

La “propiedad temporal” o *leasehold*, posible fórmula para facilitar la inversión privada en inmuebles ocupados por la Administración

JUAN ANTONIO PÉREZ RIVARÉS

Abogado. Doctor en Derecho

I. Introducción

En el actual contexto de crisis, en el que las Administraciones Públicas se ven abocadas a intentar aumentar sus ingresos y disminuir sus gastos haciendo todos los ejercicios de imaginación posibles, quizá resulte interesante diseñar fórmulas que les permitieran transmitir a inversores inmobiliarios privados aquellos inmuebles de su propiedad en los que actualmente llevan a cabo sus actividades, pero permaneciendo, sin embargo, en ellos para poder continuar desarrollándolas, y conservando el derecho a recuperar la titularidad en el futuro.

También parece atractiva esta posibilidad para los inversores privados, que, de esta manera, se aseguran cierto retorno de su inversión a medio y largo plazo y consiguen componer una cartera variada de inversión inmobiliaria en la que estarían incluidos activos alternativos ocupados por las Administraciones Públicas y destinados a uso policial, judicial, penitenciario, sanitario, universitario o docente.

II. Punto de partida

Dejando a un lado las fórmulas jurídico-públicas de naturaleza concesional (que, en determinados casos, pueden resultar poco atractivas para los inversores privados por las facultades exorbitantes que la Administración se reserva en el marco de la contratación pública), entre las diferentes fórmulas jurídicas actualmente disponibles en nuestro Derecho privado que permitirían a un inversor (o una sociedad vehículo que podría aglutinar a una pluralidad de inversores) poner a disposición de la Administración inmuebles previamente adquiridos a esta, podrían citarse las siguientes:

(a) arrendamientos sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos y otorgados con carácter inmediatamente posterior a la adquisición del inmueble al (antiguo) propietario, que pasa a convertirse en (nuevo) arrendatario (*lease back*), como los recientemente concertados por la Generalitat de Catalunya en relación con edificios de oficinas, y que ya han sido objeto específico de análisis¹; sin embargo, esta fórmula presenta ciertos inconvenientes derivados de la actual configuración legal del arrendamiento² y dificultades de encaje con las

¹ Permítaseme la remisión a PÉREZ RIVARÉS, J. A.: “El encaje del *sale and lease back* de edificios públicos en el Derecho español y comunitario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2012, n.º 733, en prensa.

² Nos referimos a los inconvenientes derivados de la tributación indirecta derivada de la elevación a público del arrendamiento necesaria para su inscripción en el Registro de la Propiedad, de la no hipotecabilidad del arrendamiento y de otras cuestiones de tipo técnico, como las relativas a las dudas que suscita el pago de la

limitaciones derivadas de la contabilidad pública a efectos de estabilidad presupuestaria —por lo que se refiere al concepto *triple net*—, además de que podría plantear problemas de imagen a los gestores públicos cuando se tratase de edificios emblemáticos (piénsese, por ejemplo, en las sedes ministeriales o de dependencias administrativas singulares)³;

(b) derechos de superficie, que se han constituido con éxito en nuestro país, por ejemplo, en relación con dependencias policiales, juzgados, escuelas públicas y otros activos inmobiliarios alternativos, si bien plantean dificultades por lo que se refiere a su hipotecabilidad y resultan absolutamente desconocidas para el inversor internacional (por mucho que tengan concomitancias con la figura del *ground lease* anglosajón); y

(c) censos enfitéuticos que, si bien configurados como un dominio compartido por el Código Civil español, a diferencia de lo que sucede en la regulación del Código Civil de Cataluña⁴, no son comunes en la práctica de nuestros días al concurrir en ellos características que limitan su utilidad (como su perpetuidad —sin perjuicio de su redimibilidad a voluntad del enfiteuta— o sus dificultades de hipotecabilidad) y, lo que es más importante, por ser totalmente desconocidos para los inversores internacionales por mucho que existan figuras que atiendan al mismo *nomen iuris* en países como Suecia, Holanda o Bélgica, donde han sido utilizadas en tiempos modernos para fomentar la promoción privada en suelo de titularidad pública⁵.

A nuestro entender, la escasa utilización en este contexto de las instituciones actualmente existentes en nuestro Derecho no obedece únicamente a las desventajas identificadas, sino que radica además —y fundamentalmente— en que la Administración ya no es considerada por los inversores un deudor solvente. Conviene, no obstante, que, en el momento en que la confianza en la solvencia de la Administración se restablezca, nuestro ordenamiento jurídico se halle en perfecto estado de revista.

