

El encaje del *sale and lease back* de edificios públicos en el Derecho español y comunitario (1)

por

JUAN ANTONIO PÉREZ RIVARES

Abogado. Doctor en Derecho

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL ENCAJE DEL NEGOCIO EN NUESTRO DERECHO PRIVADO:
 1. NATURALEZA JURÍDICA:
 - A) *¿Negocio complejo o yuxtaposición de contratos coligados?*
 - B) *Remuneración y riesgo, elementos definitorios.*
 - C) *Validez del negocio.*
 2. EL ENCAJE JURÍDICO DE ALGUNOS PACTOS HABITUALES:
 - A) *Pago de la totalidad de la renta en caso de resolución anticipada.*
 - B) *Carteras de inmuebles: ¿uno o varios contratos de arrendamiento?*
 - C) *Pago de la renta, ¿en cualquier circunstancia?*
 - D) *Otros pactos habituales.*
- III. ALGUNOS CONDICIONANTES DERIVADOS DE LA TITULARIDAD PÚBLICA DE LOS INMUEBLES O DEL CARÁCTER PÚBLICO DEL VENDEDOR-ARRENDATARIO:
 1. LA INCIDENCIA DEL CARÁCTER DEMANIAL DE DETERMINADOS INMUEBLES:
 - A) *Viabilidad de la desafectación.*
 - B) *Riesgo de reversión.*

(1) Este estudio es una versión ampliada y actualizada del trabajo elaborado por el autor para su publicación, bajo el título «El *sale and lease back* de edificios públicos: algunas claves jurídicas», en el número extraordinario de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, en homenaje al profesor Juan Luis IGLESIAS PRADA.

2. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE EJECUCIÓN FORZOSA, GARANTÍAS Y TRIBUTACIÓN INDIRECTA:
 - A) *Particularidades de la ejecución forzosa.*
 - B) *Garantías jurídicamente viables.*
 - C) *Tributación indirecta de la compraventa.*
3. LA INCIDENCIA DE LA CONTABILIDAD PÚBLICA A EFECTOS DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA:
 - A) *Arrendamiento financiero vs. arrendamiento operativo.*
 - B) *Incidencia en la configuración de los términos del negocio.*
4. LA INCIDENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE AYUDAS PÚBLICAS:
 - A) *Los mecanismos regulados.*
 - B) *Supuestos dudosos.*
 - C) *El principio del inversor privado.*

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

BIBLIOGRAFÍA. JURISPRUDENCIA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

En el actual contexto de crisis, las diferentes Administraciones públicas están recurriendo a la figura del *sale and lease back* («SLB»), mediante la que transmiten edificios de su propiedad (piénsese en edificios de oficinas u oficinas de empleo) a inversores inmobiliarios privados y siguen ocupándolos en régimen de alquiler (2). Sin duda, esta resulta una fórmula atractiva para la Administración en los actuales tiempos de crisis y restricción presupuestaria, al proporcionarle una nueva fuente de ingresos con los que servir al interés público y permitirle continuar en el uso de los inmuebles, pudiendo preverse contractualmente fórmulas que permitan a la Administración volver a adquirirlos en el futuro. También parece atractiva esta figura para los inversores privados, que, pudiendo o no recurrir a financiación bancaria para efectuar la compra, se aseguran un determinado retorno de su inversión mediante la firma de contratos de arrendamiento a largo plazo, que pueden incluso prever posibles prórrogas. Así lo atestiguan las actuales iniciativas en diferentes Estados miembros de la Unión Europea en este sentido y, en nuestro país, los procesos recientemente puestos en marcha por las Administraciones autonómicas andaluza y catalana.

(2) Al mismo tipo de operación han venido recurriendo diferentes empresas industriales y diversos bancos por lo que se refiere a sus redes de sucursales. Ello les ha permitido obtener ingresos y concentrar sus recursos en su actividad empresarial principal, industrial o financiera.

Para evitar confusiones terminológicas, conviene aclarar que no nos referimos en este trabajo al negocio desarrollado por las entidades de *leasing* a través de la figura del arrendamiento financiero o *leasing* (3) (conocido como arrendamiento financiero de retorno, *retro-leasing*, *lease back* o incluso como *sale and lease back*) que ha sido objeto de análisis por la doctrina y la jurisprudencia, considerándola algunos como una operación de préstamo (con dudas sobre su licitud por posible *fiducia cum creditore* en posible vulneración de la prohibición de pacto comisorio) (4), y conceptualizándola otros como una modalidad de *leasing* (5). Cuando empleamos el término SLB nos estamos refiriendo al tipo de operaciones inmobiliarias (conocidas en el mercado por esta denominación)

(3) Según esta figura se halla conceptualizada por la Disposición Adicional séptima, apartado 1, de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (BOE núm. 182, de 30-7-1988).

(4) En este sentido, se había sostenido que se trata de una forma de enajenación en garantía, al entender que la transmisión de la propiedad es un medio para obtener financiación, de manera que la operación en sí constituye un instrumento de garantía de la financiación obtenida. Conforme a esta corriente de opinión, se trataría de un préstamo garantizado con transmisión de la propiedad (venta en garantía), modalidad de *fiducia cum creditore* en posible vulneración de la prohibición de pacto comisorio (para una reflexión sobre este punto, vid. VIVAS TESÓN, I., «Una reflexión en torno al *Lease Back*: Comentario a la STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/1405)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 16, 2006, págs. 213-222) y que podría desencadenar la aplicación de las normas represivas de la usura. Para una visión panorámica de las diferentes corrientes doctrinales y de la jurisprudencia más significativa al respecto y opiniones fundadas en favor de la licitud del negocio, vid. PACHECO CAÑETE, M., *El contrato de «lease-back»*, Marcial Pons, Madrid, 2004, y LLORENTE SAN SEGUNDO, I., «El contrato de *sale and lease back*, en DE LA CUESTA RUTE, J. M. y VALPUESTA GASTAMINZA, E. M. (coords.): *Contratos mercantiles*, tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 1405-1437.

(5) Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, tomo II, vol. 2, Librería Bosch, Barcelona, 1995, pág. 412; CASADO BURBANO, P., «El *lease back* inmobiliario, una alternativa más para la movilización de activos patrimoniales», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1985, págs. 857-873; MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., «El *lease back* o *leasing* de retorno: distinción de otras figuras. Aplicación de la Ley de Usura. Comentario a la sentencia del TS de 17 de marzo de 1998. Recurso número 164/1994 (RJ 1998/1351)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998, págs. 315-324; BUITRAGO RUBIRA, J. R., «El *lease back* como instrumento de financiación (STS de 10 de febrero de 2005)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 692, 2005, págs. 2117-2124; y GARCÍA GARNICA, M. C., *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Aranzadi, Pamplona, 2001. En este sentido, vid. las STS de 2 de febrero de 2006 (Ar. 494; MP: Juan Antonio XIOL RÍOS) y de 15 de abril de 2010 (Ar. 3536; MP: Antonio SALAS CARCELLER). Dichas dudas han quedado resueltas por la jurisprudencia, al sostener nuestro Tribunal Supremo, en sus más recientes pronunciamientos, que se trata de una operación lícita y admisible, que cuenta con su propia causa que la distingue de los supuestos de enajenación en garantía. Aunque las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo al respecto son escasas y no siempre coincidentes entre sí, la STS de 2 de febrero de 2006 —Ar. 494; MP: Juan Antonio XIOL RÍOS— (recientemente confirmada por la STS de 15 de abril de 2010 —Ar. 3536; MP: Antonio SALAS CARCELLER—) ha consagrado la autonomía de este negocio respecto al préstamo sobre la consideración de que se trata de una modalidad

concluidas en nuestro país por diferentes empresas industriales y bancos y recientemente puestas en marcha por algunas Administraciones autonómicas, que no tienen encaje en el concepto legal de arrendamiento financiero, sino que se vienen estructurando a través de arrendamientos de cosas en que el comprador-arrendador es un inversor privado ajeno a las sociedades de *leasing* (6).

El presente trabajo identifica algunas claves jurídicas que conviene tener en cuenta al estructurar y documentar este tipo de operaciones en España. A tal efecto, se analiza en primer lugar el encaje del SLB en nuestro Derecho Privado y la conveniente modulación de determinados aspectos del régimen legal y jurisprudencial de las figuras contractuales típicas subyacentes a la vista de las particularidades de la operación (vid. apartado II). A continuación se analizan determinados condicionantes de Derecho Público, español y comunitario, que inciden en este tipo de operaciones cuando tienen por objeto inmuebles de titularidad pública (vid. apartado III), tras lo cual se cierra el trabajo con algunas consideraciones finales (vid. apartado IV).

II. EL ENCAJE DEL NEGOCIO EN NUESTRO DERECHO PRIVADO

1. NATURALEZA JURÍDICA

Nos encontramos, una vez más (7), ante una de las nuevas formas de contratación importada de la práctica inmobiliaria de matriz anglosajona (8). En el

de arrendamiento financiero, y ha confirmado su licitud, siempre que concurren determinados requisitos, incluidos los exigidos para el arrendamiento financiero por la normativa fiscal.

