

# La venta del proyecto inmobiliario

Ignacio Albiñana Cilveti  
Juan Antonio Pérez Rivarés  
Jordi Viguer Pont  
Silvia Reina Pardo

PID\_00179132



Universitat Oberta  
de Catalunya

[www.uoc.edu](http://www.uoc.edu)



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

# Índice

<b>1. Sociedades inmobiliarias.....</b>	<b>5</b>
<b>2. Compraventa.....</b>	<b>6</b>
2.1. Objeto y precio determinado o determinable .....	6
2.2. Carta de intenciones, pacto de intenciones y precontrato .....	7
2.2.1. Cartas de intenciones (propia­mente dichas) .....	8
2.2.2. Pactos de intenciones .....	8
2.2.3. Precontratos .....	8
2.3. La <i>due diligence</i> legal, financiera, técnica, comercial y medioambiental .....	11
2.4. Perfección y consumación. Entrega de la posesión .....	11
2.5. Declaraciones y garantías .....	12
2.6. Garantías: avales, cuentas <i>escrow</i> , retención del precio .....	13
<b>3. Adquisición indirecta: compraventa de sociedad.....</b>	<b>14</b>
<b>4. <i>Sale and lease back</i>.....</b>	<b>16</b>
4.1. Descripción .....	16
4.2. Aspectos más relevantes del contrato de compraventa .....	17
4.2.1. Situación legal y urbanística: el comprador pretenderá obtener del vendedor una garantía acerca de la exacta situación legal del inmueble .....	17
4.2.2. Cuerpo cierto .....	17
4.2.3. Instalaciones retenidas .....	18
4.2.4. Garantías .....	18
4.2.5. Cambios de uso del edificio .....	18
4.2.6. Derecho de tanteo y retracto urbanístico .....	19
4.2.7. Impuestos y gastos .....	19
4.2.8. Prorrateo de gastos del inmueble .....	19
4.2.9. Entrega de documentación .....	19
4.3. Aspectos más relevantes del contrato de arrendamiento .....	19
4.3.1. Duración .....	19
4.3.2. Renta .....	20
4.3.3. Triple <i>net lease</i> .....	20
4.3.4. Obras .....	20
4.3.5. Subarriendo y cesión .....	22
4.3.6. Derecho de tanteo a favor del arrendatario. Opción de compra .....	22
<b>5. Financiación de proyecto terminado que genera rentas.....</b>	<b>23</b>
5.1. Consideraciones previas .....	23
5.2. Tratamiento contractual de los riesgos .....	23

5.2.1.	Riesgo legal .....	23
5.2.2.	Riesgo de explotación .....	24
5.2.3.	Riesgo financiero .....	24
5.2.4.	Otros riesgos del activo (reparación e inversión) .....	24
5.2.5.	Otros riesgos del activo (destrucción) .....	25
5.3.	Cláusulas más relevantes del contrato de financiación de proyecto en explotación .....	25
<b>6.</b>	<b>El <i>leasing</i> inmobiliario</b> .....	<b>27</b>
6.1.	Descripción y características generales .....	27
6.1.1.	Descripción .....	27
6.1.2.	Elementos .....	27
6.2.	Naturaleza jurídica .....	28
6.3.	Inscripción en el Registro de la Propiedad .....	29
6.4.	Clases .....	29
6.5.	El contrato de <i>leasing</i> y la Ley Concursal (LC) .....	29
6.6.	Análisis de las cláusulas más relevantes .....	30
6.7.	Reflexiones prácticas comparando la financiación (préstamo) hipotecario y el <i>leasing</i> inmobiliario .....	31
<b>7.</b>	<b>Obligaciones derivadas de la normativa de vivienda</b> .....	<b>33</b>
7.1.	Aspectos generales .....	33
7.2.	Regulación autonómica: la Ley catalana del Derecho a la Vivienda .....	34
7.2.1.	Inscripción en registros públicos .....	34
7.2.2.	Incidencia de la LV en la actividad de precomercialización .....	34
7.2.3.	Incidencia de la LV en el cobro de cantidades a cuenta .....	35
<b>8.</b>	<b>Aspectos fiscales de la venta del proyecto inmobiliario</b> .....	<b>36</b>
8.1.	Tributación de la transmisión/adquisición de participaciones y de la venta de activos .....	36

## **1. Sociedades inmobiliarias**

Nos remitimos a lo expuesto en el apartado 1.1 anterior.

## 2. Compraventa

La compraventa es el compromiso de entregar una cosa determinada a cambio de un precio cierto.

Junto a la entrega de la posesión (real o ficticia), la compraventa tiene por efecto la adquisición del objeto por el comprador y, por tanto, su transmisión por el vendedor. Conviene distinguir la compraventa de otras figuras afines, tales como (a) la dación en pago, (b) la permuta (más arriba nos hemos referido a sus criterios de delimitación de esta figura respecto a la compraventa), (c) el arrendamiento financiero (que consiste en una cesión de uso con opción de compra) y (d) la compraventa en garantía de deuda (retroventa al pago de la deuda).

### 2.1. Objeto y precio determinado o determinable

El objeto de la compraventa debe ser **determinado** (inmueble existente) o **determinable**, como ocurre en el caso de las operaciones de *forward funding* (a que nos referiremos más abajo).

El precio o contraprestación de la operación, por su parte, puede ser también determinado (precio fijo estipulado contractualmente de antemano) o determinable, y ello en aplicación de determinados parámetros que se fijen contractualmente, tales como

- 1) la edificabilidad del suelo que finalmente permita el planeamiento (como es habitual en las compras de suelo en proceso de maduración urbanística),
- 2) el éxito de la comercialización del proyecto inmobiliario (como es habitual en las operaciones de *forward funding*) o
- 3) la situación financiera (como es habitual en la compra de sociedades propietarias de inmuebles).

En las compraventas con precio determinable, es recomendable fijar en el contrato no sólo la fórmula que deberá aplicarse para determinar el precio, sino también la identidad del tercer arbitrador que deberá aplicar dicha fórmula (y a cuya determinación deberán someterse las partes) en caso de futuro desacuerdo entre vendedor y comprador sobre el resultado de la aplicación de la fórmula.

## 2.2. Carta de intenciones, pacto de intenciones y precontrato

En operaciones de compraventa inmobiliaria no residencial (piénsese en centros comerciales, edificios de oficinas, parques empresariales, proyectos industriales, hoteleros o de ocio, o incluso en suelos destinados a promover este tipo de proyectos), suele ser habitual la firma entre propietario y el potencial comprador de documentos previos a la firma de los documentos definitivos, que tienen como función esencial la de fijar los principales términos que se reflejarán en los documentos contractuales posteriores y que guiarán la negociación entre las partes. Estos documentos reciben comúnmente la denominación de **carta de intenciones** (*letter of intent*). La eficacia jurídica de este documento puede resultar distinta a la que pretendan atribuirle las partes (que a menudo suscriben este documento sin asistencia letrada, confiando en que no será vinculante), por lo que conviene calibrar sus términos a la luz de las reflexiones siguientes.

Sin perjuicio de que el término *letter of intent* puede referirse en la práctica a documentos de distintos tipos que se engloban bajo esta denominación, puede definirse con carácter general como un documento precontractual (en sentido estricto, dado que es anterior a la firma de un contrato), cuya finalidad principal es la de establecer el marco dentro del cual va a desarrollarse el proceso negociador de los futuros contratos de la compraventa entre las partes, así como reflejar determinados acuerdos preliminares o un previo entendimiento entre aquellas.

En el marco de la compraventa inmobiliaria, la carta de intenciones puede definirse como un documento unilateral o bilateral en el que una o ambas partes de la negociación:

- 1) declaran su compromiso, intención, deseo y/u oferta de comenzar o continuar una negociación que acabe con un acuerdo definitivo de los términos de la compraventa,
- 2) hacen constar los pactos que, en su caso, hayan alcanzado hasta ese momento y establecen que la negociación futura deberá partir de los mismos,
- 3) delimitan el conjunto de los puntos sobre los que se deberá alcanzar un acuerdo satisfactorio,
- 4) a menudo adelantan los términos económicos y de garantías básicos de la financiación, y
- 5) establecen reglas obligatorias de carácter temporal con objeto de ordenar el proceso de negociación futura.

Dentro del concepto genérico de cartas de intenciones, se engloban especies diferentes con distinta eficacia jurídica a la que nos referimos a continuación:

### **2.2.1. Cartas de intenciones (propriadamente dichas)**

Se trata de documentos de carácter unilateral, en los que una de las partes invita a la otra a la negociación de un contrato.

En las cartas de intenciones su emisor manifiesta a su destinatario su propósito o deseo de iniciar y llevar a buen fin una negociación cuyos términos se identifican de forma aproximada. No se pueden considerar como una oferta cuya aceptación originaría un contrato, sino como una invitación a negociar. Si las negociaciones llegan a buen puerto, el proceso negociador desembocará, entonces sí, en una oferta propriadamente dicha.

### **2.2.2. Pactos de intenciones**

Se trata de un documento de carácter bilateral en el que se reflejan los tratos previos de las partes, y se constata la existencia de una fase negociadora entre las mismas.

Esta plasmación contractual de la existencia y del estado en el que se encuentran las negociaciones entre las partes tendrá eficacia probatoria en el caso de que dichas negociaciones llegaran a romperse. Estos documentos, a pesar de reflejar la existencia de un mayor grado de compromiso entre las partes que las meras cartas de intenciones referidas en el apartado anterior, no tienen carácter negocial y no pueden ser calificadas como precontratos ni como contratos.

El documento acredita la existencia del acuerdo entre las partes respecto a ciertos puntos, si bien las partes deberán seguir negociando sobre los puntos restantes si quieren alcanzar un acuerdo contractual. Estos pactos de intenciones recogen la existencia de unos tratos preliminares que no son vinculantes, y no lo serán hasta que, sobre cada uno de ellos, recaiga el acuerdo de las partes. Es decir, no hay aún acuerdo de voluntad entre las partes.

