

EL SALE AND LEASE BACK DE EDIFICIOS PÚBLICOS: ALGUNAS CLAVES JURÍDICAS

JUAN ANTONIO PÉREZ RIVARÉS

Abogado*

El sale and lease back de edificios públicos: algunas claves jurídicas

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? ¿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, identifica algunas claves jurídicas que conviene tener en cuenta al estructurar y documentar este tipo de operaciones y formula algunas propuestas que, en caso de ser acogidas por nuestros tribunales, contribuirían a incrementar la seguridad jurídica de los actores involucrados y, en definitiva, a la consolidación jurídica de esta figura en nuestro país.

Sale and lease back on buildings owned by the Spanish authorities: some legal clues

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? How legal restrictions over public indebtedness, and EU State aid control regulations, impact on the deal? This paper addresses those and other practical issues, identifies certain legal clues to be considered when structuring and implementing this kind of transactions and tables some proposals which, if accepted by the Courts, would entail a contribution to the legal certainty of the players involved and, at the end of the day, to the legal consolidation of those transactions in Spain.

1 · 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 alquiler¹. 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, permitirle continuar en el uso de los inmuebles y pudiendo preverse contractualmente fórmulas que permitan a la Administración volver a adquirirlos en el futu-

ro. 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.

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*² (conocido como arrendamiento financiero de retorno, *retro-leasing*, *lease back* o incluso como *sale and lease back*) que ha sido objeto de análisis

* Del Área Mercantil de Uría Menéndez (Barcelona).

¹ 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.

² 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.

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)³, y conceptualizándola otros como una modalidad de *leasing*⁴. Cuando empleamos el término SLB nos estamos refiriendo al tipo de operaciones inmobiliarias (conocidas en el mercado por esta denominación) 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*⁵.

El presente trabajo identifica algunas claves jurídicas que conviene tener en cuenta al estructurar y documentar este tipo de operaciones en España y formula algunas propuestas que, en caso de ser acogidas por nuestros tribunales, contribuirían a incrementar la seguridad jurídica de las partes y, en definitiva, a la consolidación jurídica de esta figura en nuestro país. 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 2). A continuación se analizan determinados condicionantes que inciden en este tipo de operaciones cuando tienen por objeto inmuebles de titularidad pública (*vid.* apartado 3), tras lo cual se cierra el trabajo con algunas consideraciones finales (*vid.* apartado 4).

2 · EL ENCAJE DEL NEGOCIO EN NUESTRO DERECHO PRIVADO

2.1 · Naturaleza jurídica

Nos encontramos, una vez más⁶, ante una de las nuevas formas de contratación importada de la práctica inmobiliaria de matriz anglosajona⁷. En el 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).

3 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 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.* M. Pacheco Cañete: *El contrato de «lease-back»*, Madrid, 2004; e I. Llorente San Segundo: «El contrato de «sale and lease back»», en *Contratos mercantiles*, tomo I, Pamplona, 2009, págs. 1405-1437.

4 *Id.* J. L. Lacruz Berdejo: *Elementos de Derecho Civil*, tomo II, volumen 2, Barcelona, 1995, pág. 412; J. R. Buitrago Rubira: «El *lease-back* como instrumento de financiación (STS de 10 de febrero de 2005)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2005, núm. 692, págs. 2117-2124; y M. C. García Garnica: *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Pamplona, 2001. En este sentido, *vid.* las STS de 2 de febrero de 2006 (RJ 2006/494) y de 15 de abril de 2010 (JUR 2010/173944). 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 —RJ 2006/494— (recientemente confirmada por STS de 15 de abril de 2010, JUR 2010/173944) ha consagrado la autonomía de este negocio respecto al préstamo sobre la consideración de que se trata de una modalidad de arrendamiento financiero, y ha confirmado su licitud siempre que concurran determinados requisitos, incluidos los exigidos para el arrendamiento financiero por la normativa fiscal.

5 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 período de tiempo» (M. I. De la Iglesia Monje: «Algunas consideraciones en torno al *lease back* en su conexión con el derecho de superficie urbano», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1996, núm. 635, 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.