(6) Desde este punto de vista, parece válida tanto para el arrendamiento financiero de retorno como para el SLB, la definición según la cual «el *lease back* es el contrato por el cual el propietario de un 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 determinado periodo de tiempo» (DE LA IGLESIA MONJE, M. I., «Algunas consideraciones en torno al *lease back* en su conexión con el derecho de superficie urbano», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 635, 1996, pág. 1396), con la única peculiaridad de que, en el caso del SLB, es habitual no pactar el derecho de opción de compra en favor del vendedor, especialmente cuando se trata de empresas industriales no interesadas en él.

(7) PÉREZ RIVARÉS, J. A., «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza jurídica del contrato de *forward funding*», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 259, 2006, págs. 237-252.

(8) GÓMEZ SEGADÉ ha acuñando la expresión “americanización” del Derecho Mercantil para referirse a la conversión de la práctica comercial estadounidense en auténtico motor de creación de instituciones jurídico-mercantiles (GÓMEZ SEGADÉ, J. A., «Algunos problemas actuales del Derecho Mercantil», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pág. 218 y sigs.). Para un análisis en profundidad de los caracteres y naturaleza jurídica del *sale and lease back*, desde un punto de vista peruano, con interesantes referencias al Derecho comparado, vid. LEYVA SAAVEDRA, J., «El *lease back*, una moderna técnica financiera», en *Gaceta Jurídica*, Lima, tomo 68-B, 1999, pág. 26.

intento de encuadrar este tipo de operaciones en las figuras contractuales típicas previstas y reguladas por la ley, es fácil identificar en ellas elementos propios de la compraventa y del arrendamiento (a los que en algunos casos se añade la opción de compra, especialmente cuando el vendedor es una entidad financiera).

A) *¿Negocio complejo o yuxtaposición de contratos coligados?*

Es preciso atender a la configuración del negocio por las partes en cada caso concreto para determinar si se trata de un negocio *complejo* (9) (con una única causa y finalidad económica y con una lógica propia que trasciende a la causa propia de cada uno de los contratos típicos que en él cabe identificar) (10) o de una yuxtaposición de varios contratos *coligados* (11). El hecho de que en la práctica inmobiliaria española este negocio se esté documentando mediante la firma en unidad de acto de diferentes documentos con el *nomen iuris* de distintas figuras contractuales típicas, la necesaria interpretación conjunta de la compraventa y el arrendamiento (12) o la habitual precisión en la escritura de compraventa de que la finalidad inmediata de la adquisición es ceder el inmueble en arrendamiento al vendedor en unidad de acto (13), no parecen, por sí solos, elementos determinantes de la naturaleza jurídica del SLB. A nuestro entender, a estos efectos, lo auténticamente relevante es el contenido de los pactos incluidos en los diferentes documentos contractuales.

B) *Remuneración y riesgo, elementos definitorios*

La remuneración y el riesgo son elementos definitorios del SLB. El inversor recurre a la operación como un producto de inversión que debe garantizarle

(9) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, Librería Bosch, Barcelona, 1977, pág. 210.

(10) Con relación al arrendamiento financiero de retorno, vid. GITTI, G., «Divieto del patto commissorio, frode alla legge, sale and lease back», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 2, 1993, págs. 485 y sigs., y BONTEMPI, P., «Divieto di patto commissorio e lease back», en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, núm. 5, 1995, pág. 909.

(11) DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, Civitas, Madrid, 1996, págs. 388-389. En favor de su consideración como contratos conexos se pronuncia PACHECO CAÑETE, M., *op. cit.*, pág. 20.

(12) Vid., por analogía con el *leasing* de retorno, PARRA LUCÁN, M. A., «Comentario a la STS de 2 de febrero de 2006. *Lease back* inmobiliario. Naturaleza del contrato. Usura. Pacto comisorio. Ejercicio simultáneo en juicios distintos de la acción de cumplimiento y de la resolución contractual», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 72, 2006, págs. 1741-1772.

(13) Vid. PÉREZ GURREA, R., «Estudio del *leasing* financiero y del *lease back* a propósito de la DGRN de 19-1-2005 y de la STS de 2-2-2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 696, 2006, págs. 1652-1661.

una rentabilidad determinada y que suele configurarse en torno a tres variables: precio de compra/renta arrendaticia, duración del arrendamiento y gastos e inversiones en el inmueble. El inversor pretende obtener una rentabilidad determinada, neta de todo tipo de costes, por lo que los impuestos, seguros y gastos relativos al inmueble son habitualmente asumidos por el vendedor-arrendatario (concepto *triple net*). En materia de distribución de riesgos, la compraventa y el arrendamiento suelen funcionar como contratos «espejo» (*back-to-back*): en la práctica, buena parte de los riesgos que asume el inversor en tanto que comprador suelen ser, a su vez, trasladados al vendedor en tanto que arrendatario.

C) *Validez del negocio*

A nuestro entender, la validez y licitud de este negocio complejo se fundamentan en el artículo 1255 del Código Civil (14) y se derivan, en abstracto, de su reconocimiento por la normativa reguladora del patrimonio de las Administraciones públicas (vid. apartado III.1 posterior). Entendemos que no son trasladables al SLB las reflexiones de parte de la doctrina con relación al *leasing* de retorno, según las cuales podría tratarse de un préstamo encubierto garantizado con la transmisión de la propiedad (venta en garantía) (15), en posible vulneración de la prohibición del pacto comisorio (16) (que tiene por objeto evitar el enriquecimiento injusto de quien se apropia de cosas por un importe inferior a su valor). Entre otros motivos, cabe destacar que la finalidad de las partes en el SLB es ajena a la lógica del préstamo, como lo demuestra el hecho de que la firmeza de la transmisión no se halle anudada a las vicisitudes del arrendamiento o del pago de la renta, ni a la existencia de una opción de compra que permita al vendedor adquirir el inmueble por un precio igual a su valor residual: ello es así en mayor medida, si cabe, cuando no se pacta la opción de compra, o cuando se pacta a precio de mercado. En cualquier caso, conviene que los términos económicos de la operación estén respaldados por las correspondientes tasaciones, al objeto de asegurar el adecuado equilibrio entre las prestaciones de las partes.

(14) En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo con relación al *leasing* de retorno, en su sentencia de 20 de noviembre de 1999 (Ar. 8615; MP: Pedro GONZÁLEZ POVEDA), en consideración de un supuesto con relación al cual concluyó que «no es una operación crediticia sino un arrendamiento con opción de compra».

(15) En materia de derechos de garantía, vid., entre otras obras de referencia, CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008.

(16) Artículos 1859 y 1884 del Código Civil.

2. EL ENCAJE JURÍDICO DE ALGUNOS PACTOS HABITUALES

No pretendemos realizar aquí un análisis exhaustivo de las cláusulas más relevantes que habitualmente se pactan en este tipo de operaciones ni analizar estipulaciones contractuales que suelen convenirse en la compraventa y arrendamiento de inmuebles tradicionales (17), sino mencionar algunas de las cláusulas que cabe pactar en las operaciones de SLB y que plantean determinadas cuestiones desde la óptica de nuestro Derecho Civil, por lo que conviene abordarlas adecuadamente al redactar la documentación contractual.

A) *Pago de la totalidad de la renta en caso de resolución anticipada*

En nuestra práctica contractual, las partes generalmente pactan que, en caso de terminación anticipada del arrendamiento por causa imputable al vendedor-arrendatario, este pagará al inversor la totalidad de la renta correspondiente al resto del periodo de duración pactado (18). Como es sabido, este pacto podría no ser exigible en sus términos a la vista de la jurisprudencia recaída en sede de arrendamientos individualmente considerados, conforme a la cual, en función de las circunstancias del caso concreto, procedería aplicar una moderación de dicho importe para evitar la notoria desproporción y el consiguiente enriquecimiento injusto del arrendador (19). Sin embargo, y al margen de las consideraciones que cabe formular sobre esta jurisprudencia con carácter general (20), entendemos

(17) Piénsese, e.g., en las garantías del vendedor sobre la situación jurídica, tributaria, urbanística, ambiental y de licencias del inmueble, en la venta como cuerpo cierto (arts. 1469 a 1471 del CC) o en las estipulaciones relativas al prorrateo de los gastos del inmueble o a la entrega de la documentación.

(18) Como ha quedado indicado, el plazo de duración arrendaticia, de obligado cumplimiento, es un elemento esencial entre los objetivos de rentabilidad del inversor. Por ello, conviene regular adecuadamente en la documentación contractual la obligación de pago de la renta correspondiente a la totalidad del plazo de obligado cumplimiento en caso de resolución anticipada del arrendamiento por razones imputables al arrendatario.

(19) En efecto, la jurisprudencia mayoritaria en materia arrendaticia valora situaciones casuísticas que pueden modular la equidad de las pretensiones y determinar la existencia de un enriquecimiento injusto por parte del arrendador. Entre otras circunstancias destaca el hecho de que el arrendador explote el local o la concertación de un nuevo arrendamiento en idénticas o mejores condiciones económicas (vid., *per omnia*, la STS de 3 febrero de 2006 —Ar. 823; MP: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ—).

(20) Sobre el particular, véase las interesantes reflexiones vertidas por CARRASCO PERERA, A., «¿Qué indemnización debe pagar el arrendatario que abandona el local antes de la fecha contratada?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 677, 2005, págs. 7-12; CLEMENTE MEORO, M. E., «Desistimiento del arrendatario para uso distinto del de vivienda e indemnización de daños y perjuicios: Comentario a la STS de 20 de mayo de 2004 (RJ 2004/2710)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 14, 2005, págs. 159-165; COLOMÉ, L., «La indemnización por desalojo del arrendamiento en el contrato de arrendamiento para uso distinto

que cabría elaborar argumentos tendentes a defender la exigibilidad de esta estipulación contractual en sus términos en este tipo de operaciones, atendiendo a las peculiaridades de los arrendamientos celebrados en el marco de un SLB, que lógicamente tendrían más o menos visos de prosperar en función de las específicas circunstancias de cada caso concreto.

