

Doctrina

Por José Luis García-Pita y Lastres, catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de La Coruña y asesor académico de Dictum Galicia.

Sociedades de Inversión Inmobiliaria Cotizadas [Socimis]: ¿un nuevo tipo societario o el sujeto pasivo de una política fiscal de fomento?

I - CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y RÉGIMEN DE LAS SOCIMIS.

Precedida por un Proyecto de Ley presentado en el año 2008 [BOCG., Serie A, Congreso de los Diputados de 19.12.2008] ⁽¹⁾, se promulgó la Ley nº 11/2009, de 26.10.2009, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario ⁽²⁾, cuya E.M. alude a la necesidad de impulso de nuevos modelos de inversión que proporcionen una respuesta adecuada a las necesidades constantes del mercado, con el objeto de mantener su dinamismo y minimizar los impactos negativos de los ciclos económicos, de manera que favorezca la continua integración económica de España en un entorno globalizado, teniendo en cuenta que el mercado inmobiliario es uno de los más desarrollados y maduros de las economías occidentales, y demanda con más intensidad medidas que permitan, en la medida de lo posible, proporcionar *liquidez* a las *inversiones* inmobiliarias, al ser éste un mercado que participa en el PIB. de las economías avanzadas en un porcentaje alrededor del 10 por ciento, si bien en España ese porcentaje se incrementa hasta cerca del 16 por ciento. Así, la L.SOCIMI. viene a establecer el marco jurídico necesario para las denominadas “sociedades cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario” [SOCIMI]; sociedades que configuran *un nuevo instrumento de inversión* destinado al mercado inmobiliario y, más en concreto, al mercado del *alquiler*. Las SOCIMI. son sociedades sometidas a un régimen fiscal especial ⁽³⁾; un régimen fiscal que contiene ciertas especialidades societarias... pero que no es un régimen propiamente societario. Un régimen basado en el presupuesto de que tales SOCIMIS. deben cumplir una serie de requisitos especiales que afectan o se refieren, sí, al plano societario, mas no porque se trate de regular una subespecie o subtipo nuevo de sociedades anónimas –no estamos ante nada comparable a una sociedad de estatuto jurídico especial sustantivo comercial o empresarial: la única especialidad, en este sentido, es que se trata de sociedades cotizadas-, sino que las especialidades se exigen como condición para poder obtener los citados beneficios fiscales. Lo que sucede es que esos requisitos comienzan, precisamente, por la forma que deben adoptar las SOCIMIS., que debe ser –precisamente- la forma de sociedad anónima. En este sentido, el

1.- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA,I.: “Capítulo III. Los Fondos de Inversión Inmobiliaria y los bienes...”, cit., p. 54.

2.- BROSETA PONT,M y MARTÍNEZ SANZ,F.: “Manual de Derecho mercantil”, t. I, “Introducción y estatuto del Empresario. Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial. Derecho de sociedades”, edit, EDITORIAL TECNOS (GRUPO ANAYA), 17ª ed., adaptado al Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, de 2 de julio de 2010, Madrid, 2010, p. 630.

3.- BROSETA PONT/MARTÍNEZ SANZ: “Manual...”, cit., t. I, 17ª ed., p. 630.

art. 1º, L.SOCIMI. dispone que dicha Ley tiene por objeto el establecimiento de “*las especialidades del régimen jurídico de las Sociedades anónimas cotizadas de inversión en el Mercado Inmobiliario (SOCIMI)*”, cuya consideración de tales -a los efectos de la referida Ley- la tienen aquellas sociedades anónimas cotizadas cuyo *objeto social principal* sea el establecido en el art. 2º; a saber: las SOCIMI. tendrán como objeto social principal:

a) La adquisición y promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento. La actividad de promoción incluye la rehabilitación de edificaciones en los términos establecidos en la Ley 37/1992, de 28.12.1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido. Este tipo de actividad puede suscitar problemas... porque se parece muchísimo al de las SII., aunque –como veremos- las SOCIMI y las SII poco tienen que ver entre sí.

Esto demuestra que objetivamente las SOCIMIs son sociedades que se dedican a una actividad comercial inmobiliaria; a una actividad que no es financiera, y –menos, aún- de intermediación financiera indirecta, ni de gestión de carteras, individuales o colectivas; una actividad que –por tanto- no es objeto de ordenación y regulación administrativa, a la manera en que lo es, p.e., la actividad bancaria, sino que –en definitiva- se rige por el CC./1889, la LAU./1994, la Ley de Ordenación de la Edificación, 38/1999, de 05.11.1999 [LOEdif.] y otras normas jurídico-privadas de Derecho patrimonial... también privado; sin nada que ver con normas como las de ordenación bancaria o de los mercados de valores.

Cierto que existe esa denominada Ley “*de Ordenación de la Edificación*”, de 1999 [LOEdif.], pero esta Ley no es, en absoluto, comparable, no ya a las Leyes de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de crédito, o a la de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, sino ni siquiera a la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante –TRLPEMM./2011-, porque no establece una ordenación de las entidades que desarrollan la actividad regulada... sino la propia actividad misma, desde la perspectiva técnica, y –además- es una Ley muy escasamente administrativa; una Ley cuyos componentes jurídico-públicos son muy tenues.

b) La tenencia de participaciones en el capital de otras SOCIMI o en el de otras entidades no residentes en territorio español que tengan el mismo objeto social que aquéllas y que estén sometidas a un régimen similar al establecido para las SOCIMI en cuanto a la política obligatoria, legal o estatutaria, de distribución de beneficios.

