

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE *FORWARD FUNDING*

POR

JUAN ANTONIO PÉREZ RIVARÉS

Abogado de Uría Menéndez

Profesor de ENAE (Escuela de Negocios de Dirección y Administración de Empresas)

SUMARIO: I. FINALIDAD E INTERESES EN PRESENCIA.— II. DIFERENTES MODALIDADES.— III. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS.— IV. CONTRATO ATÍPICO: A) *Compraventa*; B) *Préstamo*; C) *Arrendamiento de obras*; D) “*Promoción delegada*”.— V. CONTRATO COMPLEJO VS. CONTRATOS COLIGADOS.— VI. CONSIDERACIONES FINALES.

I. FINALIDAD E INTERESES EN PRESENCIA

La figura del *forward funding* es una de las nuevas formas de contratación importada de la práctica inmobiliaria de matriz anglosajona. No se trata de un término jurídico propio del *common law*¹, sino de un término que empezó a ser utilizado en la jerga de promotores e inversores en la década de los sesenta, y que parece haberse instalado definitivamente en nuestro país de la mano de los promotores e inversores internacionales.² Se trata de un negocio complejo en que, si bien en un estadio inicial se instrumenta generalmente a través de una mera venta de suelo de promotor a inversor, lo que se compromete el vendedor-promotor a transmitir al comprador-inversor es en realidad la futura promoción, de modo tal que el contrato que se firma prevé ya los mecanismos para llevar a cabo la promoción, financiación y comercialización del proyecto mediante la firma de los correspondientes contratos de arrendamiento, así como la rentabilidad requerida por el comprador-inversor.

¹ De hecho, el término *forward funding* se utiliza en ámbitos ajenos al tráfico inmobiliario, y tiene sus equivalentes en el mercado monetario y de valores. En el marco de la administración federal estadounidense, por ejemplo, se entiende por tal la práctica de autorizar fondos en el ejercicio anterior a aquel en que se producirá su desembolso, muy común en los programas de ayuda a la educación. Así, por ejemplo, el importe de fondos públicos autorizados por el Congreso estadounidense para programas federales de ayuda a estudiantes en el último trimestre de 2005 serán desembolsados durante el ejercicio 2006-2007.

² No existe consolidada en la práctica una terminología española para designar el contrato de *forward funding*, que ha intentado traducirse con intención descriptiva como *compraventa de edificio comercializado con financiación del comprador* (*Memento Práctico Francis Lefebvre Inmobiliario 2005-2006*, Madrid, 2005, págs. 481 y 482) o como *contrato de financiación progresiva a promotor*, atendiendo a algunos de los elementos más característicos de esta figura.

El inversor desearía adquirir un edificio construido con determinadas calidades, completamente arrendado a inquilinos solventes en los mejores términos que razonablemente puedan obtenerse en el mercado, y que genere una concreta rentabilidad sobre el capital invertido. El vendedor-promotor se compromete a transmitirle ese edificio con esas características y calidades; aunque lo que inicialmente le transmite no es ese edificio construido y arrendado, sino una parcela con la excavación apenas iniciada, con el compromiso de obtener el resultado requerido por el comprador-inversor. Los pagos que efectúa el comprador-inversor a medida que avanzan las obras sobre el solar que inicialmente ha adquirido permiten al vendedor-promotor financiar los costes directos e indirectos de las obras y pagar a arquitectos, técnicos, contratistas, suministradores y agentes comercializadores. En consecuencia, el beneficio que obtiene el vendedor es el propio del promotor.

La figura del *forward funding* obliga a trazar una nítida línea entre el promotor inmobiliario y el inversor que se limita a invertir en inmuebles para obtener una rentabilidad determinada. El primero gestiona activamente el inmueble mientras genera su beneficio; mientras que el segundo lo obtiene manteniéndolo pasivamente en propiedad a largo plazo. La típica situación en la que se recurre a esta figura se produce cuando el promotor ha adquirido (o tiene la posibilidad adquirir) una parcela para la que ha concebido un proyecto, y da con un inversor que desea invertir en un inmueble en el que se promueva ese proyecto, con la idea de que llegue a alcanzar la plena ocupación arrendaticia, dispuesto a aportar la financiación necesaria para obtener ese resultado. Aseguradoras, fondos de pensiones, fondos de inversión y otras entidades con efectivo disponible para invertir son el comprador ideal que intenta cerrar este tipo de operación, en la medida en que les permite asegurarse la rentabilidad pretendida quedando al margen de las funciones y responsabilidades propias del promotor.

En consecuencia, el promotor identifica la oportunidad de promoción, concibe y trabaja en el proyecto, vende el futuro edificio terminado y arrendado al comprador-inversor y corre el riesgo de que, si el proyecto no resulta exitoso, su beneficio de promotor no llegue a materializarse. El inversor, por su parte, se limita a financiar y a aportar fondos por la obtención de un resultado, y a controlar (en mayor o menor medida, según los casos) la

promoción, construcción y arrendamiento de las edificaciones que lleva a cabo el vendedor-promotor. El contrato de *forward funding* acomoda, por tanto, ambos intereses: el del promotor que identifica la oportunidad de promoción, adquiere la parcela y asume el riesgo de generación de un inmueble productivo (y no sólo el de construcción de un edificio), y el del inversor que aporta el efectivo necesario para la promoción del proyecto inmobiliario para la obtención de una rentabilidad determinada, sin tener que soportar el riesgo propio de la promoción.

