



FACULTAD DE DERECHO

IMPLANTACIÓN DE UNA SOCIMI QUE DESTINE SUS INVERSIONES A OPERACIONES DE SALE AND LEASE- BACK CON EL ESTADO

Autor: Jaime Aguirre Amatriaín

5º E3 A

Derecho de Sociedades

Tutor: Ramón Casero Barón

Madrid
Abril 2018

Resumen

El objeto de estudio de nuestro trabajo se centra en analizar la viabilidad y legitimidad jurídica que tendría la implantación de una SOCIMI cuyas inversiones girasen en torno a operaciones de Sale and Lease-back con activos inmobiliarios propiedad del Estado. El trabajo comienza haciendo una breve introducción tratando de aproximar la realidad actual a nuestra propuesta. Posteriormente se centra en analizar las implicaciones que tiene en nuestro país la elección del vehículo de inversión SOCIMI analizando los requisitos y particularidades fiscales que presenta el concepto y trazando una evolución legislativa desde que se introdujo la figura en nuestro ordenamiento hasta el día de hoy. Concluye elaborando una comparación con otras figuras jurídicas contempladas en nuestro ordenamiento.

La segunda parte del estudio trata de la forma en la que se puede proceder a realizar dichas operaciones con el Estado, centrándose en la ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y observando como es el proceso jurídico que atañe a estas operaciones en los distintos momentos de la operación.

Palabras clave: SOCIMI, Sale and lease-back, Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Abstract

This study, intends to analyze the feasibility of creating a SOCIMI (which is the Spanish equivalent to REIT) that would specialize and focus its investments towards Spanish Government Real Estate assets in order to create a valuable and low-risk asset portfolio. The first part of the study introduces the concept and specialties regarding the particular tax regime that SOCIMIS have regarding also the requisites that must be present in its functioning and trying to obtain an insightful understanding of the advantages that they have when meeting certain requisites within the Spanish tax legal system. It furthermore analyses the procedure of carrying out a sale and lease-back operation with the Spanish government, focusing on the Spanish public real estate assets law and establishing further conclusions about the implications of this operations.

Key words: SOCIMI, REIT, Sale and Lease-back ,Spanish Government

ÍNDICE DE CONTENIDO

1. PROPÓSITO Y CONTEXTUALIZACIÓN DEL TEMA	1
2. ESTUDIO DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS SOCIEDADES COTIZADAS DE INVERSIÓN EN EL MERCADO INMOBILIARIO.	4
2.1 Análisis de la legislación interna española en materia de sociedades cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario	4
2.2 Comparación de la SOCIMI con otras figuras jurídicas	22
<i>2.2.1 El REIT, diferencia entre la (falta de personalidad) del trust y la personalidad de las SOCIMIS</i>	22
<i>2.2.2 Las IIC</i>	24
3. ESTUDIO DE NUESTRA PROPUESTA	26
3.1 Introducción	26
3.2 Análisis de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas	26
<i>3.2.1 Tipos de bienes del patrimonio del Estado</i>	26
<i>3.2.2 Enajenación de los bienes patrimoniales</i>	31
<i>3.2.3 El Estado como inquilino</i>	35
<i>3.2.4 Modo que tendría el Estado de recuperar sus inmuebles.</i>	36
<i>3.2.5 Figura del Lease-back</i>	38
4. CONCLUSIÓN	42
5. BIBLIOGRAFÍA	44

1. PROPÓSITO Y CONTEXTUALIZACION DEL TEMA

Como estudiante del doble grado en Derecho y Administración de empresas, mi TFG, tiene una perspectiva doble que gravita sobre la misma idea; la creación de una SOCIMI cuyo perfil de inversión se centre en invertir mediante operaciones de *lease-back* en activos pertenecientes al Estado.

España se halla en un proceso de recuperación tras la reciente recesión financiera que ha assolado nuestro país y que tantos estragos ha causado. Si bien es cierto, que España está creciendo a un ritmo superior al 3%, también lo es que nos encontramos ante una tesitura complicada de recuperación de este periodo de recesión del que aún estamos saliendo.

Actualmente, tenemos una ratio de Deuda/ PIB del Estado que se sitúa en torno al 98,3% y estamos ante una inminente imposibilidad del Estado de atender las necesidades de sus ciudadanos en materias tales como las pensiones tal y como denota que la deuda de la Seguridad Social se haya disparado un 35% por el préstamo para pagar las pensiones. Este dato, ha propiciado también la inminente desaparición del Fondo de Reserva de la Seguridad Social cuyos fondos se aprecian insuficientes para atender las prestaciones.

Por otro lado, la crisis ha dejado paso a nuevas formas de inversión en un entorno muy cambiante. En 2009, se introdujo en España un nuevo vehículo de inversión conocido como Sociedad Cotizada de Inversión en el Mercado Inmobiliario (en adelante, “SOCIMI”) con características muy similares a la figura del *Real Estate Investment Trust* (en adelante, “REIT”).

Este vehículo de inversión permite a los particulares y a otros inversores institucionales invertir en el sector inmobiliario sin hacerlo directamente en los inmuebles sino comprando acciones de estas SOCIMIS que a su vez están dirigidas por profesionales con una amplia experiencia en el sector.

De este modo, se consigue invertir en productos inmobiliarios, pero revistiendo a estas inversiones de la liquidez que proporciona el mercado de capitales frente a la tradicional inversión en activos inmobiliarios que no solo no ofrecía liquidez, sino que precisaba de

un gran volumen para poder invertir. Asimismo, el régimen de las referidas SOCIMI garantiza un retorno a los inversores, debido a la exigencia de repartir dividendos que estas deben afrontar.

Por tanto, si juntamos ambos conceptos (SOCIMI y *lease back*), consideramos que es un tema de gran interés la posibilidad de constituir una SOCIMI con activos basados en operaciones de *lease-back* con activos pertenecientes al Estado.

MI TFG, busca profundizar en las ventajas que aportaría la efectiva implantación de esta SOCIMI tanto para el Estado como para los inversores del vehículo en cuestión.

Desde el punto de vista del Estado, qué duda cabe que es una opción que puede ser interesante explorar. El estado, se puede asemejar a un sujeto privado, y como tal cuando la economía no es propicia la opción es vender y sanear las cuentas tal y como ocurre valga la analogía en una familia. Esto es perfectamente compatible con la posibilidad de recuperar los activos a posteriori y simplemente pretende obtener una gestión más dinámica y eficiente de los activos del Estado.

Por otro lado, hay que ver qué justificación tiene para los inversores privados montar una SOCIMI cuya vertiente principal de actuación sean estos activos públicos. Siempre sin perder de vista el binomio que está presente en cualquier inversión; rentabilidad versus riesgo. Consideramos que esta inversión es equiparable a la inversión en Deuda Pública, ya que al ser el Estado el inquilino, la inversión goza de una calidad crediticia altísima ante la seguridad de repago que tiene este.

La idea se presenta como un escenario de inversión de bajo riesgo, pero de alta rentabilidad ya que se puede asemejar dada la seguridad de la inversión y haciendo de nuevo alusión a la analogía de relacionar la inversión con el Estado a la Deuda Pública, es decir, letras del tesoro y bonos. No obstante, aquí a diferencia de la deuda pública que ofrece tipos de interés muy bajos (o en ocasiones incluso negativos) se podría ofrecer una rentabilidad similar o pareja a la de las inversiones inmobiliarias al uso, pero con una aversión al riesgo mucho menor o incluso ínfima.

Por último, contemplamos también la opción de a través de una buena diversificación de la cartera de equiparar la inversión a lo que hemos querido denominar como el “Bono Inmobiliario” ya que dada la ya explicada seguridad de la inversión podemos equiparar esta inversión a la estructura financiera que presentan los bonos.

La ventaja que conlleva esta equiparación se basa en que cuando el mercado, se halle en un ciclo favorable, nuestra rentabilidad será aceptable, aunque sea ligeramente inferior a la de la media del sector. No obstante en cuanto se produzca una nueva burbuja inmobiliaria que cabe recordar que de algún modo se producirá debido al eminente carácter cíclico de estas, la incertidumbre da paso a una bajada de tipos de interés y esta, provoca una subida en el precio de los bonos, En nuestro caos y equiparando la inversión a un bono donde el cupón es el alquiler percibido por los activos, nuestro subyacente experimentaría fuertes subidas de valor en entornos de tipos bajos que redundaría en la obtención de plusvalías derivadas del aumento de valor de nuestras acciones.

El objetivo es doble, ya que la idea es constatar la validez del proyecto tanto desde una perspectiva jurídica, analizando la legitimidad y la posibilidad de implantación de dicha idea constatando a posteriori que efectivamente constituya una inversión rentable y atractiva para los inversores. No obstante, este será el objetivo de mi TFG de ADE.

En lo concerniente a mi TFG de Derecho, el objetivo principal es estudiar el régimen jurídico de las SOCIMI para indagar en sus peculiaridades y en las ventajas que estas proporcionan frente a las tradicionales sociedades, y analizar cómo se podría llevar a cabo el proceso de venta de los activos por parte del Estado.

Para ello nos apoyamos en primer lugar en las ventajas comunes inherentes al régimen fiscal especial aplicable a las SOCIMIS y trataremos de obtener una comprensión mayor en torno a esta figura jurídica tan novedosa en España viendo la evolución legislativa que ha tenido en nuestro país. Posteriormente veremos si es viable y legítimamente jurídico llevar a cabo la propuesta por lo que tendremos que analizar otras cuestiones jurídicas de índole administrativa.

2. ESTUDIO DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS SOCIEDADES COTIZADAS DE INVERSIÓN EN EL MERCADO INMOBILIARIO.

2.1 Análisis de la legislación interna española en materia de sociedades cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario

En este apartado, se va a realizar un estudio detallado del régimen jurídico especial que es aplicable a las SOCIMIS. Para ello, debemos realizar un estudio profundo sobre la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario¹ (en adelante, Ley 11/2009), así como las diversas modificaciones que se han ido introduciendo y que han modificado la redacción original para obtener una visión de la evolución a la que se ha sometido dicha ley en aras de flexibilizar y adaptar el ordenamiento. Entre estas modificaciones, la más relevante es la introducida por la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica (en adelante, Ley 16/2012).

Partiendo de la Ley 11/2009, encontramos en su preámbulo la fundamentación de la creación de las SOCIMI y cito textualmente:

La búsqueda de mejoras constante en el bienestar de los ciudadanos requiere el impulso de nuevos modelos de inversión que proporcionen una respuesta adecuada a las necesidades constantes del mercado, con el objeto de mantener su dinamismo y minimizar los impactos negativos de los ciclos económicos, de manera que favorezca la continua integración económica de nuestro país en un entorno globalizado

Como podemos ver, es una nueva forma de inversión en el mercado inmobiliario que busca proporcionar una nueva estructura de inversión para este. Estas líneas bien pueden servir para justificar nuestra propuesta de que el Estado opte por realizar los *lease-backs* haciendo una gestión dinámica y eficiente de sus activos y de los ciclos económicos, y atrayendo inversión a nuestro país.

