Este riesgo se cubre mediante la contratación de un seguro de daños y de responsabilidad civil.

4.3. Cláusulas más relevantes del contrato de financiación: condiciones económicas

4.3.1. Comisiones

Generalmente, aunque depende de cada operación y de las características de la misma, suelen devengarse en favor del banco las siguientes: una comisión de apertura pagadera en el momento de la firma del contrato de financiación, y que se fija en un porcentaje sobre el principal de préstamo o del crédito. Igualmente, en los contratos de crédito se devenga una comisión de disponibilidad que se fija como porcentaje del importe del crédito no dispuesto.

En ocasiones puede pactarse el derecho del financiado a prorrogar el plazo de la financiación y en tales casos se devenga una comisión por ampliación de plazo, equivalente a un porcentaje sobre el importe pendiente de reembolso a la fecha de formalización de dicha prórroga.

Finalmente destacamos la comisión por amortización anticipada; los contratos de financiación reconocen la facultad del financiado (que llamaremos así para referirnos al prestatario o acreditado) para devolver voluntariamente el crédito o préstamo de forma anticipada, total o parcialmente, en cualquier momento de la vida del mismo. En tal caso, se exige el pago, por un lado de los intereses que, de acuerdo con el tipo de interés aplicable, se hayan devengado hasta el momento de dicha amortización anticipada, en segundo lugar los costes de resolución, a los que nos referiremos más adelante, y finalmente una comisión de amortización anticipada que se devenga en caso de amortización durante los primeros tres o cuatro años de vida del contrato, conforme a una escala dependiendo del importe amortizado y de la fecha de amortización.

4.3.2. Intereses

Los intereses suelen fijarse con relación a un tipo de interés variable que se denomina el tipo de interés de referencia⁵, al que se le suma un margen que representa, entre otros, la cuantificación del riesgo que para el banco se deriva de la operación de financiación. El tipo de interés de referencia se incrementa

⁽⁵⁾ Así por ejemplo, el euríbor, Euro Interbank Offered Rate.

de forma proporcional en el importe de los honorarios o comisiones de intermediación del mercado interbancario y con cualesquiera gastos, comisiones, impuestos o recargos que resulten aplicables.

No es infrecuente que el contrato establezca dos márgenes diferentes para cubrir situaciones en las que el proyecto tiene un mayor riesgo⁶, aplicándose en tal caso el margen más alto; y pactándose la aplicación del margen más bajo en el momento de desaparición de dicho factor de riesgo.

⁶Baja comercialización o mejora de las ratios financieras del proyecto LTV o DSCR, por ejemplo.

Es práctica general pactar un tipo de interés sustitutivo para cubrir la eventualidad de que por cualquier causa no existiera tipo de referencia del mercado, pactándose la aplicación de otro que suele consistir en la media de los tipos ofrecidos por diversas entidades bancarias (que se designan en el propio contrato) para depósitos en el mercado interbancario.

Finalmente, los contratos de financiación incluyen un interés de demora, que representa un tipo de interés que penaliza al financiado en caso de impago, y que se devenga sobre las cantidades vencidas y no pagadas.

4.3.3. Costes de resolución

Son la consecuencia económica negativa que podrá tener para el banco la resolución de cualquier toma o aplicación de fondos contratada por este para la concesión de la financiación en caso de que el financiado amortice, total o parcialmente, la financiación de forma anticipada.

Estos costes se calculan como el valor actual de la diferencia positiva entre (I) el importe que hubiera recibido el banco en concepto de intereses durante el plazo que medie entre el día en el que el financiado haya realizado la amortización, total o parcial y el día en que finalice el periodo de interés en cuestión, y (II) la retribución que el banco hubiera obtenido por tener depositado con una entidad financiera una cantidad equivalente al importe amortizado anticipadamente por el financiado, durante el periodo que media entre el día en el que el banco haya recibido el pago resultante de dicha amortización y el día en que finalice el periodo de interés en cuestión.

4.3.4. *Gross-up* de impuestos y otros gastos

Esta cláusula establece la obligación del financiado de que todos los pagos que efectúe por cualquier concepto (amortización, intereses, comisiones, gastos, etc.) deben estar libres y resultar netos de cualquier tipo de impuesto, coste o gasto, siendo dichos impuestos y gastos a cargo del financiado.

Asimismo, si por imperativo legal el financiado debe practicar alguna retención por cualquier concepto sobre los pagos, el financiado deberá incrementar éstos en la cuantía necesaria para que el banco, después de la retención, reciba igual cantidad a la debida, como si no hubiera existido tal retención.

4.3.5. Operativa de cuentas

Si bien cada contrato establece la propia estructura de cuentas corrientes del financiado y las normas de funcionamiento, a continuación describimos una de ellas.

El financiado debe abrir y mantener dos (y no más) cuentas corrientes: una cuenta que se denomina principal y otra que se denomina IVA. En la cuenta principal se ingresan todas las disposiciones de la financiación así como cualquier otro ingreso (en sentido amplio, incluyendo cualquier aportación de fondos o capital de los accionistas o matriz del financiado); y en la cuenta IVA se han de ingresar las devoluciones de IVA que el financiado vaya recibiendo de la Administración fiscal (no olvidemos que durante la fase de construcción y en supuestos, los más frecuentes, en donde la promoción se canaliza a través de un vehículo *ad hoc*, el financiado irá soportando IVA sin posibilidad de repercutir IVA a terceros por no tener ingreso alguno sino hasta la puesta en explotación del proyecto, por lo que siempre será acreedor frente a la Administración).

Estas cuentas funcionan conforme a las siguientes reglas pactadas por las partes y aceptadas expresamente por la entidad depositaria de las citadas cuentas:

- 1) el banco como agente de pagos, es decir, bajo un mandato e instrucción expresa del financiado, queda expresa e irrevocablemente autorizado para realizar en dichas cuentas los adeudos e ingresos de conformidad con los pactos del contrato;
- 2) sólo podrán realizarse pagos con cargo al saldo de las cuentas, en la medida en que dichos pagos estén autorizados por las cláusulas del contrato;
- 3) todas las cantidades dispuestas por el financiado con cargo a cualquiera de las cuentas para la realización de un pago concreto o el cumplimiento de una obligación específica se aplicarán a la realización de dicho pago o al cumplimiento de la citada obligación, y no a ningún otro propósito;
- 4) en caso de acaecimiento de cualquier supuesto de incumplimiento, el banco y la entidad depositaria podrán no atender las instrucciones o solicitudes que el financiado les dirija en relación con el uso de las citadas cuentas, siendo el banco financiador el único autorizado a disponer de las cuentas;

5) finalmente el financiado autoriza al banco el libre acceso al examen de los libros y registros de las cuentas, renunciando a cualquier derecho de confidencialidad.

El financiado se obliga a que todos los ingresos del proyecto, incluyendo ingresos por utilización de espacios del proyecto, indemnizaciones de seguros, subvenciones, intereses y los fondos obtenidos por la financiación así como los fondos derivados de ampliaciones de capital y cualesquiera otras sumas recibidas sean transferidas directamente en dicha cuenta principal o sean abonados en la misma inmediatamente después de su recepción por el financiado.