Asimismo, dedicarse a la *simple* tenencia –*no cualificada*- de participaciones sociales –máxime en el capital de otras SOCIMIs- tampoco es una actividad que sea objeto de ordenación y regulación administrativa, a la manera en que lo es, p.e., la actividad bancaria o aseguradora: es preciso que concurren otros factores adicionales –p.e.- que se invirtiera en interés de un conjunto de inversores, considerados bien individualmente –podría tratarse de una actividad de depósito y administración de valores, o de gestión de carteras... e incluso de la prestación de servicios de inversión [arts. 140 y ss., Tref.LMV.]-, o bien de forma colectiva [estaríamos ante una IIC., más precisamente, una IICI.]... Pero nada de esto sucede en las SOCIMIs, que no llegan a configurarse como verdaderos intermediarios financieros.

c) La tenencia de participaciones en el capital de otras entidades, residentes o no en territorio español, que tengan como objeto social principal la adquisición de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento y que estén sometidas al mismo régimen establecido para las SOCIMI en cuanto a la política obligatoria, legal o estatutaria, de distribución de beneficios y cumplan los requisitos de inversión a que se refiere el art. 3, L.SOCIMI. De nuevo existe un parecido muy intenso con las IICI., aunque –una vez más- a este respecto cabe hacer análogas –por no decir las mismas- reflexiones que en el caso anterior: dedicarse a la tenencia de participaciones sociales –máxime en el capital de otras SOCIMIs- tampoco es una actividad que sea objeto de ordenación y regulación administrativa, a la manera en que lo es, p.e., la actividad bancaria o aseguradora.

Las entidades a que se refiere esta letra c) no podrán tener participaciones en el capital de otras entidades. Las participaciones representativas del capital de estas entidades deberán ser nominativas y

la totalidad de su capital debe pertenecer a otras SOCIMI o entidades no residentes a que se refiere la letra b) anterior. Tratándose de entidades residentes en territorio español, estas podrán optar por la aplicación del régimen fiscal especial en las condiciones establecidas en el artículo 8 de esta Ley.

d) La tenencia de acciones o participaciones de Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliaria reguladas en la LIIC./2003.

De nuevo, cabe hacer las mismas reflexiones que en los dos supuestos anteriores: dedicarse a la tenencia de participaciones sociales –máxime en el capital de otras SOCIMIs- tampoco es una actividad que sea objeto de ordenación y regulación administrativa, a la manera en que lo es, p.e., la actividad bancaria o aseguradora, porque no se trata de intermediarios financieros, e invertir en IIC. no las convierte –necesariamente- en otras IIC. Si eso fuera así, habría que calificar como intermediarios financieros a los propios inversores-accionistas de las SS.II. o de las SII., lo cual es absurdo e inadmisibile.

Las entidades no residentes deben ser residentes en países o territorios con los que exista efectivo intercambio de información tributaria, en los términos establecidos en la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal. Los bienes inmuebles situados en el extranjero de las entidades no residentes a que se refiere la letra b) del apartado anterior deberán tener naturaleza análoga a los situados en territorio español.

Obsérvese, por otra parte, que el art. 2º, L.SOCIMI. habla del objeto social “*principal*” de estas sociedades, y no de objeto “*único*” o “*exclusivo*”. Por consiguiente, estas entidades pueden dedicarse a otras actividades diferentes –comercio, industria, servicios, ocio....-, lo cual todavía avala o referza aún más si cabe, la convicción de que no son intermediarios financieros.

Pero, en todo caso, el art. 2º, nº 3, L.SOCIMI. declara que quedan excluidos de la consideración de bienes inmuebles a los efectos de esta Ley:

- a. Los bienes inmuebles de características especiales a efectos catastrales regulados en el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 05.03.2004, y
- b. Los bienes inmuebles cuyo uso se ceda a terceros mediante contratos que cumplan los requisitos para ser considerados como de arrendamiento financiero a efectos del Impuesto sobre Sociedades.

Ciertamente, podría dar la impresión de que nos hallamos ante normas excepcionales; normas de “*ius singulare*”... porque mantener que un bien inmueble no es un bien inmueble, por el simple hecho de que –p.e.- sea cedido a un tercero por título de arrendamiento financiero, parece que va “*contra tenorem rationis*”. Por este motivo, de nuevo nos encontramos con una norma de raigambre tributaria... que únicamente delimita el ámbito de aplicación de su régimen fiscal especial, recurriendo a conceptos, listas y exclusiones funcionales o “*ad hoc*”.

Según aclara el art. 2º, nº 4, L.SOCIMI., los bienes inmuebles adquiridos lo deberán ser en propiedad. En particular, se entenderá incluida la propiedad resultante de derechos de superficie, vuelo o subedificación, inscritos en el Registro de la Propiedad y durante su vigencia, así como los inmuebles poseídos por la sociedad en virtud de contratos que cumplan los requisitos para ser considerados como de arrendamiento financiero a efectos del Impuesto sobre Sociedades.

La actividad de promoción inmobiliaria y la de arrendamiento serán objeto de contabilización separada para cada inmueble promovido o adquirido con el desglose que resulte necesario para conocer la renta correspondiente a cada inmueble o finca registral en que éste se divida. Las operaciones procedentes, en su caso, de otras actividades deberán ser igualmente contabilizadas de forma separada al objeto de determinar la renta derivada de las mismas [art. 2º, nº 5, L.SOCIMI.].

Por fin, el art. 2º, nº 6, L.SOCIMI pone de manifiesto el carácter no financiero, sino comercial de estas sociedades, ya que establece que, “[j]unto a la actividad económica derivada del objeto social principal, las SOCIMI podrán desarrollar otras actividades accesorias, entendiéndose como tales aquellas que en su conjunto sus rentas representen menos del 20 por ciento de las rentas de la sociedad en cada período impositivo”.

Que las SOCIMI pueden dedicarse a otras actividades diferentes de las contempladas en el art. 2º, L.SOCIMI., se explica porque la L.SOCIMI no es, propiamente, una ley mercantil; de hecho, ni siquiera se podría decir que es una ley de Derecho administrativo económico; una ley “de ordenación y supervisión” o de “intervención y disciplina” de las SOCIMI, sino que se trata de una ley tributaria, o –como mucho- una ley de fomento; es decir: una ley cuyo contenido gira en torno a la definición de relaciones jurídico-administrativas pertenecientes al ámbito de la actividad de fomento, y por este motivo, sus propósitos y objetivos no giran en torno al control de las SOCIMI o de su actividad, sino en torno al tratamiento fiscal favorable, al que –eventualmente- tales sociedades podrían acceder. En efecto; la actividad administrativa de fomento consiste en aquella *acción de la Administración* encaminada a *proteger o promover actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares*, y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general –en principio- sin usar la coacción, ni crear un servicio público [JORDANA DE POZAS]⁽⁴⁾. Esta definición se caracteriza más por sus elementos teleológico-funcionales, que por sus elementos *objetivos* ⁽⁵⁾: no se aclara que tipo de actos o acciones de la Administración son, “*per se*”, acciones de fomento [Hay quien precisa diciendo que se trata de proporcionar “*estímulos positivos*”, “*orientaciones y persuasiones*” ⁽⁶⁾], porque lo verdaderamente característico de ellas no se encuentra en su propio ser, sino en los *finés* que persiguen: con las acciones administrativas de fomento se *protegen y/o se promueven actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares*, y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general –en principio- sin usar la coacción –es decir logrando o provocando “*la colaboración voluntaria de los agentes privados*” ⁽⁷⁾-, ni crear un servicio público [es decir: *sin sustituir por la propia, la iniciativa de los agentes privados*], lo cual explica –plenamente- la pertenencia al ámbito de la actividad administrativa de fomento, de una figura como la Subvención ⁽⁸⁾. Esta circunstancia, unida al dato de la intercambiabilidad ⁽⁹⁾ de las técnicas de intervención, determina –p.e.- que ya podamos considerar que la Administración –o, mejor, el Estado- despliega una actividad de fomento en el ámbito de las empresas