¹ Ley 11/2009, de 26 de octubre por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario. (BOE, núm. 259, 27 de octubre de 2009).

Esta ley, busca impulsar el mercado de alquiler en España de varias maneras de forma simultánea² :

- Profesionalizando el sector.
- Obteniendo un dinamismo mayor del sector.
- Facilitando el acceso de los ciudadanos al mercado inmobiliario.
- Favoreciendo la estabilidad en el retorno para los inversores a través de la obligación de repartir dividendos.
- Incrementando la competitividad en los mercados de valores españoles.

Esto se asemeja en el propósito y en la estructura a la figura del *REIT*, no obstante, difieren en el régimen fiscal aplicable.

Si continuamos leyendo dicha exposición de motivos, nos damos cuenta de que España se antoja un lugar idóneo por las características del mercado y la aversión a la inversión inmobiliaria que tradicionalmente ha tenido y tiene lugar en España para implantar las SOCIMIS:

El mercado inmobiliario es uno de los más desarrollado y maduros (...) y demanda medidas (...) al ser este un mercado que participa en el Producto Interior Bruto de las economías avanzadas en un porcentaje alrededor del 10 por ciento, si bien en España ese porcentaje se incrementa hasta cerca del 16 por ciento.

Estos datos, explican el éxito que han tenido las SOCIMI, de la misma manera que explican la terrible crisis que hemos sufrido ya que nuestro país tiene una gran exposición a este mercado. Una vez establecido el objetivo y motivo principal de la instauración del régimen de la SOCIMI que busca favorecer una reactivación del mercado inmobiliario, vamos a tratar de entender qué es exactamente una SOCIMI y cómo funciona analizando la citada Ley 11/2009 y su evolución.

Pondremos de manifiesto los cambios más relevantes que se han introducido en el precepto para adaptar la legislación al mercado ya que como dice la Ley 16/2012 en su

² Viñuales Sanabria, L., “SOCIMI: ¿El REIT de nueva generación? Un estudio comparado”, *Crónica tributaria*, n. 135, 2010, pp. 247-266.

exposición de motivos, desde que se aprobó el régimen en 2009 y se introdujo la figura en el ordenamiento español:

La experiencia ha demostrado que existe un escaso número de entidades que se acoge a este régimen especial, posiblemente debido a los requisitos exigidos para su aplicación, que lo han convertido en un régimen totalmente inoperativo, por lo que resulta necesario realizar una revisión del marco jurídico de estas entidades que permita impulsar su constitución, con el objeto de potenciar y dinamizar el mercado inmobiliario español, y proporcionar liquidez a las inversiones inmobiliarias.

Veremos diversos cambios que flexibilizan la ley como por ejemplo la posibilidad de cotizar en un sistema multilateral de cotización o la erradicación de los requisitos de financiación ajena pero tal y como dice de nuevo la Ley 16/2012 “(...) sin renunciar a los elementos estructurales de configuración de estas entidades, de manera similar a los existentes en países de nuestro entorno.”

La principal novedad del precepto se sitúa en el régimen fiscal aplicable estableciendo una tributación a un tipo de gravamen del cero por ciento, para estas entidades, respecto de las rentas que proceden del desarrollo de su objeto social y finalidad específica.

Usaremos de referencia el texto original de la Ley 11/2009 para entender el marco jurídico en que se desenvuelven las SOCIMI e iremos mencionando los diversos cambios que ha introducido el legislador que pone de relieve esa pretensión de flexibilizar el régimen para lograr una mayor implantación.

El objeto y ámbito de aplicación de la ley viene definido en el artículo 1 de la ley 11/2009 con dos aseveraciones importantes; en primer lugar, establece que las SOCIMI son sociedades anónimas cotizadas y que se rigen por tanto por la Ley de Sociedades Anónimas y por la Ley del Mercado de Valores.

Es importante entender que, entonces delimitando el concepto de la SOCIMII desde una perspectiva más amplia, son sociedades anónimas cotizadas, y por consiguiente

funcionan como tales sin perjuicio de las disposiciones de la Ley 11/2009 ya que han sido dotadas de un régimen jurídico especial establecido en la Ley 11/2009 y que su objeto social principal, es decir su actividad principal se ajuste a lo que dispone el artículo 2 del precepto:

- (i) “La adquisición y promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento.” Ya que como hemos mencionado es un vehículo destinado a impulsar el mercado secundario inmobiliario o de alquiler. Añade además que “La actividad de promoción incluye la rehabilitación de edificaciones en los términos establecidos en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido”
- (ii) Y en un segundo plano, la tenencia de participaciones de capital en otras SOCIMIS que no sean residentes en España pero que presente una naturaleza análoga a las SOCIMI tanto en su funcionamiento; es decir, que se dediquen al arrendamiento y promoción de inmuebles de naturaleza urbana como en los requisitos, en lo que concierne a política legal, distribución de beneficios, requisitos de inversión etc. Inicialmente, se exigía que estas entidades, cumpliesen también el requisito del límite de financiación ajena que se establecía en el artículo 7. No obstante, se elimina la remisión al artículo 7 de la citada ley 11/2009 “De financiación ajena” al haber sido este derogado con efecto para los periodos impositivos iniciados a partir de 2013 por la disposición final octava de la ley 16/2912 de 27 de diciembre.
- (iii) En segundo lugar, se elimina la prohibición de que estas entidades pudiesen dedicarse a la promoción de bienes inmuebles. Como vemos en un claro intento de nuevo de facilitar la inversión en regímenes similares por parte del legislador.
- (iv) La otra opción de inversión que se permite para las SOCIMI es la de inversión en Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliaria reguladas en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.
- (v) Las SOCIMI, pueden enfocar su actividad a actividades accesorias siempre y cuando las rentas procedentes de esta actividad no superen el límite del 20 por ciento que establece el apartado 6 del artículo 2.

Se establece una delimitación negativa del concepto de inmuebles que es de aplicación a esta ley excluyendo los inmuebles de características especiales según lo contemplado en el artículo de la Ley del Catastro ³ que son tal y como indica en su artículo 8 “las autopistas y carreteras, los puertos y aeropuertos, las presas y aquellos destinados a la producción de energía”.

También se excluyen los que estén cedidos a terceros de manera que pueda considerarse que hay un contrato subyacente de arrendamiento financiero según lo que establece la LIS, es decir: “los inmuebles, deben de ser adquiridos en propiedad, o en su defecto haberlos obtenido como una cesión de un arrendamiento financiero”.

Por último, se introduce el requisito de que la actividad de promoción inmobiliaria y la de arrendamiento serán objeto de contabilización separada para cada inmueble. Como vemos de nuevo intentado que haya una absoluta transparencia tanto para el inversor como para los reguladores.

El artículo 3 establece los requisitos de inversión que debe cumplir una SOCIMI. Este artículo también fue objeto de modificación por parte de la Ley 16/2012. Dicho artículo establece como consideración de especial interés la siguiente obligación: obligación de tener invertido al menos un 80% de su activo en inmuebles de naturaleza urbana destinados al arrendamiento o en terrenos para la promoción de bienes inmuebles que vayan a destinarse a dicha finalidad siempre que la promoción se inicie dentro de los tres años siguientes a su adquisición, así como en participaciones en el capital o patrimonio de otras entidades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de esta Ley.

Para calcular este porcentaje, la SOCIMI puede optar por valorar el activo de dos maneras, a través de establecer una media con los balances individuales o “en su caso, consolidados trimestrales del ejercicio”

La Ley 16/2012, establece aquí una obligación en el supuesto de que la sociedad sea la dominante según los criterios del artículo 42 del Código de Comercio, es decir, “ostente

³ Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo. (BOE, núm. 58, de 08/03/2004)

o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”. Esto ocurre cuando posee la mayoría de los derechos de voto, tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración o haya designado a dicha mayoría con sus votos y con independencia de la obligación de formular cuentas consolidadas ya que entonces el porcentaje se debe calcular sobre el balance consolidado. Este requisito, se incluía en el segundo apartado de este artículo, pero no en el primero.

Además, aquí se establece una peculiaridad muy interesante para las SOCIMI ya que para el cálculo de dicho valor puede optar por hacer una valoración a precios de mercado en sustitución del valor que haya en libros de los activos integrantes del balance de la SOCIMI.

Para hacer este cálculo se excluye del cómputo el dinero y los derechos de créditos derivados de transmisiones del ejercicio o ejercicios anteriores (siempre que en este caso no haya transcurrido el plazo de reinversión de estos (artículo 6) ya que entonces si entrarían dentro de la base para realizar el cálculo).

Exige también que a efectos de dicho cómputo, los inmuebles situados en el extranjero de las entidades a que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo 2 de esta Ley, deberán tener naturaleza análoga a los situados en territorio español y deberá existir efectivo intercambio de información tributaria.

Se exige también que las rentas procedan en al menos un 80 % de ingresos derivados del arrendamiento de inmuebles, sin tener en consideración a efectos de dicho cálculo los ingresos procedentes de plusvalías por la transmisión de inmuebles o participaciones en otras entidades.

Este porcentaje, se calcula de nuevo en atención a lo dispuesto por el artículo 42 del código de comercio en el caso de que la sociedad sea la dominante de un grupo.

Los bienes inmuebles que integren el activo de la sociedad deberán permanecer arrendados durante al menos tres años. No obstante, este requisito fue inicialmente matizado por la disposición transitoria segunda para el momento inicial de introducción del régimen de las SOCIMI en España estableciendo un plazo que sería de dos o de un año para aquellos bienes inmuebles que hubieran permanecido en el activo de la sociedad y hubieran estado arrendados u ofrecidos en arrendamiento en los cinco o diez años anteriores, respectivamente. Todo esto fue de aplicación durante todo el año 2010.

La redacción original contemplaba además que para los que fuesen promovidos por la sociedad el plazo debía ser mayor alcanzando los 7 años, requisito suprimido por La ley 16/2012.

Se incluye una presunción a favor de las SOCIMI para no perjudicarles ya que “A efectos del cómputo se sumará el tiempo que los inmuebles hayan estado ofrecidos en arrendamiento”. Eso si con una limitación razonable que establece el máximo de tiempo computable del inmueble ofrecido en un año. Para el cómputo del plazo, las reglas que se reconocen son las siguientes:

Si los inmuebles ya figuraban en el patrimonio societario antes de acogerse al régimen desde la fecha de inicio del primer período impositivo en que se aplique el régimen fiscal especial” siempre cuando estos estuviesen arrendados u ofrecidos en arrendamiento. En caso contrario desde que fueron arrendados u ofrecidos por primera vez

En el caso de acciones o participaciones de entidades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de esta Ley, deberán mantenerse en el activo de la sociedad al menos durante tres años desde su adquisición o, en su caso, desde el inicio del primer período impositivo en que se aplique el régimen fiscal especial establecido en esta Ley.