El saldo de dicha cuenta será aplicada a alguna de las finalidades que se contienen en el contrato, entre las que destacamos: pago de gastos operativos del proyecto conforme a los conceptos, importes y calendario de pagos previsto en el plan de negocio aprobado por el banco; pago de intereses, comisiones y otros gastos derivados de la financiación, y amortización del principal.

Por lo que se refiere al saldo de la cuenta IVA, generalmente se aplica a la amortización del tramo de la financiación concedido para financiar los pagos de IVA que genera la promoción del proyecto.

Como veremos más adelante, ambas cuentas quedan pignoradas en favor del banco en garantía de las obligaciones que para el financiado se derivan de la financiación.

4.3.6. Asunción de gastos por el financiado

El contrato establece la obligación del financiado de sufragar los honorarios y gastos de los asesores del banco (asesores legales, técnicos, expertos inmobiliarios, valoradores, *project monitor*, etc.).

4.3.7. Calendario de amortización

Generalmente este tipo de financiación prevé un cuadro de amortización de principal coherente con el plan de generación de rentas. En otras palabras, es frecuente la no obligación de amortización durante la fase de construcción pues el proyecto no generaría renta alguna y por tanto resultaría imposible ir cumpliendo con los plazos de amortización. Por ello se suele estructurar el calendario de amortizaciones con un periodo de carencia que correspondería al periodo de construcción; una vez comience a comercializarse el proyecto y comiencen a generarse rentas, se iniciaría la fase de amortización de la financiación, la cual ha de ser coherente con dicha capacidad de generación de rentas.

Es más, es frecuente asimismo establecer una amortización en un único pago (*bullet*) al final de la duración del préstamo, dependiendo del plan de negocio del financiado: proceder a la venta del inmueble una vez se haya completado

la construcción y el proyecto genere rentas, destinando parte del importe de la venta a la amortización de la financiación; o acudiendo al mercado financiero para refinanciar el proyecto.

Asimismo, es frecuente que la propia financiación prevea que parte del importe de la financiación se destine, no sólo a financiar la propia construcción, sino a proveer de fondos al financiado a fin de que pueda ir pagando los intereses que genera la propia financiación.

4.4. Cláusulas más relevantes del contrato de financiación: declaraciones y garantías del financiado

El contrato de financiación generalmente contiene una serie de declaraciones y garantías que realiza el financiado cuya veracidad es elemento esencial para el banco y que de no ser veraces, exactas y completas el banco no celebraría el contrato, ni entregaría los fondos solicitados en cada disposición.

Estas declaraciones y garantías se refieren a todos los aspectos legales, económicos, comerciales, técnicos, etc. del proyecto y del propio acreditado; así por ejemplo, se refieren a las siguientes materias: situación jurídica del financiado (válida constitución, capacidad jurídica y de obrar y obtención de todos acuerdos societarios; situación económica financiera del financiado (no causa de insolvencia, ni existencia de ninguna otra deuda, ni de contingencias o reclamaciones de terceros); veracidad y exactitud de toda la documentación técnica y legal suministrada al banco durante el proceso de *due diligence*, siendo dicha documentación completa; ausencia de cualquier cambio material que pueda afectar adversamente al proyecto (revocación de licencias, insolvencia del constructor, etc.); cumplimiento de normativa (laboral, fiscal, contable, urbanística, medioambiental, etc.); descripción comercial y técnico del proyecto, y en especial, en relación a la fiabilidad del plan de negocio (incluyendo el presupuesto de obra) preparado por el financiado y aprobado por el banco; titularidad y cargas del suelo donde se desarrollará el proyecto, así como la situación legal del mismo (aspectos urbanísticos y de licencias); validez y cumplimiento de todos los contratos suscritos por el financiado en relación con el proyecto.

Finalmente, cabe destacar que estas declaraciones y garantías se entienden reiteradas por el financiado en el momento de efectuarse cada disposición, de forma que de no ser veraz alguna de ellas, el banco podría denegar la entrega de los fondos.

4.5. Cláusulas más relevantes del contrato de financiación: obligaciones de la financiada (*covenants*)

4.5.1. Obligaciones de información

El financiado se obliga a informar de forma periódica (mensual, trimestral, anualmente, etc.) al banco de todos los aspectos relativos al propio financiado y al desarrollo del proyecto y, en particular: informe de comercialización y de precomercialización; informe sobre la ejecución de las obras de construcción y de la ejecución del presupuesto de obras; estados financieros del financiado y cuentas anuales; informe de ocupación y rentas (*rent roll*); presupuesto anual y previsiones de cierre. Asimismo, el financiado se obliga a informar de cualquier suceso que pueda afectar negativamente a la viabilidad del proyecto (reclamaciones de terceros, resolución de contratos, revocaciones o denegación de licencias, etc.).

4.5.2. Obligaciones de hacer

1) En cuanto a la financiación del proyecto, el financiado se obliga a destinar la financiación al desarrollo del proyecto; así como a promover el proyecto conforme a las especificaciones (proyectos y calidades) técnicas, el presupuesto de obras, el calendario y, en general, conforme al plan de negocio preparado por el financiado y aprobado por el banco.

2) En cuanto al activo en sí, el financiado se obliga a conservar y mantener el activo adecuadamente, tanto desde un punto de vista legal como material o técnico; y destinar los importes recibidos de cualquier compañía de seguros a reparar los daños producidos en el activo, salvo que la indemnización exceda un determinado importe, en cuyo caso, la aplicación de la indemnización a dicha reparación requerirá la aprobación del banco, que en caso de denegación el importe de la indemnización se destinará a amortizar total o parcialmente la financiación.

4.5.3. Mantenimiento de ratios

Destacamos los siguientes:

1) *Loan to cost* o *LTC*, representa el cociente entre la cuantía del importe dispuesto de la financiación en cualquier momento y el valor de la construcción determinado por el *project monitor*. Con dicha ratio (que determina el apalancamiento del proyecto), el banco pretende asegurarse de que su financiación nunca excede un determinado valor del proyecto en construcción, que en el supuesto de financiación de proyectos en construcción ese valor se fija con relación al coste de construcción.

2) **Ratio de cobertura para el servicio de la deuda (*debt service cover ratio*)**, representa el cociente, en cualquier momento, entre las rentas netas del proyecto (*net operating income* o *NOI*) que se devengarán en los próximos doce meses y la suma de las obligaciones de pago por amortización e intereses que se devengarán en los próximos doce meses. Esta ratio representa un criterio dinámico de valoración del activo, mientras que la ratio anterior representa un criterio estático.

Si la primera de las ratios se desvía al alza por encima del porcentaje establecido en el contrato, o si la segunda disminuye por debajo para cada uno de ellos, el financiado deberá hacer amortizaciones anticipadas obligatorias o, como se indicará más adelante, los garantes del financiado (matriz o accionistas) vendrán obligados a aportar fondos suficientes para que el financiado pueda amortizar anticipadamente la parte del préstamo que sea necesaria a fin de restablecer las ratios en los niveles establecidos en el contrato.