### **2.2.3. Precontratos**

Al igual que los pactos de intenciones, tienen carácter bilateral. Sin embargo, en el precontrato nos encontramos ya ante una oferta en la que concurren todos los elementos esenciales del contrato y cuya mera aceptación determinará el nacimiento de una obligación, sin que sea necesario un nuevo acuerdo de las partes. Estos acuerdos serán ejecutables, al contener todos los elementos esenciales de un contrato; pudiendo ser suplidos los elementos no esenciales por los tribunales. Este precontrato puede ser, a su vez, perfecto o imperfec-

to. El precontrato perfecto supone la plena determinación de los elementos esenciales del contrato, de suerte que es plenamente ejecutable; mientras que, cuando se trata de un precontrato imperfecto, hay un grado de indeterminación en sus elementos que excluye la posibilidad de que las partes queden definitivamente vinculadas.

En las cartas de intenciones y en los pactos de intenciones, referidos en los apartados anteriores, la operación está en fase de negociación y, por tanto, el documento es inejecutable. En cambio, cuando el documento ante el que nos encontramos tiene carácter precontractual, sí que creará obligaciones y responsabilidades contractuales, aunque de distinto alcance. En estos casos, dependiendo del grado de definición de los términos del precontrato, la celebración del contrato posterior puede ser considerada como una mera formalidad si los elementos esenciales del contrato ya han quedado definidos.

La cuestión fundamental que presenta este tipo de documentos es que a menudo la línea entre el mero pacto de intenciones y el documento precontractual es muy tenue, así como también es tenue la línea que separa los elementos que puedan considerarse esenciales de un contrato de aquellos que puedan considerarse como secundarios o accidentales.

Aunque a menudo en tales documentos se hace constar, por influencia anglosajona, que se hallan "sujetos a contrato", "sujetos a contrato final" o "sujetos a contrato formal", lo cierto es que frecuentemente su contenido permite plantearse la existencia de un precontrato, e incluso a menudo contienen los elementos que podrían considerarse esenciales en un contrato de compraventa.

La problemática en cuanto a si nos encontramos ante meros documentos preliminares o ya ante documentos precontractuales surge si las partes no llegan a concluir el contrato definitivo. En este caso, se planteará si (a) el documento otorgado por las partes tiene carácter contractual y, por tanto, puede compelerse su ejecución, o bien (b) si, por el contrario, nos hallamos en una esfera extracontractual o mera fase previa y, por tanto, ante la falta de conclusión de un contrato definitivo, la única forma de resarcimiento es la de indemnización por daños y perjuicios.

Por tanto, los efectos que produzcan estos documentos serán distintos según se configuren como meras cartas de intenciones o como precontratos. Si nos encontramos ante documentos que puedan caer dentro de las categorías que hemos denominado cartas de intenciones o pactos de intenciones, que tienen la consideración de meros actos preparatorios de un contrato, su eficacia resulta de la obligación de actuar de buena fe, que se predica, con carácter general, respecto de cualquier relación jurídica. Así pues, no podrá hablarse de incum-

plimiento en estos supuestos, dado que para que exista incumplimiento deberá haber una prestación debida, que no existe en estos casos. En tales supuestos no existirá una responsabilidad contractual, sino meramente precontractual.

El fundamento de esta responsabilidad precontractual lo encontramos en la llamada *culpa in contrahendo*, que se predica de quien en la fase precontractual ha actuado de forma lesiva, abusiva o de forma que pueda considerarse como contraria a los imperativos de la buena fe. Su justificación se encuentra en el hecho de que las partes, al relacionarse para negociar, asumen el deber de comportarse de buena fe en el transcurso de las negociaciones. Así, para que se genere responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones, se entiende que deberán concurrir los siguientes requisitos:

- 1) Creación de una situación de confianza entre las partes;
- 2) ruptura de las negociaciones de forma injustificada, y
- 3) producción de un daño y existencia de un nexo causal entre el daño producido y la confianza creada entre las partes.

Las cartas de intenciones que caen en el ámbito del precontrato pueden distinguirse, atendiendo a su eficacia, según se trate de (a) precontratos imperfectos (en los que las partes se sienten ya vinculadas y conciben el contrato posterior, no como una fase en la que deben continuar las negociaciones, sino como un estadio en el que se dará un contenido más preciso a los acuerdos alcanzados a fin de reducir la inseguridad derivada de unos acuerdos redactados de manera somera) o de (b) precontratos perfectos (en los que las partes han llegado a un punto de acuerdo suficiente para obligarse y para iniciar su ejecución).

Tratándose de **precontratos imperfectos**, en caso de su inejecución, no será posible instar su ejecución in natura, sino que cabrá reclamar el abono de una indemnización por daños y perjuicios que, a diferencia de lo que sucedía en las cartas y en los pactos de intenciones, cubrirá no sólo el interés negativo (daño sufrido por ruptura de las negociaciones), sino también el interés positivo (indemnizar el beneficio que se esperaba obtener del contrato definitivo).

Por último, cuando el **precontrato se considere perfecto**, de manera que se hayan determinado sus elementos esenciales y las partes hayan llegado a un acuerdo en cuanto a su voluntad de obligarse, ante su inejecución será posible instar su ejecución forzosa, para lo cual será preciso que el juez competente, si fuera necesario, haga uso de su facultad integradora por no estar los acuerdos suficientemente determinados.

### 2.3. La *due diligence* legal, financiera, técnica, comercial y medioambiental

En las operaciones de adquisición de inmuebles, resulta imprescindible para la parte compradora intentar cubrir el denominado **riesgo legal, financiero, técnico, comercial y ambiental** (esto es, el riesgo de que el proyecto sea factible desde estos puntos de vista) en la mayor medida posible.

Al objeto de intentar cubrir estos riesgos, las empresas compradoras recurren a instrumentos variados, que incluyen desde exigir al vendedor el cumplimiento de obligaciones que deben cumplir (tales como el otorgamiento de escritura de declaración de obra nueva, la posposición de condiciones resolutorias, la renuncia de terceros a derechos de adquisición preferente o la cancelación de cargas de urbanización) hasta exigir, como condición para formalizar la financiación, el recurso a la matriz en casos excepcionales.

Entre los instrumentos utilizados para cubrir estos riesgos, resulta fundamental la realización de un ejercicio de *due diligence* o revisión a través de los asesores contratados por el comprador a tal efecto, que tiene por objeto identificar adecuadamente los riesgos de la operación.

Dicho ejercicio permite a la parte compradora decidir si el proyecto es viable y, sólo en tal caso, realizar la operación.

La colaboración de los abogados y técnicos que hayan asesorado al vendedor en la promoción del activo puede ser de gran ayuda para facilitar a los abogados y técnicos del comprador a cargo de la *due diligence* su tarea de revisión documental y de valoración jurídica y técnica del activo y, en definitiva, para el buen fin de la operación de compraventa.

### 2.4. Perfección y consumación. Entrega de la posesión

En la práctica, a menudo se firman en dos estadios distintos el contrato privado de compraventa y la escritura de compraventa.

Los **contratos privados de compraventa** suelen firmarse en el caso de las compraventas sujetas al cumplimiento de determinadas condiciones o la existencia futura del objeto de compra, como sucede en las operaciones de *forward purchase*, tipología contractual de origen anglosajón cada vez más habitual en nuestra práctica. En este tipo de operaciones, el otorgamiento de la **escritura de compraventa**, con la consiguiente consumación de la compraventa, entrega de la posesión y transmisión de la propiedad al comprador, se producen en un segundo estadio, al cumplirse las condiciones enumeradas en el contrato privado o al terminarse por parte del vendedor la promoción y construcción del inmueble objeto de compraventa. En las operaciones de compraventa de

edificios terminados y comercializados (arrendados), es habitual pasar directamente del estadio de la carta de intenciones (pacto de intenciones o precontrato) al de la escritura de compraventa, sin pasar por el estadio intermedio consistente en el contrato privado de compraventa. Aunque (como ha quedado dicho) la existencia de una compraventa no exige el otorgamiento de escritura pública, esto último es habitual, al ser condición para que el comprador pueda gozar de la protección que le confiere la inscripción de su compraventa en el Registro de la Propiedad.

## 2.5. Declaraciones y garantías

El ejercicio de *due diligence* permite al comprador obtener la protección contractual adecuada al negociar los documentos mediante los que se formalizan los términos de la operación. Dicha protección contractual, al margen de obligaciones de hacer a cargo del vendedor (a las que nos hemos referido), incluye también el otorgamiento por el vendedor de declaraciones y garantías (*representations and warranties*) que cubren los diferentes aspectos que son objeto de la *due diligence*: en caso de que tales *representations and warranties* sean incorrectas, inexactas, falsas, erróneas o incompletas y de que dicha circunstancia irroque perjuicios al comprador, se entenderá que el vendedor ha incurrido en incumplimiento contractual y, por tanto, el comprador estará facultado para exigir al vendedor el pago de una indemnización e incluso, en algunas circunstancias, a resolver la compraventa, con la consiguiente restitución de prestaciones.

Tanto la *due diligence* como las *representations and warranties* que otorga el financiado en los documentos de la operación cubren habitualmente, entre otras, las siguientes materias:

- 1) situación jurídica del vendedor (válida constitución del vendedor, capacidad jurídica y de obrar para suscribir la compraventa y que el vendedor no está en situación de concurso);
- 2) situación jurídica del inmueble (título, cargas, contratos de arrendamiento, contratos de construcción, seguros y demás contratos) y, en particular, cumplimiento de la normativa (laboral, fiscal, urbanística y medioambiental), y
- 3) circunstancias del activo sobre las que existan dudas: especialmente sobre hipotéticas incidencias urbanísticas (planeamiento y licencias) o comerciales (relativas a posibles incidencias con arrendatarios del inmueble y, en el caso de centros comerciales, relativas a la obtención de la denominada licencia comercial, en caso de ser necesaria de conformidad con la normativa autonómica aplicable) y/o sobre el medio ambiente.