La Ley 16/2012, suprimió el apartado 4 de este artículo que establecía la obligación de tener una diversificación en al menos tres inmuebles sin que ninguno pudiese suponer más del 40% del valor del activo de la entidad.

Como vemos al quitar este requisito, ha proliferado el número de SOCIMIS con un único activo y un capital escueto de 5 millones de euros como por citar un ejemplo ALBIRANA PROPERTIES S.A.U que cotiza en el MAB por citar un ejemplo.

Como ya hemos mencionado, la SOCIMI reviste la forma de una sociedad anónima cotizada y como tal la ley exige que sus valores se negocien en un mercado regulado, tal y como establece el artículo número 4 de esta ley de: “obligación de negociación en mercado regulado o sistema multilateral de negociación.”

Las acciones de las SOCIMI deberán estar admitidas a negociación en un mercado regulado español o en el de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo de forma ininterrumpida durante todo el período impositivo. Esta misma obligación se exigirá a las participaciones representativas del capital de las

entidades no residentes a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo, es decir aquellas de naturaleza análoga en cuanto a su régimen jurídico y objeto social en las que puede invertir la SOCIMI.

Este artículo, también ha sido modificado por la disposición final octava de la Ley 16/2012, en concreto ha añadido a su redacción original dos matices que ponen de manifiesto de nuevo la flexibilización que se ha buscado impulsar con la modificación de la ley con el propósito de dotar al vehículo de un mayor atractivo jurídico e impulsar de este modo su implantación.

La nueva redacción del artículo 4, añade una serie de flexibilizaciones en torno a la cotización de las acciones de la SOCIMI de diferente manera:

- Añade la posibilidad de que las acciones estén admitidas a negociación también en un sistema multilateral de negociación
- Expande el ámbito geográfico permitiendo la cotización en un mercado regulado de cualquier país o territorio con el que exista efectivo intercambio de información tributaria, de forma ininterrumpida durante todo el período impositivo
- Por otra parte, establece que las acciones de las SOCIMIS, deberán tener carácter nominativo

Esto arroja la siguiente redacción vigente del artículo 4:

Las acciones de las SOCIMI deberán estar admitidas a negociación en un mercado regulado o en un sistema multilateral de negociación español o en el de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, o bien en un mercado regulado de cualquier país o territorio con el que exista efectivo intercambio de información tributaria, de forma ininterrumpida durante todo el período impositivo.

Las acciones de las SOCIMI deberán tener carácter nominativo.

Estas mismas obligaciones se exigirán a las participaciones representativas del capital de las entidades no residentes a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 2 de esta Ley.

Los siguientes tres artículos de la ley, tratan de la estructura de capital que deberá tener la SOCIMI, en concreto, el artículo 5 trata de la composición del capital social de la

SOCIMI mientras que el 6 habla del famoso modo de proceder en cuanto al reparto de beneficios y el artículo 7, ya derogado, establecía una limitación en la cantidad de financiación ajena a la que podía optar la SOCIMI.

Analizamos el artículo 5 de “*Capital Social y denominación de la sociedad*” que establece que “Las SOCIMI tendrán un capital social mínimo de 15 millones de euros.” Este apartado, ha sido modificado también por la Ley 16/2012 en el apartado 4º de su Disposición final octava estableciéndose que: “Las SOCIMI tendrán un capital social mínimo de 5 millones de euros.” Como podemos observar, se suaviza el montante que será exigible como capital mínimo en un intento del legislador de permitir que haya una mayor penetración en el mercado permitiendo el acceso a vehículos con un capital social menor y en aras de conseguir una proliferación del número de vehículos de inversión inmobiliaria que opten por este régimen.

La razón se justifica al ver la abultada diferencia que existía con la constitución de otros regímenes jurídicos como las Sociedades Anónimas cuyo capital mínimo debe ser de 60.000 € o las Sociedades de Inversión de Capital Variable (en adelante, SICAV) a las que se les exige dos millones y medio, cifras notoriamente más bajas.

El apartado segundo, exige que la tasación de las aportaciones no dinerarias, sigan el procedimiento contemplado en el artículo 38 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, designando un experto independiente que sea de una de las sociedades de tasación previstas en el mercado hipotecario.

El artículo 5 en su apartado tercero, incluye al requisito previamente establecido por el artículo 4 de que las SOCIMI deben tener acciones nominativas, que sus acciones solo podrán ser de una clase a diferencia de lo que ocurre en el régimen general de las sociedades de capital donde tenemos varias alternativas de tipología de acciones que pueden coexistir. Impone también el deber de incluir una denominación especial «SOCIMI, S.A.». cuando la sociedad opte por aplicar el régimen fiscal especial.

El artículo 6 trata de cómo debe ser la distribución de resultados en las SOCIMI, una de las peculiaridades que más importancia tiene para los inversores que son beneficiarios por obligación legal de un pago indisponible de dividendos garantizados.

Este artículo, realiza una distinción en función de la procedencia de los beneficios que a continuación analizaremos. Establece que la SOCIMI debe distribuir en concreto:

- Si los beneficios proceden de dividendos o participaciones procedentes de entidades a las que se refiere el apartado 1 del artículo 2, es decir aquellas de naturaleza análoga en cuanto a su régimen jurídico y objeto social en las que puede invertir la SOCIMI. debe repartir el 100 por 100 de los beneficios.
- Si los beneficios proceden de la transmisión de inmuebles o acciones o participaciones una vez cumplido el plazo exigido en el artículo 3.3 de permanencia de tres años bajo arrendamiento, deben repartir al menos, el 50% de los beneficios. El resto de estos beneficios, debe reinvertirse de nuevo en inmuebles o en acciones o participaciones afectos al cumplimiento del objeto de la SOCIMI en un plazo de 3 años ya que, de no hacerlo, se deben distribuir en su totalidad. Lo mismo sucede cuando después de haber efectuado una reinversión, este elemento objeto de la reinversión se transmita sin mantener el plazo de permanencia de 3 años recogido en el artículo 3.3 de la ley: “aquellos beneficios deberán distribuirse en su totalidad conjuntamente con los beneficios, en su caso, que procedan del ejercicio en que se han transmitido”.
- La obligación de distribuir no es aplicable a los beneficios imputables a ejercicios previos a la entrada en el régimen especial. Esto, lo analizaremos con mayor detenimiento en el artículo 12 de la ley que establece una serie de pautas sobre el tratamiento que deben recibir distintas partidas previas al régimen fiscal especial.
- La ley en un momento inicial, obligaba a un pago del 90% de “los beneficios no procedentes de la transmisión de inmuebles o acciones a las que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de la ley”. La Ley 16/2012, sustituyó este precepto por una obligación genérica de un reparto de “*Al menos el 80 por ciento del resto de los beneficios obtenidos*”. Esto supone un hito tremendamente atractivo para los inversores que pueden sufrir en ocasiones decisiones por parte de las empresas que pueden reducir o incluso no repartir dividendo por diversos motivos mientras que la SOCIMI, garantiza un retorno anual.

Establece en su apartado segundo también la peculiaridad de que “Cuando la distribución del dividendo se realice con cargo a reservas procedentes de beneficios de un ejercicio en el que haya sido de aplicación el régimen fiscal especial, su distribución se adoptará obligatoriamente con el acuerdo a que se refiere el apartado anterior.”

- Por último, en el apartado tercero de este artículo, concluye estableciendo un límite para la reserva legal, que no podrá exceder del 20% de del capital social. Tampoco se podrá establecer por estatutos ninguna reserva indisponible.

Esto como podemos observar, supone de nuevo un hito por parte del legislador que trata de propulsar la acción de las SOCIMI sin que estas puedan ser demasiado conservadoras, en contraposición con lo establecido en la LSC que en su artículo 274, indica que hasta que esta no llegue al 20%, es obligatorio destinar “una cifra igual al diez por ciento del beneficio del ejercicio” a esta.

Es preciso aclarar, que el reparto de beneficios que hemos mencionado que debe realizar la SOCIMI, se calcula y se realiza a posteriori de que la sociedad haya cumplimentado primero sus obligaciones mercantiles.

Uno de los cambios más significativos que introdujo la disposición final octava en su apartado número seis de la Ley 16/2012 fue la derogación del artículo 7 de “*Financiación ajena*” donde se establecía una limitación concerniente a la financiación ajena estableciendo un límite de endeudamiento del vehículo que en ningún caso, podía superar el setenta por ciento del valor del activo de la entidad sin tener en cuenta para su cálculo la financiación obtenida de cara a lo establecido en “la normativa del régimen de protección pública de la vivienda”

Podemos observar de nuevo un intento del legislador de promover que haya un asentamiento más grande del vehículo en nuestro país eliminando esta restricción para que las SOCIMIS decidan cuál es su ratio de endeudamiento óptimo como pueden aprovechar su apalancamiento a la hora de lograr la gestión más eficaz de su negocio.

El artículo 8 introduce el régimen fiscal especial aplicable a las SOCIMI y establece lo siguiente:

- Que las SOCIMI que cumplan los requisitos de la ley pueden optar por el régimen especial contemplado en esta ley (así como sus socios). Pero, para poder optar por

dicha opción, esta debe ser aprobada en junta general de accionistas y remitida a la Delegación de la Agencia Tributaria del domicilio social. Si no se remite antes de los “tres últimos meses previos a la conclusión del período impositivo” no se podrá aplicar en dicho periodo.

Antes había un requisito extra para el año de creación de la SOCIMI que la ley 16/2012 erradicó y que establecía un requisito extra en el primer periodo impositivo de aplicación del régimen donde la obligación de negociación contemplada en el artículo 4, se exigía “desde la fecha de la opción por aplicar dicho régimen”.

- Que desde que se da esa comunicación, se aplica el régimen en el periodo que finalice posteriormente y hasta que se renuncie al régimen.
- Que la opción por aplicación de este régimen especial es incompatible con “*cualquiera de los regímenes especiales previstos en el Título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades*”, es decir, una vez la sociedad opta por acogerse a este régimen, no podrá optar por cualquier otra de las especialidades previstas en la LIS como las agrupaciones de interés económico, las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda o las sociedades y fondos de capital riesgo o las instituciones de inversión colectiva (en adelante, IIC) a las que las SOCIMIS remplazan en cierto modo con la excepción para un determinado momento de su gestión como es “fusiones, escisiones, aportaciones de activo, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea”.
- Las SOCIMI se registrarán por la LIS, la LIRPF y el texto refundido sobre la ley del impuesto de la renta de los no residentes que actúan como vemos de manera supletoria para todas aquellas materias de índole fiscal que afecten a las SOCIMIS y a las que no les sea de aplicación esta ley.

El artículo 9, recoge el régimen fiscal especial de la SOCIMI en el impuesto de sociedades.

Este artículo, establece que las SOCIMI, tributarán a un tipo de gravamen del cero por ciento, no pudiendo por el contrario aplicar las deducciones ni bonificaciones de los

capítulos II, III, y IV del título VI de dicha ley. No obstante, en caso de no cumplir los requisitos de permanencia, del artículo 3 las rentas generadas, tributarían por el tipo normal contemplado en el impuesto.