4.6. Cláusulas más relevantes del contrato de financiación: causas de vencimiento anticipado

Dentro de las causas de vencimiento anticipado que facultan al banco a exigir la cancelación de la financiación y por tanto la amortización anticipada del principal pendiente, podemos distinguir diferentes categorías de eventos:

1) Incumplimiento por el financiado de sus obligaciones conforme al contrato de financiación; entre las que destacamos en primer lugar el incumplimiento de alguna de sus obligaciones de pago, para cuya subsanación el financiado suele contar con un plazo (*remedy period*) más bien corto; y en segundo lugar, incumplimiento grave de alguna de las obligaciones referidas en los apartados anteriores, para lo cual el financiado contará con un plazo algo superior para su subsanación.

2) Eventos o circunstancias (imputables o no a la actuación del financiado) que determinan una menor solvencia del acreditado, el proyecto o los garantes:

a) Menor solvencia del financiado, y así por ejemplo, la traba de embargos contra el financiado, existencia de reclamaciones contra éste, situaciones de preinsolvencia, inicio de actuaciones judiciales, expropiaciones, incumplimiento cruzado del financiado de otras obligaciones de pago, financieras o no (*cross default*), etc.

b) Menor solvencia (no viabilidad legal, comercial o económica) del proyecto, y así por ejemplo, resolución de alguno de los contratos del proyecto (contratos de arrendamiento o incluso insolvencia de algún arrendatario relevante, contratos de diseño y arquitectura, contrato de ejecución de obras), destrucción del activo, inexactitud de alguna de las declaraciones y manifestaciones,

desviaciones por encima de determinados umbrales de los ratios financieros, variaciones relevantes en el mercado o del activo (cláusula MAC o *material adverse change*), etc.

c) Menor solvencia de los garantes o la validez, existencia o suficiencia de las garantías reales y personales otorgadas en garantía de la financiación, y así por ejemplo, insolvencia de alguno de los garantes, destrucción o perecimiento de algunos de los activos dados en garantía, o reducción del valor de los activos dados en garantía, alteración sin consentimiento del banco de la estructura financiera del financiado, etc.

4.7. Cláusulas más relevantes del contrato de financiación: garantías

1) Consideraciones previas

En este apartado pretendemos describir la estructura tradicional de garantías generalmente utilizadas en este tipo de financiaciones de proyectos en construcción, sin entrar a analizar en detalle el tratamiento contractual, funcionamiento, reglas y consideraciones de tipo jurídico de cada una de estas garantías. En este sentido destacamos que, a los efectos de este apartado, estamos asumiendo que el financiado es un vehículo constituido *ad hoc* para el desarrollo del proyecto inmobiliario.

Las premisas fundamentales del paquete de garantías son las siguientes: en primer lugar, utilizar como garantía cualquier bien o derecho con un valor económico en caso de venta (ejecución de la garantía); en segundo lugar, cualquier bien, derecho (incluidos las relaciones contractuales) que en caso de ejecución de las garantías, permita al adjudicatario continuar con aquellos contratos idóneos para la culminación del proyecto; en tercer lugar, cualquier otro bien o derecho que sin cumplir ninguna de las finalidades, conviene que queden gravados a fin de que dichos activos queden protegidos de cualquier embargo o carga instada por cualquier tercero, y evitar ataques o intromisiones que puedan afectar a la viabilidad del proyecto; y en cuarto lugar, aquellas garantías que como consecuencia de las especiales características del proyecto se requiere su otorgamiento por los accionistas del financiado.

2) Hipoteca de primer rango sobre el bien inmueble objeto de la promoción

La hipoteca se extiende generalmente a cuantas edificaciones se realicen sobre el inmueble hipotecado, sus accesiones naturales y por edificación y a sus mejoras, así como a las indemnizaciones, muebles, rentas (hipoteca con pacto anticrético) y demás elementos y objetos a los que se refieren los artículos 109, 110 y 111 de la LH y 215 de su Reglamento, excluyéndose toda mejora efectuada por un tercero a su costa, conforme al artículo 112 de la LH.

En virtud de la constitución de la hipoteca, el financiado se obliga a mantener aseguradas las obras nuevas y edificios que en la finca hipotecada se realicen; lograr la plena concordancia del Registro de la Propiedad y del Catastro con la realidad física de la finca hipotecada, otorgando cuantos documentos resulten precisos (escritura de declaración de obra nueva, por ejemplo); conservar la finca hipotecada con la debida diligencia; satisfacer toda clase de impuestos, tasas, contribuciones, arbitrios y, en su caso, gastos de comunidad, etc.; y no vender o en general, enajenar o de cualquier otra forma disponer del bien hipotecado, sin aprobación del banco.

3) Prenda sobre las acciones o participaciones del financiado

Permite al banco elegir, en caso de vencimiento anticipado, si ejecutar la hipoteca deviniendo el adjudicatario titular del inmueble y del resto de derechos y contratos, o sin embargo, ejecutar la prenda sobre las acciones adquiriendo el adjudicatario la titularidad sobre el propio financiado.

4) Prenda de los derechos derivados de los contratos de arrendamiento, contratos de venta y cualquier otro que tenga por objeto la cesión temporal de uso de unidades del proyecto.

5) Prenda de los derechos derivados de los contratos relevantes para el proyecto (*step in*), tales como los contratos de arquitectura, contrato de ejecución de obra, las pólizas de seguro, contratos para la comercialización del proyecto, etc.

6) Prenda sobre los derechos de crédito de los saldo de las cuentas corrientes.

7) Titularidad del financiado.

8) Garantías prestadas por los sponsors del proyecto (accionista/s del financiado).

a) Fianza solidaria: en virtud de esta garantía, los accionistas (aquí garantes) garantizan el cumplimiento de todas las obligaciones del financiado; si bien dependiendo de cada operación en concreto esta garantía o se extiende al importe total de las cantidades adeudadas por el afianzado o hasta un importe máximo (un porcentaje del principal); y su vigencia se extiende desde la firma del contrato de financiación hasta la amortización total del préstamo (generalmente infrecuente) o hasta que se finalizan las obras de construcción y el proyecto inicia su explotación; o en otras ocasiones, la responsabilidad de los garantes va disminuyendo de forma escalonada conforme se van alcanzando determinados hitos en la comercialización del proyecto.

b) Adicionalmente, los garantes se comprometen a aportar fondos en favor del financiado para cubrir cualquier desviación en el presupuesto de obras (*cost overrun guarantee*), así como para conseguir que el proyecto se complete, libre de cargas y gravámenes, en el plazo y modo contemplados en el calendario de obra y en el plan de negocio (*completion guarantee*).

c) Generalmente, los garantes han de firmar un acuerdo de subordinación en virtud del cual estos subordinan sus derechos de regreso frente al financiado en caso de ejecución por el banco de la fianza solidaria y sus derechos a reclamar la amortización o devolución de las cantidades aportadas por estos en favor del financiado en aplicación de la *cost overrun guarantee* y de *completion guarantee* o de cualquier otro crédito que los garantes tengan frente al financiado, a los derechos y acciones del banco bajo el contrato de financiación, de tal forma que cualquier recurso financiero con el que cuente el financiado deberá ir en primer lugar a satisfacer las cantidades adeudadas en virtud de la financiación, y una vez ésta quede amortizada, el financiado podrá satisfacer sus deudas frente a los garantes.