II. DIFERENTES MODALIDADES

El contrato de *forward funding* presenta en la práctica modalidades muy variadas. En su modalidad más habitual, el vendedor-promotor transmite en un primer estadio la parcela (en la que, como mucho, se han iniciado los trabajos de excavación y, en su caso, los de cimentación), de modo que el vendedor-promotor ulteriormente promueve, construye y arrienda los edificios en suelo ajeno (por haber sido ya transmitido éste al comprador-inversor), actuando como promotor en el desarrollo de tales tareas y asumiendo así las responsabilidades inherentes a las mismas. El comprador-inversor va adquiriendo las obras a medida en que van ejecutándose, por accesión³; y, por tanto, tiene la seguridad de que los fondos que aporta al vendedor-promotor (*development finance*) revierten en obra que se construye en suelo que ha devenido de su propiedad desde el primer momento.

En algunas ocasiones, la operación se estructura de modo tal que no se produce la transmisión del suelo en un estadio preliminar, sino que el comprador-inversor únicamente adquiere el inmueble una vez terminado el proyecto; en cuyo caso los pagos a cuenta del precio que efectúa el comprador-inversor hasta ese momento son habitualmente garantizados mediante aval bancario, hipoteca o garantía real sobre el inmueble. Suele hablarse entonces de *forward purchase*, modalidad contractual que ha sido asimilada jurisprudencialmente al contrato de compraventa de cosa futura y excede al objeto de estas consideraciones. Se trata de una modalidad menos frecuente, en la medida en que el vendedor-promotor habitualmente pretende que comprador-inversor le proporcione financiación a un tipo de interés competitivo,

³ Como es sabido, “la propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que (...) se les une o incorpora, natural o artificialmente” (artículo 353 del Código Civil).

y que algunas de las entidades que habitualmente actúan como comprador-inversor en este tipo de operaciones se hallan a menudo obligadas, por exigencias estatutarias o de su ley personal, a materializar sus inversiones en activos inmobiliarios (sin permitírseles, siquiera temporalmente, que sus aportaciones no se correspondan con la propiedad de dichos activos).

Existen múltiples fórmulas para calcular el beneficio del promotor en este tipo de operación. Sin embargo, habitualmente consiste en la diferencia entre (i) el valor capitalizado de la promoción una vez terminada la construcción y arrendada (de un lado) y (ii) el coste incurrido por el promotor en el proyecto, incluido el coste de adquisición del suelo (de otro lado), incrementado en los intereses correspondientes.

Los elementos de riesgo y remuneración son inherentes a la figura del *forward funding*. Si el coste incurrido por el promotor en el proyecto es superior al previsto y/o no se consiguen arrendamientos a las rentas convenidas con el comprador-inversor (en la medida en que se haya pactado un precio complementario en base al éxito de la comercialización), el beneficio del promotor se verá erosionado y puede llegar a ser inexistente. El riesgo del inversor radica en que firma el contrato de *forward funding* con el vendedor-promotor al objeto de adquirir una edificación que genere una rentabilidad mínima, y cabe la posibilidad de que finalmente la edificación que adquiera no se halle arrendada total o parcialmente, o se halle arrendada a rentas inferiores a las proyectadas.

III. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS

Dado que no existe una definición del contrato de *forward funding* en nuestro Derecho ni universalmente aceptada, ni una regulación unitaria nacional ni internacional del mismo⁴, resulta tarea condenada al fracaso intentar elaborar una noción abstracta en base a la rica y variada práctica negocial.

⁴ Este es asimismo el caso de otros contratos atípicos cada vez más habituales en el tráfico inmobiliario, tales como el contrato de ejecución de obra “llave en mano”, el contrato de *forward purchase* o el contrato de *sale and lease-back*.

A los efectos de estas consideraciones, nos centraremos en el supuesto más habitual, que a nuestro entender tiene lugar cuando concurren las siguientes características básicas:

- (i) al firmarse el contrato, el vendedor-promotor ya ha adquirido el suelo;
- (ii) al firmarse el contrato, las obras todavía no se han iniciado;
- (iii) el suelo se tramite al comprador-inversor a la firma del contrato de *forward funding*, o poco tiempo después, mediante la firma de la escritura de venta cuando concurren determinadas condiciones previas (tales como, por ejemplo, la aprobación definitiva del planeamiento y/o la obtención de las licencias de obras que permitan la construcción de los edificios), contra el pago por el comprador-inversor de parte del precio de compra;
- (iv) el precio global en contraprestación por la adquisición y por la totalidad de las obligaciones asumidas por el vendedor-promotor es fijado de antemano por las partes antes de comenzar las obras del proyecto;
- (v) 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;
- (vi) 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 (oficinas, locales o plazas de aparcamiento) de conformidad con el modelo de contrato de arrendamiento negociado con el comprador-inversor (que se adjunta al contrato de *forward funding*), para su firma por el comprador-inversor en calidad de arrendador (por cuanto que ha devenido propietario);
- (vii) a la terminación de las obras, se paga la cantidad fijada por las partes, una vez deducidos los pagos de precio efectuados por el comprador-inversor hasta ese momento (o los costes de construcción financiados por el inversor⁵), así como los intereses generados por dichos importes; y

⁵ Esto sucederá cuando la entrega de las cantidades se estructure como un préstamo.

(viii) en función del éxito alcanzado por el vendedor-promotor en la comercialización (nivel de ocupación y nivel de rentas) durante la ejecución de las obras y durante cierto período de tiempo posterior a su terminación, se prevé una remuneración adicional para el vendedor-promotor, generalmente a través de la fórmula de un precio complementario al precio base.

Somos conscientes de que algunas de estas características no concurrirán en muchos casos, por cuanto que la realidad es mucho más rica, y en consecuencia las combinaciones que presenta la práctica comercial son innumerables. Sin embargo, por tratarse del supuesto más habitual, constituirá el objeto de las reflexiones que siguen.