III. La introducción de la “propiedad temporal” o *leasehold* en nuestro ordenamiento

A la vista de las carencias identificadas en las instituciones existentes, cabría plantearse la conveniencia de que el legislador estatal (o el catalán, en el marco de su dinámico proceso de codificación civil) acometiera la tarea de introducir en nuestro Derecho, alternativa o cumulativamente a las deseables modificaciones del actual régimen jurídico del arrendamiento, la figura de la “propiedad temporal” o del dominio limitado en el tiempo,

totalidad de las rentas correspondientes al período de obligado cumplimiento (sobre este último aspecto, véase ALBIÑANA, I: “Consecuencias del desistimiento unilateral del arrendatario”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2011, número extraordinario, pp. 199-207), cuya reforma no se contempla entre las modificaciones cuya remisión a las Cortes ha sido aprobada por el Consejo de Ministros en su sesión de 24 de agosto de 2012.

³ Tales problemas podrían intentar mitigarse mediante el establecimiento de opciones de compra en favor de la Administración, si bien (desde la óptica del inversor) ello sería en detrimento de la transmisibilidad de los inmuebles en el futuro.

⁴ El artículo 565 del Código Civil de Cataluña configura al enfiteuta como único propietario, aunque de una finca gravada por el pago de un canon a un tercero.

⁵ GONZÁLEZ BOU, E.: “El censo enfitéutico en Cataluña. Configuración actual y perspectivas de futuro”, *La Notaria*, 2003, n.º 6, pp. 18-20.

inspirada en la multiseccular institución inglesa del *leasehold* inglés (regulada en la s. 1 *Law of Property Act 1925*) y que, en la práctica, permite al *leaseholder* “sentirse” y “mostrarse” como propietario frente a terceros.

Este derecho debería configurarse en nuestro ordenamiento de manera tal que (a) su duración fuera temporal (al igual que el derecho de superficie, pero a diferencia del censo), y el *leasehold* revirtiera al *freeholder* (propietario originario) al finalizar su duración, (b) el *freeholder* mantuviera su titularidad dominical, pero al mismo tiempo —y a diferencia del censo enfiteútico— el *leaseholder* tuviera acceso al Registro —no como titular de un derecho real, sino abriendo folio registral separado— y el dominio pleno del inmueble durante un tiempo determinado (lo que mitigaría los problemas de imagen de los gestores públicos a que nos hemos referido), (c) el *leaseholder* pagara un importe periódico y/o un pago inicial al *freeholder* y (d) tanto el *freeholder* como el *leaseholder* pudieran transmitir y gravar (hipotecar) sus respectivos derechos⁶.

Bajo la figura de la “propiedad temporal” cuya regulación cabe considerar, *freeholder* podría ser la Administración o el inversor (o sociedad vehículo), según las necesidades y circunstancias del caso concreto. El esquema que a nuestro entender resultaría más atractivo para el inversor internacional (y, por tanto, más factible en la práctica) consistiría en que el *freeholder* fuera el inversor o la sociedad vehículo, que deviniera “propietario originario” mediante la adquisición de los inmuebles y, a continuación, constituyera una “propiedad temporal” en favor de la Administración transmitente (que sería, por tanto, el *leaseholder*) viniendo ésta obligada a realizar pagos periódicos⁷.

Desde la óptica del inversor internacional sería clave que la regulación de la “propiedad temporal” que, en su caso, se alumbrara permitiera al inversor o sociedad vehículo recuperar la posesión del inmueble de manera relativamente expeditiva en caso de que la Administración no efectuara los pagos periódicos convenidos.

En el esquema que consideramos más factible en la práctica (aquel en que la Administración sería el *leaseholder*), este objetivo podría conseguirse configurando un procedimiento similar al desahucio al que el *freeholder* (inversor o sociedad vehículo) podría acudir en defensa de su derecho. Alternativamente, teniendo en cuenta que el concepto de renta o pensión no es imprescindible ni forma parte de la naturaleza de la propiedad compartida (a diferencia del arrendamiento o el censo), dicho objetivo podría conseguirse permitiendo al *freeholder* (el inversor o sociedad vehículo, en el esquema que consideramos más factible) resolver el título de transmisión de la propiedad temporal a la Administración por incumplimiento de la

⁶ BALL, J.: “Fragmentando la propiedad para la asequibilidad: La *shared ownership* o “nuevas” tendencias en Inglaterra y Francia”, en NASARRE AZNAR, S. (dir.) y SIMÓN MORENO, H. (coord.): *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, pp. 173-224; y FERRÁNDIZ GABRIEL, C. y NASARRE AZNAR, S.: “Métodos alternativos de acceso a la vivienda en Derecho privado”, *Iuris. Actualidad y Práctica del Derecho*, 2011, n.º 158, pp. 36-42.