5. Aspectos tributarios de la financiación de la promoción

La estructuración de la financiación necesaria para llevar a cabo el proyecto de inversión inmobiliaria es sin duda uno de los aspectos fundamentales en las operaciones de adquisición de empresas y activos inmobiliarios. Dicha financiación podrá consistir bien en recursos propios de la sociedad titular de los activos inmobiliarios (aportaciones de socios o beneficios generados en ejercicios anteriores por la propia empresa) o bien en recursos ajenos (financiación obtenida de entidades terceras, vinculadas o no).

Desde el punto de vista de la planificación fiscal, en términos generales, resulta típicamente más eficiente la financiación mediante recursos ajenos, de forma que los intereses pagados por la financiación reduzcan la base imponible que se derive de la explotación de los activos inmobiliarios.

Se analizan a continuación las implicaciones fiscales de cada una de las posibilidades de financiación de la inversión inmobiliaria.

1) Imposición de la aportación y devolución de recursos propios

A los efectos de evaluar qué importe de los recursos propios de la empresa que vaya a invertir en el proyecto inmobiliario han de ser inyectados como fondos propios y cuáles como préstamos de los accionistas, resulta determinante conocer el coste fiscal, derivado de una parte de la aportación de recursos y de otra, de su devolución:

a) Tributación de la aportación de fondos propios: como se ha visto, de conformidad con el Real Decreto-Ley 13/2010, con efectos desde el 3 de diciembre del 2010, están exoneradas del OS todas las operaciones dirigidas a la creación, capitalización y mantenimiento de empresas. Así, no quedan sometidas al OS las aportaciones de fondos propios a una entidad residente en España.

b) Tributación derivada de la devolución de fondos propios a los inversores: la reducción de capital social con devolución de aportaciones está sujeta al OS y tributa en el socio que recibe la devolución al 1% sobre el valor de mercado de los bienes y derechos recibidos.

c) **Estructura capital social/prima emisión:** resulta determinante analizar las consecuencias fiscales de la aportación a fondos propios de la sociedad inversora como capital social o como prima de emisión. Mientras la tributación de la aportación de fondos sea idéntica y se haga como capital social o prima (ambas estarían exentas del OS), el reparto de la prima de emisión no tributaría por el OS, mientras que la reducción de capital tributaría por el OS en los términos expuestos en el apartado anterior⁷.

⁽⁷⁾Adicionalmente, desde un punto de vista de fiscalidad directa, tributan del mismo modo tanto la reducción de capital con devolución de aportaciones como la devolución de prima de emisión: los importes devueltos a los socios reducen el valor de adquisición de las participaciones afectadas hasta su anulación. El exceso que pudieran percibir los socios sobre el valor de adquisición sí quedaría sometido a tributación en la imposición personal de los socios.

2) Préstamos participativos

De conformidad con lo establecido en el citado artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, tendrán la consideración de préstamos participativos, aquéllos que cumplan los siguientes requisitos:

a) La entidad prestamista debe percibir un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes.

b) Adicionalmente, se podrá acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.

c) Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de sus fondos propios y siempre que ésta que no provenga de la actualización de activos.

d) Los préstamos participativos se situarán después de los acreedores comunes en orden a la prelación de créditos.

e) Adicionalmente, de conformidad con lo previsto en el artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, los préstamos participativos se considerarán patrimonio contable a los efectos de determinar si una sociedad se encuentra en causa de disolución o reducción de capital obligatoria, de conformidad con lo establecido en la normativa mercantil.

De conformidad con lo establecido en el artículo 20 del citado Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, los intereses devengados tanto fijos como variables de un préstamo participativo se considerarán partida deducible a efectos de calcular la base imponible del impuesto sobre sociedades de la entidad prestataria.

No obstante, los préstamos participativos están sujetos a la normativa española sobre precios de transferencia. Así, de conformidad con la Ley del IS, las operaciones realizadas entre entidades vinculadas deben valorarse por su va-

lor de mercado. Consecuentemente, a los efectos de que los sujetos pasivos puedan considerar como fiscalmente deducibles los intereses derivados de los préstamos participativos, deberán:

- Acordar un interés de mercado en relación con dichos préstamos participativos.
- Documentar en la forma prevista en la normativa del IS las operaciones, a los efectos de acreditar que el interés pactado es de mercado.

En el ámbito de la planificación fiscal internacional, los instrumentos híbridos de financiación, como son los préstamos participativos, son particularmente atractivos cuando el estado de residencia del prestatario (emisor del instrumento híbrido) lo considera deuda (y, por tanto, considera su remuneración como intereses deducibles) y el estado del prestamista (receptor del instrumento híbrido) lo considera como inversión en los fondos propios (y por tanto, su remuneración como dividendos que resulta más probable que queden exentos por aplicación de un régimen análogo al de exención por participación en fondos propios de entidades no residentes previsto en el IS y que será objeto de análisis en los epígrafes posteriores). De esta forma, un instrumento híbrido puede dar lugar a un gasto deducible en el vehículo titular del proyecto inmobiliario y a un ingreso exento en el estado de residencia de la sociedad inversora.

3) Operaciones vinculadas y precios de transferencia

La finalidad perseguida por el legislador español a través de su normativa sobre operaciones vinculadas es evitar la erosión de las bases imponibles españolas mediante la utilización de precios de transferencia por parte de grupos multinacionales. En términos generales, las normas sobre precios de transferencia buscan evitar que empresas vinculadas o relacionadas (casa matriz y filiales, por ejemplo) manipulen los precios bajo los cuales intercambian bienes o servicios, de forma que aumenten sus gastos o costes o disminuyan sus ingresos tributables en función de la fiscalidad más o menos eficiente de las jurisdicciones implicadas. No obstante, tal y como se encuentran redactadas las normas del IS relativas a operaciones vinculadas, su aplicación resulta generalizada, tanto a las operaciones internacionales como a las internas.

Se analizan a continuación las normas previstas en el artículo 16 de la Ley del IS sobre operaciones vinculadas.

En el artículo 16 de la Ley del IS se detallan en qué supuestos las personas o entidades tienen la consideración de vinculadas, entre los que conviene destacar los siguientes:

- Una sociedad y sus socios. En el ámbito de sociedades no cotizadas, la participación deberá ser igual o superior al 5%.