Se incluye la particularidad del reparto de dividendos a socios que tengan una participación de al menos un diez por ciento, equiparándose a la cuota del impuesto de sociedades y estableciendo un tipo especial del 19%.

A continuación, analizaremos el artículo 10 *“Del régimen fiscal especial de los socios”* que ha sufrido diversas alteraciones fruto de las políticas fiscales que se han ido sucediendo en nuestro país. Este artículo, establece el tratamiento fiscal aplicable a los dividendos distribuidos con cargos a beneficios o reservas de ejercicios en los que haya sido de aplicación el régimen fiscal especial y establece tres supuestos sobre el tratamiento que estos recibirán en función de quien sea el perceptor:

- Si el perceptor es un contribuyente del Impuesto sobre Sociedades o del impuesto sobre la Renta de no Residentes inicialmente debían integrar en la base imponible correspondiente al dividendo distribuido al tipo de gravamen del 18 % calculado como el resultado de multiplicar por 100/82 el ingreso contabilizado correspondiente a los dividendos percibidos. No obstante, este tipo se modificó con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2010 por la disposición final 15.2 y 3 de la ley 26/2009 de 23 de diciembre estableciéndose un tipo de gravamen del 19% cuyo resultado se calcula multiplicando por 100/81 el ingreso contabilizado correspondiente a los dividendos percibidos.

Además, se establecía que sobre dicha renta no era de aplicación la deducción del artículo 30 del texto refundido de la LIS y que se podría deducir, sin embargo, de la cuota íntegra el 18 por ciento, o el tipo de gravamen del sujeto pasivo de ser inferior, de la renta integrada en la base imponible (del 19% a partir de la modificación introducida por la ley 26/2009) Se establecía también la imposibilidad de ejercer la deducción cuando se diese alguno de los supuestos contemplados en el artículo 30.4 de la LIS salvo la letra e donde la deducción seguiría siendo del 18 (o 19% en su momento) por ciento percibido.

Por último a los dividendos procedentes de rentas sujetas al tipo general se les aplicaba el régimen general de dicho Impuesto.

Sin embargo, este artículo, sufre una última modificación que le otorga su redacción actual por la disposición final 7.2 de la ley 27/2014 de 27 de noviembre que establece que para estos perceptores (contribuyente del Impuesto sobre Sociedades o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes con establecimiento permanente) no será de aplicación la exención establecida en el artículo 21 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. Es decir, no gozarán de una exención sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de fondos propios.

El apartado b trata el caso en que los perceptores sean contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La redacción original contemplaba que “el dividendo percibido se considera renta exenta de dicho impuesto. “No obstante, tras la modificación de la letra b por la disposición final 7.2 e la ley 27/2014 de 27 de noviembre que dice que se aplicará lo dispuesto en el artículo 25.1.a) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. Es decir, para los inversores individuales que inviertan directamente como persona física en el vehículo, ya no habrá una exención y ahora su tributación será equiparable al rendimiento de capital mobiliario generado por la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad.

Esto pone de manifiesto, una clara tendencia del legislador de dotar al vehículo de una fiscalidad más positiva o poro de reducir las ventajas que aplicaban a los inversores, seguramente por una cuestión de rodaje del vehículo que al tener ya una mayor afluencia e implantación en nuestro país se equipara al resto de sociedades. Es una manera, de no castigar al resto de sociedades ya que, de lo contrario, no se le da una ventaja exclusiva a las SOCIMI, como ya se hace, para reactivar el sector, sino que directamente por el ahorro fiscal que hay implícito, se penalizan un tipo de inversiones frente a otras de una manera completamente arbitraria.

Por último, la letra C hacía mención al régimen aplicable a perceptores que sean contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes sin establecimiento

permanente. La redacción original establecía que el dividendo percibido se consideraba renta exenta de dicho impuesto, excepto que el residente lo fuese en un país o territorio con el que no exista efectivo intercambio de información tributaria, en los términos establecidos en la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

No obstante, La letra C del apartado primero de este artículo, se modifica por la disposición final 7.2 de la ley 27/2014 de 27 de noviembre que establece que se aplicará lo dispuesto en el artículo 24.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo. Además, dispone que el porcentaje multiplicador de las reducciones, no será de aplicación.

El segundo apartado del artículo hace referencia al tratamiento que se le otorga a “Las rentas obtenidas en la transmisión de la participación en el capital de las sociedades que hayan optado por la aplicación de este régimen” Y de nuevo distingue entre sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades o un contribuyente del Impuesto sobre la Renta de no Residentes con establecimiento permanente, contribuyente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o contribuyente del Impuesto sobre la Renta de no Residentes sin establecimiento permanente

Respecto del caso en el que el transmitente sea un sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades o un contribuyente del Impuesto sobre la Renta de no Residentes con establecimiento permanente ha habido diversos cambios. El texto inicial preveía que fuese de aplicación la deducción en cuota prevista en el artículo 30.5 de la LIS aunque solo sobre “la parte de plusvalía que se corresponda, en su caso, con los beneficios no distribuidos generados por la sociedad durante todo el tiempo de tenencia de la participación transmitida procedentes de rentas sujetas al tipo general de gravamen.”

Esta parte de las plusvalías estaría sujeta a un tipo de gravamen del 18% (19% tras la modificación introducida por la disposición final 15.2 y 3 de la ley 26/2009) pudiéndose deducir de la cuota íntegra el 18 (o 19) por ciento, o el tipo de gravamen del sujeto pasivo de ser inferior, del importe que resulte de dicha integración. No obstante, la disposición final 7.2 de la ley 27/2014 modifico de nuevo el artículo y ahora prevalece en este caso

la no aplicación de la exención establecida en el artículo 21 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Por otro lado, en el segundo supuesto es decir que el transmitente sea un contribuyente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas” la ganancia o pérdida patrimonial se determinará de acuerdo con lo previsto en el artículo 37.1 a) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio” Es decir estamos ante un rendimiento por ganancia patrimonial que deberá calcularse acorde a lo dispuesto en las reglas del IRPF.

Cuando el transmitente sea contribuyente del Impuesto sobre la Renta de no Residentes sin establecimiento permanente, aplicará de nuevo dicha ley, con la especialidad de que en el caso de que su participación en el capital social sea superior al 5%, no podrá aplicar la exención estipulada en el artículo 14 letra “i” de dicha ley.

El artículo fue objeto de modificación también por la ley 16/2012 que incluyó un tercer apartado en su disposición final octava apartado 9 con efecto para los periodos impositivos iniciados a partir de 2013.

Este incluye una obligación para los socios cuya participación sea de al menos un 5% de y cuyos dividendos tributen a un tipo de al menos del 10% de notificar a la entidad esta situación, requisito que de no producirse implicará que se “se entenderá que los dividendos o participaciones en beneficios están exentos o tributan a un tipo de gravamen inferior al 10 por ciento.”

El artículo 11 establece una serie de obligaciones reforzadas de información que deben cumplir las SOCIMI. La falta de observancia de estos deberes, supone una sanción tributaria grave y puede acarrear incluso, la pérdida del régimen fiscal especial.

En primer lugar, establece la obligación de crear un apartado especial denominado “*Exigencias informativas derivadas de la condición de SOCIMI, Ley 11/2009*”, que deben incluir en la memoria de sus cuentas anuales.

En este apartado deben incluir la siguiente información:

- Reservas que procedan de ejercicios anteriores a la aplicación del régimen especial
- Una diferenciación entre las reservas que proceden de rentas sujetas al tipo del 19% o del 0% respecto de aquellas que “*hayan tributado al tipo general de gravamen*”
- Dividendos distribuidos diferenciando de nuevo entre los tres tipos de gravamen aplicables
- Fechas de acuerdos de distribución de dividendos, así como de adquisición de inmuebles y acciones o participaciones.
- *Identificación del activo que computa dentro del 80 por ciento requerido por el apartado 1 del artículo 3.*
- También tendrán la obligación de aportar previo requerimiento de la administración tributaria, “*la información detallada sobre los cálculos efectuados para determinar el resultado de la distribución de los gastos entre las distintas fuentes de renta.*” La falta de cumplimiento de este deber se sanciona como una infracción tributaria grave y con una sanción pecuniaria de 30.000 €
- También se incluía la obligación de comunicación a los socios del régimen fiscal especial pero este requisito lo elimino la ley 16/2012

Posteriormente, establece que la falta de cumplimiento del deber información constituirá una infracción tributaria grave y que se sancionará en función de la falta con 1.500 por dato omitido o 15.000 o 30.000 por cada conjunto de datos (siendo más grave la falta de información con respecto al activo o las fechas de adquisición de los inmuebles)

El artículo 12, recoge, como se debe proceder a la hora de entrar o salir en el régimen fiscal con respecto a las partidas previas que quedasen pendientes y que trato debe dársele a estas.

A las sociedades que opten por la aplicación de este régimen fiscal especial, que estuviesen tributando por otro régimen distinto, les serán de aplicación las siguientes reglas:

En el momento de entrada de una sociedad, las deducciones que estuviesen pendientes de aplicar según lo dispuesto en el TRLIS.

Respecto de las bases imponibles negativas pendientes de compensación, se compensarán con las positivas de los ejercicios posteriores, pero de nuevo siguiendo lo que dice la TRLIS en su artículo 25.

La renta derivada de la transmisión de inmuebles poseídos con anterioridad se entenderá generada de forma lineal y la parte que sea imputable a la entrada en el régimen, se gravará aplicando las normas tributarias previas a la entrada. Esto ocurre del mismo modo en el caso de que el objeto de transmisión sean acciones u otros elementos del activo.

A esto se unió un nuevo inciso introducido por la ley 16/2012 que hace mención a los incentivos fiscales cuya reversión este pendiente cuya integración se realizará, de nuevo, acorde con lo establecido en la LIS.

Por otro lado, a las sociedades que aplicasen el régimen especial y pasen a tributar por otro régimen les aplica el mismo escenario con la transmisión de inmuebles y acciones, cuyas rentas se entenderán generadas de manera lineal y por consiguiente la parte imputable al periodo donde la SOCIMI se acogió al régimen especial seguirá lo dispuesto en esta ley. Lo mismo, es aplicable en el caso de rentas procedentes de la transmisión de acciones o participaciones en entidades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de esta ley. El resto de implicaciones que recogía la ley, fueron suprimidas por la ley 16/2012 en su disposición final número 11.

El artículo 13, regula los supuestos de pérdida del régimen fiscal especial, haciendo que la SOCIMI pase a tributar por el régimen general de la LIS en el propio periodo en que se aprecie alguna de las siguientes circunstancias:

- Exclusión de negociación en mercados regulados o en un sistema multilateral de negociación. Se añade de nuevo o esta posibilidad a la que se hace remisión tras haber previamente introducido la posibilidad de cotización en un sistema multilateral de negociación en el artículo 4.
- La falta de cumplimiento de las obligaciones del artículo 11. Este, debe ser sustancial y cabe la posibilidad de que se subsane en la memoria del ejercicio inmediato siguiente.
- La falta de acuerdo de distribución de beneficios.
- La renuncia al régimen.
- El incumplimiento de cualquier requisito para optar por el régimen salvo que se subsane en el ejercicio inmediato siguiente, con la excepción del incumplimiento del requisito contemplado en el artículo 3.3 del periodo de permanencia de arrendamiento de los inmuebles de tres años.