B) *Carteras de inmuebles: ¿uno o varios contratos de arrendamiento?*

Es habitual en la práctica que el SLB no tenga por objeto un solo inmueble (por ejemplo, un hotel o la sede corporativa de una empresa industrial), sino una cartera de inmuebles repartidos por la geografía (como determinado número de sucursales bancarias o de edificios oficiales). En este último supuesto podría interesar al inversor, en caso de incumplimiento por el vendedor-arrendatario de sus obligaciones de pago respecto a uno o varios inmuebles determinados (y no, por tanto, con relación a la totalidad de la cartera), estar facultado para instar *a)* el pago al inversor de la totalidad de la renta correspondiente al resto del periodo de duración pactado [vid. apartado A) anterior], no solo por lo que se refiere a los concretos inmuebles respecto a los cuales se produjera el incumplimiento, sino en relación con la totalidad de los inmuebles de la cartera, o *b)* el desahucio, no solo por lo que se refiere a los concretos inmuebles con relación a los cuales se produjera el incumplimiento, sino en relación con la totalidad de los inmuebles de la cartera.

A tal efecto, en determinadas circunstancias, cabe plantearse la posibilidad de configurar la operación de manera que un solo arrendamiento tenga por objeto la totalidad de los inmuebles que compongan la cartera (en lugar de alumbrar tantos arrendamientos individuales como inmuebles, como viene siendo habitual), si bien en tal supuesto no cabe descartar que los tribunales tendieran a

al de vivienda», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2003, págs. 1550-1556; CONTIJOCH PRATDESABA, R., «Desistimiento unilateral y anticipado del contrato de arriendo por el inquilino y su trascendencia indemnizatoria en la LAU», en *Cuadernos de Arrendamientos Urbanos. Revista Jurídica Sepín*, núm. 297, 2009, págs. 13-21; ESTRUCH ESTRUCH, J., «Algunas cuestiones sobre la facultad de desistimiento del arrendatario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 719, 2010, págs. 981-999; FLORES RODRÍGUEZ, J., «A vueltas con el alcance de la indemnización en favor del arrendador por desistimiento anticipado del arrendatario: entre la aplicación estricta o la prudente moderación; Comentario a la STS de 30 de octubre de 2007 (JUR 2007/334203)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 20, 2008, págs. 197-207; GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., «El desistimiento unilateral del arrendatario antes de la expiración del plazo estipulado (examen de los arts. 56 TRLAU y 11 LAU. Efectos del abandono de la finca cuando no se está facultado para desistir del contrato)», en *Cuadernos de Arrendamientos Urbanos. Revista Jurídica Sepín*, núm. 221, 2002, págs. 15-32; y MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «La posibilidad de desistimiento unilateral del arrendatario en la normativa arrendaticia urbana», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 61, 2010, págs. 3-22.

aplicar criterios de proporcionalidad, prudencia y equidad. Este planteamiento debería ir acompañado necesariamente de fórmulas que permitieran al inversor transmitir a terceros (tales como inversores individuales o *family offices*), por piezas, parte de los inmuebles de la cartera, sin que por ello se viera perjudicado el arrendamiento sobre los concretos inmuebles que transmitiera (21).

C) *Pago de la renta, ¿en cualquier circunstancia?*

En este contexto, procede traer a colación otros ejemplos de estipulaciones que ha conocido la práctica contractual en nuestro país y que podrían plantear alguna dificultad de encaje con la normativa vigente: piénsese en una cláusula conforme a la cual el inversor seguirá percibiendo la renta del vendedor-arrendatario incluso en caso de destrucción del inmueble (22) (en posible contravención del art. 1261 del CC, conforme al cual esa circunstancia determinaría la extinción del arrendamiento por extinción de su objeto) o de clausura del inmueble por no contar con las licencias necesarias para destinarlo al uso pretendido, o en una estipulación que atribuya al vendedor-arrendatario acciones o facultades distintas de la resolución contractual (en sustitución de esta) en caso de incumplimiento por el inversor de sus obligaciones derivadas del arrendamiento (modulando, de este modo, el tenor del art. 1124 del CC).

Este tipo de estipulaciones contractuales, pese a tener toda la lógica atendiendo a las peculiaridades de este tipo de operaciones, podrían plantear algunas dificultades de encaje con la ley y con la jurisprudencia existentes, dictadas en consideración de arrendamientos individualmente considerados. Al margen de la necesaria cautela que deben emplear los operadores jurídicos en la redacción de estas cláusulas, a nuestro entender perfectamente válidas al amparo del principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1255 del Código Civil, todo ello nos conduce a abogar por que, cuando se plantee la oportunidad, la jurisprudencia que se dicte con relación a este tipo de operaciones se aleje de algunos de los esquemas tradicionales, atendiendo a la lógica subyacente al

(21) Entre tales fórmulas, cabe considerar la facultad del inversor de ceder parcialmente el contrato de arrendamiento (único para toda la cartera) respecto a los concretos locales que transmita a terceros, sin necesidad de recabar el consentimiento del arrendatario con ocasión de cada transmisión. La alternativa consistente en prever contractualmente la novación automática del arrendamiento (de manera que queden excluidos de su objeto los locales que el inversor transmita a terceros) y la simultánea suscripción por el arrendatario y por el nuevo propietario (con ocasión de cada transmisión) de un nuevo contrato de arrendamiento (en idénticos términos a los del contrato original) respecto a los concretos locales transmitidos plantearía, en la práctica, el inconveniente (desde el punto de vista de la gestión) de requerir el concurso del arrendatario con ocasión de cada transmisión.

(22) Sobre este tipo de pactos en el marco de operaciones con la Administración, véase, no obstante, las reflexiones contenidas en el apartado III.2 posterior.

SLB y permitiendo, de este modo, la necesaria conciliación de los intereses en presencia, fomentando, en definitiva, la consumación de este tipo de operaciones en nuestro país, en beneficio de todos los actores involucrados.

D) *Otros pactos habituales*

Sin perjuicio de los condicionantes de índole contable que más adelante se mencionarán, otros pactos habituales en este tipo de operaciones [como el concepto de *triple net* (23), el régimen de obras, mantenimiento, reparaciones y sustituciones (24), el derecho de sustitución de determinados inmuebles de la cartera en caso de concurrir determinadas circunstancias, el régimen de subarriendo y cesión contractual, la facultad del comprador de ceder en garantía a sus bancos financiadores los derechos derivados de las manifestaciones y garantías prestadas por el vendedor o la exclusión de la operación de determinados elementos, como obras de arte o determinadas instalaciones de aire acondicionado] no plantean particulares problemas jurídicos, dado que tienen perfecto acomodo en nuestro Derecho Civil al amparo del carácter dispositivo que la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (*BOE* núm. 282, de 25-11-1994) («LAU») (25) (por lo que se refiere a arrendamientos urbanos para uso distinto al de vivienda) y el Código Civil [en materia de compraventa (26)] atribuyen a buena parte de sus disposiciones.

(23) Como ha quedado indicado, el inversor pretende asegurarse una rentabilidad neta y, por ello, es estándar estipular en este tipo de operaciones que todos los gastos y tributos relativos al inmueble son de cargo del arrendatario, incluidos seguros, impuestos (como el Impuesto sobre Bienes Inmuebles) y gastos de mantenimiento y reparación del inmueble. Es el concepto *triple net*, que tiene por objeto garantizar contractualmente al inversor que la renta pactada sea efectivamente una renta neta y, por tanto, no susceptible de verse afectada por ningún tipo de gasto. Lógicamente, al negociar la renta, el vendedor ha de tener en cuenta que, adicionalmente a dicha renta, deberá pechar con los gastos del inmueble.

(24) Se trata de uno de los aspectos más negociados en este tipo de operaciones. Conviene abordar contractualmente qué parte ejecuta las obras y qué parte las sufraga. Habitualmente se toma como criterio el concepto de *triple net* y la garantía para el comprador de una rentabilidad neta determinada. No obstante, estos criterios no resuelven todos los supuestos cuando se discuten las obras de mayor envergadura o en las que el volumen de inversión es muy elevado y que requieren, por tanto, un tratamiento contractual especial.

(25) Artículo 8 de la LAU.

(26) El vendedor puede tener interés en mantener la propiedad de determinados bienes muebles (por ejemplo, obras de arte) e instalaciones (por ejemplo, instalaciones fijas de aire acondicionado). Es aconsejable que los elementos excluidos de la operación queden expresamente enumerados en la documentación contractual, dado que, en otro caso, se entenderían vendidos (y, por tanto, arrendados de vuelta) junto al inmueble en aplicación del artículo 334 del Código Civil.