6 J. A. Pérez Rivarés: «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza jurídica del contrato de *forward funding*», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 259, enero-marzo de 2006, págs. 237-252.

7 Gómez Segade ha acuñado 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 (J. A. Gómez Segade: «Algunos problemas actuales del derecho mercantil», en *Estudios de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, págs. 218 y ss.). 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.* J. Leyre Saavedra: «El *lease back*, una moderna técnica financiera», *Gaceta Jurídica*, Lima, 1999, tomo 68-B, pág. 26.

(i) ¿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*⁸ (con una única causa y finalidad económica y con una lógica propia que trasciende a la causa propia de cada una de los contratos típicos que en él cabe identificar⁹ o de una yuxtaposición de varios contratos *coligados*¹⁰. 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 arrendamiento¹¹ 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 acto¹², 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.

(ii) 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 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.

(iii) Validez del negocio

A nuestro entender, la validez y licitud de este negocio complejo se fundamentan en el artículo 1255 del Código Civil¹³ y se derivan, en abstracto, de su reconocimiento por la normativa reguladora del patrimonio de las Administraciones públicas (*vid.* apartado 3.1 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), en posible vulneración de la prohibición del pacto comisorio¹⁴ (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.

⁸ J. L. Lacruz Berdejo: *Elementos de Derecho Civil*, Barcelona, 1977, pág. 210.

⁹ Con relación al arrendamiento financiero de retorno, *vid.* G. Gitti: «Divieto del patto commissorio, frode alla legge, sale and lease back», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1993, núm. 2, págs. 485 y ss., y P. Bontempi: «Divieto di patto commissorio e lease back», en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, núm. 5, pág. 909.

¹⁰ L. Díez-Picazo: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, Civitas, Madrid, 1996, págs. 388-389. En favor de su consideración como contratos conexos se pronuncia M. Pacheco Cañete, *op. cit.*, pág. 20.

¹¹ *Vid.*, por analogía con el *leasing* de retorno, M. A. Parra Lucán: «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», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 72, 2006, págs. 1741-1772.

¹² *Vid.* R. Pérez Gurrea: «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», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 696, 2006, págs. 1652-1661.

¹³ En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo con relación al *leasing* de retorno, en su sentencia de 20 de noviembre de 1999 —RJ 1996/8615—, en consideración de un supuesto con relación al cual concluyó que «no es una operación crediticia sino un arrendamiento con opción de compra».

¹⁴ Artículos 1859 y 1884 del Código Civil.

2.2 · 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 tradicionales¹⁵, 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.

(i) 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 período de duración pactado¹⁶. 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 arrendador¹⁷. Sin embargo, y al margen de las consideraciones que cabe formular sobre esta juris-

prudencia con carácter general¹⁸, entendemos 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.

(ii) 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, respecto 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 período de duración pactado (*vid.* apartado (i) anterior), no solo respecto a los concretos inmuebles respecto a los que se produjera el incumplimiento, sino respecto a la totalidad de los inmuebles de la cartera o (b) el desahucio, no solo respecto a los concretos inmuebles respecto a los que se produjera el incumplimiento, sino respecto a 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 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

¹⁵ 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 (artículos 1469 a 1471 del Código Civil) o en las estipulaciones relativas al prorrateo de los gastos del inmueble o a la entrega de la documentación.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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, RJ\2006\823).

¹⁸ Sobre este particular, véase el trabajo de Albiñana Cilvero publicado en este mismo número de la revista.

perjudicado el arrendamiento sobre los concretos inmuebles que transmitiera¹⁹.

(iii) 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 inmueble²⁰ (en posible contravención del artículo 1261 del Código Civil, 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 artículo 1124 del Código Civil).

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 volun-

dad 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 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.

(iv) 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*²¹, el régimen de obras, mantenimiento, reparaciones y sustituciones²², 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 de Arrendamientos Urbanos²³ (por lo que se refiere

¹⁹ 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.