La pérdida del régimen, conlleva la imposibilidad de optar por la aplicación de este por un periodo de 3 años. Este plazo, se debilitó tras modificarlo la ley 16/2012 ya que la redacción original establecía un periodo de cinco años.

2.2 Comparación de la SOCIMI con otras figuras jurídicas

2.2.1 El REIT, diferencia entre la (falta de personalidad) del trust y la personalidad de las SOCIMIS

La SOCIMI se asemeja en el propósito y en la estructura a la figura del REIT, no obstante, difieren en el régimen fiscal aplicable. La sustancia principal del REIT es que se desvía la tributación al momento en que los inversores perciben la distribución de beneficios mientras que en la ley 11/2009 se estipuló una tributación en un momento inicial del 19 por 100. No obstante, esto se modificó en las SOCIMI equiparándolo a los REITS ya que la tributación actual es del 0%⁴.

Los REIT surgen para dar ese acceso a inversores privados e institucionales a un mercado específico de inversiones inmobiliarias. El precursor fue EEUU que introdujo la figura

⁴ “SOCIMI: ¿El REIT de nueva generación? Un estudio comparado”, cit., p. 260.

en 1961. Holanda y Australia fueron también pioneros y le siguieron en los años 1969 y 1971, respectivamente.

En Europa, por el contrario, han tenido una instauración relativamente reciente si nos fijamos en los principales países de nuestro entorno. En Francia se instaura en 2003 con las francesas (*Sociétés d'Investissements Immobiliers Cotées*), en Alemania, Italia y Reino Unido en 2007.

Los *REITS*, tienen un funcionamiento similar al de las *SOCIMI* y un régimen jurídico similar. Sus rentas deben provenir de arrendamientos en un 75%, y un 90 por ciento de sus beneficios deben de distribuirse como dividendos, asimismo, como norma genérica tienen una limitación de apalancamiento (empíricamente por debajo del 50% en la última década). Además, generalmente, suelen requerir un accionariado mínimo de 100 accionistas. Cosa que en las *SOCIMI* no ocurre, aunque sí en otras figuras jurídicas españolas como las *SICAV*. (Hurtado, 2009)⁵.

Los *REITS*, tienen una gran presencia internacional. Por citar unos datos significativos, en la Bolsa de Valores de Nueva York, cotizan unos 123 *REITS* con un valor de cotización superior a los 200 mil millones de dólares. (Hurtado, 2009).

De hecho, a día de hoy la principal diferencia radica en la inexistencia de personalidad jurídica que tienen los *Trust* que se manifiesta en que precisamente en estos hay una no tributación de las rentas que sin embargo se da en sus beneficiarios efectivos⁶.

La no tributación del *REIT* pretende evitar la doble imposición en aras a facilitar el acceso a la eficiente gestión de una cartera sin que la interposición del vehículo societario suponga un impedimento al darse la tributación primero en la sociedad y posteriormente en el reparto de dividendos.

⁵ Hurtado, R., "SOCIMI: las REITS españolas", *Revista mensual de bolsa y mercados españoles*, n. 182, 2009, pp. 52-57. Hay que elegir qué forma de citación se va a utilizar, pero no utilizar las dos a la vez.

⁶ "SOCIMI: ¿El REIT de nueva generación? Un estudio comparado", cit., p. 255.

Por tanto, el incentivo fiscal no busca favorecer al sector inmobiliario sino equiparar al inversor que realiza la explotación de manera directa del que invierte en el inmueble a través de un vehículo regulado.

De esta manera, se consigue un acceso a mercados organizados donde se negocian los títulos del vehículo, en donde se gravan los dividendos, pero en sede del inversor, eliminando el nivel de tributación correspondiente al vehículo⁷.

Analizando la amalgama de variantes de *REITS*, que están impulsando la inversión inmobiliaria en diversos países, surge la controvertida cuestión de que la Comisión europea, configure a través de una directiva unos mínimos (como por ejemplo el requisito de transparencia fiscal) y defina una estructura societaria que proporcione un modelo de *REIT* que sirva para adaptar las legislaciones nacionales a la materia y generen por consiguiente una armonización en torno a esta figura y un régimen más homogéneo (Casas, 2010).⁸

2.2.2 Las IIC

Las SOCIMI, han supuesto la aparición de una figura que reemplaza a la denostada Institución de Inversión Colectiva Inmobiliaria. De hecho, la disposición adicional primera de la ley 11/2009, facilita la transformación entre ambas figuras, mediante el cumplimiento de la normativa prevista en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en la actualidad sociedades de capital) y en el apartado 3 del artículo 25 de la Ley 35/2003⁹, que recoge las operaciones de transformación de estas instituciones a una serie de requisitos tales como:

- a) Autorización administrativa previa de la CNMV

⁷ “SOCIMI: ¿El REIT de nueva generación? Un estudio comparado”, cit., p. 262.

⁸ Casas, D., “Régimen tributario de las sociedades de inversión inmobiliaria cotizadas en el ordenamiento italiano”, *Revista española de Derecho Financiero*, n. 146, 2010 parte Estudios.

⁹ Ley 35/2003 de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE, núm. 265, 5 de noviembre de 2003)

b) Acreditación, en el momento de la transformación, de que se reúnen las condiciones específicas fijadas para la clase de IIC resultante, salvo las condiciones para las que esta ley y su normativa de desarrollo establezcan un plazo a contar desde la inscripción en el correspondiente registro administrativo.

c) Reforma de los estatutos sociales, dejando constancia de la operación.

d) Comunicación a los partícipes del acuerdo de transformación (para defender el derecho de separación que pueda subyacer)

e) Presentación en la CNMV del informe de auditoría de los estados financieros que hayan servido para acordar la transformación.

En España existían previamente las IIC, Las Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliaria que se traducían en los denominados Fondos de Inversión Inmobiliaria y Sociedades de Inversión Inmobiliaria, estos que se debían dedicar al mercado residencial. Las IIC gozaban también de un régimen fiscal especial donde su tributación era del 1 por 100 en el impuesto de sociedades. No obstante, estos divergían de las SOCIMI en que no tenían la obligación de proceder a un reparto de dividendos que es una de las principales características aplicables a los REITS,

A pesar del atractivo que tenía el vehículo, las IIC nunca tuvieron gran calado en el mercado español. La razón principal se basa en que a pesar de su atractivo fiscal estaban condicionados por la tipología de activos a las que podían dedicar su objeto social (residencial).

Este escollo, sin embargo, es removido dentro del campo de actuación de los REIT y de las SOCIMI. De hecho, la exigencia de que al menos un 50 por 100 de la inversión se materialice en el sector residencial desapareció precisamente con la ley 11/2009 reguladora de las SOCIMI.

3. ESTUDIO DE NUESTRA PROPUESTA

3.1 Introducción

Tras haber analizado el régimen jurídico especial que aplica a las SOCIMI y haber obtenido una perspectiva más certera de su forma de actuar, nos centraremos en este apartado en indagar en la posibilidad de que el Estado venda sus activos tratando de ver si es posible llevar a cabo nuestra propuesta de basar el cauce de inversión de nuestra SOCIMI en operaciones de *Sale and lease-back* con activos pertenecientes al Estado.

La posibilidad de la venta de sus propiedades por parte del Estado está contemplada en nuestro ordenamiento en la Ley 33/2003¹⁰ donde se regula el Régimen Jurídico del Patrimonio de las Administraciones Públicas y que será nuestro objeto de análisis en el próximo apartado (en adelante “LPAP”).

3.2 Análisis de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas

3.2.1 Tipos de bienes del patrimonio del Estado

Comenzamos el análisis de la ley LPAP centrándonos en su exposición de motivos, que señala que, desarrollando el artículo 132 de la Constitución¹¹ que establece que el régimen jurídico de los bienes de dominio público se establecerá por una disposición legislativa: *“pretende sentar las bases normativas para la formulación de una política global relativa a la gestión de los bienes públicos estatales”*.

En dicha exposición de motivos, se reafirma a su vez, la rigidez que tenía el texto articulado de la ley de bases del Patrimonio del Estado RD 1022/1964 que tenía una *“concepción eminentemente estática de la gestión patrimonial”* precisando que esta *“ha sido superada por el principio de movilización eficiente de los activos”*.

¹⁰ Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE, núm. 264, 4 de noviembre de 2003).

¹¹ Constitución española de 1978. Título VII. Economía y Hacienda. (BOE 29 de diciembre de 1978).

Observamos finalmente que el propio legislador es consciente de la realidad dinámica en la que vivimos, y que, por consiguiente, hay que dotar de una mayor flexibilidad y dinamismo a la gestión del Patrimonio de la Administración Pública, en aras de salvaguardar una eficiencia por parte de esta en el desempeño de sus funciones.

En esta ley, se define el concepto de lo que es el Patrimonio de las Administraciones públicas a través de una delimitación positiva que se define en el artículo 1 de la LPAP como: *“Conjunto de bienes o derechos cualquiera que sea su naturaleza o título de adquisición”*. A su vez realiza una delimitación negativa excluyendo del concepto de Patrimonio de la Administración Pública, los recursos financieros que esta posea.

Una vez delimitado el concepto, será preciso recalcar el artículo 4 de la LPAP donde, se elabora una clasificación del patrimonio de las Administraciones públicas en bienes demaniales, o de dominio público, y de dominio privativo o patrimoniales. Esta distinción entraña una aplicación diferente de distintos regímenes jurídicos en función del tipo de bien al que nos refiramos y por tanto tendrá una vital importancia de cara al establecimiento de nuestra SOCIMI.

Los bienes demaniales son tal y como se recoge en el artículo 5 de la LPAP: *“Aquellos cuya titularidad es pública y se encuentran afectos al uso general o servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales”*.

Establece asimismo el artículo 5 en su apartado tercero, apartado de gran importancia para nuestro trabajo, que serán bienes de derecho público aquellos inmuebles de titularidad de la Administración General del Estado u organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la mismas aquellos *“En que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos constitucionales del estado.”*

Como hemos expuesto previamente, además de las diferencias inherentes a sus características, tendrá una grandísima relevancia ante qué tipo de bien nos encontremos ya que, en los bienes y derechos de dominio público, rigen sus leyes especiales y las normas de derecho administrativo, y en su defecto y con carácter supletorio las normas de derecho privado. Además, una de las notas características inherentes a este tipo de bienes es su inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad (art 6 de la LPAP)

con lo que parece complicado que podamos operar con estos bienes en nuestra idea de negocio.