La responsabilidad del vendedor derivada de la inexactitud, falsedad, error u omisión en las *representations and warranties* suele limitarse contractualmente mediante el establecimiento de franquicias y de limitaciones cuantitativas y temporales máximas.

## **2.6. Garantías: avales, cuentas *escrow*, retención del precio**

Es habitual en la práctica contractual que el pago de la indemnizaciones referidas en el apartado anterior se garantice mediante diferentes mecanismos, tales como la retención por el comprador de parte del precio de compra, la entrega por el vendedor de avales bancarios o la constitución de un *escrow* o depósito bancario bloqueado, regido por términos análogos a los de un aval bancario.

### 3. Adquisición indirecta: compraventa de sociedad

Por adquisición indirecta se entiende la compra de las acciones representativas de la totalidad del capital de una sociedad titular de un inmueble (edificio de oficinas, centro comercial, hotel, etc.). Los motivos para optar por la compra de la sociedad o del inmueble son de índole fundamentalmente fiscal, si bien debe tenerse en cuenta, como idea general, que la compra de una sociedad cuyo único activo es un inmueble no evita que se devengue el impuesto sobre transmisiones patrimoniales (ITP). Los problemas que suele plantear para el comprador la compra de una sociedad (en lugar de la compra directa de un inmueble) se refieren a que la compra de una sociedad puede implicar la adquisición de posibles contingencias (fiscales, laborales o de otro tipo) asociadas a esa sociedad.

Este tipo de operaciones normalmente conlleva (a) la realización de una *due diligence*, (b) la firma de un contrato de compra de las acciones o participaciones y (c) la firma de un contrato entre accionistas (en caso de que no se adquiriera la totalidad del capital de la sociedad).

Lógicamente, en este caso la *due diligence* no se limita al activo inmobiliario, sino que supone una revisión legal, fiscal, financiera, contable, comercial, técnica y medioambiental de la propia sociedad que se va a adquirir. La *due diligence* jurídica incluye aspectos tan variados como los societarios, inmobiliarios, contractuales, tributarios, laborales, y los relativos a propiedad industrial e intelectual, seguros y litigios.

En procesos competitivos (*bidding processes*), cada vez es más habitual la figura del *vendor's due diligence*, para evitar la coexistencia de varios equipos (tantos como potenciales compradores) realizando sus propios procesos de *due diligence*.

El ejercicio de *due diligence*, según los casos, se efectúa antes de la firma del contrato, o entre la firma del contrato y el cierre efectivo (consumación) de la operación. Cuando la *due diligence* se realiza antes de la firma del contrato privado, es habitual la previa concesión por el vendedor de derechos de exclusividad, al tiempo que el compromiso de ambas partes de mantener con confidencialidad, no sólo la documentación que se suministre durante el ejercicio de *due diligence*, sino incluso la existencia y términos del propio proceso.

¿Desde la perspectiva del comprador, cabe eliminar la *due diligence* si negocia unas buenas *representations and warranties* en el contrato? No es conveniente, por los siguientes motivos:

- es mejor conocer la sociedad antes de comprarla;

- según el resultado de la *due diligence*, puede ajustarse el precio de compra o incluso no firmarse la operación, y
- si no se hace *due diligence*, aumenta el riesgo de conflictividad potencial.

En este tipo de operaciones, el contrato de compraventa tiene por objeto la adquisición de las acciones o participaciones de la sociedad propietaria del inmueble. Por tanto, el vendedor no es la propia sociedad, sino los socios titulares de las acciones o participaciones de la sociedad.

Las obligaciones de los vendedores consisten en la entrega (y consiguiente transmisión) de las acciones o participaciones al comprador, y (si así se pacta contractualmente) el otorgamiento de determinadas *representations and warranties* sobre la sociedad y sobre el activo.

**¿Quién da las *representations and warranties*?** los vendedores propietarios de las acciones, y en ningún caso la propia sociedad. Los motivos son de índole jurídico (el otorgamiento de declaraciones y garantías por la propia sociedad para facilitar la compra de sus propias acciones sería un caso de libro de asistencia financiera, prohibida por la legislación societaria), pero fundamentalmente son de carácter práctico: no aportaría protección alguna al comprador el hecho de que quien le otorgara las *representations and warranties* fuera la propia sociedad cuyas acciones son objeto de compraventa. El motivo es que, dado que la sociedad será de propiedad del comprador como consecuencia de la consumación de la compraventa, entablar una reclamación de indemnización contra la propia sociedad implicaría para el comprador, indirectamente, entablarla contra sí mismo.

Lógicamente, el alcance de las declaraciones y garantías en este tipo de operaciones puede abarcar aspectos tan variados como la titularidad de las acciones, los estados financieros, los pasivos ocultos o contingentes, la propiedad de los inmuebles, permisos y licencias, cuestiones laborales y tributarias y propiedad industrial e intelectual.

Como en cualquier operación de compraventa inmobiliaria, es habitual establecer contractualmente el régimen de responsabilidad del vendedor (con la consiguiente obligación de indemnización y/o resolución del contrato a cargo de la parte vendedora en caso de inexactitud, falsedad, error u omisión), así como establecer ciertos límites a dicha responsabilidad, ya sea en forma de franquicias o de límites máximos temporales o cuantitativos, y determinados mecanismos de garantía del pago de la indemnización, tales como retención de precio, aval bancario, *escrow* o seguros.

## **4. Sale and lease back**

### **4.1. Descripción**

1) Operación por la que un propietario de un inmueble lo vende a un tercero, que a su vez lo cede al vendedor en arrendamiento, sin que exista opción de compra al final del arrendamiento.

2) Existe una vinculación económica, no necesariamente jurídica, entre ambos contratos. Esta vinculación se manifiesta en distintos niveles:

a) La rentabilidad buscada por el comprador suele configurarse en torno a tres variables: precio y renta, duración del arrendamiento y gastos e inversiones del inmueble. Desde la perspectiva del comprador-arrendador, su objetivo será obtener una rentabilidad determinada, neta de todo tipo de gastos, por lo que cualquier gasto, coste e impuesto ha de ser asumido por el arrendatario.

b) En cuanto a atribución de riesgos, ambos contratos suelen funcionar como "vasos comunicantes": una cláusula de un contrato impacta directamente en el otro. En este sentido, si el riesgo que un vendedor normalmente asumiría en un contrato de compraventa es finalmente asumido por el comprador, ese mismo riesgo será posteriormente transferido al arrendatario (antes vendedor) en virtud del contrato de arrendamiento. Así por ejemplo, si el contrato de compraventa no contempla determinadas garantías (posible inversión necesaria para reparar determinados defectos que pudieran afectar a elementos del inmueble), el comprador pretenderá que ese riesgo sea asumido por el arrendatario en el contrato de arrendamiento.

c) Finalmente, hay que señalar que ambos contratos no tienen una "vinculación legal". En principio, salvo que las partes pacten otra cosa, la regla general es que una resolución o terminación del contrato de arrendamiento antes de la fecha de su vencimiento no determina la resolución del contrato de compraventa. Cabría pensar que una vez resuelto el arrendamiento por causas atribuibles al arrendatario, el comprador podría ver frustradas sus previsiones de rentabilidad y en consecuencia debería poder solicitar la resolución de la compraventa. Este planteamiento es más bien extraño en la práctica, si bien siempre será aconsejable tratar expresamente este aspecto en el contrato a fin de evitar incertidumbres.

3) Analizaremos a continuación las cláusulas y aspectos más relevantes del contrato de compraventa y del contrato de arrendamiento en este tipo de operaciones. Una visión más general de estos contratos se analiza en otros capítulos.

## **4.2. Aspectos más relevantes del contrato de compraventa**

### **4.2.1. Situación legal y urbanística: el comprador pretenderá obtener del vendedor una garantía acerca de la exacta situación legal del inmueble**

1) En cuanto a la situación registral del inmueble: no es infrecuente que exista una discordancia entre la situación real y la que consta en el Registro de la Propiedad. Los inmuebles objeto de este tipo de operaciones suelen ser inmuebles que llevan muchos años en el activo del ahora vendedor y sobre los que no ha existido, hasta ese momento, un interés por su venta, por lo que no es de extrañar la existencia de ciertas incidencias en el Registro que el comprador pretenderá que se resuelvan, o que al menos, obtenga cobertura o garantía suficiente; así por ejemplo, no es de extrañar la existencia de gravámenes (censos, etc.) constituidos en el momento de construcción del edificio; o que no conste en el Registro la obra nueva o que las habituales reformas y rehabilitaciones realizadas no hayan sido reflejadas en el Registro; existencia de cargas urbanísticas en garantía de obligaciones de pago de obras de urbanización que, aunque satisfechas, dichas cargas no hayan sido canceladas en el Registro, etc.

2) En cuanto a las cargas y gravámenes: el comprador buscará protección e indemnidad en caso de existir gravámenes o cargas de todo tipo, consten o no consten en el Registro. Adicionalmente, el comprador deberá asegurarse de que no existen otros arrendatarios u otros terceros con derechos de uso, acceso, etc. sobre el inmueble.

3) En cuanto a los pagos devengados en relación con el inmueble: igualmente, el comprador buscará que el vendedor le garantice que el inmueble se encuentra al corriente de pago de todos los gastos relativos al mismo (impuestos, gastos comunes, etc.) pues algunos de ellos (IBI y cuotas de la comunidad de propietarios) quedan especialmente garantizados por el propio inmueble.

### **4.2.2. Cuerpo cierto**

Es preciso que las partes determinen expresamente si el inmueble se vende o no en función de una superficie. En este sentido recordemos los artículos 1.469 al 1.471 CC:

1) Si la venta de un inmueble se hubiese hecho con expresión de su cabida, a razón de un precio por unidad de medida, y se entregara una menor superficie, el comprador podrá pedir una rebaja proporcional del precio o incluso la rescisión del contrato.