- Una sociedad y sus consejeros o administradores (incluyéndose, a este respecto, los cónyuges, ascendientes, descendientes, de los socios, consejeros o administradores).
- Dos sociedades que de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 del C de C, reúnan las circunstancias para formar parte de un mismo grupo de sociedades (a efectos de la consolidación de cuentas anuales).
- Una sociedad y los socios de otra sociedad, cuando ambas sociedades pertenezcan al mismo grupo de sociedades definido en el artículo 42 del C d C.
- Una sociedad y los consejeros o administradores de otra sociedad, cuando ambas sociedades pertenezcan al mismo grupo de sociedades definido en el artículo 42 del C d C.
- Una sociedad y otra participada por la primera indirectamente en, al menos, un 25% del capital social.
- Dos sociedades en las cuales los mismos socios o sus cónyuges, ascendientes o descendientes, participen directa o indirectamente en, al menos, el 25% del capital social.
- Dos sociedades cuando una de ellas ejerce el poder de decisión sobre la otra.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 36/2006, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal (que modificó sustancialmente el régimen previsto en el artículo 16 de la Ley del IS) la Administración tributaria estaba facultada para valorar por su valor normal de mercado aquellas operaciones que se llevaran a cabo entre partes vinculadas siempre que el valor que éstas hubieran determinado tuviera como consecuencia una menor tributación en España o un diferimiento de dicha tributación.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 36/2006, todas las operaciones que se lleven a cabo entre partes vinculadas deben estar valoradas por su valor normal de mercado, con independencia de que de lo contrario se produzca una menor tributación o su diferimiento en España.

El artículo 16 de la Ley del IS establece una serie de métodos o criterios que deberán aplicarse para determinar el valor normal de mercado de las operaciones vinculadas. La valoración de las operaciones vinculadas deberá adecuarse a dichos parámetros.

En estos casos, es necesario que los sujetos pasivos residentes en territorio español elaboren la documentación prevista en la normativa del IS sobre operaciones vinculadas, en la que explicitarán el proceso de determinación del valor de mercado de dichas operaciones. Dicha documentación se divide en dos partes:

- La documentación relativa al grupo al que pertenezca el obligado tributario.
- La documentación relativa al obligado tributario.

La documentación sobre operaciones vinculadas debe ser entregada a la Administración tributaria cuando así sea solicitada, quedando la Administración tributaria facultada para ajustar, en su caso, la valoración efectuada por el obligado tributario, otorgando a la diferencia existente el tratamiento tributario correspondiente a su naturaleza. Asimismo, la Administración tributaria podrá imponer una sanción de hasta el 15%⁸ de dicha diferencia.

⁽⁸⁾No obstante, el pasado mes de marzo del 2011, el Tribunal Supremo elevó ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad en relación con determinados aspectos de la normativa sobre las obligaciones de documentación de operaciones vinculadas y su régimen sancionador (actualmente pendiente de resolución).

4) Financiación a través de sociedades residentes en terceros estados

En supuestos de inversión en proyectos inmobiliarios que tengan un componente internacional, la concesión de préstamos por parte de las sociedades inversoras a los vehículos locales que son titulares de los proyectos inmobiliarios es un mecanismo habitual de planificación fiscal, que resulta especialmente eficiente en aquellos supuestos en los que el estado en el que se localiza la inversión inmobiliaria tiene un tipo de gravamen superior que la jurisdicción en la que se encuentra la sociedad inversora que aporta los recursos.

Así, a través de la financiación, la sociedad titular de la inversión inmobiliaria ve reducida su renta tributable por los intereses derivados de la financiación, intereses que tributan a un tipo de gravamen inferior en el territorio de residencia de la sociedad financiadora que el aplicable en la jurisdicción en la que se ha llevado a cabo la inversión.

No obstante, antes de utilizar la financiación de proyectos a través de sociedades en terceros estados como instrumento de planificación fiscal, resulta determinante analizar la posible aplicación al caso concreto de las normas anti-abuso contenidas en nuestro ordenamiento tributario (tales como la subcapitalización y la ya analizada normativa sobre operaciones vinculadas), así como tomar en consideración el criterio restrictivo que las autoridades fiscales viene aplicando en estructuras en las que aprecia la existencia de endeudamiento artificial.

1) Subcapitalización

En los supuestos en los que el prestamista y el prestatario son entidades vinculadas, los ordenamientos tributarios han reaccionado contra las estructuras de financiación que erosionan la base imponible del prestatario mediante normas

que limitan la deducibilidad de los intereses pagados al prestamista vinculado cuando las condiciones pactadas en la financiación difieren de las que habrían sido pactadas entre partes independientes.

De esta forma, numerosas jurisdicciones cuentan con normas de subcapitalización que tienen por objetivo evitar situaciones de endeudamiento excesivo, a través del establecimiento de unas ratios máximas de fondos propios/deuda con partes vinculadas, dentro de las cuales el endeudamiento conserva la calificación de préstamo y por tanto los intereses derivados de dicha financiación son deducibles. Cuando, por el contrario, dichas ratios no se respetan, el exceso del endeudamiento sobre la ratio establecida se considera una aportación a fondos propios y el interés correspondiente a dicho exceso de endeudamiento se considera no deducible a efectos fiscales.

En nuestro ordenamiento, las normas de subcapitalización están recogidas en el artículo 20 de la Ley del IS y resultan aplicables a la financiación acordada por una entidad residente con otras entidades vinculadas no residentes en territorio español ni en otro Estado miembro de la Unión Europea no calificado reglamentariamente como paraíso fiscal⁹.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley del IS, cuando el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, de la entidad residente con otra u otras personas o entidades (excluidas las entidades financieras) no residentes en territorio español, ni en otro Estado miembro de la Unión Europea no calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, con las que esté vinculada supere tres veces su cifra de capital fiscal, los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos. Por consiguiente, los intereses pagados que excedan el ratio máximo permitido no serán deducibles a efectos fiscales para la entidad española.

2) Operaciones de *debt push-down*: criterio restrictivo de las autoridades fiscales

En los últimos años, en las operaciones de adquisición apalancada (aquellas en que la inversión es total o parcialmente financiada con recursos ajenos) se han llevado a cabo mecanismos de *debt push-down* que, desde un punto de vista de la planificación fiscal, tienen como atractivo conseguir que los costes derivados de la financiación (intereses) reduzcan la base imponible del negocio adquirido.

Pese a que, como se ha visto, no existen en la normativa española limitaciones a la deducibilidad de los intereses distintas de las normas sobre operaciones vinculadas y las de subcapitalización, las autoridades fiscales vienen exigiendo de un tiempo a esta parte que las estructuras de financiación entre entidades vinculadas, pasen un test de motivación empresarial, de forma que obedezcan a motivos económicos distintos del mero ahorro fiscal. Esta exigencia se basa en las figuras generales anti abuso contenidas en la Ley General Tributaria

⁽⁹⁾La eliminación de la aplicación de las reglas de subcapitalización cuando la entidad vinculada que concede la financiación a la entidad española reside en otro Estado miembro de la Unión Europea no calificado reglamentariamente como paraíso fiscal se introdujo con efectos desde 1 de enero del 2004, debido a la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de diciembre del 2002, recaída en el Asunto C-324/00 (*Lankhorst GmbH Vs Finanzamt Steinfurt*).