Por el contrario, los bienes y derechos patrimoniales, son aquellos que siendo de titularidad pública no son demaniales, es decir no están afectos a un uso común, como por ejemplo los valores y títulos representativos que tenga la administración en el capital social de sociedades mercantiles. El derecho aplicable a este tipo de bienes será para la adquisición, defensa, enajenación y administración la LPAP y, supletoriamente en materia de competencia, el Derecho Administrativo. En el resto de materias que afecten a este tipo de bienes, regirá en su caso el derecho privado (art 7 de la LPAP).

De este tipo de bienes se predicen una serie de principios de su régimen jurídico que cabe resaltar ya que refuerzan la implantación de nuestra idea y que deben regir en la gestión de estos, como son la eficacia y economía en su gestión, así como la rentabilidad en su explotación (artículo 8 de la LPAP).

Corresponde estudiar desde la perspectiva financiera que implicación tiene para el Estado, la venta y posterior reubicación como inquilino en un lease-back ya que es una cuestión que debe ser impulsada desde el seno político ya que corresponde al Consejo de Ministros, tal y como recoge la LPAP en su artículo 10 *“Definir la política aplicable a los bienes y derechos del Patrimonio del Estado”*.

Con mayor concreción el órgano encargado de elaborar las líneas de actuación en materia inmobiliaria, gestionando su impacto financiero y presupuestario es la Comisión de Coordinación Financiera de Actuaciones Inmobiliarias y Patrimoniales tal y como recoge el apartado segundo del artículo 10 de la LPAP. En este adalid, colabora conjuntamente con el ministro de Hacienda, que a cuyo cargo quedará el deber de verificar el gasto y la utilización asociada a los recursos inmobiliarios del Patrimonio del Estado, así como la Dirección General del Patrimonio, que tendrá encomendada la coordinación ejecutiva en operaciones inmobiliarias si así se lo encomiendan los otros dos órganos tal y como queda recogido en el apartado sexto del artículo 10 de la LPAP.

El siguiente artículo que presenta interés para nuestro estudio dentro de la LPAP es el 30 de *“Régimen de disponibilidad de los bienes y derechos”* donde se establece de nuevo

que los bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles, y por tanto no pueden ser objeto del tráfico jurídico. Sin embargo, establece que los bienes patrimoniales sí que pueden ser enajenados cumpliendo los requisitos previstos en esta ley para ese procedimiento.

Llegados a este punto, en el que vemos que la ley establece una distinción entre dos tipos básicos de bienes dentro del conglomerado que forma el Patrimonio de las Administraciones Públicas, será preciso establecer un triple análisis:

- En primer lugar, ver qué posibilidad tienen los bienes de dominio público de pasar a ser bienes patrimoniales de forma y manera que posteriormente puedan ser objeto de negocio jurídico.
- En segundo lugar, ver cuál es el procedimiento y los requisitos que se deben dar para que la enajenación de los bienes patrimoniales.
- Por último, ver qué papel juega el posterior *lease-back* en esta operación.

Para analizar el régimen jurídico de los bienes y derechos de dominio público, nos fijamos en el título tercero de la LPAP “*De los bienes y derechos públicos*”. Dentro de este título, se hace mención al procedimiento de afectación de los bienes que tal y como define el artículo 65 de la ley, determina la vinculación de los bienes y derechos a un uso general, pudiendo esta establecerse de diversas formas. Por tanto, la afectación de un bien implicará su calificación como demanial y por tanto impedirá que pueda ser objeto de transacción para nuestra propuesta. La vía por tanto en la que se puede proceder a la afectación de un bien es otrora disyuntiva, careciendo de especial interés para nuestro tema. Lo que será interesante es analizar la operación inversa, es decir la desafectación de los bienes de dominio público que, si dejan de usarse para este fin, perderán tal condición y pasarán a ser patrimoniales.

Cabe una tercera posibilidad prevista en el artículo 71 de la LPAP, la mutación demanial (desafectación y afectación posterior inmediata) pero de nuevo, no parece guardar mucha relación con nuestra propuesta.

El procedimiento para la desafectación, que es el que atañe a nuestro estudio, viene recogido en el artículo 70 de la LPAP. Este artículo reza:

Los bienes y derechos afectados a fines o servicios de los departamentos ministeriales serán desafectados por el Ministro de Hacienda.

La incoación e instrucción del procedimiento compete a la Dirección General del Patrimonio del Estado, a iniciativa propia o a propuesta del departamento que tuviera afectados los bienes o derechos o al que correspondiese su gestión y administración, previa depuración de su situación física y jurídica.

La desafectación de los bienes y derechos integrados en el patrimonio de la Administración General del Estado requerirá, para su efectividad, de su recepción formal por el Ministerio de Hacienda, bien mediante acta de entrega suscrita por un representante designado por el departamento al que hubiesen estado afectados los bienes o derechos y otro designado por la Dirección General del Patrimonio del Estado, o bien mediante acta de toma de posesión levantada por la Dirección General del Patrimonio del Estado.

Los bienes y derechos demaniales de titularidad de los organismos públicos que éstos tengan afectados para el cumplimiento de sus fines serán desafectados por el Ministro titular del departamento del que dependan, a propuesta de su Presidente o Director.

La desafectación de los bienes muebles adquiridos por los departamentos ministeriales, o que tuvieran afectados, será competencia del titular del departamento.

Por tanto, en lo referente a la desafectación, es preciso fijarnos en la actividad a la que se dedica el inmueble en cuestión. Los edificios que se dediquen a oficinas o a servicios auxiliares no parecen presentar un uso distinto al que se podría destinar por parte de un particular, por ende si no resulta necesario para el desarrollo de la actividad de la administración que estos tengan un efectivo carácter demanial, no parece que haya inconveniente en proceder a su desafectación con independencia de que continúen desarrollándose en ellos las mismas funciones, garantizándose su ocupación mediante un derecho de arrendamiento sujeto a Derecho privado. No obstante, habrá que hacer un estudio pormenorizado de cada uso en concreto de cada inmueble.¹²

Otro problema que conlleva la desafectación es que salvo que esta se lleve a cabo por disposición legal, la desafectación de un bien demanial puede implicar su posterior reversión, es decir que los bienes se reviertan en favor de sus antiguos propietarios que

¹² Arrieta, F., “La desafectación y venta de edificios administrativos y su ocupación en arrendamiento por el Estado”, *Diario La Ley*, núm. 7622, 2011, pp. 2-6.

previamente hayan sido expropiados.¹³ Esta situación puede ser excluida a través de una cláusula expresa por ley, en cuyo caso, se resuelve el problema. Por citar un ejemplo el patrimonio aeroportuario fue desafectado pero se incluyó en el Real Decreto 13/2010 una cláusula que excluía la reversión a favor de sus antiguos propietarios.¹⁴

Por otro lado, nos centramos en el procedimiento por el que tendría lugar la enajenación de los bienes patrimoniales. Para ello, nos fijamos en el título 5 de la LPAP y en concreto en el artículo 110, que dice que los contratos y demás negocios jurídicos se regirán en lo no previsto por esta ley por la legislación de contratos de las administraciones públicas. Rige el principio de libertad de pactos tal y como recoge el artículo 111 de esta ley.

3.2.2 Enajenación de los bienes patrimoniales

En este apartado, nos centraremos en analizar qué implicaciones tiene la enajenación de los bienes patrimoniales. En primer lugar, nos fijamos en el capítulo 5 en su sección 1º donde se recogen las normas generales.

Es de gran importancia el artículo 131 de la LPAP, donde se hace alusión a cuáles son los bienes y derechos enajenables, estableciendo como tales “*los que no sean necesarios para el ejercicio de las competencias y funciones propias de la Administración General del estado o de sus organismos públicos*”.

Sin embargo, conviene estudiar con mayor detenimiento el apartado segundo de dicho artículo donde se hace referencia a una plausible enajenación de bienes del Patrimonio del Estado, pero sujetos a una reserva del uso temporal por parte de este cuando dicho uso, se halle debidamente justificado. Y dice más “*esta utilización temporal podrá instrumentarse a través de la celebración de contratos de arrendamiento...simultáneos*

¹³ Pérez Rivares, J., “El Sale and Lease Back de edificios públicos: algunas claves jurídicas”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n. 1, 2011, pp. 17-27

¹⁴ Artículo 9.1 Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo (BOE 3 de diciembre de 2010): “Todos los bienes de dominio público estatal adscritos a la entidad pública empresarial AENA, que no estén afectos a servicios de navegación aérea, incluidos los destinados a servicios de tránsito aéreo de aeródromo, dejarán de tener naturaleza de bienes de dominio público, sin que por ello se entienda alterado el fin expropiatorio, por lo que no procederá su reversión”.

al negocio de enajenación y sometidos a las mismas normas de competencia y procedimientos de este”

Parándonos a analizar el artículo, observamos que puede haber cabida dentro de esta ley a establecer unos procesos de venta con el estado en donde al unísono se proceda a realizar una operación de arrendamiento con éste. Vemos que la ley contempla, aunque no le dé la exacta denominación, la operación del *Sale and lease-back* para su cartera de activos inmobiliarios, idea sobre la que gravita nuestro estudio.

Es decir, cabría una opción de establecer una enajenación con una reserva de uso cuya duración establecida fuese del mismo tiempo que el plazo estipulado en el que la administración deba permanecer con una cláusula de obligado cumplimiento como inquilino durante un periodo de tiempo. Esta idea, y las implicaciones jurídicas que entraña, las estudiaremos con mayor detenimiento en un posterior apartado.

Siguiendo con la primera parte del proceso de la operación, es decir, con la enajenación, es conveniente resaltar el artículo 132 “Negocios jurídicos de enajenación” que reza:

“La enajenación de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado podrá efectuarse en virtud de cualquier negocio jurídico traslativo, típico o atípico, de carácter oneroso...”

“La aportación de bienes o derechos de la Administración General del Estado a sociedades mercantiles, entes públicos o fundaciones públicas estatales se acordará por el ministro de Hacienda, a propuesta de la Dirección General del Patrimonio del Estado previa tasación aprobada del bien o derecho informe de La abogacía del Estado, y sin perjuicio de lo establecido en la legislación mercantil y en el título VII de esta ley.”

El segundo apartado del artículo resultaría interesante de cara a una aportación directa de inmuebles a la sociedad por parte de la Administración de forma y manera que pueda tener un porcentaje del accionariado de cara a controlar el funcionamiento de la empresa. Estaríamos aquí ante un supuesto de permuta, escenario contemplado en los artículos 153 y 154 de la LPAP.