²⁰ Sobre este tipo de pactos en el marco de operaciones con la Administración, véase, no obstante, las reflexiones contenidas en el apartado 3.2 posterior.

²¹ 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.

²² 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.

²³ Artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

a arrendamientos urbanos para uso distinto al de vivienda) y el Código Civil (en materia de compraventa)²⁴ atribuyen a buena parte de sus disposiciones.

3 · ALGUNOS CONDICIONANTES DERIVADOS DE LA TITULARIDAD PÚBLICA DE LOS INMUEBLES

3.1 · La incidencia de carácter demanial de determinados inmuebles

El artículo 131 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas 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 privado²⁵. 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 autonómicos²⁶.

(i) 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 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 Administración²⁷. 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.

(ii) ¿Existen especialidades en materia de ejecución arrendaticia?

Una vez desafectados, los edificios son arrendados a la Administración en régimen de Derecho privado, sin que esta goce de facultades exorbitantes

24 El vendedor puede tener interés en mantener la propiedad de determinados bienes muebles (p. ej., obras de arte) e instalaciones (p. ej., 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.

25 «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 éste».

26 Vid. artículo 88 bis de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, Ley de Patrimonio de Andalucía (modificado por el artículo 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 artículo 41 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre); artículo 25 de la Ley 3/1985, de 12 de abril, de Patri-

monio de Galicia (modificado por artículo 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 artículo 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.

27 En este sentido, vid. F. Bengoetxea Arrieta: «La desafectación y venta de edificios administrativos y su ocupación en arrendamiento por el Estado», *Diario La Ley*, 4 de mayo de 2011, núm. 7622, págs. 2-6. Entendemos que en este sentido debe interpretarse el artículo 155 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, 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.»

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 al tratarse de relaciones de índole privada, sin posibilidad de acudir a la vía contencioso-administrativa)²⁸, más allá de que, en caso de impago, el inversor no podría embargar otros bienes de la Administración que tuvieran la consideración de demaniales.

(iii) 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, los bienes integrantes del patrimonio aeroportuario dejan de tener la condición de demaniales, sin que, no obstante, proceda por ese cambio de naturaleza su reversión en favor de los antiguos propietarios de los bienes aeroportuarios que hubieran sido expropiados (artículo 9, apartado 1)²⁹.

3.2. 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 presupuestaria³⁰.

(i) Arrendamiento financiero vs. arrendamiento operativo

En el caso de las operaciones de SLB de edificios públicos más habituales³¹ (consistentes en la enajenación de inmuebles a inversores privados), las reglas del Sistema Europeo de Cuentas Económicas («SEC-95») ³² conducen a analizar si la operación se realiza a precio de mercado³³ 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 contables³⁴.

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. La SEC-95 contrapone el *arrendamiento financiero* (en senti-

30 G. Martínez-Villaseñor: «Sale & lease-back de inmuebles de las Administraciones públicas: potencialidad y condicionamientos», *Expansión*, 5 de agosto de 2011. Vid. M. P. Ruiz Escalvo: *El principio de estabilidad presupuestaria*, 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 (R. Arráez Amselem: «Sale and lease back de un portfolio inmobiliario», en *2010 Anuario mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*, Madrid, mayo de 2010).

31 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.

32 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 1996, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad (SEC-95), *DOCE* núm. L 310/1, de 30 de noviembre).

33 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 (G. Martínez-Villaseñor, *op. cit.*).

34 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.

28 Vid. D. Loscertales Fuertes: «Vencimiento de contratos de arrendamiento a organismos oficiales», *Cuadernos de Arrendamientos Urbanos. Revista Jurídica Sepín*, núm. 253, 2004, págs. 9-10.

29 «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».

do 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 superficie³⁵. Esta distinción ha sido acogida tanto en el Plan General de Contabilidad (aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre) como en el Plan General de Contabilidad Pública (aprobado por Orden EHA/1037/2010, de 13 de abril), 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 privado³⁶. 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.

(ii) 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* (asunción por el arrendatario de impuestos, seguros y mantenimiento), de cláusulas que garantizan al inversor el pago de la renta en cualquier circunstancia³⁷ (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.