III. ALGUNOS CONDICIONANTES DERIVADOS DE LA TITULARIDAD PÚBLICA DE LOS INMUEBLES O DEL CARÁCTER PÚBLICO DEL VENDEDOR-ARRENDATARIO

1. LA INCIDENCIA DEL CARÁCTER DEMANIAL DE DETERMINADOS INMUEBLES

El artículo 131 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE núm. 264, de 4-11-2003) («LPAP») admite expresamente las operaciones de SLB con relación a bienes patrimoniales del Estado mediante su transmisión a terceros, de manera que el Estado continúe ocupándolos en alquiler en régimen de Derecho Privado (27). Este precepto ampara este tipo de operaciones únicamente con relación a los bienes *patrimoniales* (quedando excluidas, por tanto, respecto a los bienes *demaniales*), ya sea porque esos bienes hayan sido siempre *patrimoniales*, o porque (pese a ser originariamente *demaniales*) hayan sido desafectados, convirtiéndose así en *patrimoniales*. Las diferentes Comunidades Autónomas han aprobado normas análogas por lo que se refiere a sus respectivos patrimonios autonómicos (28).

(27) «Artículo 131. Bienes y derechos enajenables. 1. Los bienes y derechos patrimoniales del Patrimonio del Estado que no sean necesarios para el ejercicio de las competencias y funciones propias de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos podrán ser enajenados conforme a las normas establecidas en este capítulo. 2. No obstante, podrá acordarse la enajenación de bienes del Patrimonio del Estado con reserva del uso temporal de los mismos cuando, por razones excepcionales, debidamente justificadas, resulte conveniente para el interés público. Esta utilización temporal podrá instrumentarse a través de la celebración de contratos de arrendamiento o cualesquiera otros que habiliten para el uso de los bienes enajenados, simultáneos al negocio de enajenación y sometidos a las mismas normas de competencia y procedimiento que este».

(28) Vid. artículo 88 bis de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, Ley de Patrimonio de Andalucía (modificado por el art. 2.2 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero); artículo 18 del Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, Ley de Patrimonio de Cataluña (modificado por el art. 41 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre); artículo 25 de la Ley 3/1985, de 12 de abril, de Patrimonio de Galicia (modificado por el art. 18 de la Ley 7/2002, de 27 de diciembre); artículo 57 de la Ley 3/2006, de 18 de abril, de Patrimonio de Cantabria; artículo 88 de la Ley 5/2006, de 17 de noviembre, del Patrimonio de Euskadi; artículo 39 de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón; artículo 35 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, de Patrimonio de Navarra; artículo 64 de la Ley 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de La Rioja; artículo 114 de la Ley 11/2006, de 26 de octubre, de Patrimonio de Castilla y León; artículo 68 de la Ley 6/2001, de 11 de abril, de Patrimonio de las Illes Balears; artículo 82 de la Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Comunidad Valenciana; artículo 60 de la Ley 3/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de Murcia (modificada por el art. 30.1 de la Ley 7/2010, de 27 de diciembre); artículo 82 de la Ley 2/2008, de 16 de junio, de Patrimonio de Extremadura; y artículo 36 de la Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de Canarias.

A) Viabilidad de la desafectación

En este contexto, la concreta actividad que se desarrolle en el edificio administrativo en cuestión es decisiva para determinar, en cada caso, la posibilidad de desafectarlo (para, de este modo, poder ser objeto de SLB). Así, parece claro que los edificios administrativos destinados a oficinas y dependencias auxiliares (cuyo uso es lejano a la prestación de auténticos servicios públicos y no parece presentar especificidad alguna respecto al uso de oficinas o similar a que pudiera destinarlos cualquier particular) pueden ser desafectados para ser objeto de SLB, dado que el carácter demanial de este tipo de edificios (con el consiguiente régimen excepcional de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad) no resulta necesario para garantizar el adecuado desarrollo de tales actividades por la Administración (29). Entendemos que debería ser salvable, mediante diversas vías, el hipotético obstáculo a la desafectación que podría constituir (respecto a la Administración General del Estado y a sus organismos públicos vinculados o dependientes) el artículo 5.3 de la LPAP (30). Sin embargo, la cuestión es más compleja, y requerirá un análisis jurídico pormenorizado en consideración del concreto uso de que se trate, cuando en los edificios en cuestión se presten auténticos servicios públicos.

B) Riesgo de reversión

Conviene tener en cuenta, por otra parte, que la desafectación de bienes demaniales podría conllevar su reversión en favor de antiguos propietarios que hubieran sido expropiados, salvo que la desafectación en cuestión se realice por Ley y que esta excluya normativamente la reversión. Así, por ejemplo, conforme al 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, de 3-12-2010), los bienes integrantes del patrimonio aeroportuario dejan de tener la condición de *demaniales*, sin que proceda por

(29) En este sentido, vid. BENGOTXEA ARRIETA, F., «La desafectación y venta de edificios administrativos y su ocupación en arrendamiento por el Estado», en *Diario La Ley*, 2011, núm. 7622, págs. 2-6. Entendemos que en este sentido debe interpretarse el artículo 155 de la LPAP, conforme al cual tendrán la consideración de edificios administrativos: «a) Los edificios destinados a oficinas y dependencias auxiliares de los órganos constitucionales del Estado y de la Administración General del Estado y sus organismos públicos».

(30) Conforme a este precepto legal, «Los inmuebles de titularidad de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos constitucionales del Estado se considerarán, en todo caso, bienes de dominio público».

ese cambio de naturaleza su reversión en favor de los antiguos propietarios de los bienes aeroportuarios que hubieran sido expropiados (art. 9, apartado 1) (31).

2. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE EJECUCIÓN FORZOSA, GARANTÍAS Y TRIBUTACIÓN INDIRECTA

A) *Particularidades de la ejecución forzosa*

Una vez desafectados, los edificios son arrendados a la Administración en régimen de Derecho Privado, sin que esta goce de facultades exorbitantes frente al inversor ni de posición privilegiada alguna respecto a la que tendría un arrendatario privado, por ejemplo, en caso de desahucio [que se ventilaría en la jurisdicción civil (32) al tratarse de relaciones de índole privada, sin posibilidad de acudir a la vía contencioso-administrativa] (33), más allá de las particularidades que se especifican a continuación:

- a) En caso de impago, el inversor no podría obtener el embargo de otros bienes de la Administración arrendataria que tuvieran la consideración de demaniales (34) o que —aun siendo patrimoniales— se hallaran *afectados materialmente a un uso o servicio público* (35), ni tampoco de

(31) «Artículo 9. Patrimonio aeroportuario. 1. Todos los bienes de dominio público estatal adscritos a la entidad pública empresarial AENA que no estén afectos a los servicios de navegación aérea, incluidos los destinados a los 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».

(32) La Administración no puede someter las disputas derivadas del SLB a arbitraje nacional o internacional. Por otra parte, del desahucio deberán conocer necesariamente los tribunales del lugar donde radique el inmueble (*lex rei sitae*).

(33) Vid. LOSCERTALES FUERTES, D., «Vencimiento de contratos de arrendamiento a organismos oficiales», en *Cuadernos de Arrendamientos Urbanos. Revista Jurídica Septin*, núm. 253, 2004, págs. 9-10.

(34) La inembargabilidad de los bienes de dominio público, privilegio que forma parte de la tradición del Derecho Administrativo español, tiene cobertura constitucional (art. 132 de la Constitución Española) y se halla regulado en la normativa estatal y autonómica.

(35) En este sentido, conviene tener en cuenta que, de acuerdo con la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Constitucional, número 166/1998, de 15 de julio (166/1998), recogida con mayor o menor acierto por el artículo 30.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE núm. 264, de 4-11-2003) y otras disposiciones autonómicas, son inembargables los bienes demaniales y, de entre los bienes patrimoniales, únicamente aquellos que se hallen «afectados materialmente a un uso o servicio público». Para un análisis en profundidad de esta relevante sentencia, vid. MIR PUIGPELAT, O., «El final de la inembargabilitat dels béns patrimonials de les Administracions Públiques? Comentari a la STC 16/1998, de 15 de juliol», en *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 25, 1999. En las páginas 137 a 144 de dicho trabajo se constata que, pese a haber sido saludada esta sentencia positivamente en su día por parte de la doctrina, no han

sus ingresos públicos (tributos). *A contrario*, sería jurídicamente viable obtener el embargo de bienes patrimoniales no materialmente afectos a un uso o servicio público, o incluso de ingresos privados (tales como los obtenidos por la Administración en el marco de sus actividades económicas ajenas a la prestación de servicios públicos) (36).

- b) Por otra parte, antes de recurrir a la jurisdicción civil, el inversor debería interponer la denominada «reclamación previa» frente a la Administración arrendataria, conforme a lo estipulado en los artículos 120 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, de 27-11-1992) (37) o, en su caso, en la normativa autonómica correspondiente (38).

B) *Garantías jurídicamente viables*

Al margen de lo que ha quedado indicado en el apartado A) precedente en materia de inembargabilidad de ciertos bienes de la Administración y de sus ingresos públicos, conviene señalar que no cabe plantear como posible garantía, en este tipo de operaciones, la afectación de ingresos públicos. Este tipo de garantía, utilizado en el marco de proyectos relativos a infraestructuras públicas, es jurídicamente viable cuando concurren ciertos requisitos legales (39) que, a nuestro entender, en principio no concurren en el SLB. Por otra parte, conviene tener en cuenta que la Administración —en tanto que arrendataria—

faltado voces que han clamado por la embargabilidad de los bienes patrimoniales en todo caso, al ser precisamente la afectación a un uso o servicio público el criterio determinante del carácter demanial o patrimonial de los bienes de la Administración.