4.- JORDANA DE POZAS,L: “Ensayo de una teoría del Fomento, en el Derecho administrativo”, en REP., 1949, nº 48, ps. 41 y ss. MERINO HERNÁNDEZ,S.: “Administración pública y sociedades cooperativas: el caso vasco”, en VV.AA.: “*Estudios sobre Economía social y Derecho cooperativo*”, edit. INSTITUTO DE DERECHO COOPERATIVO Y ECONOMÍA SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES,S.A., Madrid/Barcelona, 1999, p. 93. GARCÍA LLOVET,E.: “A Administración pública e as cooperativas”, en VV.AA.: “*Estudios sobre a Lei de Cooperativas de Galicia*”, edit. ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Santiago de Compostela, 1999, p. 386. VILLAR EZCURRA,J.L: “*Derecho administrativo especial...*”, cit., ps. 97 y ss., quien señala que la Actividad administrativa de Fomento se define, básicamente, por oposición a las actividades de Policía o limitación, consistiendo en una “*actuación de los poderes públicos que tiende a favorecer o facilitar la actividad de los particulares*”.

5.- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ,J.L.: “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al Fomento, en la teoría de los modos de acción de la Administración Pública”, en VV.AA.: “*Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasi*”, coord. por R.Gómez-Ferrer Morant, edit. CIVITAS,S.A., Madrid, 1989, p. 755. FERNÁNDEZ FARRERES,G.: “*La Subvención. Concepto y régimen jurídico*”, edit, INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES, Madrid, 1983, ps. 230 y ss.

6.- BERMEJO VERA,J.: “Parte Primera. Acción Administrativa y Potestades. Capítulo Iº. Los modos tradicionales de actuación de las Administraciones públicas”, cit., p. 49.

7.- BERMEJO VERA,J.: “Parte Primera. Acción Administrativa y Potestades. Capítulo Iº. Los modos tradicionales de actuación de las Administraciones públicas”, cit., p. 50, quien cita la STS. de 27.05.1977, que define el Fomento como “*una de las actividades de la Administración con tipicidad muy definida (...) mediante la cual la misma extiende sus objetivos, poniendo en práctica técnicas encaminadas e que estos se cumplan, sin necesidad de asumir directamente la gestión de los medios dirigidos a alcanzarlos, ni por tanto el montaje de servicios públicos*”, utilizando medidas “*tendientes a que sean los propios administrados los que libremente colaboren en el cumplimiento de fines considerados convenientes y deseables, mediante orientaciones y persuasiones*”.

8.- FERNÁNDEZ FARRERES,G.: “*La Subvención...*”, cit., ps. 230 y ss.

9.- BERMEJO VERA,J.: “Parte Primera. Acción Administrativa y Potestades. Capítulo Iº. Los modos tradicionales de actuación de las Administraciones públicas”, cit., p. 51.

privadas, cuando lleva a a cabo reducciones en las exigencias que pueden producirse en las técnicas de policía, por cuanto liberan las posibilidades económicas y de gestión de las mencionadas entidades. Igualmente, el fomento de la actividad empresarial puede llevarse a cabo por la vía de los beneficios fiscales. Y es que, en principio, las técnicas de fomento pueden ser clasificadas, sobre la base de un criterio objetivo, en:

1. medidas o estímulos *honoríficos*, que se basan en el *enaltecimiento* social;
2. medidas o estímulos *jurídicos*, que consisten en otorgar al destinatario una *posición jurídica privilegiada* [P.e: convertirlos en beneficiarios de una expropiación forzosa, que podría tener por objeto -cómo no- la cartera de una empresa aseguradora]
3. y medidas o estímulos *económicos*, que consisten en la concesión de ventajas económicas de carácter *real* o de ventajas económicas de carácter *financiero* ⁽¹⁰⁾.

Pues bien; cuando analizamos fenomenológicamente el contenido de la L.SOCIMI, en seguida percibimos en su estructura la presencia de dos grandes “bloques temáticos”. Del primero de ellos podríamos decir, “*grosso modo*” pero con razonable seguridad, que abarca sus arts. 1º al 7º, mientras que el segundo se contiene –básicamente- en los arts. 8º al 13, pero es este segundo bloque temático – y a pesar de que es cuantitativamente menor o más reducido que el formado por los arts. 1º al 7º-, donde precisamente se halla el verdadero “*fulcro*” de la L.SOCIMI: en los preceptos dedicados –así se titula el primero de ellos- al “*régimen fiscal especial*” de estas sociedades, y es este contenido normativo fiscal o tributario, también, el elemento que revela la naturaleza financiera-promotora o de fomento, que caracteriza a la citada Ley. En relación con lo que se acaba de exponer, cabe señalar que el Derecho público tiene entre sus más importantes manifestaciones, en el ámbito del Derecho de sociedades, la del que podríamos describir como un Derecho financiero y tributario *societario*; de un Derecho *fiscal* de sociedades, como un agregado normativo regulador de las obligaciones jurídico-públicas, de origen legal y contenido patrimonial, que afectan a las sociedades, frente a la Administración Tributaria, estatal, autonómica o -en su caso- local. En este sentido, si el propio art. 31, nº 1, Const.Esp. establece que:

“Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, mediante un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad, que, en ningún caso, tendrá carácter confiscatorio” ⁽¹¹⁾,

es preciso advertir que en ese “*todos*” no se integran solamente las personas físicas, sino las personas jurídicas, y -en particular- las sociedades, y que la obligación de contribuir “*de acuerdo con su capacidad económica*” tiene un profundo significado y trascendencia, respecto de un tipo de sujetos -las sociedades- que *o bien se crean dotadas de una base patrimonial más o menos “robusta”, o bien desarrollan una actividad tendencialmente lucrativa*, lo que permite gravar el rendimiento económico de dicha actividad. Y es que, en efecto, la obligación tributaria tiene un enorme peso específico en el mundo mercantil; influyendo notablemente sobre la actividad empresarial, la forma en que se grave la actividad citada y la cuantía del gravámen ⁽¹²⁾. Por consiguiente, cabe señalar que las sociedades mercantiles se ven afectadas por el Derecho Tributario en diversos planos y aspectos, de entre los cuales hay que destacar los siguientes:

- a. De forma *directa*: como receptoras de rentas, al igual que los particulares; que los *individuos-personas físicas* que han quedado sometidos al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en la medida en que los rendimientos del trabajo, del capital, de actividades económicas, etc. constituyen *manifestaciones de*

¹⁰- BERMEJO VERA,J.: “Parte Primera. Acción Administrativa y Potestades. Capítulo Iº. Los modos tradicionales de actuación de las Administraciones públicas”, cit., ps. 51 y s.

¹¹- DE PRADA GONZÁLEZ,J.: “Influencia del Derecho público sobre el Derecho de Sociedades”, cit., p. 277.

¹²- DE PRADA GONZÁLEZ,J.: “Influencia del Derecho público sobre el Derecho de Sociedades”, cit., p. 278, siguiendo la línea de comparación entre Derecho mercantil y derecho tributario, iniciada por URÍA GONZÁLEZ,R.: “Derecho fiscal y Derecho mercantil”, en HPE., 1985, nº 94, ps. 31 y ss.

riqueza gravable ⁽¹³⁾.

- b. De forma *indirecta*: como agentes y, al mismo tiempo, también –paradójicamente- como sujetos pasivos de ciertos actos o negocios jurídicos, a los que las normas tributarias se refieren como “operaciones societarias” [su propia constitución, las modificaciones de sus estatutos, la transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación] que comportan *flujos de riqueza* patrimonial –y, por tanto, manifestaciones de capacidad económica- también susceptibles de gravámen tributario ⁽¹⁴⁾.

En el plano de la imposición *directa*, existe Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades, aprobado por RDLeg. nº 4/2004, de 05.03.2004 [TRLIS./2004], que, sin duda, también afecta a las sociedades mercantiles que pudieran adquirir la condición de SOCIMIs., pero cuyo régimen jurídico –precisamente por esa razón- se ve, a su vez, también afectado o modificado por la L.SOCIMI, en cuanto ley que dispensa beneficios fiscales a las sociedades que adquieran la condición mencionada, lo que –a su vez- se hace depender de la concurrencia de ciertas particularidades en su régimen societario. Más en concreto, y si traemos a colación una clásica distinción formulada por GUARINO y seguida por FERNÁNDEZ FARRERES, bien podríamos afirmar que la L.SOCIMI es más bien una “ley de mero conferimiento”, que una “ley-incentivo”, aunque –en mi opinión- la afirmación que se acaba de expresar, debe considerarse en términos muy relativos, siendo posible –incluso- que se aprecien rasgos de una y de la otra modalidad. Porque, en efecto, la L.SOCIMI no pretende provocar el desarrollo de una determinada y específica actividad –la inversión inmobiliaria- de los particulares –las sociedades cotizadas-, por considerarla como una actividad de interés colectivo y general ⁽¹⁵⁾, sino que más bien parte de la atribución de las ventajas patrimoniales en cuestión –beneficios fiscales-, no *para provocar* en los destinatarios el desarrollo de esa actividad, sino *porque* esa situación *se produce, ya, en acto*, o se produciría –hipotéticamente- también, aunque la citada Ley no existiera ⁽¹⁶⁾. Por tanto, a lo que hay que atender para calificar a la L.SOCIMI como una ley del uno o del otro tipo, o incluso para apreciar que algunos de sus preceptos pertenecen a un modelo de fomento, o bien al otro, es a determinar si los preceptos imponen *deberes-obligaciones-cargas*, o bien si solamente prevén *condiciones-requisitos-presupuestos* ⁽¹⁷⁾.

En relación con lo que se acaba de exponer, cabría añadir que la L.SOCIMI nació relativamente envejecida, en la medida en que su art. 1º, nº 2, que trata de las fuentes instrumentales del régimen de estas entidades, dispone que las citadas sociedades se registrarán por el TRLSA., aprobado por RDLeg. nº 1564/1989, y por la LMV., sin perjuicio de las disposiciones especiales previstas en esta Ley, siendo así que ahora el régimen de las sociedades anónimas, incluyendo las sociedades cotizadas, se encuentra en el TRLSocs.cap./2010.... Y que la vieja –y muchas veces modificada- LMV./1988/1998/2002/2007 ha sido sustituida por el Tref.LMV./2015. Esto, en mi opinión, no deja de resultar significativo: por una parte, no aparece ninguna referencia a fuentes instrumentales que tengan por objeto, propiamente, establecer un estatuto “profesional” para las SOCIMI., porque da la impresión –y es acertada,... como también es acertado lo que se percibe- de que a las SOCIMI. no se las considera intermediarios financieros. En este sentido, la aplicación a ellas de la LMV., se les hacía como sociedades “cotizadas”, y no –p.e.- como ESIs., ni como IICs... porque *no lo son*. Y es a la vista de lo que se acaba de exponer, como se explica, ya, cabalmente por qué la L.SOCIMI. no es, propiamente, ni una ley mercantil, ni una ley de Derecho administrativo económico; por qué la L.SOCIMI no es una ley “de ordenación y supervisión” o de “intervención y disciplina”; por qué la L.SOCIMI. no ni siquiera es una ley “de régimen jurídico” [mercantil-societario, se entiende] de las SOCIMI., sino que se

¹³- LE GALL,J-P.: “*Droit commercial. Les groupements commerciaux...*”, cit. 14ª ed., p. 9, quien señala que las sociedades pagan impuestos en relación con los beneficios que obtienen.