(conflicto en la aplicación de la norma tributaria o incluso simulación). Así, en aquellas operaciones de financiación en las que no se pudiera acreditar suficientemente su motivación económica, podría negarse la deducibilidad de los intereses devengados por dicha financiación. Dicho en las propias palabras de la Administración tributaria:

"Si el análisis detallado de los negocios celebrados revela que no existe en las operaciones realizadas una motivación económica ya que constituyen meras reordenaciones de sociedades del grupo que no representan para España ninguna inversión neta ni generan ningún valor añadido y que las mismas se han realizado con la única finalidad probada de reducir la carga fiscal del IS español por el grupo multinacional, que ejerce el control sobre todas las sociedades implicadas y que ha utilizado las mismas con fines exclusivamente fiscales, podremos concluir que las mencionadas operaciones han sido ejecutadas en fraude de ley".

Informe de 11 de marzo del 2011, de la AEAT, aclaratorio del emitido el 6/04/2006 sobre deducibilidad de gastos financieros contraídos para la financiación de adquisiciones de sociedades del grupo.

6. Compraventa de proyectos en construcción: *forward purchase* y *forward funding*

6.1. *Forward purchase*

El *forward purchase* es un contrato de compraventa en virtud del cual el vendedor (promotor) se compromete a promover la construcción y comercialización de un proyecto inmobiliario en un plazo determinado y el comprador (inversor) se compromete a pagar un precio por dicho proyecto inmobiliario ya comercializado que le garantice una determinada rentabilidad.

La consumación de la compraventa, mediante el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, queda diferida en el tiempo hasta que el vendedor (promotor) esté en condiciones de entregar al comprador el proyecto terminado y comercializado.

Las obligaciones del vendedor en este tipo de contratos se refieren básicamente a (a) la localización y entrega del suelo, (b) la gestión urbanística del proyecto, (c) el diseño del proyecto, (d) la construcción del proyecto, (e) la comercialización del proyecto y (f) la financiación del proyecto. La obligación del comprador es el pago del precio de compra del proyecto terminado y comercializado.

El vendedor (promotor) asume todos los riesgos de la promoción, mientras que el comprador (inversor) asume un solo riesgo: la solvencia del arrendatario. En estas circunstancias, en la práctica son requisitos esenciales en este tipo de operaciones (I) una perfecta delimitación de riesgos a nivel contractual y (II) una perfecta definición de los requisitos, características y condiciones del proyecto.

Es habitual la realización de una *due diligence* jurídica previa, que suele versar sobre (a) título, cargas, urbanismo y licencias, (b) contratos(s) de arrendamiento, (c) contratos con arquitectos y contratistas y (d) revisión del estado de cumplimiento de las condiciones previas enumeradas en el contrato privado de compraventa, a cuya concurrencia se sujeta el otorgamiento de la escritura de compraventa.

Las típicas cláusulas en un contrato (privado) de *forward purchase* son las siguientes: (a) objeto de la compraventa, (b) condiciones previas a cuya concurrencia se sujeta el otorgamiento de la escritura pública; (c) mecanismos de comprobación y determinación de la concurrencia o no de las referidas con-

diciones previas; (d) contenido de la futura escritura pública (y, en particular, en lo que se refiere a las declaraciones y garantías; (e) la fórmula de cálculo del precio mediante capitalización de rentas (en la que es importante tener en cuenta si las rentas que se capitalizan son netas o brutas); (f) la forma de pago; (g) las obligaciones del vendedor; y (h) el régimen de resolución del contrato privado.

6.2. *Forward funding*

Aunque existen en la práctica muchas modalidades de *forward funding*, la modalidad más habitual en el mercado se caracteriza por lo siguiente:

- 1) al firmarse el contrato, el vendedor-promotor ya ha adquirido el suelo;
- 2) al firmarse el contrato, las obras todavía no se han iniciado;
- 3) a diferencia del *forward purchase*, el suelo se transmite al comprador a la firma del contrato (o poco después, al cumplirse ciertas condiciones previas tales como planeamiento o licencias) mediante la firma de escritura pública y el pago de parte del precio de compra;
- 4) el precio global por la adquisición y por la totalidad de las obligaciones del promotor se fija por las partes antes de iniciarse las obras;
- 5) los pagos que efectúa el comprador-inversor desde la adquisición del suelo hasta la terminación de las obras son destinados por el vendedor-promotor a financiar las obras;
- 6) tras la firma del contrato, el vendedor-promotor identifica a potenciales arrendatarios y negocia con ellos los arrendamientos de las unidades alquilables de los edificios de conformidad con el modelo de contrato de arrendamiento que se adjunta al contrato para su firma por el comprador (que ya es propietario);
- 7) a la terminación de las obras, se paga la cantidad fijada en el contrato, una vez deducidos los pagos de precio efectuados hasta ese momento (y los intereses generados por esos importes), y
- 8) en función del éxito alcanzado por el vendedor-promotor en la comercialización (nivel de ocupación y de rentas) durante la ejecución de las obras y durante cierto tiempo después, se prevé un precio complementario.

Este tipo de operación funde elementos propios de varias figuras contractuales típicas o tradicionales, tales como la compraventa, el préstamo a promotor (el *forward funding* tiene un claro componente de financiación de las obras por el

propio comprador), la "promoción delegada" (en el sentido del artículo 17.4 LOE), el contrato de obras "llave en mano" y el contrato de comercialización (sea de mandato, de servicios o de mediación).

La figura del *forward funding* ha planteado, en círculos jurídicos, la cuestión relativa a si se trata de un contrato complejo (entrega de unos edificios terminados y arrendados que generen cierta rentabilidad) o de la yuxtaposición de varios contratos coligados (básicamente, de compraventa y de "promoción delegada"). Aunque esta cuestión pueda parecer en principio un debate teórico, lo cierto es que tiene importantes implicaciones prácticas.

El *forward funding* plantea interesantes cuestiones jurídicas, entre las que cabe destacar las siguientes:

- 1) Cuanto mayor es la participación del comprador-inversor en el proyecto, mayor es el riesgo de que pueda verse contaminado por las responsabilidades de "promotor", "proyectista" y "constructor" derivadas de la LOE.
- 2) Por lo que se refiere al objeto del contrato, conviene proceder a su determinación adjuntándose al contrato las especificaciones técnicas generales del futuro edificio.
- 3) El interés del comprador-inversor por establecer fórmulas contractuales tendentes a mitigar el riesgo de créditos refaccionarios (1261 y 1273 CC).
- 4) La reticencia de algunos inversores a estructurar el negocio recurriendo a la "promoción delegada" (para evitar ser considerado "promotor delegante").

Lectura recomendada

Sobre el particular, se recomienda la lectura de J. A. Pérez Rivarés (2006). "Algunas consideraciones en torno a la naturaleza jurídica del contrato de *forward funding*". *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 259).

7. Aspectos fiscales de la compraventa de proyectos en construcción

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.Uno.22 de la Ley del IVA, están exentas del IVA (y por tanto quedarían sujetas al ITPAJD, modalidad TPO) las segundas y posteriores entregas de edificaciones cuando tengan lugar después de terminada su construcción.

Supuestos de no aplicación de la exención

No obstante, la Ley del IVA prevé determinados supuestos en los que no resulta de aplicación la exención, entre los que se encuentran:

- La entrega de edificaciones como consecuencia del ejercicio de la opción de compra en contratos de arrendamiento financiero por empresas que se dedican a dicha actividad.
- Las entregas de edificaciones para su inmediata rehabilitación por el adquirente.
- Las entregas de edificaciones que van a ser objeto de demolición con carácter previo a una nueva promoción inmobiliaria.