35 Vid. J. V. González García: *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Valencia, 2007, págs. 161-193, y J. Villarino Marzo: «Técnicas patrimoniales de colaboración público-privada: las concesiones demaniales y el arrendamiento operativo», en A. Dorrego de Carlos y F. Martínez Vázquez (dirs.): *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, Madrid, 2009, págs. 497-508.

36 Vid. D. L. Lozano Romeral y C. Melón Pardo: «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, Madrid, 2009, pág. 646.

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

3.3 · 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 privados³⁸, 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»)³⁹.

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 estatal⁴⁰ ni otros elaborados por organizaciones

profesionales del sector inmobiliario⁴¹, sino que aplica (a) los mecanismos regulados en una comunicación⁴² publicada por la propia Comisión hace catorce años⁴³ (la «Comunicación») y (b) el llamado principio del inversor privado, según ha sido desarrollado por la práctica y jurisprudencia comunitarias⁴⁴.

(i) Los mecanismos regulados

Pese a que la Comunicación se refiere únicamente a las ventas de inmuebles de titularidad pública⁴⁵, parece razonable concluir que los criterios contenidos en dicha Comunicación deben ser de aplicación al SLB⁴⁶. 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, adju-

conexión entre los criterios de valoración que establece la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, y los establecidos por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo. 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.

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

42 Sobre el valor jurídico de este tipo de comunicaciones de la Comisión, *vid.* J. A. Pérez Rivarés: «Los efectos jurídicos de las directrices de la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 21, junio de 2011.

43 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 10.07.97, págs. 3-5.

44 Sobre el principio del inversor privado, *vid.* D. H. Scheuing: *Les aides financières publiques*, París, 1974, pág. 33.

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

46 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 ss.) 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 ss.).

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

39 Para un análisis de su aplicación en el sector inmobiliario, *vid.* J. A. Rodríguez Mínguez: «Algunas precisiones de la jurisprudencia sobre la prescripción de las ayudas estatales: a propósito del caso *Scott*», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2003, núm. 226, págs. 60-69; H. Wissel y J. Witting: «Review of Opinion of Advocate General Jacobs in Case C-276/03 P - *Scott SA v. Commission*», *European State Aid Quarterly*, 2005, núm. 2, págs. 381-383; T. Jaeger: «Recovering Illegal State Aid in Real Estate Contracts», *European State Aid Quarterly*, 2007, núm. 3, págs. 578-585; e L. Idot: «Évaluation du montant de l'aide en cas de vente d'un terrain», *Europe - Revue Mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, mayo de 2007, págs. 20-21.

40 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, 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, 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, por su parte, aclara la posible

dicada al mejor o único postor⁴⁷; 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 mercado⁴⁸.

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*»⁴⁹. 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 en aplicación de alguna de las excepciones a la prohibición de ayudas públicas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 107 del TFUE⁵⁰.

(ii) 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 Administra-

ciones 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 Regulados⁵¹. Lógicamente, los supuestos de operaciones no notificadas *ex ante* a la Comisión en que no exista licitación ni tasación alguna son excepcionales.

(iii) El principio de inversor privado

A diferencia de otras comunicaciones de la Comisión⁵², 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 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 típicos⁵³.

⁵¹ 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. T. Jaeger, *op. cit.*, pág. 579).

⁵² 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 09.12.2005, pág. 1), actualmente en curso de revisión.

⁵³ 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 15.01.2002, pág. 1 y 2003/227/CE de 2 de agosto de 2002 rela-

⁴⁷ Comunicación, apartado II (Principios), número 1 (Venta mediante licitación incondicional).

⁴⁸ Comunicación, apartado II (Principios), número 2 (Venta sin licitación incondicional).

⁴⁹ Decisión de la Comisión 2002/14/CE, *Scott Paper*, DOCE L núm. 12, pág. 1, apartado 136.

⁵⁰ 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.

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 mercado⁵⁴.

4 · 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 operacio-

nes, 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.

tiva 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 08.04.2003, pág. 23.

54 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.