⁷ Podría resultar interesante estructurar la operación a la inversa (siendo *freeholder* la Administración, que constituyera una “propiedad temporal”), por ejemplo, en el supuesto de edificios singulares o no ocupados por la propia Administración, al objeto de permitir su explotación por terceros.

obligación de efectuar tales pagos periódicos, a cuyo efecto tales importes podrían configurarse como pagos aplazados del precio de compra de la propiedad temporal por la Administración. Ello debería permitir que los pagos periódicos al *freeholder* —así configurados— quedaran al margen de las dudas que suscita (en sede de arrendamientos) el pago de la totalidad de las rentas correspondientes al período de obligado cumplimiento. Lógicamente, esta última alternativa probablemente sería más coherente con la naturaleza de auténtica propiedad de carácter temporal de esta institución.

¿Qué ventajas reportaría la “propiedad temporal” (cuya introducción en nuestro Derecho cabe considerar) respecto de las figuras de Derecho privado existentes en nuestro ordenamiento (arrendamiento, superficie o censo enfiteútico)? A nuestro entender, pueden señalarse, entre otras, las siguientes: (a) hipotecabilidad (que facilitaría la obtención de financiación —hipotecar un inmueble gravado con enfiteusis puede ser difícil en la actualidad—); (b) flexibilidad temporal (los derechos de superficie al uso, impulsados en su mayoría por la Administración, suelen regirse por unas condiciones cerradas por lo que se refiere a su duración, con una escasa reducción en el precio); (c) familiaridad de los inversores internacionales con la institución, al tratarse de una figura de inspiración anglosajona que les resulta mucho más conocida; (d) duración determinada (a diferencia del censo enfiteútico, con lo que se evitarían perpetuidades y malentendidos); (e) mejor presentación pública, dado que la Administración, en tanto que *leaseholder*, podría abrir folio registral y “sentirse” y “mostrarse” como propietaria frente a terceros; (f) libre disponibilidad de su derecho por ambos titulares (*leaseholder* y *freeholder*), siendo renunciables en dicha figura, a nuestro entender, tanteos y retractos; y, por último, (g) coexistencia (en virtud de esta institución) de dos propietarios correlativos en el tiempo, que encajaría perfectamente con el concepto *triple net* que es clave para los inversores internacionales (así, durante la vigencia de la propiedad temporal, el IBI y otros gastos los asumiría el *leaseholder*, en tanto que auténtico propietario). Todo ello, lógicamente, sin perjuicio de las limitaciones derivadas de la contabilidad pública a efectos de estabilidad presupuestaria y, en particular, por las reglas del Sistema Europeo de Cuentas Económicas⁸ y por el Plan General de Contabilidad Pública⁹.

En caso de acoger el legislador la figura de la “propiedad temporal”, no estaría regulando una institución completamente ajena a otras existentes en nuestro Derecho vigente (como las que han sido citadas) ni a nuestro Derecho histórico: piénsese en la configuración medieval del dominio dividido (el directo del señor o concedente, y el útil del cesionario o enfiteuta) que se plasmó, entre otras instituciones, en las enfiteusis barcelonesas en su configuración

⁸ 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) n.º 2223/96 del Consejo, de 25 de junio 1996, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad (SEC-95), DOCE n.º L 310/1, de 30.11.1996).

⁹ Aprobado por Orden EHA/1037/2010, de 13 de abril, BOE n.º 102, de 28.04.2010.

histórica¹⁰, en el derecho de foro¹¹ o en el dominio solariego que fue habitual en el marco de los señoríos nobiliarios leoneses¹².