A continuación, analizamos la sección segunda donde hace explícita referencia a la enajenación de inmuebles. En este aspecto, compete la enajenación de inmuebles de la AGE al Ministro de Hacienda. Sin embargo, la incoación y tramitación del expediente compete a la DGPE. Tal y como dispone el artículo 135.1 de la LPAP. Los que sean propiedad de organismos públicos serán de la competencia de sus presidentes o directores tal y como se recoge en el artículo 135.2 de la LPAP

Cabe resaltar que cuando el valor del bien enajenado exceda de 20 millones de euros la enajenación deberá ser aprobada por el consejo de ministros a propuesta del ministerio de Hacienda. (art 135.3 LPAP)

Es preciso analizar el artículo 137 donde se recogen las distintas formas de enajenación a las que puede acudir la administración, que dice así: *La enajenación de los inmuebles podrá realizarse mediante subasta, concurso o adjudicación directa.*

La cuestión que debemos analizar es ver si efectivamente, podemos optar en el modelo que proponemos de que un sujeto privado como sería nuestra SOCIMI adquiera inmuebles del Estado, a las tres vías contempladas en el artículo 137. Para ello, debemos observar si cumplimos los diferentes requisitos que son exigibles para cada vía:

- Podremos optar por la vía ordinaria a través de concurso, licitando en función del activo y de los pliegos que se establezcan para la operación en virtud de lo dispuesto en el artículo 137.2 de la LPAP.
- Podremos optara por la vía de la subasta, modalidad que solo aplica en determinados supuestos tasados por ley.
- Respecto de la adjudicación directa, que es la tercera modalidad de enajenación prevista en la LPAP, esta, se puede acordar en una serie de supuestos que recoge el artículo 137.4. No obstante, salvo la letra D, no cumplimos los requisitos exigidos por la ley. Por citar algunos:
- Ser Administración pública, entidad sin ánimo de lucro, ostentar un derecho de adquisición preferente etc.

Mención aparte merece la letra d) del artículo que dice así:

Cuando fuera declarada desierta la subasta o concurso promovidos para la enajenación o éstos resultasen fallidos como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones por parte del adjudicatario, siempre que no hubiese transcurrido más de un año desde la celebración de los mismos. En este caso, las condiciones de la enajenación no podrán ser inferiores de las anunciadas previamente o de aquellas en que se hubiese producido la adjudicación.

El supuesto de la letra d), sí que nos permitiría acudir a la adjudicación directa de activos del Estado, aunque aparece como una vía de aplicación residual en caso de que el concurso o la subasta queden desiertos. Por tanto, es una modalidad a tener en cuenta, pero su aplicación será infrecuente.

Una vez determinadas las modalidades en las que se puede dar la enajenación de activos inmobiliarios por parte del Estado, hay que estudiar cual será el procedimiento que determina las pautas a seguir. El procedimiento de enajenación de activos del Estado, se recoge en el artículo 138 de la LPAP que recoge las siguientes disposiciones:

El expediente de enajenación de bienes inmuebles y derechos sobre los mismos pertenecientes al patrimonio de la Administración General del Estado será instruido por la Dirección General del Patrimonio del Estado que lo iniciará de oficio, por iniciativa propia o a solicitud de parte interesada en la adquisición, siempre que considere, justificándolo debidamente en el expediente, que el bien o derecho no es necesario para el uso general o el servicio público ni resulta conveniente su explotación. El acuerdo de incoación del procedimiento llevará implícita la declaración de alienabilidad de los bienes a que se refiera.

Podrá acordarse la enajenación de los inmuebles por lotes y, en los supuestos de enajenación directa, admitirse la entrega de otros inmuebles o derechos sobre los mismos en pago de parte del precio de venta, valorados de conformidad con el artículo 114 de esta ley.

El tipo de la subasta o el precio de la enajenación directa se fijarán por el órgano competente para la enajenación de acuerdo con la tasación aprobada. De igual forma, los pliegos que han de regir el concurso determinarán los criterios que hayan de tenerse en cuenta en la adjudicación, atendiendo a las directrices que resulten de las políticas públicas de cuya aplicación se trate. En todo caso, los pliegos harán referencia a la situación física, jurídica y registral de la finca.

La convocatoria del procedimiento de enajenación se publicará gratuitamente en el «Boletín Oficial del Estado» y en el de la provincia en que radique el bien y se remitirá al ayuntamiento del correspondiente término municipal para su exhibición en el tablón de anuncios, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar, además, otros medios de publicidad, atendida la naturaleza y características del bien.

La Dirección General del Patrimonio del Estado podrá establecer otros mecanismos complementarios tendentes a difundir información sobre los bienes inmuebles en proceso de venta, incluida la creación, con sujeción a las previsiones de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, de ficheros con los datos de las personas que voluntaria y expresamente soliciten les sea remitida información sobre dichos bienes.

La suspensión del procedimiento, una vez efectuado el anuncio, sólo podrá efectuarse por Orden del Ministro de Hacienda, cuando se trate de bienes de la Administración General del Estado, o por acuerdo de los presidentes o directores de los organismos públicos, cuando se trate de bienes propios de éstos, con fundamento en documentos fehacientes o hechos acreditados que prueben la improcedencia de la venta.

El Ministro de Hacienda, a propuesta de la Dirección General del Patrimonio del Estado, o los presidentes o directores de los organismos públicos acordarán, previo informe de la Abogacía del Estado o del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de las entidades públicas, la enajenación o su improcedencia, si considerasen perjudicial para el interés público la adjudicación en las condiciones propuestas o si, por razones sobrevenidas, considerasen necesario el bien para el cumplimiento de fines públicos, sin que la instrucción del expediente, la celebración de la subasta o la valoración de las proposiciones presentadas generen derecho alguno para quienes optaron a su compra.

A grandes rasgos, el procedimiento variará según la modalidad de enajenación por la que se proceda a la venta de los activos. Vemos que es un procedimiento reglado y complejo, que parte de la Dirección General del Patrimonio del Estado y requiere la elaboración de un expediente sobre la venta, así como la publicación oficial de la convocatoria en el BOE. También se precisa la intervención de la Abogacía del Estado que debe asesorar indicando si la enajenación es idónea o no para la Administración que podrá en caso de que se encuentre improcedente la venta por resultar perjudicial para la Administración, suspender el proceso sin que las ofertas previas generen derecho alguno para los compradores.

Por último, para concluir el estudio del régimen que atañe a la venta de activos inmobiliarios del Estado, hay que matizar que en un hipotético escenario en el que los inmuebles estuviesen situados en el extranjero, también intervendría el Ministro de Asuntos Exteriores en virtud de lo dispuesto en el artículo 141 de la LPAP.

3.2.3 El Estado como inquilino

La operación de SLB, plantea que el Estado, asuma después de la venta una condición de inquilino, usando los inmuebles en calidad de arrendatario.

El artículo 124 de la LPAP, dispone que el arrendamiento de inmuebles se debe llevar a cabo mediante concurso público. Dispone a continuación que en caso de que exista justificación y por necesidad e idoneidad, se puede concertar de modo directo.

Esta aseveración, deja entrever de nuevo la posibilidad de llevar a cabo un SLB con el Estado ya que se justifica en que la venta del inmueble, ha tenido lugar precisamente por la consecución del fin doble que plantea la operación para ambas partes: obtener liquidez por parte del Estado y obtener un retorno estable por parte del inversor privado que busca una garantía articulada a través de este tipo de operación.

Es importante, mencionar, la cláusula primera del artículo 126 que reviste al contrato de un matiz peculiar que no se suele dar entre particulares y es la posibilidad de que el inquilino sea cualquier órgano de la Administración. No obstante, esto no plantea mayor inconveniente que no se pueda estipular en sede contractual al hilo de la ya mencionada antes libertad de pactos que recoge el artículo 111 de esta ley.

Al hilo de lo expuesto previamente, la Administración ostenta también la prerrogativa de poder resolver anticipadamente el contrato, aunque esto implica exclusivamente un cambio de inquilino, a través de un procedimiento reglado donde interviene La Dirección General del Patrimonio del Estado y donde el arrendador debe novar el contrato sin que proceda por el cambio de inquilino un aumento de renta tal y como estipula el artículo 127 de la LPAP.

3.2.4 Modo que tendría el Estado de recuperar sus inmuebles.

El artículo 15 de la LPAP, enumera los modos de adquirir que tienen las Administraciones públicas, que pueden adquirir bienes de diversas maneras: “Por atribución de la ley, a título oneroso con ejercicio o no de la potestad de expropiación, por herencia legado o

donación, por prescripción o por ocupación.” Estas tres últimas vías no nos ocupan mucho en lo pertinente a nuestro caso.

A su vez el art 16 reconoce el carácter patrimonial de los bienes adquiridos hasta su posterior afectación. Es preciso recalcar el artículo 19 que se refiere al modo de proceder en las adquisiciones a título oneroso y que dice así: *“Las adquisiciones de bienes y derechos a título oneroso y de carácter voluntario se regirán por las disposiciones de esta ley y supletoriamente por las normas de derecho privado, civil o mercantil.”*

Por último, cabe hacer mención al artículo 24 de la LPAP que versa sobre *“adquisiciones derivadas del ejercicio de la potestad expropiatoria”* que nos remiten a la LEX¹⁵ para el procedimiento. Las adquisiciones en este contexto, implican una afectación implícita del bien al uso general, al servicio público, o a fines y funciones de carácter público ya que es una de las formas de afectación que recoge la LPAP en su artículo 66.2.

La LEX , requiere en su artículo primero que haya causa de utilidad pública o interés social para que pueda haber expropiación forzosa.¹⁶ Para lo que habría que acudir a las vías contempladas en los artículos 10 y 11 de la LEX

Aquí parece conveniente plantearnos si efectivamente podría considerarse que se cumplen los requisitos de la utilidad pública o interés social. Si no, cabría considerar la posibilidad de plantear también la aplicación de los artículos 9 a 11 de dicha ley.

Que en el caso de bienes inmuebles establece que se deben apreciar dos requisitos;

- Que la adquisición derive de la ejecución de un plan de obras o servicios del Estado. Vía que parece complicado utilizar
- Que se declare por ley de manera genérica la utilidad pública y que caso por caso el reconocimiento se lleve a cabo por el Consejo de Ministros.

¹⁵ Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa (BOE núm. 351, 17 de diciembre)

¹⁶ Artículo 1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, y por la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones u otras normas especiales: *“(...) la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el artículo treinta y dos (...)”*

El artículo 11 establece una vía de escape para el resto de caso que no se encuadren dentro del precepto anterior estableciendo que sean las Cortes Generales las que dicten mediante ley la declaración de utilidad pública.

La opción de la expropiación forzosa, puede plantear problemas también con respecto al periodo de permanencia estipulado en el artículo 3 de la ley 11/2009. Cuestión que debemos analizar con detenimiento.

Sin embargo, la opción de compra, se podía pactar en sede contractual, teniendo en cuenta una serie de previsiones de forma y manera que no se desvirtuó la figura del SLB. Entraremos en más detalle en el siguiente apartado en el que analizamos la figura del SLB.

3.2.5 Figura del Lease-back

En este apartado, vamos a hacer referencia a la figura del *Sale and Lease-back* que venimos comentando a lo largo de nuestro trabajo, para ver que cuestiones plantea esta figura.

Esto consiste en que el Estado traspase la propiedad de edificios de oficinas u oficinas de empleo a inversores inmobiliarios privados para posteriormente permanecer en régimen de alquiler.

Esto, como hemos comentado genera una inversión con retornos estables. Cabe mencionar una un inicio de tendencia tanto en países de la UE como por parte de las Administraciones de Cataluña y Andalucía.