¹⁴- LE GALL,J-P.: “*Droit commercial. Les groupements commerciaux...*”, cit. 14ª ed., p. 10, quien alude a las operaciones «*d'enregistrement*» por las que las sociedades pagan impuestos [constitución, aumento de capital, disolución, etc...].

¹⁵- FERNÁNDEZ FARRERES,G.: “*La Subvención...*”, cit., ps. 237.

¹⁶- FERNÁNDEZ FARRERES,G.: “*La Subvención...*”, cit., ps. 238.

¹⁷- FERNÁNDEZ FARRERES,G.: “*La Subvención...*”, cit., ps. 239.

trata de una ley de naturaleza tributaria, o –como mucho- una ley *administrativa* de fomento: el motivo es que el papel que se atribuye o que se reconoce a las SOCIMI, en el marco de la regulación del Sistema Financiero y los mercados de capitales, no es el de profesionales de la inversión, sino el de *inversores* particulares o –mejor, incluso- especializados u “*orientados*”, que no es lo mismo.

De conformidad con el art. 1º, L.SOCIMI –“*objeto y ámbito de aplicación*”- la Ley contempla las “*especialidades del régimen jurídico*” de las “*sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario*” [SOCIMI.], siendo así que tienen la consideración de tales, aquellas sociedades anónimas cotizadas cuyo objeto social principal sea el establecido en el art. 2, L.SOCIMI y cumplan los demás requisitos establecidos en la misma. No se trata, pues, de ningún nuevo “*tipo*” societario, si el término “*tipo*” se interpreta en el sentido de “*forma*”, aunque sí que lo serían en sentido restringido. En este sentido, hay que recordar la certera distinción formulada por FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y Ángel ROJO⁽¹⁸⁾, aunque, quizá, también resultase innecesaria o sustituible, que se basa en el hecho de que, mientras que la noción de forma social quiere aludir a una “*estructura jurídica societaria básica*”; cuya estructura se ofrece a la iniciativa de los sujetos económicos para el ejercicio de sus actividades empresariales –es la estructura sobre la cual puede proyectarse la libertad de elección de forma de organización, que constituye el elemento mínimo de la autonomía negocial privada, en el ámbito de las sociedades-, en cambio el término tipo de sociedad es una expresión que se utiliza para aludir a un “*modelo ideal de empresa*”⁽¹⁹⁾. Así, la “*forma social*” se configura por el Ordenamiento, partiendo de un “*modelo abstracto*”; partiendo de un “*tipo ideal*” de sociedad; tipo de diversa rigidez, según los casos, cuya adopción por el legislador comporta o tiene como consecuencia la adopción de determinadas soluciones jurídico-positivas⁽²⁰⁾. A veces, la forma social se configura con los rasgos de un “*modelo excluyente*”, mientras que en otras ocasiones, por el contrario, la forma social se configura con los rasgos de un “*modelo prevalente*”, que no cierra la puerta a la posibilidad de que “*bajo la misma forma se alberguen otros modelos diferentes*”⁽²¹⁾. Esta distinción “*Forma*”/“*Tipo*” –o bien: “*Tipo*”/“*Subtipo*”⁽²²⁾- resulta de extraordinaria utilidad para analizar importantes -de hecho, esenciales- aspectos del régimen de la Sociedad Anónima, que se ofrece ella misma, en general, como una verdadera forma, a la que pertenecerían las SOCIMI. Así, se podría decir que las SOCIMI. son sociedades que adoptan la “*forma*” de “*anónimas*”, mientras que, acto seguido, esas SOCIMI. se configurarían como un “*tipo*” de la Sociedad Anónima cotizada... que invierte en el Mercado Inmobiliario, cuyo régimen jurídico sería –es- plenamente coherente con el régimen general de la forma social básica. Por este motivo, el art. 1º, nº 2, L.SOCIMI. dispuso que estas sociedades se regirían por el TRLSA. nº 1564/1989, y por la LMV. 24/1988 –disposiciones, como ya se sabe, sustituidas por el TRLSocs.cap./2010 y por el Tref.LMV./2015-, sin perjuicio de las disposiciones especiales previstas en esta ley; disposiciones que

18.- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA,J.: “*La Atipicidad ...*”, *passim*. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO,A.J.: “*La Sociedad Anónima como problema*”, en RDM., 1988, nºs 187/188, enero/junio, ps. 9 y s. SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE.: “*Instituciones...*”, cit., t. I, 28ª ed., p. 293. SÁNCHEZ CALERO,F.: Comentario al Artículo 1º.: Concepto”, en VV.AA.: “*Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*”, t. I, “*Disposiciones generales, Fundación de la sociedad y aportaciones. Artículos 1º al 46*”, dir. por F.Sánchez Calero, edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, Madrid, 1997, p. 9.ALONSO ESPINOSA/SÁNCHEZ RUIZ.: “*Lección 1ª.: Teoría General de Sociedades*”, cit., p. 42. La distinción entre “*tipos negociales*”, que tienden a ser libres y abiertos, y “*formas*” legales societarias, que tienden a constituir un “*numerus clausus*”, puede apreciarse, también, en PERDICES HUETOS,A.B.: “*Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*”, edit. CIVITAS,S.A., Madrid, 1997, p. 25.

19.- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO,A.J.: “*La Sociedad Anónima como...*”, cit., p. 10. SÁNCHEZ CALERO,F.: Comentario al Artículo 1º.: Concepto”, p. 10.ALONSO ESPINOSA/SÁNCHEZ RUIZ.: “*Lección 1ª.: Teoría General de Sociedades*”, cit., p. 42, quienes señalan que “*tipo social es la funcionalidad propia que trata de satisfacer una forma social o necesidades de organización societaria que una forma social permite obtener*”.

20.- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO,A.J.: “*La Sociedad Anónima como...*”, cit., p. 10. ALONSO ESPINOSA/SÁNCHEZ RUIZ.: “*Lección 1ª.: Teoría General de Sociedades*”, cit., p. 42, quienes señalan que “*Forma social es toda sociedad resultado de añadir legalmente a la sociedad en sentido básico una serie de características morfológicas con carácter imperativo cuya producción y eficacia se verifica en el contexto de un determinado régimen jurídico*”.