2) En la venta de un inmueble hecha por precio alzado, no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo, aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato.

#### **4.2.3. Instalaciones retenidas**

No es extraño que el vendedor tenga interés en retener la propiedad sobre determinados bienes muebles e instalaciones; para lo cual es aconsejable listarlos expresamente, pues de otra manera se entenderían vendidos dentro del conjunto del inmueble en aplicación del artículo 334 CC (números 3.º, 4.º y 5.º).

#### **4.2.4. Garantías**

Las áreas en donde habitualmente el comprador suele requerir una cobertura por parte del vendedor en la negociación de los contratos de compraventa en operaciones de *sale and lease back* son las siguientes:

1) Garantía (evicción) sobre título y cargas (incluidas las no aparentes) y la existencia de vicios ocultos; aspectos todos estos que se tratan con mayor profundidad en el capítulo relativo a la compraventa.

2) Situación medioambiental del inmueble (inmuebles construidos en fechas ya lejanas, existiendo dudas sobre los materiales de construcción realizados, o sobre las actividades realizadas en él a lo largo de la historia del inmueble).

3) Licencias del edificio (en relación con la construcción, usos y actividades).

En ocasiones, se plantea una estructura de operación sin garantías (venta *as is*) o con alcance muy limitado de las mismas. Todo ello depende, no sólo de la propia negociación, sino de las características propias de la operación: así por ejemplo, gravedad o no de las incidencias detectadas durante el proceso de *due diligence*; vigencia o no en ese momento de las acciones que se derivan de la LOE (por ejemplo, en caso de construcción reciente del inmueble); duración del contrato de arrendamiento (cuanto más largo sea el periodo de obligado cumplimiento para el vendedor-arrendatario, mayor será la flexibilidad del comprador), etc.

#### **4.2.5. Cambios de uso del edificio**

Especial atención requiere el análisis de la situación de los usos autorizados en el inmueble y los planes a futuro del comprador. El comprador puede tener un interés en modificar esos usos de forma que en la fecha de expiración del

contrato de arrendamiento, el edificio cuente con otros usos debidamente autorizados para poder acceder a un mayor o distinto tipo de arrendatarios. Este posible proceso de cambio de usos debe ser regulado en detalle a fin de que el vendedor-arrendador no se vea negativamente afectado por ese proceso de cambio de autorización en los usos o actividades a desarrollar en el inmueble.

#### **4.2.6. Derecho de tanteo y retracto urbanístico**

No es inusual encontrarse operaciones en donde el inmueble tiene una especial calificación, dependiendo de la normativa autonómica correspondiente, que concede a la Administración local o autonómica un derecho de tanteo sobre el inmueble. En estos casos es preciso efectuar una comunicación formal a dicha Administración en relación con la operación de compraventa a los efectos de que ésta pueda ejercer, en su caso, su derecho de compra del inmueble.

#### **4.2.7. Impuestos y gastos**

El contrato de compraventa ha de regular el régimen fiscal de la operación (ITP o IVA) y quién asume los costes fiscales relativos al IIVTNU. Asimismo, se ha de regular quién soporta los costes de la operación (notariales, registrales, etc.)

#### **4.2.8. Prorrateo de gastos del inmueble**

El contrato deberá regular igualmente el criterio de imputación de costes fiscales y de otro tipo relativos al inmueble; y de tal forma se establece que todos los costes y gastos del inmueble devengados con anterioridad a la fecha de la compra serán asumidos por el vendedor, y los posteriores a la compra son asumidos por el comprador.

#### **4.2.9. Entrega de documentación**

El vendedor deberá entregar al comprador toda la documentación relativa al inmueble: planos *as built*, licencias, documentación técnica, etc.

### **4.3. Aspectos más relevantes del contrato de arrendamiento**

#### **4.3.1. Duración**

Como hemos señalado, la duración es un elemento esencial en los objetivos de rentabilidad del comprador; suelen pactarse plazos largos de arrendamiento (ejemplo, 10 años). El comprador se marca como objetivo no sólo la adquisición de un determinado inmueble sino que el vendedor-arrendatario continúe en el uso del inmueble, obteniendo el comprador-arrendador un flujo de rentas durante un periodo de tiempo determinado; de forma que el arrendatario ha de obligarse a un periodo de obligado cumplimiento. Por ello, este

tipo de contratos incide en la obligación de pago de la totalidad de la renta en caso de resolución anticipada del arrendamiento por razones imputables al arrendatario.

#### **4.3.2. Renta**

Viene altamente determinada por el precio pactado. Una vez que las partes han pactado una tasa de rentabilidad o *yield* (relación entre renta y precio del inmueble), se determina el precio y la renta sobre parámetros de mercado.

Dada la duración de largo plazo que se pacta en estos contratos es habitual acordar fórmulas de actualización de la renta a valores de mercado, si bien pactándose límites máximos en cuanto a los incrementos/reducciones de renta, de forma que se asegure al comprador-arrendador esa rentabilidad mínima y se asegure al vendedor-arrendatario una estabilidad en el coste del arrendamiento.

#### **4.3.3. Triple net lease**

**Posiblemente es la cláusula más típica de este tipo de operaciones.** Como hemos señalado, el comprador busca asegurarse una rentabilidad neta y por ello este tipo de contratos establece que todos los gastos e impuestos relativos al inmueble han de ser asumidos por el arrendatario (seguros, impuestos tales como el IBI y gastos de mantenimiento y reparación del inmueble). De forma que la renta pactada sea efectivamente una renta neta y por tanto, no susceptible de verse afectada por ningún tipo de gastos. El conocimiento que el vendedor tiene del inmueble, que ha sido en muchas ocasiones construido por él, y utilizado y mantenido por dicho vendedor, le ponen en una mejor situación para evaluar los gastos que el inmueble genera.

Sin embargo, hay que recordar al vendedor que en el momento de negociar la renta ha de tener bien presente que adicionalmente a dicha renta va a tener que asumir esos gastos del edificio.

#### **4.3.4. Obras**

**Posiblemente el tema más discutido en este tipo de operaciones.** En este apartado se plantean los dos siguientes problemas que han de resolverse contractualmente: quién realiza o ejecuta estas obras y quién las sufraga. Habitualmente se da respuesta a esta discusión tomando como criterio el concepto de triple *net lease* y de garantizar al comprador una rentabilidad neta determinada, si bien este concepto no resuelve todos los problemas cuando se discuten las obras de mayor envergadura. Así por ejemplo, en caso de ser necesaria una sustitución de una instalación concreta (ascensores o sistema de aire acondicionado) a falta de dos años para el vencimiento del arrendamiento, parece

desequilibrado que sea el arrendatario el obligado a realizar dicha inversión que apenas va a utilizar. En la práctica se plantea una amplia casuística, dependiendo de cada caso concreto y de la negociación entre las partes.

Nos estamos refiriendo a este tipo de obras o trabajos:

1) Mantenimiento: son aquellos trabajos necesarios para mantener un elemento del inmueble en su correcta condición y funcionamiento (limpieza, inspección y examen periódico, operaciones de prevención de averías fortuitas, etc.).

2) Reparación: son aquellos trabajos necesarios para devolver un elemento del inmueble a su correcta condición y funcionamiento. Se trata de reparación, aportación y sustitución de productos o piezas que el funcionamiento normal del elemento consume y que deben ser suministrados periódicamente para asegurar el servicio.

3) Sustitución o grandes reparaciones: son trabajos de reparación si bien de gran envergadura; se refieren a, por ejemplo, cambios completos de instalaciones (aire acondicionado, sistema eléctrico, etc.) en lugar de meras sustituciones de piezas. Conceptualmente, se trataría de trabajos de reparación si bien el volumen de la inversión necesaria requiere un tratamiento especial.

Se suele trazar la frontera con respecto a los trabajos de reparación sobre la base de los siguientes criterios: (I) trabajos sobre elementos estructurales (fachada, cubierta, estructura); (II) gastos que sobrepasan un coste determinado por metro cuadrado.

4) Obras requeridas por imposición de nueva normativa: cambios normativos (pensemos en temas de seguridad o accesibilidad para eliminar barreras arquitectónicas) pueden requerir altos niveles de inversión. En este sentido pueden distinguirse obras de adaptación a normativa cuya vinculación es más directa con el edificio en sí (en donde parece que el arrendador debería ser el responsable de sufrir el coste) y otras más vinculadas a la actividad o uso que se desarrolla en el mismo (en donde parece que el arrendatario debería estar obligado a soportar el coste).

5) Mejoras: aquellas obras extraordinarias (generalmente propuestas por el propietario) para mejorar la condición del inmueble de cara a su venta o explotación. Generalmente, el coste lo asume el propietario.

6) Acondicionamiento (*o fit out*): obras para acondicionar el inmueble a las necesidades de explotación y uso del arrendatario (mamparas divisorias, etc.) Generalmente, el coste lo asume el arrendatario.

Como hemos apuntado anteriormente, los pactos en cuanto a quién ha de asumir el coste de todas estas obras son amplios y dependen de la negociación entre las partes. Sin embargo, podemos dar algún criterio: (I) concepto de triple

*net lease*; y (II) obras que pretenden mantener el valor del inmueble (a cargo del arrendatario) frente a obras que incrementan el valor del inmueble (a cargo del propietario).

Por lo general, el capítulo más problemático suele ser el de las grandes reparaciones, donde en determinadas situaciones se han arbitrado soluciones como las siguientes: (I) limitar el coste a asumir por el arrendatario (el arrendatario asume un coste anual determinado por metro cuadrado y el arrendador asume aquellos costes que excedan dicho importe), (II) el coste de las nuevas instalaciones se prorratea entre arrendador y arrendatario en función de los años que restan hasta la expiración del arrendamiento en relación con la vida útil del elemento o instalación.