IV. CONTRATO ATÍPICO

El *forward funding* constituye un contrato atípico, por cuanto que se trata de una categoría impuesta por la realidad del tráfico que no corresponde a los tipos contractuales previstos y regulados por la ley. Si bien la admisión de los contratos atípicos no ofrece ninguna duda en nuestro Derecho⁶ en base al principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1255 del Código Civil⁷, como indica F. de CASTRO, la cuestión importante es “averiguar cuál haya de ser la regulación imperativa a la que tendría que someterse y las reglas de Derecho dispositivo que hayan de completar, en su caso, la regla comercial en sentido estricto” contenida en las declaraciones de voluntad.⁸

Como es sabido, el problema que pueden suscitar los contratos que, como el *forward funding*, no corresponden a un tipo previsto y regulado por la ley responde a una cuestión de orden práctico: sólo los contratos que se ajustan a una figura determinada tienen previstas sus

⁶ J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II-1, Barcelona, 1978, pág. 449.

⁷ Sobre la autonomía contractual entendida como libertad de concluir contratos atípicos o innominados, vid. F. GALGANO, *El negocio jurídico*, Valencia, 1992, págs. 67 y ss.

⁸ F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985 (reedición que reproduce facsimilamente la segunda tirada de la edición original publicada en 1971), pág. 205.

consecuencias y sólo en ellos la voluntad implícita de los contratantes se halla de antemano reflejada en las reglas de Derecho supletorio.⁹

No obstante, el *forward funding* no es un contrato tan completamente atípico que no nos permita recurrir a previsiones normativas ya establecidas con relación a otros contratos. Aunque no encaja estrictamente en ninguna de las figuras con específica regulación legal, consiste en una combinación de elementos pertenecientes a diversas figuras contractuales típicas. En consecuencia, si la regulación contenida en el contrato dentro de los límites del artículo 1255 del Código Civil fuese insuficiente, en lo que no esté contractualmente previsto el intérprete deberá recurrir a las normas reguladoras de los contratos típicos más afines al contrato de *forward funding*.¹⁰

El *forward funding* constituye, efectivamente, un contrato de contenido mixto o complejo (o una yuxtaposición de contratos coligados, según lo configuren las partes) que participa, en mayor o menor medida en función de sus distintas modalidades y del concreto contenido de sus pactos, de diferentes tipos contractuales regulados por nuestro Derecho o acogidos por los usos y la jurisprudencia, con rasgos cercanos a la compraventa de cosa futura, al préstamo (al conocido en el sector inmobiliario como “préstamo promotor”), a la figura de la “promoción delegada” (*ex* artículo 17.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación¹¹), al contrato de obras (especialmente en su modalidad “llave en mano”) o a la institución del mandato, al contrato de arrendamiento de servicios o al contrato de mediación o corretaje (admitido por nuestra jurisprudencia) que habitualmente subyace en la figura de agente comercializador. A continuación se analizan los rasgos más destacados que el contrato de *forward funding* habitualmente comparte con algunas de las principales categorías contractuales tradicionales.

⁹ J. PUIG BRUTAU, *op.cit.*, págs. 451 y 452.

¹⁰ J. PUIG BRUTAU, *op.cit.*, pág. 453.

¹¹ Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (B.O.E. de 6 de noviembre de 1999).

A) *Compraventa*

A nuestro entender, en el *forward funding* aparecen como dominantes los contratos de compraventa y financiación, con prestaciones propias de las actividades de promoción, construcción y comercialización que lo caracterizan.

En tanto que compraventa de un solar en un estadio inicial, mediante el otorgamiento de la escritura pública correspondiente, el vendedor-promotor responde de saneamiento por evicción y vicios ocultos conforme a los artículos 1474 y siguientes del Código Civil (a no ser que dicho régimen legal sea modulado contractualmente). Es habitual asimismo la inclusión en el contrato de declaraciones y garantías (*representations and warranties*) en favor del comprador-inversor con relación al solar, en materias tan variadas como título, cargas, tributos, planeamiento, usos o su situación arqueológica o medioambiental.

Como acaece también en el caso de la venta por el promotor de edificios terminados, sin perjuicio de las responsabilidades contractuales, el vendedor-promotor responderá frente a los propietarios y terceros adquirentes de las responsabilidades por daños materiales legalmente previstas para el promotor por los plazos de garantía decenal, trienal y anual estipulados en el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación.¹²

Asimismo, es habitual que el comprador-inversor pretenda que el vendedor-promotor devenga además contractualmente responsable solidario de las responsabilidades que la Ley de Ordenación de la Edificación atribuye al proyectista y al constructor; teniendo en cuenta, en particular, el riesgo de que tales responsabilidades lleguen a afectar en alguna medida al comprador-inversor, en función de las facultades y grado de participación que el contrato prevea para el comprador-inversor en la elaboración del proyecto y en la designación de los agentes de la edificación que participen en el mismo (*nominated sub-contractors*), y en calidad de titular legal y registral del solar en que se desarrolla la promoción.

¹² Sin perjuicio del ámbito de aplicación propio de la garantía decenal *ex* artículo 1591 del Código Civil.

Como compraventa de cosa futura (que tiene por objeto la entrega de unos edificios terminados y arrendados), conviene adjuntar al contrato de *forward funding* las *especificaciones técnicas generales* que describan las principales características arquitectónicas y de calidades y el destino de la edificación a construir para el comprador-inversor, así como el contrato modelo de arrendamiento y criterios arrendaticios que deban seguirse al comercializar el edificio. En consecuencia, la *descripción detallada de la obra* tiene lugar en ejecución del contrato: el vendedor-promotor debe elaborar el proyecto de ejecución de conformidad con las especificaciones técnicas generales, para su aprobación por el comprador-inversor. En aras a la seguridad jurídica de ambas partes contratantes, y al objeto de evitar cuestiones de indeterminación del objeto, es conveniente que el contrato quede configurado de manera tal que su objeto quede determinado en el momento de su firma en lo que se refiere a las *especificaciones técnicas generales*.¹³

Asimismo, es habitual que se incluyan en el contrato compromisos, y declaraciones y garantías adicionales efectivas al momento de la terminación de las obras y recepción de las edificaciones por el comprador-inversor, que se extiendan a otras materias además de las relativas al solar anteriormente mencionadas, tales como la adecuación del proyecto constructivo y de la edificación a la normativa vigente, al planeamiento y a las licencias, o a la cesión de los derechos de propiedad intelectual de todos los técnicos involucrados en el proyecto, de modo tal que el comprador-inversor se halle jurídicamente facultado para explotar las edificaciones de modo inmediato tras la recepción de las mismas y para modificar el proyecto en un futuro.