21.- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO,A.J.: “*La Sociedad Anónima como...*”, cit., p. 10.ALONSO ESPINOSA/SÁNCHEZ RUIZ.: “*Lección 1ª.: Teoría General de Sociedades*”, cit., p. 42, quienes señalan que, “*junto al tipo ideal que subyace tras una forma social, pueden darse múltiples funcionalidades o formas atípicas de utilizar una forma social*”: los llamados tipos reales.

22 .- SÁNCHEZ CALERO,F.: Comentario al Artículo 1º.: Concepto”, cit., ps. 9 y s.

incluyen –concretamente, dentro del TRLSocs.cap./2010/2015, modificado- un régimen especial para las “*sociedades anónimas cotizadas*”. Pero incluso esas sociedades cotizadas, no dejan de constituir –por así decirlo- un tipo inespecífico, que no se caracteriza ni por su naturaleza –ya sabemos que son sociedades anónimas-, ni tampoco por su objeto, sino por una circunstancia particular y contingente, accidental; circunstancial: que las acciones que integran su capital social se hallan admitidas a negociación en un mercado secundario oficial. Claro que esta circunstancia tiene efectos estructurales y funcionales, estatutarios, porque las sociedades cotizadas están sometidas a un régimen especial, plenamente jus-societario, que afecta a la estructura de sus órganos; al régimen de funcionamiento de los mismos, a los derechos y posición jurídica de los socios, etc.

Pues bien; sobre esas especialidades societarias estructurales, las SOCIMIs añaden un régimen especial... que no es propiamente societario, y que –además- presenta un carácter de especialidad duplicada o de segundo nivel, y –además- de carácter todavía más particular y contingente, aún más accidental o circunstancial que el de las demás sociedades cotizadas, porque las sociedades anónimas cotizadas; modalidad o subtipo especial de sociedades mercantiles por razón de la forma, que ya estaban sometidas a un régimen especial por su condición de “*cotizadas*”, pudieran adquirir –además- la condición de SOCIMIs., si cumplieren otros requisitos adicionales; requisitos que podrían cumplir sucesivamente, o no, en cuyo caso perderían la condición de SOCIMIs., lo que supone perder el régimen fiscal privilegiado que establece la L.SOCIMI.

Así las cosas, el art. 1º, nº 1, párr. 2, L.SOCIMI. les permite a las sociedades que opten por esa vía optar por la aplicación del régimen fiscal especial establecido. Este es o aquí se advierte –como ya tuve ocasión de señalar- cuál es el verdadero “*fulcro*” de la L.SOCIMI, y lo que aquí se advierte revela la naturaleza financiera-promotora o de fomento, de la Ley en cuestión.

Que las SOCIMI -hay que insistir en éllo- no son intermediarios financieros; es decir: que ni son entidades de crédito, ni son entidades aseguradoras; que tampoco son empresas que presten servicios de inversión, ni individual –no son ESIs., ni SGCs., ni EAFIs.-, ni colectiva, en definitiva, y para terminar, que tampoco son SII., se comprueba porque, si a todas estas entidades se las identifica y define por su objeto, más que por su forma, e incluso más que por su situación de regularidad administrativa [hasta el punto de que pueden existir bancos, compañías de seguros y ESIs. irregulares o “*de hecho*”, cuyo régimen es el del Derecho *sancionador* del Sistema financiero], en seguida podremos comprobar que la actividad de las SOCIMIs. no coincide ni con la actividad bancaria, ni financiera, ni –menos, aún- aseguradora, ni siquiera coincide con la actividad de inversión colectiva, aunque –por lo que a esta última se refiere- debo reconocer que el parecido entre SOCIMIs. y SII. resulta muy intenso; tanto que uno muy bien podría confundirlas. Sin embargo, es evidente que la L.SOCIMI. no identifica a éstas con las SII., lo que explica o lo que se ve demostrado, precisamente, por el hecho de que la Disp.Adic.Primer, L.SOCIMI. se ocupe de la problemática de la “*transformación de*” SOCIMIs., en IICI. y viceversa: “*transformación de*” IICI., en SOCIMIs, disponiendo que las IICI. podrán transformarse en SOCIMIs., de las reguladas en la L.SOCIMI, y que las SOCIMIs, a su vez, podrán transformarse en IICI., mediante el cumplimiento de la normativa prevista –antaoño- en el TRLSA./1989, y –ahora- en la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y mediante el cumplimiento –asimismo- de lo previsto en el art. 25, nº 3, LIIC./2003 y sus normas de desarrollo. A la inversa, que la Disp.Adic.Primer, L.SOCIMI. se ocupe de la problemática de la “*transformación de*” SOCIMIs, en IICI. y viceversa: “*transformación de*” IICI., en SOCIMIs, disponiendo que las IICI. podrán transformarse en SOCIMIs., de las reguladas en la L.SOCIMI, y que las SOCIMIs, a su vez, podrán transformarse en IICI., mediante el cumplimiento de la normativa societaria y financiera correspondientes... lo que significa –precisamente- es que las SOCIMIs. no son no son SII; no son IICI. Pero, asumida esa premisa, la cuestión verdaderamente importante es la siguiente: si las SOCIMIs no son no son SII; si las SOCIMIs. no son IICI.... ¿por qué no lo son? ¿Qué las diferencia? Si tenemos en cuenta que la actividad principal de las SOCIMIs. consiste en “*la inversión, directa o indirecta, en activos inmobiliarios de naturaleza urbana para su alquiler, incluyendo viviendas, locales comerciales, residencias, hoteles, garajes, oficinas y otros*”, el parecido con las IICI. y, en concreto, con las SII. sería tan estrecho que casi parecería identidad, pues –en efecto- existe entre la actividad de ambas una doble identidad: objetiva y funcional: lo primero, porque invierten en el mismo tipo de bienes –bienes inmuebles de naturaleza urbana... incluyendo, también, activos financieros inmobiliarios-, y lo segundo porque esos inmuebles están destinados a su

arrendamiento. La diferencia parece imperceptible, si es que la hay.