#### **4.3.5. Subarriendo y cesión**

1) En principio, y en contrapartida a la obligación del arrendatario a cumplir un periodo de obligado cumplimiento (generalmente largo), el arrendatario suele gozar de cierta flexibilidad para poder subarrendar a terceros parte de la superficie arrendada; máxime cuando el arrendatario continúa siendo el obligado frente al arrendador, sin que por tanto se produzca un cambio en la solvencia o garantías del arrendatario.

2) En cuanto a la cesión de la posición contractual del arrendatario, este suele gozar de flexibilidad en los supuestos en que el cesionario sea una sociedad de su grupo. En caso de cesión a un tercero ajeno al grupo, el arrendatario suele gozar de menor flexibilidad y generalmente se requiere el consentimiento del arrendador. Sobre la base del argumento señalado en el párrafo anterior (periodo largo de obligado cumplimiento), no es infrecuente encontrar alguna flexibilidad para el arrendatario siempre que el cesionario reúna unos niveles mínimos de solvencia que se pretenden objetivar en el propio contrato de arrendamiento (ejemplo, niveles de *rating*, facturación, beneficios, volumen de activos, etc.).

#### **4.3.6. Derecho de tanteo a favor del arrendatario. Opción de compra**

Este tipo de operaciones suelen incluir un derecho de tanteo (o más bien un derecho a realizar una primera oferta) a favor del arrendatario en caso de que el arrendador deseara transmitir el inmueble arrendado a un tercero.

Asimismo, es común la concesión a favor del arrendatario de un derecho de opción para la recompra del inmueble.

## 5. Financiación de proyecto terminado que genera rentas

### 5.1. Consideraciones previas

En apartados anteriores hemos analizado las características y cláusulas típicas del contrato para la financiación durante la promoción (construcción) del proyecto inmobiliario. La mayoría del contenido de ese capítulo es perfectamente aplicable a los contratos de financiación de un proyecto terminado que genera rentas.

Señalaremos en este apartado aquellos aspectos propios de este tipo de financiación que son diferentes de los tratados en el apartado relativo a la financiación de la promoción o construcción.

### 5.2. Tratamiento contractual de los riesgos

En la financiación de un proyecto en explotación (proyecto que genera rentas), se plantean prácticamente los mismos riesgos mencionados con anterioridad, si bien enfocados ahora a un estado y situación diferente del proyecto inmobiliario. Distinguimos los siguientes riesgos:

#### 5.2.1. Riesgo legal

El riesgo legal es el riesgo de que el proyecto en explotación sea y continúe siendo factible jurídicamente.

Nos encontramos de nuevo con la necesidad de realizar una revisión o *due diligence* legal por parte de los asesores jurídicos de la entidad bancaria, de toda la documentación legal del proyecto, que abarca no sólo las áreas antes mencionadas sino cualquier nuevo contrato o documento legal que afecte al proyecto (contratos de arrendamiento, contratos de financiación, licencias de apertura y puesta en funcionamiento, etc.), a fin de confirmar que todos estos contratos se encuentren en condiciones aceptables para el banco financiador sin que presenten contingencias de ningún tipo y que el proyecto cuente con todas las aprobaciones y permisos que aseguren la continuación de la explotación y producción de rentas del proyecto.

### 5.2.2. Riesgo de explotación

El riesgo de explotación es el riesgo de que existan indicadores en la economía y mercado del país o del entorno inmediato del proyecto, los arrendatarios existentes o de la política de comercialización y gestión del proyecto, que puede poner en peligro la capacidad de que el proyecto inmobiliario siga produciendo el nivel de rentas previsto.

Este riesgo es difícil o imposible de cubrir, salvo aspectos específicos (política de comercialización y gestión).

Generalmente, las entidades financiadoras realizan o encargan a terceros la realización periódica de estudios de mercado, valoraciones o tasaciones; incluyendo en el contrato la obligación del financiado de informar al banco de cualquier alteración de circunstancias que incida en un agravamiento del riesgo.

### 5.2.3. Riesgo financiero

El riesgo financiero o de tipo de interés es el riesgo de impago del financiado como consecuencia del aumento "desmesurado" o no previsible del tipo de interés de referencia en las financiaciones a interés variable.

Este riesgo se cubre mediante la contratación por parte del promotor de instrumentos financieros de cobertura (*swaps*, *hedging*, etc.).

### 5.2.4. Otros riesgos del activo (reparación e inversión)

Es el riesgo de que por defectos de diseño o ejecución de la obra, incorrecto mantenimiento del activo o por antigüedad del mismo, el proyecto requiera o vaya a requerir, durante la vida de la financiación, de esfuerzos de inversión (capital *expenditure* o *capex*) para subsanar esos defectos (siendo el más común la falta de estanqueidad de cubiertas) o renovar el proyecto, que no estén previstos en el plan de negocio de proyecto y el financiado no vaya a contar con recursos económicos para afrontarlos.

Este riesgo se cubre mediante una *due diligence* técnica que valide los planes de inversión del operador del proyecto y revise la situación técnica y mantenimiento del activo.

### 5.2.5. Otros riesgos del activo (destrucción)

Es el riesgo de daños al activo o a terceros, o de desaparición del activo durante su explotación, como consecuencia de un evento imprevisible.

Este riesgo se cubre mediante la contratación de los correspondientes seguros: seguro decenal (que salvo que se haya contratado previamente al inicio de las obras, su contratación resulta imposible una vez finalizadas las obras), seguro de daños (incluyendo una cobertura especial para la pérdida de rentas) y seguro de responsabilidad civil.

### 5.3. Cláusulas más relevantes del contrato de financiación de proyecto en explotación

Las cláusulas de un contrato de financiación no difieren en exceso del clausulado típico analizado al tratar la financiación de proyectos en construcción. Señalamos algunas diferencias:

- 1) En cuanto a las ratios financieras, se utiliza el *loan to value* en lugar del LTC, que representa el cociente entre el principal pendiente de amortización y el valor del activo, determinándose dicho valor conforme a determinada fórmula de cálculo (capitalización de rentas a un *yield* determinado) o conforme al dictamen de un experto inmobiliario.
- 2) La estructura de cuentas cambia significativamente, pues en este tipo de financiación el financiado contaría con ingresos recurrentes provenientes de la explotación del proyecto (p. ej., rentas de alquiler). Cada contrato establece la propia estructura de cuentas corrientes del financiado y las normas de funcionamiento.
  - a) El prestatario abre una cuenta corriente, pignorada en favor del banco prestamista, que suele denominarse cuenta operativa, en la que se canalizan todos los cobros y pagos que efectúe el prestatario acreditado en relación con la financiación. El banco cuenta con plenas facultades para disponer de los saldos de dicha cuenta a efectos de proceder al pago de las cantidades adeudadas en virtud del préstamo.
  - b) Adicionalmente, el prestatario abre otra cuenta corriente, pignorada en favor del banco prestamista, que suele denominarse cuenta de cobros, en las que se centralizarán todos los cobros y pagos que realice el prestatario en el curso ordinario de sus negocios. El objetivo de dicha cuenta es ir nutriendo de fondos a la cuenta operativa para así hacer frente al préstamo. Adicionalmente, el préstamo contiene reglas sobre el destino de dichos saldos limitando enormemente la capacidad de distribución de dividendos, reducciones de capital, etc. o cualquier otra forma de distribución de fondos en favor del accionista.

Asimismo, el banco prestamista cuenta con plenas facultades para disponer de los saldos de dicha cuenta para proceder al traspaso desde la cuenta de cobros a la cuenta operativa y, a tal efecto, proceder al pago de las cantidades adeudadas en virtud del préstamo.

c) Dependiendo de la operación en cuestión, se instrumenta una nueva/s cuenta/s (llamadas cuentas de reserva y también pignoradas) que se van nutriendo de los saldos de la cuenta de cobros y tienen finalidades dispares: (I) una garantía adicional para el caso en que existan incumplimientos de ratios y que se utilizarán para amortizar anticipadamente, (II) fondos a destinar a una inversión concreta (por ejemplo, rehabilitación del inmueble o costes de *capex* para los trabajos de *fit out* de los nuevos arrendatarios, etc.).

3) El calendario de amortización es diferente al de la financiación de un proyecto en construcción. En el caso del proyecto cuya explotación está generando rentas, las partes pactarán un calendario coherente con esa capacidad de generación.

No es infrecuente pactar una amortización única al final del préstamo. Este tipo de régimen de amortización ha sido utilizado en el pasado en situaciones de alto apalancamiento (y por tanto el proyecto no generaba rentas suficientes para afrontar una amortización, por ejemplo, lineal), en donde el plan de negocio tenía como objetivo la venta del activo en un plazo corto de tiempo 4-6 años, aprovechando un ciclo alcista en el mercado inmobiliario.

4) Igualmente, el régimen de garantías difiere en algún aspecto al tratado en la financiación de un proyecto en construcción. Por lo general las garantías en una financiación de proyecto en explotación coinciden (hipoteca y prendas antes referidas), si bien es menos frecuente que los promotores (accionistas) presten garantías al proyecto. En principio este proyecto en explotación es considerado como suficientemente generador de rentas para hacer frente a los compromisos derivados de la financiación con el nivel de apalancamiento pactado y, por tanto, no deban ser necesarias garantías de los accionistas.

## 6. El *leasing* inmobiliario

### 6.1. Descripción y características generales

#### 6.1.1. Descripción

Los contratos de arrendamiento financiero o *leasing* son aquellos contratos que tienen por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes (muebles o inmuebles), adquiridos por la entidad de *leasing* para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el pago de cuotas periódicas (amortización más intereses), con necesariamente un otorgamiento a favor del arrendatario financiero de una opción de compra (valor residual) ejercitable a la finalización del contrato.

El contrato de arrendamiento financiero está regulado en la Ley 26/1988 de 29 de julio (Disp. Adicional 7.<sup>a</sup>); Ley 28/1998 de 13 de julio (Disp. Adicional 1.<sup>a</sup>); Ley Concursal (artículos 56 y 90.1.4.<sup>o</sup>); y Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 250.1.1.<sup>o</sup>).