(36) Conviene tener presente, no obstante, la excepción contenida en el artículo 68 de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOE núm. 123, de 23-5-1986), conforme a la cual: «*Los bienes de dominio privado son inembargables. No podrá despacharse mandamiento de ejecución ni dictarse providencia de embargo sobre estos bienes y derechos ni sobre las rentas, frutos o productos de los mismos, debiéndose estar a lo que dispone la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma*».

(37) En particular, conviene destacar el artículo 124.2 de la Ley 30/1992, conforme al cual: «*Si la Administración no notificara su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá considerar desestimada su reclamación al efecto de formular la correspondiente demanda judicial*».

(38) Así, por ejemplo, esta «reclamación previa» se halla regulada en el artículo 80 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, cuyo apartado 4 reza que: «*El plazo para resolver y notificar las reclamaciones previas a la vía judicial civil es de tres meses [...]*».

(39) Entre tales requisitos, cabe destacar la relación entre el ingreso público y la infraestructura en cuestión.

queda exonerada de la obligación legal de prestar fianza al arrendador, y ello en aplicación del artículo 36.6 de la LAU.

A la vista de lo anterior, conviene plantearse qué tipo de garantías podrían convenir el inversor y la Administración en este tipo de operaciones, en previsión de hipotéticos incumplimientos por parte de la Administración de sus obligaciones derivadas de los contratos de compraventa o arrendamiento mediante los que se articule el SLB. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, al margen de la fianza arrendaticia (cuya prestación por la Administración la LAU no exige preceptivamente —como ha quedado dicho—, pero tampoco se prohíbe en caso de existir acuerdo entre las partes a tal efecto), cabe plantear la entrega de avales bancarios, la constitución de depósitos bloqueados o *escrows* (mediante los que se retenga en depósito, por ejemplo, parte del precio de compra), la constitución de fianzas o garantías solidarias por la Administración (en caso de que la entidad arrendataria sea una sociedad dependiente de aquella) o incluso la constitución de prendas o hipotecas sobre ingresos privados o sobre bienes patrimoniales de la Administración que no se hallen materialmente afectos a un uso o servicio público (40).

C) *Tributación indirecta de la operación de la compraventa*

En otro orden de cosas, y dado que el análisis de los aspectos fiscales del SLB excede el objeto del presente trabajo, no abordaremos las implicaciones fiscales (en particular, a efectos del Impuesto sobre Sociedades) que se derivarían de que el arrendamiento tuviera la consideración de *arrendamiento financiero* [en los términos referidos en el apartado 3.A) siguiente]. Nos limitaremos, en este apartado, a considerar si cabe que la operación de compra devengue el Impuesto sobre el Valor Añadido («IVA») —y, consiguientemente, el ITPAJD en su modalidad de AJD—, en lugar de devengar el ITPAJD en su modalidad de TPO («ITP») —impuesto no recuperable—, siendo el inversor el obligado a soportar tales impuestos. A estos efectos, resulta clave que la Administración vendedora-arrendataria tenga consideración de sujeto pasivo de IVA por lo que se refiere a la operación de compraventa.

(40) Sobre esta cuestión, y en relación con las entidades locales, resulta de interés lo dispuesto en el artículo 173.2 del *Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales* (BOE núm. 59, de 9-3-2004): «Los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público».

Según la normativa reguladora del IVA, la Administración no tiene la consideración de sujeto pasivo de IVA en el marco de la prestación de servicios públicos, salvo en aquellos casos en los que el hecho de no considerarla como sujeto pasivo del impuesto llevase a distorsiones graves de la competencia. Sobre este particular, la jurisprudencia comunitaria ha precisado que la Administración puede ser sujeto pasivo de IVA en los supuestos en que, aun actuando en calidad de autoridad pública, mediante su actuación pueda afectar al adecuado funcionamiento de la competencia en el mercado (41). Siendo la actividad ordinaria de la Administración la prestación de servicios públicos en régimen de Derecho Público, cabe argumentar que es ajena a ese ámbito la transmisión de inmuebles, que realiza la Administración en régimen de Derecho Privado, como haría cualquier operador económico privado actuando en condiciones normales de mercado (y que, por tanto, la venta de inmuebles debería hallarse sujeta a IVA). En este sentido se ha pronunciado precisamente el Tribunal Económico Administrativo Central («TEAC») en una Resolución de 24 de julio de 2007 (42), conforme a la cual la transmisión de inmuebles por la Administración se hallaría sujeta al IVA, en lugar de hallarse sujeta al ITP (43).

3. LA INCIDENCIA DE LA CONTABILIDAD PÚBLICA A EFECTOS DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

Cuando el SLB tiene por objeto inmuebles públicos, determinados aspectos clave para el inversor en este tipo de operaciones (como la duración del arrendamiento, el precio de compra en caso de ejercicio de la opción o el régimen de *triple net*) vienen modulándose contractualmente por las partes en consideración de criterios de contabilidad pública y, por tanto, de sujeción a las restricciones impuestas por la normativa en materia de endeudamiento público y estabilidad presupuestaria (44).

(41) Vid., en este sentido, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas el 17 de octubre de 1989 (*Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Fiorenzuola d'Arda y otros c/ Comune di Carpaneto Piacentino y otros*, asuntos acumulados 231/87 y 129/88, Rec. 1989, pág. 3233) y el 8 de junio de 2006 (*Finanzamt Eisleben c/ Feuerbestattungsverein Halle eV*, asunto C-430/04, Rec. 2006, pág. I-04999).

(42) En efecto, en dicha resolución, el TEAC concluyó que la transmisión por la Administración de inmuebles de naturaleza patrimonial se hallaba sujeta a IVA, al objeto de evitar la infracción del régimen de neutralidad del impuesto. El TEAC señaló que, en caso de no devengarse el IVA, el devengo del ITP distorsionaría el mercado inmobiliario, teniendo en cuenta, en particular, que se trata de operaciones frecuentes.

(43) Por otra parte, es relevante que los activos transmitidos no constituyan un negocio en funcionamiento a efectos del IVA (es decir, un conjunto de activos susceptible de operar de manera independiente) al objeto de evitar que la transmisión se halle sujeta al ITP.

(44) MARTÍNEZ-VILLASEÑOR, G., «Sale & lease back de inmuebles de las Administraciones Públicas: potencialidad y condicionamientos», en *Expansión*, 5 de agosto de 2011. Vid.

A) *Arrendamiento financiero vs. arrendamiento operativo*

En el caso de las operaciones de SLB de edificios públicos más habituales (45) (consistentes en la enajenación de inmuebles a inversores privados), las reglas del Sistema Europeo de Cuentas Económicas («SEC-95») (46) conducen a analizar si la operación se realiza a precio de mercado (47) y si tiene la consideración de *arrendamiento financiero* (según este término se emplea en la SEC-95), lo que determinará que la operación compute como deuda a efectos contables (48).

El concepto contable de *arrendamiento financiero* que maneja la SEC-95 es ajeno al concepto jurídico de arrendamiento financiero o *leasing* contenido en la Disposición Adicional séptima, apartado 1, de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (BOE núm. 182, de 30-7-1988). La SEC-95 contrapone el *arrendamiento financiero* (en sentido contable) al *arrendamiento operativo*, figura mixta con gran predicamento en el Reino Unido que, introducida por el ente GISA en nuestro país, presenta elementos propios del arrendamiento de bienes, del arrendamiento de servicios y, en algunos casos, de derecho de superficie (49). Esta distinción ha sido acogida tanto en el Plan General de Contabilidad (aprobado por Real Decreto

RUIZ ESCALVO, M. P., *El principio de estabilidad presupuestaria*, Edisofer, Madrid, 2003. En las operaciones de SLB en que el vendedor es una entidad financiera, esa modulación tiene por objeto mejorar los ratios de eficiencia a efectos de Basilea II (ARRÁEZ AMSELEM, R., «Sale and lease back de un portfolio inmobiliario», en *2010 Anuario mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*, La Ley, Madrid, 2010).

(45) No nos referimos en este contexto a otras posibles fórmulas de SLB en las que el adquirente es una sociedad pública existente o una entidad pública creada con la finalidad específica de adquirir activos inmobiliarios públicos.

(46) A este respecto, conviene tener en cuenta las determinaciones establecidas por el Sistema Europeo de Cuentas Económicas SEC-95, en tanto que marco de referencia vinculante en materia de cálculo del déficit y deuda públicos [Reglamento (CE) núm. 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad (SEC-95), DOCE núm. L 310/1, de 30-11-1996].

(47) El proceso de licitación competitivo es un relevante indicador del cumplimiento de este requisito, cuyo cumplimiento no debe ser problemático cuando el inversor sea privado y se sigan las normas de contratación pública y enajenación del patrimonio de las Administraciones Públicas. En la práctica, para reforzar el cumplimiento de este requisito se contratan los servicios de una empresa comercializadora especializada, que establece una valoración previa sobre cuya base se efectúa la licitación (MARTÍNEZ-VILLASEÑOR, G., *op. cit.*).

(48) En este último caso, la venta del activo no debe registrarse, sino que el activo debe mantenerse en el balance de la Administración Pública en cuestión.

(49) Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 161-193, y VILLARINO MARZO, J., «Técnicas patrimoniales de colaboración público-privada: las concesiones demaniales y el arrendamiento operativo», en DORREGO DE CARLOS, A. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. (dirs.): *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, Madrid, 2009, págs. 497-508.