B) Préstamo

Como ha quedado dicho, el *forward funding* implica un elemento fundamental de financiación, en la medida en que los pagos que realiza el comprador-financiador desde la adquisición de la parcela hasta la terminación de las obras (por mucho que a menudo se

¹³ Como es sabido, el artículo 1261 del Código Civil exige que el objeto del contrato sea un “objeto cierto”. Por su parte, el artículo 1273 preceptúa que el objeto de todo contrato “debe ser una cosa *determinada* en cuanto a su especie”; y a continuación añade: “la indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de un nuevo convenio entre los contratantes.”

configuren contractualmente como pagos del precio de compra) son destinados por el vendedor-promotor a sufragar los costes directos e indirectos derivados de la promoción a su cargo, y en particular para pagar a sus técnicos, arquitectos, contratistas, instaladores o suministradores de materiales; financiación que generalmente se halla sujeta a un límite fijado contractualmente por las partes, el exceso sobre el cual corre de cuenta del vendedor-promotor. También es habitual que el inversor exija al promotor cierta solvencia o recursos propios, e incluso la no obtención de ningún otro tipo de financiación externa.

Al margen de que el vendedor-promotor pretenda habitualmente obtener del comprador-inversor una financiación más flexible que la bancaria, desde una perspectiva estructural, la diferencia básica respecto al conocido en el sector como “préstamo promotor” radica en que, en el esquema típico de *forward funding*, el financiador no obtiene garantía hipotecaria o de otro tipo sobre el inmueble sobre el que se desarrolla la promoción, sino que desde el primer momento ostenta la titularidad del inmueble a cuya promoción se destina la financiación.

En consecuencia, la preocupación del comprador-inversor radica generalmente en garantizarse contractualmente que los pagos que efectúe sean efectivamente destinados a la promoción del proyecto y, en consecuencia, al pago de los contratistas y demás agentes de la edificación destinados a la construcción de las edificaciones en la parcela de su propiedad; y ello asimismo al objeto de mitigar el riesgo de hipotéticas reclamaciones por créditos refaccionarios (artículos 1923 y 1927 del Código Civil), por cuanto que, en la medida en que el vendedor-promotor no haya liquidado a los contratistas su aportación a la obra, éstos últimos podrían reclamar su liquidación incluso al comprador-inversor en tanto que propietario de dicha obra.

Los sistemas empleados en la práctica son múltiples: desde los pagos directos del comprador-inversor a los contratistas (actuando por cuenta del vendedor-promotor), hasta los pagos a una cuenta bancaria bloqueada (*escrow account*) con instrucciones conjuntas del vendedor-promotor y del comprador-inversor al banco (*escrow agent*) de que los fondos depositados en la misma sólo sean disponibles para el pago a tales contratistas.

Los pagos del comprador-inversor pueden estar anudados al cumplimiento de determinados hitos constructivos, acreditados mediante la oportuna certificación justificativa de haber quedado completados; o pueden estar en función de los costes de la promoción que queden efectivamente evidenciados de conformidad con el método de acreditación que específicamente se prevea en el contrato, que suele referirse a la llevanza de la cuenta de la promoción y a los gastos que puedan calificarse como gastos de la promoción (a los que no es infrecuente que el comprador-inversor pretenda imponer límites de gasto para ciertas categorías de costes, tales como los de marketing o de comercialización).

Como en el caso de la financiación bancaria de proyectos inmobiliarios, también el comprador-inversor pretenderá asegurarse contractualmente de que los contratos que el vendedor-promotor celebre con los contratistas puedan ser cedidos al comprador-inversor (*step-in rights*), para el caso de resolución del contrato de *forward funding*.

C) *Arrendamiento de obras*

El contrato de *forward funding* presenta asimismo elementos propios del contrato de ejecución de obra “llave en mano”, entendiéndose como tal aquel contrato de arrendamiento de obra que, alejándose de la tradicional relación *tripartita* propia del contrato de obra *tradicional* (promotor-contratista-arquitecto), se configura como una relación puramente bilateral (promotor-contratista) en la que el contratista es responsable frente al promotor de la concepción, construcción y puesta en marcha del proyecto (*ready for operation*), y todo ello a cambio de un precio, generalmente a tanto alzado.¹⁴

A diferencia de los contratos de obra conocidos en la práctica internacional como *design & built*, lo propio de los contratos de ejecución de obra “llave en mano” (y asimismo, por lo que aquí nos concierne, de los contratos de *forward funding*) es que, una vez aprobado el proyecto de ejecución, el comitente (en el caso del *forward funding*, el comprador-inversor)

¹⁴ El énfasis recae en la responsabilidad global que asume el contratista frente al promotor, que es generalmente responsable de la concepción (*design*), construcción (*built*), suministro y transporte de materiales, urbanización interior y exterior, instalaciones y conexiones a red general, y entrega de las edificaciones en condiciones de operar (*turnkey*); esto es, con licencias y conforme con la normativa y el planeamiento.

tenga una escasa participación en la concepción detallada del proyecto y en la ejecución de las obras.¹⁵

Aunque lógicamente el concreto grado de esa participación depende de lo que en cada caso se pacte contractualmente, al redactar las cláusulas correspondientes conviene no adulterar la nítida distinción entre las figuras de promotor e inversor pretendida por los operadores que recurren a esta figura contractual, que subyace en la esencia del *forward funding*. En la medida en que, por contrato, se atribuya al comprador-inversor una participación importante en la concepción y edificación del proyecto, se estará adulterando el reparto ideal de papeles entre ambos actores, con el riesgo de que las responsabilidades previstas legalmente para el proyectista, el constructor y el promotor lleguen a afectarles en alguna medida; siendo que, como ha quedado dicho, el inversor que interviene en este tipo de operación, por definición, en principio no debería estar interesado tanto en la ejecución de una solución arquitectónica o constructiva concreta como en la adquisición de unas edificaciones arrendadas que le aseguren la obtención de una rentabilidad determinada.