Los bienes inmuebles objeto de cesión han de quedar afectos por el usuario únicamente a su actividad empresarial (explotaciones agrícolas, industriales, comerciales, de servicios, etc.).

#### 6.1.2. Elementos

En los contratos de *leasing* destacamos los siguientes elementos:

1) **Arrendador:** debe ser una entidad legalmente habilitada para ello, pudiendo desarrollar estas operaciones las entidades oficiales de crédito, bancos, cajas de ahorro, y las cooperativas de crédito (apartado 10 de la Disp. Adicional 7.<sup>a</sup> de la Ley 26/1988 de 29 de julio) así como los establecimientos financieros de crédito (artículo 1 de Real Decreto 692/1996). El arrendador es el que, en lugar de prestar el dinero, adquiere el bien, siguiendo las instrucciones del arrendatario, y lo arrienda al usuario con una opción de compra.

2) **Arrendatario:** debe ser un empresario o profesional, debiendo afectar el bien inmueble únicamente a sus actividades empresariales (explotaciones agrícolas, industriales, comerciales, de servicios, etc.) o profesionales. El arrendatario es en definitiva el empresario que elige el bien inmueble y negocia con el vendedor las condiciones de compra.

Hay que destacar que el vendedor del bien objeto de *leasing* no es parte del contrato de arrendamiento financiero.

**3) Objeto y cuotas del arrendamiento financiero:** el objeto es un bien inmueble (o mueble), que como se señaló anteriormente ha de quedar afecto a la actividad empresarial del arrendatario.

En cuanto a las cuotas hay que destacar que los contratos han de diferenciar la parte que corresponde a la recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora, excluido el valor residual (valor de la opción de compra) y la carga financiera; a la que se añadirá el IVA correspondiente. Mediante el ejercicio, voluntario, de la opción de compra por el arrendatario financiero y pago del valor residual, este adquiere la propiedad del bien inmueble.

**4) Forma y duración:** los contratos de arrendamiento financiero se formalizan generalmente en escritura pública, a los efectos por un lado de cumplir con las formalidades previstas en el artículo 1.429 LEC (acción ejecutiva) y por otro para que sean inscribibles en el Registro de la Propiedad. En cuanto a la duración, el contrato debe tener una duración mínima de 10 años.

## 6.2. Naturaleza jurídica

El arrendamiento financiero es un contrato complejo y atípico de contenido no uniforme regido por sus propias disposiciones, por lo que habrá de estarse a las particulares estipulaciones para así determinar su específica naturaleza.

Sin embargo, podemos afirmar (según señala la doctrina de la DGRN) que:

"generalmente la finalidad práctica perseguida por las partes no es una mera cesión de uso por tiempo determinado y precio cierto con posibilidad añadida de devenir propietario al vencimiento de aquel plazo, sino la de producir una transmisión gradual y fraccionada de las facultades y obligaciones inherentes al dominio, transmisión que no se consumará hasta la completa realización por el arrendatario financiero de la contraprestación asumida; entre tanto, el arrendador financiero retendrá una titularidad dominical más bien formal aunque con vocación de plenitud para el caso de incumplimiento de los compromisos del arrendatario financiero o de que, por causas ajenas a los contratantes, el fin negocial no llegue a producirse. Por el contrario, al arrendatario financiero se le atribuyen, desde el momento mismo del otorgamiento del negocio, el contenido básico de facultades y deberes inherentes a la propiedad, si bien que con las limitaciones inherentes a esa hipotética planificación del derecho del arrendador financiero".

En este sentido, podemos decir que la causa del contrato de arrendamiento financiero es de financiación.

### 6.3. Inscripción en el Registro de la Propiedad

El contrato de *leasing* es susceptible de ser inscrito en el Registro de la Propiedad (el arrendamiento y la opción de compra). La doctrina de la DGRN califica el derecho de *leasing* como derecho real atípico que atribuye a su titular un poder sobre la cosa cuyo contenido consiste en derecho a usar el bien y la posibilidad de adquirir la propiedad del bien a cambio de un precio.

Una vez ejercitada, en su caso, la opción de compra, el arrendatario podrá inscribir en el Registro de la Propiedad su título de propiedad. La inscripción del dominio por el arrendatario (mediante el ejercicio de la opción de compra) opera de forma autónoma, por lo que no es necesaria la previa inscripción del contrato de *leasing*.

Finalmente, destacamos que es posible que el arrendatario financiero pueda hipotecar el derecho que en su favor se deriva del arrendamiento financiero.

### 6.4. Clases

Podemos distinguir dentro del arrendamiento financiero inmobiliario el *leasing* de adquisición, en virtud del cual la entidad arrendadora financia la adquisición de un bien inmueble finalizado; y un *leasing* de construcción donde el arrendador financia la construcción de un inmueble, y en consecuencia, por un lado la entidad arrendadora no firma un contrato de compraventa con el tercero vendedor sino un contrato de ejecución de obra con un contratista, y por otro lado el arrendamiento adopta la forma de arrendamiento de "cosa futura" (artículo 1.271 CC).

### 6.5. El contrato de *leasing* y la Ley Concursal (LC)

La LC se aparta del régimen existente con anterioridad a su entrada en vigor (*separatio ex iure domini*). El apartado 5 de la Disposición Adicional 1.ª de la Ley 28/1998 establecía que los bienes cedidos en arrendamiento financiero no se incluirán en la masa, debiéndose poner a disposición del arrendador financiero previo reconocimiento judicial de su derecho; y ello sin perjuicio del derecho del arrendador financiero al cobro de las cuotas adeudadas en la fecha de la declaración del estado de insolvencia.

La LC establece la siguiente regulación:

1) El artículo 90.1.4.º de la LC establece que el crédito del arrendador financiero es un crédito privilegiado especial; y que el derecho inicial para la recuperación del bien se ve transformado en un derecho de crédito que debe insinuarse en el concurso y cobrarse con la realización del bien.

2) El artículo 56 de la LC establece la paralización de acciones tendentes a la recuperación de los bienes. Una vez transcurrido el plazo máximo de un año, el arrendador tiene dos opciones: continuar con la acción de recuperación del bien o insinuar su crédito como privilegiado y obtener su satisfacción con el producto del bien.

## 6.6. Análisis de las cláusulas más relevantes

1) Los contratos de arrendamiento financiero incluyen normalmente una cláusula por la que se pacta la exoneración de responsabilidad del arrendador respecto a la cosa objeto del contrato de *leasing*, como por ejemplo en situaciones de incumplimiento o retraso en la entrega de la cosa, vicios ocultos de la cosa y evicción. Asimismo, esa exoneración también cubre posible reclamaciones del arrendatario o de terceros como consecuencia del mantenimiento y conservación o pérdida de la cosa, así como los supuestos de responsabilidad extracontractual).

Esta exoneración tiene lógicamente unos límites, como por ejemplo en caso de dolo o culpa grave del arrendador o no entrega material de la cosa. Asimismo, esta exoneración pactada en el contrato de *leasing* no tendrá eficacia alguna con respecto a terceros, por lo que el arrendador no queda exento de riesgos en supuestos de los que se puede denominar "responsabilidades por razón del dominio" (así por ejemplo, obligaciones que se derivan del régimen de propiedad horizontal o daños extracontractuales por razón de la cosa; véanse los artículos 389, 390, 1.907 y 1.908 CC).

En todos los casos es preciso pactar una cesión de acciones de reclamación, en particular contra el vendedor, por parte del arrendador en cuanto que comprador del bien objeto de *leasing* en favor del arrendatario.

2) Tradicionalmente, los contratos de *leasing* establecían determinadas cláusulas de protección del arrendador financiero que han sido corregidas por la doctrina del Tribunal Supremo, que establece que la resolución del contrato de compraventa produce efectos restitutorios entre todas las partes (vendedor, comprador-entidad arrendadora y arrendatario financiero) de tal forma que la resolución del contrato de compraventa determina la resolución del contrato de *leasing*.

3) Las cláusulas que regulan las consecuencias de la resolución del contrato de *leasing* en caso de incumplimiento del arrendatario (principalmente por impago de las cuotas) han sido revisadas por la doctrina del Tribunal Supremo y han requerido modificaciones normativas a fin de buscar un mejor equilibrio entre la posición del arrendador y el arrendatario. En caso de resolución del contrato, la entidad de *leasing* podrá:

a) Ejercitar la acción de cumplimiento, por la que exigirá, a cambio de la transmisión de la propiedad del bien en favor del arrendatario, exigir de este el pago de las cantidades vencidas y no pagadas (es decir, de todas las cuotas, pues el incumplimiento determina el vencimiento anticipado de todas las cantidades establecidas en el contrato); y un porcentaje de dicha cantidad en concepto de indemnización por daños y perjuicios.

b) Ejercitar la acción de restitución, por la que exigirá del arrendatario la entrega o restitución de la cosa más el pago de las cuotas impagadas hasta la fecha de resolución.

Siendo incompatible el ejercicio simultáneo de ambas acciones, ya que se produce un enriquecimiento injusto para la entidad arrendadora.

4) Finalmente, debemos destacar que el derecho de *leasing* puede ser objeto de tráfico y por tanto, con sujeción a lo establecido en el contrato de *leasing*, el arrendatario puede ceder el uso del bien así como ceder la opción de compra (es decir, ceder la parte activa o los derechos del contrato), si bien el deudor frente al arrendador seguirá siendo la misma entidad.

#### **6.7. Reflexiones prácticas comparando la financiación (préstamo) hipotecario y el *leasing* inmobiliario**

1) La posición del acreedor hipotecario es netamente una posición acreedora, gozando en el plano obligacional de las correspondientes acciones dirigidas al cobro de lo adeudado y en el plano jurídico-real aparece reforzado con la acción real hipotecaria (realización del valor del bien hipotecado por procedimientos expeditivos, además de atribuir al crédito de unos derechos de preferencia y prioridad).