Se considera primera entrega de edificaciones:

1) La que efectúe el promotor de la edificación. A estos efectos, la Administración tributaria ha considerado que el promotor es aquel que es propietario de inmueble que construyó (promotor-constructor) o que contrató la construcción (promotor) de los inmuebles para destinarlos a la venta, arrendamiento o uso propio.

2) Que tenga por objeto una edificación cuya construcción o rehabilitación esté terminada¹⁰. En este sentido, no debe confundirse el objeto de la entrega con el momento en que tiene lugar esta. Por ello, el artículo 20.Uno.22 de la Ley del IVA aclara que las operaciones realizadas antes de que la construcción o rehabilitación de las edificaciones estén finalizadas no son relevantes a estos efectos, es decir, no agotan la primera entrega. De esta forma, si se firma un contrato de compraventa de una edificación en proceso de construcción, lo relevante para determinar si estamos ante una primera entrega es si la entrega de la edificación se acuerda una vez terminada la construcción (si el objeto de la transmisión es un edificación finalizada, que agotaría la primera entrega) o si por el contrario, el adquirente será quién termine la construcción de la edificación¹¹ (en cuyo caso el objeto de la transmisión será una edificación en construcción que no agota la primera entrega). Determinar si estamos o no ante una primera entrega resulta fundamental, ya que una vez agotada la primera entrega de una construcción, las siguientes entregas serán consideradas

⁽¹⁰⁾El artículo 20 de la Ley del IVA define qué debe entenderse por construcción y rehabilitación a estos efectos.

⁽¹¹⁾La realización de obras accesorias o de escaso importe para la conclusión de la edificación no sería suficiente para considerar que estamos ante la transmisión de una edificación en construcción.

segundas entregas exentas del IVA que podrán quedar sometidas al ITPAJD, modalidad TPO, si no se cumplen los requisitos necesarios para renunciar a la exención.

Como, por ejemplo, sería el caso de inmuebles de destino residencial, cuya posterior transmisión o explotación en régimen de arrendamiento estaría exenta del IVA, limitando el derecho a la deducción del IVA del titular de dichos inmuebles, de forma que no podría renunciarse a la exención del IVA.

3) Que no haya sido utilizada ininterrumpidamente durante un plazo superior a 2 años por:

- Su propietario.
- Un titular de derechos reales de uso o disfrute.
- Un arrendatario sin opción de compra.

Este requisito no impedirá que se considere que existe una primera entrega si el destinatario es quien ha utilizado la edificación.

Con el objeto de permitir que la cadena de repercusión y deducción del IVA no se interrumpa cuando el destinatario de determinadas operaciones exentas es un empresario o profesional, la Ley del IVA establece la posibilidad de renunciar a determinadas exenciones en los siguientes términos:

- El adquirente debe ser un sujeto pasivo que actúe en el ejercicio de sus actividades empresariales.
- Debe tener, en función del destino previsible del inmueble, derecho a la deducción total del IVA soportado en la adquisición del inmueble.

Las exenciones que pueden ser objeto de renuncia son fundamentalmente las que afectan al proceso de desarrollo urbanístico y de promoción y que están reguladas en el artículo 20.Uno de la Ley del IVA en sus apartados 20.º, 21.º y 22.º:

- Entregas de terrenos rústicos y no edificables.
- Entregas y adjudicaciones por juntas de compensación.
- Segundas y ulteriores entregas de edificaciones.

La renuncia a la exención del IVA debe cumplir, además, con determinados requisitos formales:

- Debe comunicarse fehacientemente al adquirente con carácter previo o simultáneo a la entrega de los correspondientes bienes.
- Se ha de realizar operación por operación.
- El transmitente debe justificar la renuncia a la exención con una declaración suscrita por el adquirente en el que éste haga constar su condición de

sujeto pasivo con derecho a la deducción total del IVA soportado por las adquisiciones de los correspondientes bienes inmuebles.

La mayoría de las comunidades autónomas prevén tipos incrementados del ITPAJD, modalidad AJD, para aquellas escrituras que documenten transmisiones en la que se haya renunciado a la exención del IVA.

Por último, y para finalizar el presente apartado, conviene destacar que numerosas comunidades autónomas, con la finalidad de incrementar su recaudación por ITPAJD (que recordemos que es un impuesto cuyo rendimiento está cedido a las comunidades autónomas) prevén tipos reducidos de ITPAJD, modalidad TPO, para aquellas transmisiones de inmuebles que queden exentas del IVA (tributo de recaudación estatal) y en las que el transmitente no renuncie a la exención del IVA.

8. Las licencias y autorizaciones previas a la edificación

8.1. Concepto de licencia

La licencia es la técnica más utilizada por la Administración a la hora de intervenir en las actividades de los particulares. Según la concepción clásica, la licencia es un acto administrativo que precisa de la colaboración del particular solicitante y que, con su otorgamiento, remueve los obstáculos para el ejercicio de una determinada actividad.

La licencia no hace nacer el derecho sino que constituye un acto declarativo de un derecho preexistente. Así, se entiende que el derecho a edificar deriva del planeamiento, siempre y cuando se hayan cumplido los deberes urbanísticos previos de urbanización y se hayan completado las cesiones a favor de la Administración.

8.2. Actos sujetos a licencia

En general quedan sujetos a licencia todos los actos de transformación o utilización del suelo o del subsuelo, y de construcción, modificación o demolición de edificaciones.

La normativa urbanística establece una enumeración de los actos sujetos a licencia urbanística. Pese su amplitud, la enumeración legal no es exhaustiva y deja abierta la puerta a que a través de los planes y ordenanzas municipales se puedan ampliar los supuestos en que sea necesario obtener licencia.

Tomando como referencia la enumeración establecida en la legislación urbanística, se puede establecer la siguiente clasificación de las licencias urbanísticas:

- 1) Licencias de urbanización: abarcan las obras puntuales no incluidas en los proyectos de urbanización.
- 2) Licencias de parcelación.
- 3) Movimientos de tierras: explanación, extracción de áridos, instalación de canteras, acumulación de residuos.
- 4) Licencias de obras: nueva, planta, modificación, derribo obras y usos provisionales, muros, casas prefabricadas, obras en el subsuelo.

5) Licencias propias del suelo no urbanizable: caminos rurales, instalación de invernáculos, tala de masas arbóreas.

6) Licencias para redes de energía y telecomunicaciones: instalación de líneas eléctricas, telefónicas, colocación de antenas y dispositivos de telecomunicación.

7) Licencias de publicidad visible desde la vía pública.

En nuestro análisis nos centraremos en las licencias más habituales en la práctica inmobiliaria: las licencias de parcelación, las licencias de obras y las licencias de actividades.

8.3. Procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas

El procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas se regula en la normativa sobre régimen local que dicten las comunidades autónomas. En cualquier caso, y como normativa estatal supletoria, el Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales establece en su artículo 9 el siguiente procedimiento para la concesión de licencias:

Presentación de la solicitud junto con el proyecto técnico en el Registro municipal.