Por otra parte, en el contrato de *forward funding* (así como en el contrato de ejecución de obra “llave en mano”), el vendedor-promotor suele transmitir la posesión al comprador-inversor desde un primer momento¹⁶, aunque, por expreso pacto contractual, la transmisión de riesgos habitualmente no opere hasta la terminación de las obras y la recepción de los edificios por el comprador-inversor. De este modo, el vendedor-promotor habitualmente promueve el proyecto (y a tal efecto da acceso a sus contratistas) en virtud de autorización expresa del comprador-inversor para acceder al inmueble a tales efectos¹⁷, actuando por tanto en calidad de servidor de la posesión (*as a mere licensee*).¹⁸

¹⁵ Para profundizar en las diferencias entre el contrato de obras tradicional (*design then bid*), el contrato *design & built*, el contrato de ejecución de obras “llave en mano” (*turnkey contract*) y otras figuras afines, *vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales de construcción «llave en mano»*, Granada, 1999, págs. 51 a 104.

¹⁶ El modelo FIDIC para contratos de ejecución de obras “llave en mano” (FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils), *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, 1ª ed., 1999, pág. 7), sin embargo, prevé en su condición general 2.1 que el comitente traslade la *posesión* del inmueble al contratista a los efectos de la ejecución de las obras.

¹⁷ Como es sabido, de conformidad con el artículo 9.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, es obligación del promotor ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él. No

D) “Promoción delegada”

Las partes pueden configurar el *forward funding* recurriendo a la institución del “promotor delegado”, a la que se ha buscado acomodo en nuestro Derecho como “figura análoga” de las referidas en el artículo 17.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación¹⁹.

En tal caso, la operación se estructura de modo tal que el vendedor-promotor concibe, construye y arrienda los edificios en calidad de “promotor delegado”, por delegación contractual expresa del comprador-inversor, en su calidad de propietario del inmueble y financiador de las obras.²⁰

La principal diferencia entre el contratista “llave en mano” (según ha quedado descrito en el apartado C) anterior) y el “promotor delegado” (frente al comprador-inversor) es el rol

es necesario para ser promotor, por tanto, ser propietario del solar sobre el que se pretende construir. Lo relevante es que el promotor disponga de facultad para construir sobre el solar, con lo que bastaría con disponer de un apoderamiento concedido por el propietario del suelo.

¹⁸ Es constante la jurisprudencia y reiterada la doctrina que sostiene que el contratista no ostenta 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 interdictalmente. Esto es lo que el BGB alemán denomina el *Besitzdiener* o "servidor de la posesión". El contratista (en nuestro caso, el vendedor-promotor) es un mero o simple servidor de la posesión, siendo el dueño de ella (el comprador-inversor) el verdadero poseedor. Esta figura tiene amparo legal en nuestro ordenamiento. Así, el artículo 431 del Código Civil 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 del Código Civil señala que "los actos meramente tolerados no afectan a la posesión" o no "aprovechan" (artículo 1942 del Código Civil) 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 contratista no desarrolla su actividad en el solar en su nombre y con independencia sino subordinado al propietario (SAP Santa Cruz de Tenerife 2 de junio de 1979), 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.

¹⁹ Artículo 17.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación: “(...) la responsabilidad del promotor que se establece en esta Ley se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas.”

²⁰ Concepto de promotor: “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” (artículo 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación); “Centra toda la actividad constructora, (...) en razón de sus funciones de ideación, planificación, coordinación, organización y financiación. (...) su actividad se profesionaliza cada vez más” (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1991, RJ 6075/1991). “Es la persona física o jurídica que, organizado empresarialmente, desarrolla una actividad dirigida a propiciar la construcción de edificios con la finalidad de obtener un beneficio económico” (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1996, RJ 3775/1996).

adicional que habitualmente asume el vendedor al actuar en tanto que “promotor delegado” en el marco de un contrato de *forward funding*. El “promotor delegado” actúa como agente comercializador (figura a la que habitualmente se busca acomodo en nuestro Derecho en la institución del mandato, en el contrato de arrendamiento de servicios o en el contrato de mediación o corretaje, admitido por nuestra jurisprudencia²¹) y asume parte del riesgo empresarial de la promoción (en particular, el que se deriva de la comercialización del proyecto inmobiliario mediante la suscripción de los correspondientes contratos de arrendamiento); y, por tanto, participa en el beneficio de la promoción mediante la percepción, en su caso, de un precio complementario anudado al éxito de la comercialización.

Como ha quedado apuntado, los rasgos arriba analizados con relación a las distintas figuras referidas sólo concurrirán en cada concreto contrato de *forward funding* cuando así se desprenda del contenido de su clausulado y de la intención de las partes contratantes, que habrá que analizar en detalle en cada caso.