Desde el punto de vista objetivo/real, el art. 2º, L.SOCIMI dibuja una actividad inversora bifronte; real y financiera, ya que dispone que estas sociedades tendrán como objeto social principal:

a) La adquisición y promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento. Aquí; en este destino locativo, se encuentra el factor que revela –quiera de modo parcial- que estamos ante una actividad de inversión, y no de comercio. Porque, si bien es cierto que las SOCIMIs. no adquieren inmuebles urbanos por su valor en uso, ni por su valor en cambio... sino con la consideración de los inmuebles mismos como “*rei fructuosæ*”; con la consideración de los inmuebles mismos como si se tratase de activos financieros, en atención a sus cualidades de seguridad, liquidez y – sobre todo- rentabilidad, sin embargo sería exagerado afirmar que adquirir unos activos reales inmobiliarios para destinarlos al arrendamiento constituye actividad de intermediación financiera; como mucho se trataría de una actividad de inversión, porque la “*inversión*” no deja de ser inversión porque tenga por objeto la adquisición de activos reales: existe la “*inversión real*”, que –sin embargo- no puede ser identificada como una actividad financiera.

Y la inversión que llevan a cabo las socimi. no puede ser identificada como una actividad financiera... porque lo que es propiamente de interés general –y, por tanto, de ordenación administrativa-, no es la inversión... sino la “*intermediación*” financiera [Las SII., en tanto que IIC., la llevan a cabo: es una intermediación financiera indirecta. En cambio, las socimi., no]. Por este motivo, esa actividad inversora no es exclusiva ni privativa de sujetos profesionales... y tampoco justifica un sometimiento a un régimen de ordenación, supervisión, inspección y sanción administrativas. Así; a nadie se le ocurriría sostener que los arrendamientos urbanos de la Ley nº 29/1994, de 24.11.1994 [LAU./1994] constituyan, para el Propietario-arrendador, una operación de financiación; una operación de intermediación financiera. De hecho, hasta podría considerarse dudoso que se tratase de una actividad de propia inversión, en sentido estricto: es una operación estrictamente comercial, donde lo que se proporciona –a los inquilinos- es el valor en uso de los inmuebles. Porque el Arrendamiento Urbano –en general, todos los arrendamientos de cosas- pertenecen a la categoría contratos de cesión del uso, goce o disfrute temporal –“*pro rata temporis*”- de las cosas; categoría más amplia de lo que en principio podría parecer, que posee manifestaciones no sólo en el plano civil, sino también variedades contractuales mercantiles, y dentro de la cual se incluyen todos aquellos tipos contractuales cuyo objeto consiste en que el otorgante, sin transmitir el dominio de una cosa, cede a otra persona el goce o utilidad de la misma ⁽²³⁾. Por tanto, que las SOCIMIs tengan por objeto –entre otras cosas- dedicarse a la promoción y adquisición de viviendas destinadas a su arrendamiento no hace de ellas intermediarios financieros, ni siquiera tendría por qué hacer de ella –necesariamente- inversores financieros.

La actividad de promoción incluye la rehabilitación de edificaciones en los términos establecidos en la Ley nº 37/1992, de 28.12.1992, del IVA. Al parecer, la referencia a adquisición y promoción, como nociones distintas, está relacionada –quiera hasta cierto punto- con la distinción entre adquisición derivativa [por compraventa o, en general, por cualquier título que traiga causa en un derecho anterior de un disponente que otorga el título de adquisición, a favor de la SOCIMI] y adquisición originaria [la promoción de inmuebles de nueva construcción].

b) La tenencia de participaciones en el capital de otras SOCIMIs. o en el de otras entidades no

²³- CÁMARA LAPUENTE,S.: “*El Arrendamiento de bienes muebles*”, edit. THOMSON – ARANZADI,S.A., Cizur menor (Navarra), 2008, p. 41, quien señala que “*el arrendamiento se inserta dentro de los contratos de cesión del uso y disfrute de una cosa*”. CASTÁN TOBEÑAS,J.: “*Derecho civil Español, Común y Foral*”, t. IV, “*Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*”, edit. REUS,S.A., 12ª ed. revisada y puesta al día por J.Ferrandis Vilella, Madrid, 1985, ps. 276 y s. SANTOS BRIZ,J.: “*Derecho civil. Teoría y práctica*”, t. IV, “*Derecho de Obligaciones. Los Contratos, en particular*”, edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, Madrid, 1973/1975, p. 161, quien señala que “*la cesión de uso en estos contratos es de esencia a los mismos y constituye su contenido propio; con lo que se diferencian de aquellos otros contratos en los que la cesión de uso es sólo un fenómeno concomitante o agregado*”. HUET,J.: “*Traité de Droit civil. Les principaux contrats spéciaux*”, dir. por J.Ghestin, edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, Paris, 1996, p. 587. AUQUE,F.: “*Les baux commerciaux. Théorique et pratique*”, edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, Paris, 1996, p. 26.

residentes en territorio español que tengan el mismo objeto social que aquéllas y que estén sometidas a un régimen similar al establecido para las SOCIMIs, en cuanto a la política obligatoria, legal o estatutaria, de distribución de beneficios.

Es evidente que esta actividad posee unos rasgos mucho más parecidos a los de una actividad de inversión financiera: lo es, por cuanto la participación en el capital de otras SOCIMIs. –que son sociedades anónimas-, únicamente es posible tenerla... poseyendo –adquiriendo- acciones, que son verdaderos activos financieros, objeto por excelencia de los mercados de valores. Bien, pero... ¿significa esto que toda adquisición de acciones es –por definición- inversión financiera? La respuesta, ciertamente, es que sí, pero ¿justifica –en consecuencia- el sometimiento a un régimen de ordenación, supervisión, inspección y sanción como el de las IIC. o el de las entidades de crédito, las ESIs. etc? Aquí, la respuesta debe ser –en principio- negativa, solo que esa negación puede afectar a dos planos o dos niveles:

- a. Genérico o abstracto: se trata de solventar la cuestión de si toda actividad de inversión financiera justifica –o no- el sometimiento a un régimen de ordenación, supervisión, inspección y sanción como el de las IIC. o el de las entidades de crédito, las ESIs. etc
- b. Específico o concreto: se trata de solventar la cuestión de si la actividad de inversión financiera de las SOCIMIs. justifica –o no- el sometimiento a un régimen de ordenación, etc.