La figura del *sale and lease-back* puede parecer en un primer instante equiparable al concepto de arrendamiento financiero de retorno, definido en el apartado 1 de la ley 26/1988¹⁷ que reza:

Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según

¹⁷ Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (BOE, núm. 182, 30 de julio de 1988).

las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario.

No obstante, el *sale and lease-back*, no tiene encaje en el concepto de arrendamiento financiero, sino que se debe entender como un contrato por el cual el propietario del bien inmueble lo vende a otra persona, la cual se lo cede en arrendamiento al vendedor, concediéndole además un derecho de opción de compra a ejercitar transcurrido un periodo de tiempo previamente determinado. Aunque hay que precisar que en el ámbito inmobiliario, no es frecuente pactar esa opción de compra posterior para el vendedor(De la Iglesia, 1996)¹⁸.

Vemos que es por tanto una técnica moderna financiera donde podemos apreciar figuras contractuales típicas de nuestro ordenamiento como la compraventa o el arrendamiento. En el *lease-back*, inciden el precio de compra/renta arrendaticia, duración del arrendamiento y gastos e inversiones en el inmueble.

Como decíamos, esta figura no encaja dentro del concepto del *leasing* de retorno, ya que no es un préstamo encubierto al no estar sujeto a las vicisitudes de la posterior opción de compra.

Es práctica habitual que si el vendedor-arrendatario no cumple el obligado cumplimiento pactado y hay una terminación anticipada, este deba pagar la totalidad de la renta pactada para el periodo. Al respecto, hay diversa jurisprudencia, lo lógico será hacer un análisis *ad casum* valorando las circunstancias para determinar una cierta equidad y la posibilidad de que el arrendador encuentre una explotación similar o, mejor para el inmueble, y que no se dé un enriquecimiento injusto¹⁹ aunque es lógico ya que es un arrendamiento peculiar el del SLB que explica el motivo de la compra.

¹⁸ De la Iglesia Monje, M., “Algunas consideraciones en torno al *lease back* en su conexión con el derecho de superficie urbano”, *Revista crítica de derecho Inmobiliario*, núm.635, 1996, p. 1396.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2006 (RJ/2006/823).

Como hemos comentado previamente, el artículo 131 de la LPAP, admite expresamente la posibilidad de ejecución de estas operaciones de lease-back. Las diferentes CCAA han aprobado normas análogas por las que se refiere a sus respectivos patrimonios autonómicos²⁰ por ejemplo Andalucía a través del artículo 2.2 de la ley 1/2011 de 17 de febrero por la que se modifica el artículo 88 bis de la ley 4/1986 de 5 de mayo de ley de patrimonio de Andalucía.

Una vez nos situamos en el contexto de arrendamiento, hay que ver qué oposición ostenta la administración como inquilino. LOS CERTALES²¹, equipara su posición a la de un inversor privado estableciendo que más allá de que no pueden embargarse bienes demaniales, en caso de impago, nos situaríamos en sede civil y por tanto la administración actúa como sujeto privado sin tener un revestimiento de *imperium*.

Este tipo de operaciones plantean una incidencia en la contabilidad pública. El SLB es una herramienta a la que acuden muchas empresas, especialmente financieras para mejorar sus ratios de eficiencia.²² Pero hay que ver desde la perspectiva del Estado, que efecto despliegan este tipo de operaciones en su estabilidad presupuestaria. MARTÍNEZ-VILLASEÑOR²³ considera que para la que la efectiva obtención de liquidez inmediata por parte de la administración, tenga el pretendido resultado de contribuir en una reducción de la deuda y del déficit público, estas deben ser estructuradas con un “estricto criterio técnico” y tener extrema precaución en el caso de que haya una opción posterior de compra, para evitar que la operación pueda desvirtuarse convirtiéndose en un arrendamiento financiero.

Otra cuestión que debe ser tomada en cuenta es que en el marco de estas operaciones de SLB, no se pueda apreciar desde el prisma de la normativa europea una ayuda pública estatal. Por tanto, es pertinente que las operaciones se ajusten a este criterio y se realicen a precio de mercado.

²⁰ “El Sale and Lease Back de edificios públicos: algunas claves jurídicas”, cit., p. 25.

²¹ Los Certales, D. “Vencimiento de contratos de arrendamiento a organismos oficiales”, *Cuadernos de Arrendamientos Urbano. Revista Jurídica Sepín*, núm. 253, 2004, pp. 9-10.

²² Arráez, R. “Sale and leaseback de un portfolio inmobiliario”, *Anuario mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*, Madrid, 2010.

²³ Martínez-Villaseñor, G., “Sale & lease-back de inmuebles de la administración pública: potencialidad y condicionamientos”, *Expansión*, 2011. (Disponible en <http://www.expansion.com/2011/08/05/juridico/opinion/1312564996.html>; última consulta 03/04/2018).

Por tanto se deben respetar los principios contenidos en el TFUE que versan sobre ayudas públicas, evitando tal y como reza el artículo 107²⁴: las ayudas otorgadas por los Estados que falseen la competencia favoreciendo a determinadas empresas.

Por tanto, vemos, que el lease-back es factible, pero evitando caer en el pacto comisario que presenta la figura del lease normal y debiendo respetar las directrices europeas.

²⁴ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Sección segunda. Ayuda otorgada por los Estados. DOUE.

4. CONCLUSIÓN

Tras el estudio realizado de nuestro tema, es interesante precisar una serie de reflexiones como conclusión de nuestra propuesta.

Como se ha constatado a lo largo del trabajo, la figura de la SOCIMI, reviste de un gran atractivo entre los inversores debido a las ventajas fiscales notorias que implica la adopción del régimen.

Sin embargo, cuando se introdujo el vehículo, esto no fue así debido a ciertas rigideces que quizá se inmiscuían demasiado en la operativa financiera de las SOCIMI como por ejemplo la limitación de financiación que establecía el ya derogado artículo 7 de la ley 11/2009. La flexibilización y adaptación normativa en materia de las SOCIMI, ha seguido una clara tendencia a equiparar la figura a la del REIT, estableciendo en sede empresarial una tributación nula del 0% a pesar de que la SOCIMI sí que ostenta personalidad jurídica y dejando que se tribute en sede del inversor. Por tanto, se evita la doble imposición y se obtiene una tributación similar a la que se obtendría por una inversión directa, pero dejando el menester en manos de expertos profesionales.

En lo referente a las operaciones de *SLB* planteadas con el Estado, podemos observar que entrañan una alta complejidad en los diferentes momentos a los que se refiere la operación.

En un primer lugar en la selección de activos, debiendo tener en consideración el régimen jurídico aplicable a ellos, para posteriormente, que el Estado proceda a su enajenación siguiendo el procedimiento reglado, y nada sencillo que este presenta. Sin embargo, en lo concerniente a la posición del Estado como inquilino, vemos que, con la salvedad de algunas prerrogativas de índole menor, su posición es equiparable a la de un sujeto privado.

El concepto de juntar ambas cuestiones, es decir la creación de la SOCIMI y el *sale and lease-back*, plantea otra serie de inconvenientes sobre los que habría que realizar un estudio jurídico previo. Entre estos problemas, cabe citar el problema de la exigibilidad

de permanencia de los activos por un plazo de 3 años con la posibilidad que tiene el Estado de ejercer la expropiación forzosa.

El *sale and lease-back*, debería llevarse a cabo de una manera en la que no se asemeje al ya citado.

Por tanto, observando ciertas reglas que se deben de cumplir tanto en un primer momento de creación de la SOCIMI como en un segundo momento de interacción de lo estudiado, podemos concluir que efectivamente la creación de una SOCIMI cuyo perfil de inversión se centre en operaciones de *lease-back* con el Estado es una idea jurídicamente hablando viable.

Asimismo, al ser la SOCIMI una sociedad cotizada y tener además incluidos ciertos requisitos de información reforzados., parece que de cara a la opinión pública es un régimen masa transparente y que por tanto podría tener un mejor acogimiento y dar una mayor seguridad tanto para el Estado, como para los ciudadanos.

Viendo por tanto que es una idea legítima, será preciso desarrollar a continuación en mi TFG de ADE si los números respaldan esta operación que a nuestro juicio sería ventajosa e interesante para ambas partes.

5. BIBLIOGRAFÍA

Obras Doctrinales

Arráez, R. “Sale and leaseback de un portfolio inmobiliario”, *Anuario mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*, Madrid, 2010.

Arrieta, F., “La desafectación y venta de edificios administrativos y su ocupación en arrendamiento por el Estado”, *Diario La Ley*, núm. 7622, 2011, pp. 2-6.

Casas, D., “Régimen tributario de las sociedades de inversión inmobiliaria cotizadas en el ordenamiento italiano”, *Revista española de Derecho Financiero*, n. 146, 2010 parte Estudios.

De la Iglesia Monje, M., “Algunas consideraciones en torno al lease back en su conexión con el derecho de superficie urbano”, *Revista crítica de derecho Inmobiliario*, núm.635, 1996, p. 1396.

Hurtado, R., “SOCIMI: las REITS españolas”, *Revista mensual de bolsa y mercados españoles*, n. 182, 2009, pp. 52-57.

Los Certales, D. “Vencimiento de contratos de arrendamiento a organismos oficiales”, *Cuadernos de Arrendamientos Urbano. Revista Jurídica Sepín*, núm. 253, 2004, pp. 9-10.

Martínez-Villaseñor, G., “Sale & lease-back de inmuebles de la administración pública: potencialidad y condicionamientos”, *Expansión*, 2011. (Disponible en <http://www.expansion.com/2011/08/05/juridico/opinion/1312564996.html>; última consulta 03/04/2018).

Pérez Rivares, J., “El Sale and Lease Back de edificios públicos: algunas claves jurídicas”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n. 1, 2011, pp. 17-27

Viñuales Sanabria, L., “SOCIMI: ¿El REIT de nueva generación? Un estudio comparado”, *Crónica tributaria*, n. 135, 2010, pp. 247-266.

Legislación

Constitución española de 1978. Título VII. Economía y Hacienda. (BOE 29 de diciembre de 1978).

Ley 11/2009, de 26 de octubre por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario. (BOE, núm. 259, 27 de octubre de 2009).

Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica (BOE, núm. 312, 28 de diciembre de 2012).

Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (BOE, núm. 182, 30 de julio de 1988).

Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE, núm. 264, 4 de noviembre de 2003).

Ley 35/2003 de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE, núm. 265, 5 de noviembre de 2003)

Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones u otras normas especiales:

Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa. (BOE núm. 351, de 17 de diciembre de 1954)

Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones u otras normas especiales. (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998)

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. (BOE, núm. 310, 27 de diciembre de 1989).

Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (BOE, núm. 255, 24 de octubre de 2015).

Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo (BOE, núm. 293, 3 de diciembre de 2010).

Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo. (BOE, núm. 58, de 08/03/2004).

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2006 (RJ/2006/823).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Sección segunda. Ayuda otorgada por los Estados. DOUE.