1514/2007, de 16 de noviembre, *BOE* núm. 278, de 20-11-2007) como en el Plan General de Contabilidad Pública (aprobado por Orden EHA/1037/2010, de 13 de abril, *BOE* núm. 102, de 28-4-2010), que definen el arrendamiento financiero atendiendo a la transmisión de los riesgos inherentes a la propiedad del activo objeto del contrato.

La SEC-95 ofrece, en su Anexo II, una serie de criterios orientativos a efectos de determinar el carácter del arrendamiento (*financiero* u *operativo*) en cada caso. En principio, son indicios que apuntan a la contabilización como *arrendamiento financiero* (y, por tanto, como deuda) aspectos tales como *a)* que la Administración asuma el mantenimiento y seguro del activo, *b)* la obligación de la Administración de reembolso de la deuda derivada de la financiación solicitada por el inversor en caso de resolución anticipada del arrendamiento, y *c)* que la Administración asuma los incrementos de costes del inversor relacionados con la tenencia del activo. Por el contrario, se identifican como rasgos propios de los *arrendamientos operativos* aspectos tales como *a)* la existencia de un margen de libertad considerable del inversor en la gestión y mantenimiento del activo, *b)* la posibilidad de recibir ingresos de terceros por el uso del activo, y *c)* que la Administración tenga libertad para decidir la compra del inmueble al término del arrendamiento a precio de mercado en ese momento, sin que el precio quede fijado de antemano.

En definitiva, los criterios de contabilización de este tipo de operaciones se fundamentan en la transferencia efectiva de riesgos por el sector público al sector privado (50). Naturalmente, cabe que algunos aspectos de una concreta operación sugieran un *arrendamiento financiero* y que otros apunten a su contabilización como *arrendamiento operativo*. En tales supuestos, según establece la SEC-95 en su Anexo II, deberá realizarse una valoración ponderada.

B) *Incidencia en la configuración de los términos del negocio*

Aunque el análisis de los aspectos contables de este tipo de operaciones excede del objeto de este trabajo, interesa destacar que no cabe aplicar al SLB de edificios públicos las estipulaciones habituales en las operaciones que tienen por objeto inmuebles de titularidad privada, sin adoptar las cautelas necesarias y realizar los ajustes oportunos. Así, por ejemplo, la estipulación de un plazo de vigencia del arrendamiento que cubra la mayor parte de la vida útil del inmueble o la asunción sin matices del tradicional modelo de *triple net* (asun-

(50) Vid. LOZANO ROMERAL, D. L. y MELÓN PARDO, C., «Compraventa y arrendamiento de bienes de equipo para la prestación de servicios públicos de transporte colectivo de viajeros», en 2009 *Anuario mercantil para abogados: los casos más relevantes en 2008 de los grandes despachos*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 646.

ción por el arrendatario de impuestos, seguros y mantenimiento), de cláusulas que garanticen al inversor el pago de la renta en cualquier circunstancia (51) (incluidos, por ejemplo, los supuestos de destrucción del edificio) o de ciertas cláusulas de recompra por un precio equivalente al valor residual podrían poner la operación bajo sospecha de constituir un *arrendamiento financiero* en el sentido de la SEC-95, con la consiguiente consideración de deuda a efectos contables y, por tanto, sujeta a las restricciones aplicables en materia de deuda pública y estabilidad presupuestaria.

Por tanto, la adecuada configuración de los concretos términos del negocio exige un ejercicio imaginativo de las partes que permita alcanzar un adecuado equilibrio, siempre delicado y complejo, entre las especialidades en materia de contabilidad pública y las necesidades y requerimientos del inversor privado. Solo así podrá asegurarse que la operación dote a la Administración de la liquidez pretendida sin generar endeudamiento público y, al tiempo, resulte atractiva para el inversor.

4. LA INCIDENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE AYUDAS PÚBLICAS

Al estructurar el negocio, no basta con tener en cuenta las consideraciones vertidas en los apartados anteriores. Conviene, asimismo, tener presentes las importantes restricciones que impone el Derecho de la Unión Europea —en materia de ayudas estatales— a las operaciones inmobiliarias entre el sector público y los operadores económicos privados (52), cuya infracción permitiría a los competidores del inversor impugnar la validez de la operación ante los tribunales españoles y denunciar su componente de ayuda ante la Comisión Europea (la «Comisión»), que podría revisar la operación de oficio. Las referidas restricciones no impiden llevar a cabo este tipo de operaciones, siempre que se estructuren e implementen de manera que no constituyan una ayuda estatal (léase, pública) en el sentido del artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el «TFUE») (53).

(51) Alternativamente, podrían intentar cubrirse este tipo de riesgos mediante la contratación de seguros (de pérdida de rentas o de otro tipo).

(52) Artículos 107 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y su normativa de desarrollo.

(53) Para un análisis de su aplicación en el sector inmobiliario, vid. RODRÍGUEZ MÍN-GUEZ, J. A., «Algunas precisiones de la jurisprudencia sobre la prescripción de las ayudas estatales: a propósito del caso Scott», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 226, 2003, págs. 60-69; WISSEL, H. y WITTING, J., «Review of Opinion of Advocate General Jacobs in Case C-276/03 P - Scott SA v. Commission», en *European State Aid Quarterly*, núm. 2, 2005, págs. 381-383; JAEGER, T., «Recovering Illegal State Aid in Real Estate Contracts», en *European State Aid Quarterly*, núm. 3, 2007, págs. 578-585; e

El punto de partida es que existe elemento de ayuda pública en favor del inversor privado en las operaciones inmobiliarias con la Administración que se realicen a precio inferior al de mercado. Pese a que el cumplimiento de las normas nacionales en materia de contratación pública y enajenación del patrimonio de las Administraciones públicas debería garantizar que la operación se realice a precio de mercado, a estos efectos la Comisión no aplica los criterios de valoración contenidos en la normativa estatal (54) ni otros elaborados por organizaciones profesionales del sector inmobiliario (55), sino que aplica *a)* los mecanismos regulados en una comunicación (56) publicada por la propia Comisión hace catorce años (57) (la «Comunicación»), y *b)* el llamado principio del inversor privado, según ha sido desarrollado por la práctica y jurisprudencia comunitarias (58).

A) *Los mecanismos regulados*

Pese a que la Comunicación se refiere únicamente a las ventas de inmuebles de titularidad pública (59), parece razonable concluir que los criterios contenidos

IDOT, L., «Évaluation du montant de l'aide en cas de vente d'un terrain», en *Europe - Revue Mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, mayo de 2007, págs. 20-21.

(54) A nivel estatal, el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (BOE núm. 309, de 24-12-2008), desarrollado por el Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley del Suelo (BOE núm. 270, de 9-11-2011), establece ciertos criterios de valoración inmobiliaria que solo son de aplicación a los supuestos tasados en dicha Ley, y que muchos consideran alejados de un auténtico justiprecio. La Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo (BOE núm. 85, de 9-4-2003), por su parte, estipula las normas de valoración de bienes inmuebles que deben aplicarse para ciertas finalidades financieras. La Orden EHA/564/2008, de 28 de febrero (BOE núm. 56, de 5-3-2008), por su parte, aclara la posible conexión entre los criterios de valoración que establece la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo (BOE núm. 85, de 9-4-2003), y los establecidos por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo (BOE núm. 128, de 29-5-2007). Por último, nuestra normativa estatal y autonómica contiene disposiciones tendentes a garantizar que la propiedad de titularidad pública no se venda, en principio, por un precio inferior a su valor.

(55) Piénsese, por ejemplo, en los Estándares RICS de Valoración (6.^a ed., Coventry, Reino Unido) de la Royal Institution of Chartered Surveyors, que entraron en vigor el 1 de enero de 2008.

(56) Sobre el valor jurídico de este tipo de comunicaciones de la Comisión, vid. PÉREZ RIVARÉS, J. A., «Los efectos jurídicos de las directrices de la Comisión Europea en materia de ayudas del Estado», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 21, 2011.

(57) Comunicación de la Comisión relativa a los elementos de ayuda en las ventas de terrenos y construcciones por parte de los poderes públicos, DOCE núm. C 209, de 10-7-97, págs. 3-5.

(58) Sobre el principio del inversor privado, vid. SCHEUING, D. H., *Les aides financières publiques*, Berger-Levrault, París, 1974, pág. 33.

(59) Comunicación, apartado I (*Introducción*), párrafo cuarto.

en dicha Comunicación deben ser de aplicación al SLB (60). La lógica de la Comunicación es sencilla. Se consideran realizadas a precio de mercado (y, por tanto, libres de cualquier elemento de ayuda pública) las operaciones que se realicen conforme a alguno de los dos sistemas que la propia Comunicación regula (los «Sistemas Regulados»): *a*) en el marco de una licitación suficientemente anunciada, abierta e incondicional, similar a una subasta, adjudicada al mejor o único postor (61); o *b*) a un precio no inferior al precio de mercado que resulte de una tasación a cargo de uno o varios tasadores de activos independientes al objeto de determinar el valor de mercado (62).

La Comunicación define en detalle los requisitos procedimentales y materiales que debe reunir el Sistema Regulado que se escoja: aborda aspectos tan concretos como los requisitos de transparencia e incondicionalidad (en caso de licitación) o las titulaciones académicas o profesionales requeridas, las garantías de independencia necesarias o los criterios de valoración aplicables (en caso de tasación por peritos). Huelga decir que, para mayor seguridad, cabe recurrir en la práctica a la aplicación cumulativa de ambos Sistemas Regulados.