La posición del acreedor en el arrendamiento financiero es más compleja en cuanto que participa en un entramado de relaciones: en cuanto a la adquisición de la que goza el bien frente al vendedor o constructor, de la protección del comprador o la de comitente (en caso de un inmueble a construir) en un contrato de ejecución de obra. Goza igualmente de las acciones para el cobro de las cantidades adeudadas, con las particularidades indicadas anteriormente; y finalmente, ostenta en todo momento de su condición de propietario del bien objeto del contrato, si bien con determinadas limitaciones señaladas anteriormente.

El arrendador, en tanto que propietario, no está exento de lo que anteriormente hemos denominado riesgos o responsabilidades por razón del dominio. A pesar de la inclusión de cláusulas de exoneración contenidas en los contratos de *leasing*, su eficacia práctica de las mismas frente a terceros es nula.

2) La idoneidad de una operación u otra dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, si bien será necesario acudir a la financiación hipotecaria si las características de la operación no permiten cumplir con las exigencias de la norma (así por ejemplo, la duración mínima de 10 años exigidas en el *leasing*).

3) Como regla general, el *leasing* financia el 100% de la inversión, mientras que el porcentaje de financiación en los préstamos hipotecarios es siempre menor. Asimismo, la financiación vía *leasing* implica la financiación de los impuestos indirectos derivados de dicha inversión (generalmente el IVA), sin necesidad de establecer una línea o préstamo especial que financie el IVA devengado, como generalmente ocurre con la financiación hipotecaria.

4) En cuanto a deducibilidad fiscal vía amortizaciones, el *leasing* ofrece mayores ventajas que el préstamo hipotecario.

## 7. Obligaciones derivadas de la normativa de vivienda

### 7.1. Aspectos generales

El mercado de la vivienda tiene una trascendencia para los consumidores, no sólo porque se trata de bienes de primera necesidad sino también por el considerable valor económico de dichas operaciones, que afecta de forma muy relevante a las economías domésticas. Por ello, el legislador regula de forma detallada las obligaciones de información precontractual que deben cumplir los promotores.

Como norma de referencia, nos referiremos a las disposiciones del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas.

Con carácter general, los empresarios dedicados a la venta o arrendamiento de viviendas deben tener a disposición del público información tanto sobre el inmueble (plano de ubicación, plano de la vivienda y trazado de instalaciones, descripción de la vivienda y sus calidades, información registral) como también sobre el vendedor o arrendador (nombre o razón social, domicilio y, en su caso, inscripción en el Registro Mercantil).

Además, y para el caso concreto de la venta de viviendas, el Real Decreto 515/1989 obliga a tener a disposición del público la copia de la licencia de obras y de primera ocupación, los estatutos de la comunidad de propietarios, información sobre el pago de los tributos relacionados con la vivienda. Específicamente se obliga al promotor a informar detalladamente sobre el precio de la vivienda, los honorarios de agente y los impuestos correspondientes, así como las características y condiciones de los posibles pagos aplazados.

En cualquier caso, conviene recalcar que las comunidades autónomas han complementado estas disposiciones estatales a través de sus competencias en materia de protección a los consumidores y también a través de la normativa sobre vivienda. Por tanto, deberán tenerse en cuenta también las disposiciones autonómicas aplicables. Habitualmente, las normas autonómicas obligan a los notarios y registradores a verificar el cumplimiento de esas obligaciones de información por parte del promotor como requisito para poder autorizar e inscribir, respectivamente, las escrituras de compraventa de viviendas.

## **7.2. Regulación autonómica: la Ley catalana del Derecho a la Vivienda**

La Ley autonómica 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda (LV), incide de manera directa en la actividad ordinaria del promotor inmobiliario que desarrolle proyectos residenciales en Cataluña. Por lo que se refiere al concepto de "promotor", nos referimos a lo indicado en el apartado 2.1.3 anterior.

### **7.2.1. Inscripción en registros públicos**

Pese a que la LV prevé la creación de registros de constructores de viviendas y de agentes inmobiliarios (entendidos estos últimos en sentido amplio), no contempla la creación de un registro de promotores. Sin embargo, la ley establece en su artículo 51.3 un trámite de homologación por la Generalitat para los promotores privados que deseen adquirir la consideración de "promotores sociales" (consideración que tienen *ope legis* entidades como el Instituto Catalán del Suelo o los ayuntamientos).

Esta homologación les permitirá llevar a cabo promociones de obra nueva o de rehabilitación que, al amparo de los planes de vivienda, se orienten a incrementar la oferta de viviendas de protección oficial en Cataluña, y ello de forma principal, habitual, duradera y concertada con la Generalitat.

Lógicamente, los llamados "promotores-constructores" (figura tan habitual en la práctica, y ahora expresamente reconocida en el artículo 52.2 de la LV) deberán inscribirse en el registro de constructores de la Generalitat, así como en el Registro de Empresas Acreditadas recogido en la Ley estatal 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción.

### **7.2.2. Incidencia de la LV en la actividad de precomercialización**

La LV exige para transmitir viviendas (ya sea en construcción o terminadas), entre otros requisitos, que el promotor haya obtenido la licencia de obras para el proyecto correspondiente.

Asimismo, deberá incluirse obligatoriamente determinada información relativa a la licencia de obras, no sólo en toda "oferta de transmisión de viviendas" que lleve aparejada un pago a cuenta que supere el uno por ciento del precio de compra (porcentaje que, en la práctica, se superará en la mayoría de los casos), sino incluso en toda publicidad (en sentido amplio) que se realice para promover directa o indirectamente la transmisión, arrendamiento o cesión de viviendas. No hacerlo así es sancionable por la Administración.

Conviene estar atentos a la aplicación e interpretación que hagan la Administración y los tribunales de estas estipulaciones, que podrían en la práctica impedir al promotor el desarrollo de cualquier tipo de actividad de precomercialización antes de obtener la licencia de obras.

Por otra parte, conforme a la LV, cualesquiera datos, características y condiciones relativos a la construcción, situación, servicios, instalaciones, adquisición, utilización y pago de las viviendas que se contenga en su publicidad, promoción u oferta serán exigibles por el comprador, aunque no figuren expresamente en su contrato (artículo 58.4 LV). Mediante este precepto, el Parlamento catalán reproduce en el ordenamiento autonómico una exigencia que ya era de aplicación a nivel nacional, en virtud del Decreto estatal 515/1989, de 21 de abril, de protección a los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de vivienda.

### **7.2.3. Incidencia de la LV en el cobro de cantidades a cuenta**

El cobro de cantidades a cuenta del precio de compra se halla también sujeto, entre otros requisitos, a la obtención de la licencia de obras, como ya exigía la Ley 24/1991.

Por otra parte, la LV impone a los promotores de viviendas la obligación de suscribir una póliza de seguro o entregar un aval que garantice al comprador la devolución de las cantidades que reciba el promotor a cuenta del precio de compra en determinados supuestos de incumplimiento. Tampoco esta obligación es novedad de la LV, dado que ya se venía exigiendo a los promotores (en aplicación de la Ley estatal 57/1968, de 27 de julio, Reguladora de las Percepciones de Cantidades Anticipadas en la Construcción y Venta de Viviendas), y su incumplimiento constituía una infracción sancionable por la Administración (en aplicación de la Ley 24/1991).

La novedad al respecto radica en la precisión, introducida por la LV, de que la obligación de suscribir una póliza de seguro o de entregar un aval es exigible, con independencia de que las cantidades que se reciban lo sean en calidad "de arras, señal, reserva o con cualquier otra denominación"; precisión introducida por el legislador catalán al objeto de atajar ciertas interpretaciones tendentes a justificar la no constitución de dicha garantía en determinados supuestos. La LV no contempla exención alguna respecto al cumplimiento de dicha obligación en función del tipo o tamaño de la promoción.

Para mayores detalles, podéis ver J. A. Pérez Rivarés y J. Viquer, "Algunas consideraciones prácticas al hilo de la nueva ley catalana del derecho a la vivienda: su incidencia en la actividad ordinaria del promotor inmobiliario". La Ley, n° 6942, de 9 de mayo de 2008.

## **8. Aspectos fiscales de la venta del proyecto inmobiliario**

### **8.1. Tributación de la transmisión/adquisición de participaciones y de la venta de activos**

Típicamente, existen dos formas de estructurar la transmisión/adquisición de activos inmobiliarios:

- Mediante la transmisión/adquisición de acciones o participaciones del vehículo propietario de los inmuebles que son el objetivo de la adquisición (alternativa conocida en el mundo anglosajón como *share deal*).
- Mediante la transmisión/adquisición directa de los activos inmobiliarios, y en su caso, pasivos asociados (alternativa conocida en el mundo anglosajón como *asset deal*).

A la hora de evaluar la conveniencia de una u otra alternativa desde un punto de vista fiscal, resultarán determinantes los siguientes factores que se analizarán a continuación:

- La transmisión/adquisición de contingencias fiscales o de otra naturaleza.
- La transmisión/adquisición de plusvalías implícitas.
- La tributación indirecta de la transmisión/adquisición.

#### **1) Aspectos relativos a la sucesión de contingencias tributarias (adquisición de acciones y adquisición de activos)**

**a)** En la adquisición de acciones o participaciones se produce una transmisión total de responsabilidades fiscales y de cualquier otra índole al comprador, ya que la entidad adquirida, como sujeto con personalidad jurídica propia, continúa existiendo y siendo responsable directo de cualquier deuda o contingencia de naturaleza tributaria.

En consecuencia, en las operaciones instrumentadas como adquisición de acciones o participaciones resulta necesario realizar un procedimiento de revisión legal (*due diligence*) con el objeto de valorar las contingencias que puedan existir, a los efectos de poder considerar eventuales reducciones en el precio de la operación y de cubrir contractualmente dichas contingencias.