En líneas precedentes hemos insistido en la importancia que tiene el que los inversores internacionales estén familiarizados con la institución que se emplee en este contexto y ello, a nuestro entender, concurriría tanto en el caso del arrendamiento *aggiornato* (en caso de acoger el legislador las modificaciones de su régimen jurídico que entendemos convenientes) como en el caso de regular la “propiedad temporal” *ex novo* en nuestro Derecho. En ambos casos seguiría generando dudas (como en la actualidad) la actuación de nuestros jueces en caso de que la acción de desalojo que ejercitara el inversor afectara a inmuebles destinados por la Administración a la prestación de determinados servicios públicos (piénsese, por ejemplo, en cárceles u hospitales); dudas que, en principio, no deberían suscitarse con relación a activos tradicionales, tales como los edificios destinados a uso de oficinas¹³.

IV. Medidas complementarias de *lege ferenda*

Al objeto de asegurar que la nueva regulación del arrendamiento o de la “propiedad temporal” que se acogiese fuera de utilidad para facilitar la comercialización entre inversores internacionales de inmuebles ocupados por la Administración, convendría que dicha regulación fuera acompañada de las siguientes medidas complementarias:

(a) la derogación o, cuando menos, modulación del precepto legal en virtud del cual determinadas dependencias de la Administración General del Estado seguirían teñidas de demanialidad, por mucho que fueran formalmente desafectadas para ser transmitidas, si —tras la transmisión— siguieran destinándose a su uso originario sin solución de continuidad (artículo 5.3 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas¹⁴);

(b) la modificación del marco tributario vigente: en el caso de arrendamiento *aggiornato*, para eliminar la carga fiscal que actualmente grava su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad; y en el caso de la “propiedad temporal”, para reestructurar la imposición ligada a la transmisión inmobiliaria de forma que no quedasen gravadas las operaciones de cambio de propiedad necesarias para articular el esquema a la constitución o a la terminación de la

¹⁰ GONZÁLEZ BOU, E.: “Año 1879. El censo enfiteútico”, *La Notaria*, 2003, n.º 6, pp. 215-217.

¹¹ SANCIÑERA ASURMENDI, C.: “El derecho de foro”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2011, n.º 57, pp. 793-814.

¹² RUBIO PÉREZ, L. M.: “El dominio solariego y territorial en el marco de los señoríos nobiliarios leoneses”, *Estudios Humanísticos. Historia*, 2002, n.º 1, pp. 181-220.

¹³ Con relación al desahucio en el contexto del *sale and lease back* de inmuebles ocupados por la Administración, véase PÉREZ RIVARÉS, J. A., *op. cit.* y, en el contexto de arrendamientos en general, LOSCERTALES FUERTES, D.: “Vencimiento de contratos de arrendamiento a organismos oficiales”, *Cuadernos de Arrendamientos Urbanos. Revista Jurídica Sepín*, 2004, n.º 253, pp. 9-10.

¹⁴ Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE n.º 264, de 04.11.2003). 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.*”

“propiedad temporal”, o lo fueran de tal manera que la carga fiscal total no hiciera inviable su ejecución en la práctica; y

(c) la modificación en lo pertinente de la normativa administrativa al objeto de eliminar las trabas existentes para que las Administraciones, toda vez que su solvencia *per se* es un concepto discutible y discutido, pudieran ofrecer a los inversores garantías adicionales propias de la contratación entre privados, y en el mismo régimen, al objeto de hacer más atractiva la operación, siendo jurídicamente viables en la actualidad la entrega de avales bancarios, la constitución de depósitos bloqueados o *escrows* (mediante los que se retenga, por ejemplo, parte del precio de adquisición) 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 público¹⁵.

V. Otras ventajas

Por último, no debe olvidarse que, según ha destacado con acierto el profesor Nasarre¹⁶, la hipotética regulación de la “propiedad temporal” permitiría ofrecer ventajas adicionales (respecto a las que se derivarían del *aggiornamento* del arrendamiento) al margen del específico contexto en que estamos considerando su utilización (inversión en inmuebles ocupados por la Administración), tales como facilitar a los particulares el acceso a la vivienda en el actual contexto de crisis mediante el empleo un instrumento que conjuga las ventajas del dominio y del alquiler, con un elevado grado de flexibilidad y eficacia.

* * * * *

¹⁵ 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 n.º 59, de 09.03.2004): “*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.*”

¹⁶ NASARRE AZNAR, S.: “La insuficiencia de la normativa actual sobre acceso a la vivienda en propiedad y en alquiler: la necesidad de instituciones jurídico-privadas alternativas para facilitar el acceso a la vivienda”, en NASARRE AZNAR, S. (dir.) y SIMÓN MORENO, H. (coord.): *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, pp. 117-224.