Si la operación se acomoda estrictamente a alguno de los dos Sistemas Regulados, *queda automáticamente excluido cualquier elemento de ayuda estatal* (63). Por el contrario, las operaciones inmobiliarias que no se acomoden estrictamente a alguno de los dos Sistemas Regulados deberán ser notificadas a la Comisión *ex ante* por la Administración en cuestión en virtud del artículo 108.3 del TFUE, y ello al objeto de que, antes de consumir la operación (y como condición para que dicha consumación tenga lugar), la Comisión autorice la operación, ya sea *a*) por considerar que no existe ayuda pública, o *b*) porque, pese a entender que existe ayuda, la Comisión la considere compatible con el mercado interior

(60) En este sentido, téngase en cuenta que, en la práctica, la Comisión viene aplicando los principios contenidos en la Comunicación también a los arrendamientos (Decisión de la Comisión 2003/162/CE, *Landesentwicklungsgesellschaft Thüringen*, DOCE núm. L 66, pág. 36, apartado 30, y Decisión de la Comisión 2000/389/CE, *esquema EP/PIP*, DOCE núm. L 145, pág. 27, apartado 64), a las adquisiciones de inmuebles por la Administración (Decisión de la Comisión 2002/865/CE, *Graf von Henneberg Porzellan*, DOCE núm. L 307, pág. 1, apartado 86; Decisión de la Comisión 2006/900/CE, *Componenta*, DOCE núm. L 353, pág. 36, apartado 36; y Decisión de la Comisión 2005/664/CE, *Lemwerder*, DOCE L núm. 247, pág. 32, apartados 19 y sigs.) y a las privatizaciones de inmuebles (Decisión de la Comisión 2000/628/CE, *Centrale del Latte di Roma*, DOCE L núm. 265, pág. 15, apartados 86 y sigs.).

(61) Comunicación, apartado II (*Principios*), número 1 (*Venta mediante licitación incondicional*).

(62) Comunicación, apartado II (*Principios*), número 2 (*Venta sin licitación incondicional*).

(63) Decisión de la Comisión 2002/14/CE, *Scott Paper*, DOCE L núm. 12, pág. 1, apartado 136.

en aplicación de alguna de las excepciones a la prohibición de ayudas públicas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 107 del TFUE (64).

B) *Supuestos dudosos*

El análisis de las decisiones de la Comisión muestra que la mayoría de los casos en los que la Comisión analiza el hipotético elemento de ayuda en operaciones inmobiliarias no es como consecuencia de notificaciones cursadas *ex ante* por las Administraciones interesadas en consumir las operaciones en cuestión, sino como consecuencia de denuncias de competidores u otros terceros *ex post* relativas a supuestos en los que resulta dudosa la correcta ejecución de alguno de los dos Sistemas Regulados (65). Lógicamente, los supuestos de operaciones no notificadas *ex ante* a la Comisión en que no exista licitación ni tasación alguna son excepcionales.

C) *El principio del inversor privado*

A diferencia de otras comunicaciones de la Comisión (66), la Comunicación objeto de análisis no arroja luz sobre los criterios que deben aplicarse para determinar si una operación es constitutiva de ayuda pública en caso de que en la operación en cuestión no se haya ejecutado correctamente ninguno de los dos Sistemas Regulados en la propia Comunicación. En estos supuestos, son de aplicación los principios generales en materia de ayudas públicas: la

(64) Excepcionalmente, no será obligatoria la notificación a la Comisión cuando, aun no siguiéndose estrictamente ninguno de los Sistemas Regulados, sea de aplicación la regla de *minimis not curat lex*, en función del importe de la operación.

(65) Según la propia Comunicación, «cuando la Comisión reciba una denuncia u observación de terceros en la que se alegue la existencia de un elemento de ayuda de Estado en un acuerdo de venta [...], considerará que no existe ayuda de Estado, si de la información facilitada por el Estado miembro interesado se desprende que se han respetado los principios antes descritos» [Comunicación, apartado II (*Principios*), número 4 (*Denuncias*)]. Como ha observado la doctrina, esto último puede estar induciendo a las Administraciones en cuestión a abstenerse de notificar a la Comisión las operaciones proyectadas en las que exista licitación o tasación por peritos, pero no sea evidente que el mecanismo escogido se atenga estrictamente a los requisitos exigidos por la Comunicación, en caso de confiar en la posibilidad de que la Comisión considere retroactivamente que el mecanismo seguido se adecúa a los principios inspiradores de la Comunicación y que, en consecuencia, queda amparado por ella (vid. JAEGER, T., *op. cit.*, pág. 579).

(66) Vid., e.g., las Directrices comunitarias sobre la financiación de los aeropuertos y las ayudas estatales de puesta en marcha destinadas a compañías aéreas que operen desde aeropuertos regionales (DOCE núm. C 312, de 9-12-2005, pág. 1), actualmente en curso de revisión.

Comisión recurre al principio del inversor privado que actúa en condiciones de mercado para determinar el valor de mercado del inmueble en cuestión de manera retroactiva.

La práctica de la Comisión y la jurisprudencia comunitaria ofrecen numerosas claves a los operadores jurídicos por lo que a la aplicación del principio del inversor privado se refiere en consideración de diferentes contratos inmobiliarios típicos (67). Cuando las instituciones comunitarias tengan ocasión de aplicar el principio del inversor privado al SLB, convendría que tomaran en consideración las particularidades que revisten este tipo de operaciones y, en particular, el método mediante el que, en la práctica, suelen determinarse el precio de compra y la renta arrendaticia en el SLB: una vez pactada la tasa de rentabilidad o *yield* (relación entre precio de compra y renta del inmueble), el precio y la renta se determinan conforme a parámetros de mercado (68).

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El *sale and lease back* de edificios públicos puede resultar una oportunidad para todos los actores en ellas involucrados. Su complejidad contable y jurídica no impide llevar a cabo este tipo de operaciones, permitidas por la legislación sobre patrimonio de las Administraciones públicas. No obstante, ello exige que el negocio se estructure y ejecute adoptando determinadas cautelas que permitan evitar tanto la hipotética infracción de la prohibición de pacto comisorio como que la operación constituya una ayuda pública en el sentido del artículo 107.1 del TFUE.

Requiere, además, un esfuerzo imaginativo de las partes que permita acomodar las soluciones legales y jurisprudenciales tradicionales a las peculiaridades del negocio y, al tiempo, armonizar los criterios de contabilidad pública (tomando en consideración las restricciones en materia de endeudamiento público) con los estándares internacionales y requerimientos de los inversores privados en este tipo de operaciones, para, de este modo, garantizar la satisfacción de los legítimos intereses de ambas partes.

(67) Vid., e.g., las Decisiones de la Comisión 2002/14/CE, de 12 de julio de 2000, *sobre la ayuda estatal ejecutada por Francia en favor de Scott Paper SA/Kimberly-Clark*, DOCE núm. L 12, de 15-1-2002, pág. 1, y 2003/227/CE, de 2 de agosto de 2002, *relativa a diversas medidas y a la ayuda estatal ejecutada por España en favor del parque temático «Terra Mítica, S. A.»*, Benidorm (Alicante), DOCE núm. L 91, de 8-4-2003, pág. 23.

(68) Dada la larga duración arrendaticia que se pacta en el SLB, es habitual acordar fórmulas de actualización de la renta a valores de mercado, si bien pactándose límites máximos en cuanto a los incrementos o reducciones de renta, que tienen por objeto garantizar al inversor la rentabilidad mínima pretendida y, a su vez, asegurar al vendedor-arrendatario cierta estabilidad en el coste del arrendamiento.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRÁEZ AMSELEM, R.: «Sale and lease back de un portfolio inmobiliario», en SEBASTIÁN QUETGLAS, R. (coord.): *2010 Anuario mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2009 en los grandes despachos*, La Ley, Madrid, págs. 55-72.
- BENGOETXEA ARRIETA, F.: «La desafectación y venta de edificios administrativos y su ocupación en arrendamiento por el Estado», en *Diario La Ley*, núm. 7622, 2011, págs. 2-6.
- BONTEMPI, P.: «Divieto di patto commissorio e lease back», en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, núm. 5, 1995, pág. 909.
- BUITRAGO RUBIRA, J. R.: «El lease back como instrumento de financiación (STS de 10 de febrero de 2005)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 692, 2005, págs. 2117-2124.
- CARRASCO PERERA, A.: «¿Qué indemnización debe pagar el arrendatario que abandona el local antes de la fecha contratada?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 677, 2005, págs. 7-12.
- CASADO BURBANO, P.: «El lease back inmobiliario, una alternativa más para la movilidad de activos patrimoniales», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1985, págs. 857-873.
- CLEMENTE MEORO, M. E.: «Desistimiento del arrendatario para uso distinto del de vivienda e indemnización de daños y perjuicios: Comentario a la STS de 20 de mayo de 2004 (RJ 2004/2710)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 14, 2005, págs. 159-165.
- COLOMÉ, L.: «La indemnización por desalojo del arrendamiento en el contrato de arrendamiento para uso distinto al de vivienda», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2003, págs. 1550-1556.
- CONTIJOCH PRATDESABA, R.: «Desistimiento unilateral y anticipado del contrato de arriendo por el inquilino y su trascendencia indemnizatoria en la LAU», en *Cuadernos de Arrendamientos Urbanos. Revista Jurídica Sepín*, núm. 297, 2009, págs. 13-21.
- DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: «Algunas consideraciones en torno al lease back en su conexión con el derecho de superficie urbano», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 635, 1996, págs. 1396-1431.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, Civitas, Madrid, 1996.
- ESTRUCH ESTRUCH, J.: «Algunas cuestiones sobre la facultad de desistimiento del arrendatario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 719, 2010, págs. 981-999.
- FLORES RODRÍGUEZ, J.: «A vueltas con el alcance de la indemnización en favor del arrendador por desistimiento anticipado del arrendatario: entre la aplicación estricta o la prudente moderación. Comentario a la STS de 30 de octubre de 2007 (JUR 2007/334203)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 20, 2008, págs. 197-207.
- GARCÍA GARNICA, M. C.: *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- GITTI, G.: «Divieto del patto commissorio, frode alla legge, sale and lease back», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. 2, 1993, págs. 457-492.

- GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: «El desistimiento unilateral del arrendatario antes de la expiración del plazo estipulado (examen de los arts. 56 TRLAU y 11 LAU. Efectos del abandono de la finca cuando no se está facultado para desistir del contrato)», en *Cuadernos de Arrendamientos Urbanos. Revista Jurídica Sepín*, núm. 221, 2002, págs. 15-32.
- GÓMEZ SEGADE, J. A.: «Algunos problemas actuales del Derecho Mercantil», en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.): *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, págs. 218-230.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- IDOT, L.: «Évaluation du montant de l'aide en cas de vente d'un terrain», en *Europe - Revue Mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, núm. 143, 2007, págs. 20-21.
- JAEGER, T.: «Recovering Illegal State Aid in Real Estate Contracts», en *European State Aid Quarterly*, núm. 3, 2004, págs. 578-585.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, Librería Bosch, Barcelona, 1995. — *Elementos de Derecho Civil*, Librería Bosch, Barcelona, 1997.
- LEYVA SAAVEDRA, J.: «El lease back, una moderna técnica de financiamiento», en *Gaceta Jurídica*, tomo 68-B, 1999, p. 26.
- LOSCERTALES FUERTES, D.: «Vencimiento de contratos de arrendamiento a organismos oficiales», en *Cuadernos de Arrendamientos Urbanos. Revista Jurídica Sepín*, núm. 253, 2004, págs. 9-10.
- LLORENTE SAN SEGUNDO, I.: «El contrato de sale and lease back», en DE LA CUESTA RUTE, J. M. y VALPUESTA GASTAMINZA, E. M. (coords.): *Contratos mercantiles*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 1405-1437.
- LOZANO ROMERAL, D. y MELÓN PARDO, C.: «Compraventa y arrendamiento de bienes de equipo para la prestación de servicios públicos de transporte colectivo de viajeros», en SEBASTIÁN QUETGLAS, R. (coord.): *2009 Anuario mercantil para abogados: los casos más relevantes en 2008 de los grandes despachos*, La Ley, Madrid, 2009, págs. 646-648.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: «La posibilidad de desistimiento unilateral del arrendatario en la normativa arrendaticia urbana», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 61, 2010, págs. 3-22.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: «El lease back o leasing de retorno: distinción de otras figuras. Aplicación de la Ley de Usura. Comentario a la sentencia del TS de 17 de marzo de 1998. Rec. núm. 164/1994 (RJ 1998/1351)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998, págs. 315-324.
- MIR PUIGPELAT, O.: «El final de la inembargabilitat dels béns patrimonials de les Administracions Públiques? Comentari a la STC 16/1998, de 15 de juliol», en *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 25, 1999, págs. 117-144.
- MARTÍNEZ-VILLASEÑOR, G.: «Sale & lease back de inmuebles de las Administraciones públicas: potencialidad y condicionamientos», en *Expansión*, 5 de agosto de 2011.
- PACHECO CAÑETE, M.: *El contrato de «lease back»*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- PARRA LUCÁN, M. A.: «Comentario a la STS de 2 de febrero de 2006. Lease back inmobiliario. Naturaleza del contrato. Usura. Pacto comisorio. Ejercicio simultáneo en juicios distintos de la acción de cumplimiento y de la resolución contractual», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 72, 2006, págs. 1741-1772.

- PÉREZ GURREA, R.: «Estudio del *leasing* financiero y del *lease back* a propósito de la DGRN de 19-1-2005 y de la STS de 2-2-2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 696, 2006, págs. 1652-1661.
- PÉREZ RIVARÉS, J. A.: «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza jurídica del contrato de *forward funding*», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 259, 2006, págs. 237-252.
- «Los efectos jurídicos de las directrices de la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 21, 2011, <http://www.reei.org/index.php/revista/num21/articulos/efectos-juridicos-directrices-comision-europea-materia-ayudas-estado>.
- RODRÍGUEZ MÍNGUEZ, J. A.: «Algunas precisiones de la jurisprudencia sobre la prescripción de las ayudas estatales: a propósito del caso *Scott*», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 226, 2003, págs. 60-69.
- RUIZ RESCALVO, M. P.: *El principio de estabilidad presupuestaria*, Edisofer, Madrid, 2003.
- SCHEUING, D. H.: *Les aides financières publiques*, Berger-Levrault, París, 1974.
- VILLARINO MARZO, J.: «Técnicas patrimoniales de colaboración público-privada: las concesiones demaniales y el arrendamiento operativo», en DORREGO DE CARLOS, A. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. (dirs.): *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, Madrid, 2009, págs. 497-508.
- VIVAS TESÓN, I.: «Una reflexión en torno al *lease back*: Comentario a la STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/1405)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 16, 2006, págs. 213-222.
- WISSEL, H. y WITTING, J.: «Review of Opinion of Advocate General Jacobs in Case C-276/03 P - *Scott SA v. Commission*», en *European State Aid Quarterly*, núm. 2, 2004, págs. 381-383.

JURISPRUDENCIA CITADA

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>As./Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
TJUE, 17-10-1989	231/87 y 129/88	Ole Due	Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Fiorenzuola d'Arda y otros c/ Comune di Carpaneto Piacentino y otros
STC, Pleno, 15-7-1998	166/1998	Julio Diego González Campos	Cuestión de inconstitucionalidad plantada por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Burgos
STS, 1.ª, 20-11-1999	8615	Pedro González Poveda	Tesorería General de la Seguridad Social c. Ibercaja <i>Leasing</i> , S. A.
STS, 1.ª, 3-2-2006	823	Jesús Corbal Fernández	D. Víctor c. D. Adolfo
STS, 1.ª, 2-2-2006	494	Juan Antonio Xiol Ríos	D. María Luisa y Lumasy, S. A. c. Newcomar, S. L.
TJUE, 2.ª, 8-6-2006	C-430/04	Jerzy Makarczyk	Finanzamt Eisleben c/ Feuerbestattungsve- rein Halle eV
STS, 1.ª, 15.04.2010	3536	Antonio Salas Carceller	Hermanos Macías García, S. A. y José Macías García, S. A. c. Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona

RESUMEN

VENTA Y ARRENDAMIENTO
DE RETORNO
CONTRATOS ATÍPICOS
SISTEMA EUROPEO DE CUENTAS 1995
AYUDAS PÚBLICAS

Dada la complejidad de este tipo de operaciones, ¿procede aplicar, sin más, el régimen legal y jurisprudencial de las figuras contractuales típicas que fácilmente se identifican en ellas, o está justificada la modulación de dicho régimen en determinados aspectos?

Desde un punto de vista de Derecho público, ¿es jurídicamente viable que la Administración recurra a este tipo de operaciones en nuestro país, por ejemplo, con relación a los edificios actualmente ocupados por las Consejerías o los Ministerios? ¿Qué peculiaridades existen en materia de ejecución arrendaticia? ¿Qué garantías son jurídicamente viables? ¿Cuál es la tributación indirecta de la operación? ¿Cómo condicionan este tipo de negocio las restricciones que imponen, por un lado, las regulaciones en materia de estabilidad presupuestaria y, por otro, el Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas estatales aplicable a las operaciones inmobiliarias entre el sector público y los operadores económicos privados?

Este artículo da respuesta a estas y otras cuestiones eminentemente prácticas, al tiempo que identifica algunas claves jurídicas que conviene tener en cuenta al estructurar y documentar este tipo de operaciones.

ABSTRACT

(SALE AND LEASE BACK)
(NON-REGULATED AGREEMENTS)
(EUROPEAN SYSTEM OF
ACCOUNTS 1995)
(STATE AIDS)

Given the complex nature of this type of transactions, is it appropriate the Spanish regulations and case-law issued in relation to sales and leases (individually considered) being applied? Or is it fair them being qualified in certain aspects?

From a public law standpoint, is it legally feasible the Spanish authorities being engaged in this kind of transactions in relation e.g. to office buildings occupied by regional or national ministries? What is the investor's position when seeking specific performance of the lease? What type of guarantees or securities are legally feasible? What is the indirect taxation of the transaction? How legal restrictions over public indebtedness, and EU State aid control regulations, impact on the deal?

This paper addresses those and other practical issues, and identifies certain legal clues to be considered when structuring and implementing this kind of transactions.

*(Trabajo recibido el 18-4-2012 y aceptado
para su publicación el 16-7-2012)*