**b)** En la adquisición directa de activos (y en su caso, pasivos), existen dos situaciones en las que puede haber una transmisión de contingencias fiscales:

- **Supuestos de transmisión de empresa:** de conformidad con las disposiciones de la Ley General Tributaria española, quienes sucedan a otros en el desarrollo de explotaciones o actividades económicas responderán solidariamente de las obligaciones tributarias derivadas de dicha actividad. No obstante, de conformidad con lo previsto en la Ley General Tributaria, quien vaya a adquirir la titularidad de explotaciones económicas tiene derecho a solicitar de la Administración una certificación detallada de las responsabilidades tributarias derivadas de las explotaciones que va a adquirir. De este modo, la responsabilidad tributaria del adquirente queda limitada a las obligaciones tributarias que se detallen en el certificado emitido por la Administración (si el certificado se expidiera sin mencionar obligaciones tributarias o no se emitiera en el plazo de 3 meses desde su solicitud, el adquirente queda exento de responsabilidad tributaria por la adquisición de las explotaciones económicas).
- **Supuestos de afección real de los inmuebles al pago de la deuda tributaria:** en nuestro ordenamiento tributario, en determinados impuestos los inmuebles se encuentran afectos por ley al pago de la deuda tributaria (en particular, se encuentran casos de afección real de inmuebles en la normativa del IBI, del ITPAJD y del IRNR). De nuevo en estos casos, resultará útil llevar a cabo una revisión legal a los efectos de asegurar que los impuestos sobre los que pueda existir afección real han sido oportunamente liquidados por los anteriores propietarios (cuando ello sea posible) y, en su caso, cubrir contractualmente las contingencias que pudieran derivarse por este concepto.

## 2) Transmisión de plusvalías implícitas y fondo de comercio

**a) Transmisión de acciones:** en la transmisión de acciones o participaciones en entidades con activos inmobiliarios, es frecuente que los inmuebles tengan un valor contable inferior a su valor de mercado. De esta forma, en el caso de una venta futura de los inmuebles, el nuevo propietario de las acciones o participaciones tendrá que hacer frente, indirectamente, a la tributación de toda la plusvalía generada durante el periodo en que los inmuebles hayan formado parte del activo de la sociedad adquirida. Lo anterior lleva a que, en la práctica, en operaciones instrumentadas como transmisiones de acciones, el adquirente exija del transmitente una reducción en el precio de la operación, que cubra el efecto impositivo de las plusvalías implícitas de los activos inmobiliarios transmitidos de forma indirecta.

Adicionalmente, debe destacarse que en operaciones de adquisición de acciones o participaciones, tras la adquisición de las acciones, para poder amortizar fiscalmente el fondo de comercio que en su caso esté implícito en el precio pagado por las acciones de la sociedad titular de los activos inmobiliarios, el adquirente debería absorber a la sociedad adquirida con acogimiento de la operación al Régimen de Neutralidad Fiscal previsto en la Ley del IS. No obstante, las autoridades fiscales españolas vienen manteniendo un criterio restrictivo a

la hora de considerar si este tipo de operaciones se han realizado por motivos económicos válidos. En consecuencia, habrá que estar a cada caso concreto para evaluar el perfil de riesgo de la operación y analizar si podría cuestionarse la aplicación del Régimen de Neutralidad Fiscal, y, en consecuencia, la deducibilidad de la amortización del fondo de comercio.

**b) Transmisión de activos:** en operaciones instrumentadas como transmisión de activos y pasivos, se ponen de manifiesto en la entidad transmitente las plusvalías correspondientes a los inmuebles transmitidos, que quedarán sometidas a tributación.

Asimismo, el adquirente puede reconocer contablemente y amortizar fiscalmente el fondo de comercio, que en su caso se haya pagado en la operación.

### 3) Tributación indirecta de la venta de negocios inmobiliarios

**a) Adquisición de acciones:** artículo 108 de la LMV. Con carácter general, la transmisión de acciones es una operación exenta del IVA y del ITPAJD. Sin embargo, en aplicación de la norma antielusión contenida en el artículo 108 de la LMV, la transmisión de participaciones en entidades:

- cuyo activo esté compuesto al menos en un 50% por inmuebles situados en territorio español, o
- en cuyo activo se incluyan valores que le permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España,

está sometida a tributación por el ITPAJD por la modalidad de TPO, al tipo general del 8% sobre el valor de mercado de los inmuebles, siendo sujeto pasivo el adquirente, siempre que, como resultado de la operación, el adquirente obtenga una posición tal que le permita ejercer el control sobre esas entidades o, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ellas.

Asimismo, estarán sujetas al ITPAJD, modalidad TPO, al tipo general del 8% sobre el valor de mercado de los inmuebles, la transmisión de valores que hayan sido recibidos por la aportación de bienes inmuebles realizada con ocasión de la constitución o ampliación de capital de sociedades, siempre que entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiera transcurrido un plazo de tres años.

Con carácter general, ningún acto puede ser liquidado por ITPAJD, modalidad TPO y por ITPAJD en la modalidad de OS. Así, podría parecer que la adquisición de control de una sociedad cuyo activo estuviera compuesto en al menos un 50% por inmuebles situados en España no podría estar sujeta al ITPAJD, modalidad TPO, si se realizara en el marco de una operación societaria. Sin

embargo, según una discutible, reciente y reiterada doctrina de la Dirección General de Tributos, emitida en relación con la interpretación del artículo 108 de la LMV :

- La transmisión de acciones en el mercado secundario (valores ya emitidos) no tributará por ITPAJD, modalidad TPO, cuando se realice en el marco de una operación societaria.
- Sin embargo, si la adquisición se realiza en el mercado primario (valores de nueva emisión/creación) y dicha adquisición confiere al adquirente el control de sociedades que cumplan los requisitos del artículo 108 de la LMV (o aumenten la participación en sociedades ya controladas), la obtención del control o su aumento provocará la sujeción de la adquisición de valores al ITPAJD, modalidad TPO. Y ello con independencia de la tributación que corresponda por la operación societaria que se realice.

**b) Adquisición de activos y pasivos:** tributación IVA/TPO: como ya se ha analizado en epígrafes anteriores, las entregas de bienes realizadas por empresarios en el ejercicio de su actividad están sujetas al IVA. Sin embargo, la transmisión de una rama de actividad (unidad económica susceptible de aprovechamiento autónomo), está no sujeta al IVA. En ese supuesto, la transmisión de los inmuebles que integren dicho patrimonio empresarial o rama de actividad queda sujeta al ITPAJD, modalidad TPO, al tipo general del 8%, siendo sujeto pasivo el adquirente.

**c) El concepto de bien inmueble a los efectos de la tributación indirecta de la venta de negocios inmobiliarios:** el artículo 108 de la LMV no contiene una definición de bien inmueble. No obstante, el artículo 3 de la Ley del ITPAJD (norma a la que deberemos acudir tanto si resulta de aplicación el artículo 108 de la LMV como si la transmisión de activos inmobiliarios quedara sujeta el ITPAJD por estar incluidos en una rama de actividad) se remite en bloque a la definición civil de bien inmueble, precisando que, además, también tendrán la consideración de bienes inmuebles las instalaciones que se establezcan con carácter permanente en terrenos que no sean propiedad del dueño de aquellas.

Por su parte, el artículo 334 del Código civil enumera los tipos de bienes que deben considerarse como bienes inmuebles, que pueden reconducirse a cuatro grandes grupos:

- Inmuebles por naturaleza, que incluiría parte de las tierras y los caminos y las minas (canteras y escoriales).
- Inmuebles por incorporación, que comprendería los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieran unidos a la tierra o formaran parte integrante de un inmueble, todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento

de la materia o deterioro del objeto y los edificios y construcciones de todo género.

- Inmuebles por destino, entre los que se incluyen: (a) las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredados por el dueño del inmueble, de tal modo que revele el propósito de unirlos de una manera permanente al fondo, (b) las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma, (c) los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente, (d) los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse, y (e) los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa. En este tipo de activos el nexo de unión es la relación de permanencia o accesoriadad que se establece respecto de un edificio, finca o heredad.
- Inmuebles por analogía, entre los cuales estarían tanto los derechos reales sobre bienes inmuebles como las concesiones administrativas de obras públicas.

Lo anterior resulta de gran relevancia, pues puede llevar a la tributación por el ITPAJD, modalidad TPO, la transmisión de negocios en funcionamiento en los que no resulta evidente la presencia de activos inmobiliarios (piénsese en supuestos en los que la entidad transmitente o transmitida no es titular de bienes inmuebles, sino que simplemente los arrienda, pero sí es titular de la maquinaria necesaria para el desarrollo de la actividad; dicha maquinaria, conforme a lo dispuesto en la normativa del ITPAJD podría tener la consideración de bien inmueble).

#### **4) Deducción por reinversión de beneficios extraordinarios**

Tal y como se ha analizado en epígrafes anteriores, con carácter general, las plusvalías obtenidas por los sujetos pasivos del IS están sometidas a dicho impuesto al tipo general del 30%. Sin embargo, la tributación de las plusvalías derivadas de la transmisión de ciertos activos y participaciones en entidades puede verse reducida al 18%, si se cumplen determinados requisitos de reinversión.

Para que resulte de aplicación la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios, y por tanto, la tributación de las plusvalías se reduzca del 30 al 18%, en esencia:

- La plusvalía debe derivarse de la transmisión de (I) elementos pertenecientes al inmovilizado material o inmaterial, o (II) de valores representativos de la participación en entidades, que otorguen una participación de al menos el 5%, y en ambos casos si se hubieran poseído con un año de antelación a su fecha de transmisión.
- El precio recibido por la transmisión de los referidos elementos deberá reinvertirse en el plazo comprendido entre el año anterior a la transmisión y los tres posteriores, en (I) elementos del inmovilizado material o inmaterial afectado a una actividad económica o en (II) participaciones en entidades que otorguen al menos un 5% de su capital.
- Los elementos patrimoniales objeto de la reinversión deberán permanecer en funcionamiento en el patrimonio del sujeto pasivo, salvo pérdida justificada, hasta que se cumpla el plazo de 5 años o 3 años para bienes muebles, excepto si su vida útil fuera inferior.