V. CONTRATO COMPLEJO VS. CONTRATOS COLIGADOS

En la medida en que se trata de un contrato atípico de contenido mixto o complejo (o de una yuxtaposición de contratos coligados, según lo configuren las partes), que combina elementos procedentes de contratos diferentes, en ausencia de previsión contractual expresa y de resultar insuficiente la interpretación de la voluntad de las partes, entendemos que deberá recurrirse a la normativa propia del contrato dominante (a nuestro entender, la compraventa) que, en caso de ser necesario, deberá combinarse con las normas procedentes de los demás contratos cuyos elementos se hallen combinados (préstamo y arrendamiento de obras y, en su caso, promoción delegada, mandato, arrendamiento de servicios, mediación o corretaje)²², si y en la medida en que del contenido del clausulado y de la indagación de la voluntad de las

²¹ Vid. sentencias de 9 de octubre de 1965 (RJ 4437/1965), 27 de diciembre de 1962 (RJ 5140/1962), 2 de mayo de 1963 (RJ 2458/1963), 21 de octubre de 1964 (RJ 4487/1964), 6 de octubre de 1990 (RJ 7478/1990), 26 de marzo de 1992 (RJ 2332/1992), 25 de junio de 1994 (RJ 5329/1994) y 17 de julio de 1995 (RJ 5708/1995).

²² Si bien la conocida en doctrina como “teoría de la absorción” parece tener utilidad potencial en el contrato de *forward funding* (por presentar un elemento preponderante que, a mi juicio, es el propio del contrato de compraventa), entiendo que no conviene renunciar a la aplicación de la llamada “teoría de la combinación”, por cuanto que la combinación con las normas correspondientes a los demás contratos típicos anteriormente mencionados puede resultar de utilidad para reconstruir la disciplina normativa aplicable al *forward funding*.

partes se desprenda la intención de atribuir al *forward funding* en cuestión rasgos propios de tales contratos.

Cuanto antecede nos lleva a concluir que no cabe analizar la naturaleza jurídica del contrato de *forward funding* en abstracto; ni siquiera de la que hemos dado en llamar modalidad más habitual del *forward funding* en la que concurren las características enumeradas en el apartado III anterior. Por tanto, no queda más remedio que analizar la naturaleza jurídica de cada concreto contrato de *forward funding*, dado que cualquier reflexión acertada sobre el particular deberá estar necesariamente apegada a los concretos pactos contractuales convenidos por las partes para cada operación.

En función de cuál sea el contenido de los pactos contractuales (teniendo en cuenta en especial la definición del objeto de la operación y las cláusulas resolutorias contenidas en el contrato) y del resultado de la indagación en la voluntad de las partes (siendo a tal efecto relevante, por ejemplo, si el importe fijado como precio de venta del suelo es o no una cifra de mercado), podrá tratarse:

(a) de un contrato *mixto* o *complejo*, en que una de las partes (el vendedor-promotor) se obliga a varias prestaciones principales, propias de otras tantas categorías de contratos, que se mezclan produciéndose una “verdadera fusión”²³ de prestaciones en un único contrato, a cambio de una remuneración global (a satisfacer por el comprador-inversor)²⁴; o

(b) de la combinación de dos contratos *coligados* mediante su yuxtaposición “en un negocio jurídico, para tratar de alcanzar con la unión de todos ellos la finalidad empírica que persiguen o pretenden”²⁵: un contrato de compraventa (por el que el vendedor transmite el

²³ J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, Barcelona, 1977, pág. 210.

²⁴ Como acaece, por ejemplo, en el contrato de hospedaje, en el que el fondista se obliga a prestaciones procedentes de contratos típicos diferentes (especialmente el de arrendamiento de habitación y prestación de servicios), que sin embargo se funden en un solo contrato, que la otra parte retribuye con el precio establecido.

²⁵ L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, Madrid, 1996, págs. 388 y 389.

solar al comprador) y un contrato de “promoción delegada”, en virtud del cual el nuevo propietario encomienda al vendedor la promoción del proyecto en su solar recién adquirido.

En función de cómo estructuren las partes el *forward funding*, estaremos en presencia de un contrato único o de una pluralidad de contratos. Si se configura como un contrato mixto o complejo, la unidad contractual parece evidente. La cuestión resulta más difícil de resolver si se configura como dos contratos coligados. A nuestro entender, podría sostenerse que cada uno de los dos contratos (compraventa y “promoción delegada”) jugaría por separado y sometido a su propio régimen; de tal modo que, si la prestación característica del contrato de “promoción delegada” no llegara a buen fin, ello no afectaría a la vigencia de la compraventa del solar ni implicaría por tanto su resolución.²⁶

En la medida en que el objeto del contrato se configure como la transmisión futura de ciertos edificios terminados con determinadas características y arrendados con arreglo a unos concretos parámetros que asegure al comprador-inversor determinada rentabilidad a su inversión, nos hallaremos ante un único contrato *mixto* o *complejo*, en que la transmisión del suelo en un estadio preliminar ostentará, a nuestro entender, una pura función instrumental, que no pretenderá dicha transmisión en sí misma, sino en el contexto de una operación más amplia.²⁷

Dicho carácter instrumental permitiría al acreedor resolver la compraventa del suelo en caso de incumplimiento. En caso de incumplir el vendedor-promotor su obligación de entregar edificio acabado y arrendado, el comprador-inversor podría resolver la compra para recuperar el precio del suelo, como parte de la reparación a la que tendría derecho. Si quien incumpliera fuera el comprador-inversor, igualmente podría el vendedor-promotor aspirar a resolver la venta para paliar los efectos del incumplimiento.

²⁶ Si bien no faltan autores que, como L. Díez-Picazo, entienden que los contratos coligados “obedecen a una unidad de interés de función que exige que el fenómeno sea considerado como unidad jurídica y que, por consiguiente, se entienda que existe un solo contrato” (*vid.* nota 25 anterior).

²⁷ En torno a la naturaleza jurídica del contrato de leasing, y sobre su función de garantía en particular, *vid.* M. Pacheco Cañete, “Naturaleza jurídica del leasing inmobiliario. Reflexiones a la luz de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 255, enero-marzo 2005, págs. 83 a 110.