Emisión de informes municipales, técnicos y jurídicos.

Concesión de un plazo máximo de 15 días al solicitante para la subsanación de las eventuales deficiencias.

Concesión de la licencia: obras mayores en el plazo de 2 meses y obras menores en el plazo de 1 mes desde la fecha de solicitud. El silencio tiene efectos desestimatorios.

8.4. Transmisión y caducidad de las licencias urbanísticas

Las licencias urbanísticas se otorgan en relación con un determinado inmueble, y sin tener en consideración las condiciones subjetivas de su titular. Por tanto, las licencias urbanísticas son libremente transmisibles por sus titulares a terceros. Para que dicha transmisión surta efecto basta con una comunicación al Ayuntamiento correspondiente.

Las licencias urbanísticas no tienen vigencia indefinida, sino que caducan si su titular no inicia las obras en un determinado plazo o bien, si habiéndolas iniciado, no las termina completamente. Los plazos de caducidad, que vienen fijados con carácter general por la legislación urbanística de cada comunidad autónoma, pueden prorrogarse siempre que los titulares lo soliciten justificadamente antes de su terminación.

Para que una licencia pueda ser caducada no sólo es preciso que transcurra el plazo sin que el titular haya llevado a cabo las obras, además es necesario que la Administración declare formalmente la caducidad. Para ello, el ayuntamiento debe incoar el preceptivo expediente y conceder un trámite de audiencia a los interesados para que puedan manifestar las alegaciones que consideren oportunas. Una vez declarada la caducidad de la licencia se deberá obtener una nueva licencia para poder iniciar las obras o bien terminarlas.

8.5. Régimen de comunicación previa

Como alternativa al procedimiento tradicional de la licencia, se permite a los ayuntamientos la posibilidad de instaurar, mediante la correspondiente ordenanza municipal, un sistema de comunicación previa para las obras o actividades de escasa entidad. En estos casos bastará con remitir al ayuntamiento una comunicación sobre las obras, tras la cual se podrán iniciar los trabajos de forma inmediata. En cualquier caso el inicio de las obras se hace bajo la responsabilidad del titular de cumplir con la normativa urbanística aplicable y sin perjuicio de la potestad del Ayuntamiento de fiscalizar la comunicación previa realizada.

8.6. Licencia de parcelación

Se entiende por parcelación urbanística toda división o segregación de una finca en dos o más lotes. Para evitar actuaciones fraudulentas, también se entiende que constituyen parcelaciones la enajenación de participaciones indivisas sobre una finca cuando dichas participaciones conlleven el derecho de uso exclusivo sobre parte de una finca (artículo 17.2 TRLS).

La normativa urbanística sujeta las parcelaciones a intervención administrativa, con el fin de que no se vulneren las reglas sobre superficie mínima que deben reunir las fincas. Recordemos que el planeamiento establece unas dimensiones mínimas que deben reunir las parcelas. Además también resultan indivisibles aquellas parcelas en las que la edificación existente ha agotado toda la edificabilidad reconocida por el planeamiento urbanístico.

Ejemplo de indivisibilidad de una parcela por agotamiento de la edificabilidad

Un solar de 4.500 m² tiene impuesta, por el planeamiento, una superficie mínima de parcela de 2.500 m². Por otra parte, el planeamiento reconoce a ese solar una edificabilidad de 1,5 m² de techo edificable por cada metro cuadrado de superficie de la parcela (1,5 m² techo/ m² suelo). Un promotor construye una edificación de 3.750 m² de techo edificado sobre una huella de 2.500 m² de la parcela y, posteriormente, pretende segregar la franja libre de edificación de 2.000 m². A pesar de que, formalmente, se respetarían las dimensiones de parcela mínima fijadas por el planeamiento la segregación no podría llevarse a cabo ya que el edificio construido ha agotado la edificabilidad de toda la superficie (4.500 m²*1,5 m² t/m² s) de la parcela.

Junto con las potestades de inspección generales, la normativa urbanística establece una serie de medidas al efecto asegurar el cumplimiento de la normativa sobre indivisibilidad de las parcelas. Así, a la hora de autorizar las escrituras de segregación o división de fincas, los notarios deben exigir que se aporte la autorización administrativa correspondiente, en el caso que sea exigible. Este requisito también aplica a los registradores para que puedan inscribir la segregación o división en el registro de la propiedad.

8.7. Licencia de obras

La licencia de obras es la licencia urbanística más habitual en la práctica inmobiliaria. Pueden distinguirse dos modalidades básicas de las licencias de obras en función de la entidad de los trabajos a realizar, la licencia de obras mayores y la licencia de obras menores.

Las solicitudes de licencias de obras mayores, dada su mayor complejidad, tienen que estar acompañadas de un proyecto técnico firmado por un profesional habilitado y visado por el correspondiente colegio profesional.

8.8. Licencia de actividades

El desarrollo de actividades que pueden tener un impacto relevante sobre el medio ambiente o las personas requiere de la previa autorización administrativa. La Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación (LPCIC) establece el marco general de la intervención pública en material de actividades, el cual se complementa a nivel autonómico con las normas correspondientes.

La incidencia de la normativa en materia de actividades en la actividad de promoción inmobiliaria es clave, ya que en muchas ocasiones las edificaciones que se pretende desarrollar se construyen para su destino a una actividad específica (centros comerciales, industrias, parques logísticos, oficinas, hoteles, etc.). En estos casos es necesario tomar en cuenta los condicionantes de orden ambiental y sectorial a la hora de planear la viabilidad del proyecto.

Además, cuando un inmueble se proyecta para una actividad ya predefinida la normativa en materia de licencias exige, con carácter previo o simultáneo a la obtención de la licencia de obras, que se obtenga la correspondiente licencia de actividades. La finalidad de este requisito es la de evitar que se puedan llevar a cabo obras que no sean viables desde una perspectiva ambiental y que, en definitiva, resulten inservibles.

Las normas autonómicas en materia de actividades establecen generalmente tres niveles de intervención administrativa, en función del grado de riesgo de cada actividad:

1) **Autorización ambiental integrada:** abarca aquellas actividades que pueden tener una gran afectación sobre el medio, tales como la industria química, la siderurgia pesada y las grandes instalaciones fabriles. Dada su entidad, la concesión de estas autorizaciones corresponde a las comunidades autónomas y requiere, durante su tramitación, de una evaluación de impacto ambiental.

2) **Licencia ambiental:** es el grado intermedio de intervención administrativa e incluye las actividades que pueden tener una afectación moderada sobre las personas y el medio ambiente. Si bien estas licencias se conceden por los ayuntamientos, durante su tramitación participa de forma determinante la comunidad autónoma.

3) **Comunicación ambiental:** es la categoría residual y se corresponde a las actividades con un potencial de afectación leve. Como su nombre indica este régimen solo requiere de una comunicación por parte del titular tras la cual puede empezar, bajo su responsabilidad, el desarrollo de la actividad en cuestión.