Sin perjuicio de dicho carácter instrumental, entendemos que, como principio, en la modalidad típica de *forward funding* que estamos considerando, la transmisión del suelo operada en un estadio inicial (individualmente considerada) no garantiza la entrega de los edificios terminados y arrendados en los términos pactados²⁸, y que, en esa medida, no ostenta la naturaleza de venta en garantía (figura que plantea en nuestro Derecho el consabido riesgo de vulneración de la prohibición del pacto comisorio²⁹). Ello no obsta a que, al redactar el contrato de *forward funding*, convenga prestar especial atención a las cláusulas relativas a las facultades resolutorias de las partes y a que el precio de venta del solar sea un precio de mercado, para asegurarse de que así sea en el caso concreto.

Por otra parte, conviene tener en cuenta que el análisis de si en cada caso concreto nos hallamos ante un sólo contrato complejo o mixto, o ante varios contratos coligados, será asimismo relevante a los efectos del estudio de la tributación indirecta de la operación. Si la operación se instrumenta mediante un contrato complejo, esencialmente consistente en la compraventa de unos edificios terminados, aunque lógicamente con sujeción al análisis del contenido de sus estipulaciones en cada caso concreto, a nuestro entender convendrá estudiar:

²⁸ La reflexión en torno al carácter de venta en garantía de la transmisión inicial del suelo, sobre la premisa de que produce un resultado de garantía semejante a la constitución de un derecho real de hipoteca, no nos parece adecuada. Si el vendedor-promotor no entrega al comprador-inversor el edificio construido y arrendado, el comprador-inversor pretende recuperar el dinero, retrocediendo la propiedad del suelo. A nuestro entender, lo único que pasa es que, hasta que el comprador-inversor recupere efectivamente el dinero que haya invertido, al menos ostentará la propiedad del suelo; suelo que, por definición, no cubrirá la deuda (salvo que el suelo se haya transmitido a un precio inferior al de mercado, lo que no debería ser lo normal, dado que el *forward funding* se concibe como un mecanismo de financiación y, si el precio fuera inferior al de mercado, ¿qué financiación se estaría dando?). En el supuesto típico, el vendedor-promotor transmite el suelo a precio de mercado, y dicha venta no constituye garantía de la futura entrega de los edificios construidos y arrendados; sino que, por el juego del desarrollo del contrato, en el momento en que se produce el incumplimiento del vendedor-promotor, sobre el suelo existe un edificio en parte (o completamente) construido, cuyo valor debería ser superior al del suelo (pero quizá no superior al importe que el comprador-inversor haya aportado al proyecto hasta ese momento).

²⁹ Efecto prohibido en nuestro ordenamiento por los artículos 1859 y 1884 del Código Civil. Según la jurisprudencia más reciente, en la medida en que, en caso de incumplimiento de la obligación, el acreedor adquiera la propiedad de la cosa sin acudir a un procedimiento de ejecución, se vulnerará el pacto comisorio, revelándose en tal supuesto la venta en garantía como un negocio en fraude de ley. En este sentido, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2001 (RJ 2037/2001), 17 de julio de 2001 (RJ 6860/2001), 5 de diciembre de 2001 (RJ 2037/2001), 1 de febrero de 2002 (RJ 1586/2002) y 14 de marzo de 2002 (RJ 2476/2002).

(i) si el hecho de que los pagos efectuados durante la ejecución de las obras hayan devengado Impuesto sobre el Valor Añadido (por hallarse anudados al progreso de unas obras que va adquiriendo el comprador-inversor, a medida que avanzan, por accesión) implica la sujeción de tales pagos a dicho impuesto de modo definitivo e irrevocable, o

(ii) si, por el contrario, debe analizarse si es de aplicación el supuesto de no sujeción contenido en el artículo 7.1º.a) de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido³⁰ (que, como es sabido, implica la sujeción al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales) a la entrega de los edificios terminados al comprador-inversor, de modo que, en caso de concluirse en ese momento que resulta aplicable dicho supuesto de no sujeción, la sujeción al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales afecte a la operación en su totalidad, y por tanto contamine los pagos efectuados con anterioridad.

Si, por contra, la operación se concibe como un contrato de compraventa yuxtapuesto a uno de “promoción delegada”, el fundamento del análisis de la tributación indirecta de la operación será distinto, por cuanto que la compraventa quedará consumada desde un primer momento, siendo en tal caso la recepción de los edificios un puro acto de ejecución del contrato de “promoción delegada”.

Retomando el tema de la delimitación de funciones y responsabilidades entre promotor (vendedor) e inversor (comprador) propia del contrato de *forward funding* a que nos referíamos en el apartado I anterior, conviene destacar que no faltan inversores que prefieren estructurar el contrato como un contrato mixto o complejo pero único, mediante el que se configure al vendedor como *promotor* a los efectos de la Ley de Ordenación de la Edificación. Con ello, se trataría de evitar que la articulación de un contrato coligado o

³⁰ De conformidad con el artículo 7.1º.a) de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, no estará sujeta al impuesto “la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo realizada en favor de un solo adquirente cuando éste continúe el ejercicio de las mismas actividades empresariales o profesionales del transmitente.” Conviene analizar si es de aplicación este supuesto de no sujeción a cada concreto *forward funding*, dado que no es infrecuente que en este tipo de operaciones el vendedor-promotor sea una sociedad vehículo, constituida específicamente para la promoción del proyecto que constituya el objeto del contrato. Lógicamente, el análisis sobre si es aplicable en cada operación específica dicho supuesto de no sujeción deberá tomar en consideración en qué medida pueda entenderse que el comprador-inversor “continúe el ejercicio de las mismas actividades profesionales” que el vendedor-promotor en cada caso concreto.

yuxtapuesto de “promoción delegada” (independiente de la compraventa aunque necesariamente relacionado con la misma) pueda conducir a la conclusión, en base a la teoría general de la delegación, de que la figura de la delegación en el marco del *forward funding* implique necesariamente que el delegante mismo (el comprador-inversor, en la terminología empleada en estas consideraciones) ostente la calidad de *promotor* a los efectos de la Ley de Ordenación de la Edificación, con las responsabilidades y consecuencias de toda índole que ello podría aparejar para el inversor; operador que, al negociar y cerrar el contrato de *forward funding*, tendrá especial interés por quedar completamente al margen de las obligaciones y responsabilidades propias del promotor, con independencia de su origen contractual o legal.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Como ha quedado expuesto, el *forward funding* es un contrato cada vez más habitual en el tráfico inmobiliario que presenta múltiples modalidades, al que recurren, de un lado, el promotor, que identifica una oportunidad de promoción, adquiere la parcela y, pretende asegurarse contractualmente un financiador y comprador, haciendo suyo el beneficio propio del promotor; y, de otro lado, el inversor que está dispuesto a aportar el efectivo necesario para la promoción de un concreto proyecto inmobiliario, al objeto de asegurarse la adquisición de un edificio terminado, construido y arrendado, que le garantice la obtención de una rentabilidad determinada, quedando al margen de las responsabilidades propias del promotor.

Habitualmente, el vendedor-promotor transmite el suelo al comprador-inversor en un estadio preliminar (a la firma del contrato de *forward funding* o poco después, al cumplirse determinadas condiciones previas, generalmente relativas a planeamiento y/o licencias), y se compromete a promover (proyectar, construir y comercializar) el proyecto en suelo ajeno con la financiación que le proporciona el comprador-inversor, que va haciendo suyas las obras por accesión; y, en función del éxito alcanzado en la comercialización, se remunera al promotor, generalmente con el pago de un precio complementario.

Se trata de un contrato atípico, por cuanto que no encaja estrictamente en ninguno de los tipos contractuales previstos por la ley. Sin embargo, aunque en mayor o menor medida en función de sus distintas modalidades, contiene elementos propios de diferentes figuras contractuales típicas (compraventa, préstamo, arrendamiento de obras, arrendamiento de servicios, mandato y mediación), a cuyo régimen legal y/o jurisprudencial habrá que acudir para conocer las reglas de *ius cogens*, y en caso de que el clausulado del concreto contrato y la indagación en la voluntad de las partes adolezcan de lagunas que precisen de integración.

Plantea interesantes cuestiones jurídicas, algunas de las cuales han quedado apuntadas a lo largo de estas consideraciones, tales como:

(i) que el grado de participación que el contrato atribuya al comprador-inversor en la elaboración del proyecto y en la designación de los agentes que participen en el mismo es directamente proporcional al riesgo de que en alguna medida pueda verse contaminado por las responsabilidades que la Ley de Ordenación de la Edificación atribuye al promotor, al proyectista y al constructor;

(ii) la conveniencia, en aras a la seguridad jurídica de las partes, de que el objeto contractual quede determinado a la firma del contrato mediante las especificaciones técnicas que se incorporen al mismo, para evitar cuestiones de indeterminación del objeto (artículos 1261 y 1273 del Código Civil);

(iii) el interés del inversor por obtener garantías suficientes y establecer fórmulas contractuales que sirvan para mitigar el riesgo de reclamaciones por créditos refaccionarios (artículos 1923 y 1927 del Código Civil);

(iv) la conveniencia de asegurarse, en caso de configurar la operación como un único contrato complejo, de que el clausulado del contrato (en particular, las facultades resolutorias de las partes y el precio de la venta inicial del solar) no permita sostener que la transmisión inicial del solar pueda ostentar la naturaleza de venta en garantía, sin perjuicio de su carácter meramente instrumental; o

(v) la reticencia de algunos inversores a estructurar el negocio recurriendo a la figura de la “promoción delegada” (ex artículo 17.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación), motivados por el deseo de que el vendedor en el *forward funding* sea promotor *ope legis*, y no por delegación del propietario financiador.

A nuestro entender, no cabe analizar la naturaleza jurídica del contrato de *forward funding* en abstracto; ni siquiera en su modalidad más habitual. Por tanto, no queda más remedio que analizar la naturaleza jurídica de cada contrato de *forward funding* en particular, dado que cualquier reflexión sobre esta materia deberá estar necesariamente apegada a los concretos pactos contractuales que convengan las partes en cada operación.

Efectivamente, deberemos recurrir al clausulado de cada contrato (y, en particular, a la delimitación de su objeto y al contenido de sus cláusulas resolutorias) y escudriñar la voluntad de las partes (teniendo en cuenta claves tales como, por ejemplo, si el precio de venta pagado por el suelo es un precio de mercado), para determinar si se trata de un solo contrato complejo o mixto (en el que se haya producido una auténtica fusión de elementos propios de otros tipos contractuales), o por el contrario de dos contratos coligados o yuxtapuestos (básicamente, un contrato de compraventa de solar y un contrato de “promoción delegada”).

La diferenciación dista de ser baladí, y sus diferentes implicaciones deberán ser tenidas en cuenta al redactar este tipo de contratos. Al margen de que la configuración contractual de la operación de uno u otro modo condicionará de modo determinante el análisis de su tributación indirecta, conviene destacar que, al redactar el contrato de *forward funding*, deberán tomarse en consideración fundamentalmente las preocupaciones siguientes: de un lado, la preocupación por que la redacción que se dé al clausulado del contrato no permita sostener que la transmisión inicial del suelo pueda ostentar la naturaleza de venta en garantía, sin perjuicio de su carácter meramente instrumental, en caso de configurarse la operación como un único contrato complejo; y, de otro lado, la preocupación por que las responsabilidades legales propias del promotor puedan en alguna medida afectar al comprador-inversor, en la medida en que la operación se configure como dos contratos coligados o yuxtapuestos, de modo que el vendedor actúe como promotor por delegación.