Pues bien; en ambos casos, la respuesta sigue siendo negativa, y se basa en que lo que justifica –o no- el sometimiento a un régimen de ordenación, supervisión, inspección y sanción como el de las IIC. o el de las entidades de crédito, las ESIs. etc. no es la actividad de inversión financiera... sino una actividad de “intermediación” financiera, y es entonces cuando procede preguntarse: la actividad de inversión financiera de las SOCIMIs., ¿es también una actividad de “intermediación” financiera? Pues bien; la respuesta debe ser negativa: una operación de adquisición de acciones no constituye “intermediación” financiera, cuando no se adquieren con el propósito de negociar con ellas, profesionalmente y –sobre todo- cuando no se adquieren por vía de captación de recursos –operativa de pasivo- posiblemente asumiendo compromisos de liquidez, y nada indica que lo que se describe como parte del objeto social de las SOCIMIs., en relación con la –sic- “tenencia de participaciones en el capital de otras SOCIMIs...” haya de constituir, en todo caso, intermediación financiera. No ya sólo por la ausencia de compromisos de liquidez [las SOCIMIs. no parecen sociedades de capital variable, como las SICAVs., ni tampoco son instituciones de inversión del tipo “closed-end”]... sino además porque, cuando de las IIC. se trata, el art. 1º, LIIC./2003 ya nos informa que “tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos”. No se trata, pues, simplemente de invertir fondos captados del público en la mera tenencia de acciones de otras sociedades –esto lo puede hacer cualquier sociedad mercantil-,... sino de “adquirir y gestionar los fondos captados” para obtener “rendimientos” por la inversión... proporcionando las ventajas de una gestión profesional especializada, que es lo propio de las IIC., más concretamente: de las SII. Y esto es algo que la L.SOCIMIs. no menciona ni –menos, aún- exige a las SOCIMIs., aunque de estas cuestiones volveré a tratar seguidamente.

c) La tenencia de participaciones en el capital de otras entidades, residentes o no en territorio español, que tengan como objeto social principal la adquisición de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento y que estén sometidas al mismo régimen establecido para las SOCIMI en cuanto a la política obligatoria, legal o estatutaria, de distribución de beneficios y cumplan los requisitos de inversión y financiación ajena a que se refieren los artículos 3 y 7 de esta Ley [Se entiende, en mi opinión, que estas “otras entidades, residentes o no en territorio español, que tengan como objeto social principal la adquisición de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento y que estén sometidas al mismo régimen establecido para las SOCIMI...”, son sociedades caracterizadas, negativamente porque ellas mismas no serían SOCIMIs.]. Las entidades a las que me refiero aquí no podrán tener participaciones en el capital de otras entidades ni realizar promoción de bienes inmuebles. Las participaciones representativas del capital de éstas entidades deberán ser nominativas y la totalidad

de su capital debe pertenecer a otras SOCIMI o entidades no residentes [deben ser residentes en países o territorios con los que exista efectivo intercambio de información tributaria, en los términos establecidos en la disposición adicional primera de la Ley nº 36/2006, de 29.11.2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal] a que se refiere la letra b) anterior. Tratándose de entidades residentes en territorio español, estas podrán optar por la aplicación del régimen fiscal especial en las condiciones establecidas en el artículo 8 de esta Ley. Los bienes inmuebles situados en el extranjero de las entidades no residentes a que se refiere la letra b) del apartado anterior deberán tener naturaleza análoga a los situados en territorio español.

d) La tenencia de acciones o participaciones de IICI. reguladas en la LIIC./2005.

Por consiguiente, el parecido con las IICI. y, en concreto, con las SII. sería tan estrecho que casi parecería identidad, pues –en efecto- existe entre la actividad de ambas una doble identidad: objetiva y funcional: lo primero, porque invierten en el mismo tipo de bienes –bienes inmuebles de naturaleza urbana... incluyendo, también, activos financieros inmobiliarios-, y lo segundo porque esos inmuebles están destinados a su arrendamiento. La diferencia parece imperceptible, pero ya creo haber demostrado que la hay... y es muy profunda y plena de consecuencias ordinamentales, aunque sutil. Así; bien podríamos sostener que la diferencia que existe entre SII. y SOCIMI. es la misma diferencia que hay entre “*comercio inmobiliario*” e “*inversión inmobiliaria*”, de tal modo y manera que, mientras que las SII. se dedicarían a la inversión e incluso a la intermediación financiera –aunque fuese inmobiliaria-, en cambio las SOCIMIs. se dedicarían al comercio inmobiliario y a la inversión no profesional, ni –menos- por cuenta ajena.

Sin embargo, este criterio o esta explicación se revelan equivocados, y no tanto por razones dogmáticas, sino por razones de tipo legal-positivo: es obvio que la L.SOCIMI./2009 habla de “*inversión*”, aunque el objeto en el que se invierte sean, en primer lugar, activos reales –activos inmobiliarios de naturaleza urbana-, y no activos financieros. Y si lo hace, lo hace de forma deliberada y consciente; lo hace por algo y para algo. Por consiguiente, fuerza es reconocer que la actividad de las SOCIMIs. –y, por tanto, su objeto social- es una actividad de inversión porque, aunque recae sobre la adquisición de activos reales inmobiliarios –bienes inmuebles urbanos-, concurre en éllo una especialidad de propósito cualificadora; distintiva; un propósito o fin sin cuya presencia el gasto de fondos en los susodichos “*activos inmobiliarios de naturaleza urbana para su alquiler, incluyendo viviendas, locales comerciales, residencias, hoteles, garajes, oficinas y otros*”, no debería calificarse como “*inversión*”, sino como simple “*comercio*” inmobiliario. Mas como, por el contrario, puede concurrir esa especialidad de propósito, pues las SOCIMIs. adquieren los bienes inmuebles, no tanto para servirse de su valor en uso, o incluso para especular con la diferencia de precios, comprando y revendiendo –o alquilando- “*con ánimo de lucrarse*” [art. 325, CCo.], que también, ... sino para tomar posiciones respecto de los factores de seguridad, liquidez y rentabilidad de los inmuebles, previniendo los riesgos que afectan a esas propiedades o especulando con su valor dinerario, como fuentes de renta. Por este motivo, la actividad principal de las SOCIMIs. –insisto- debe ser calificada, y así aparece en su Ley reguladora, como actividad de “*inversión, directa o indirecta*”, en activos inmobiliarios de naturaleza urbana para su alquiler:

1. La inversión es directa, cuando supone la adquisición de los propios activos inmobiliarios,
2. ... mientras que inversión indirecta probablemente aluda a la adquisición de activos financieros que se refieren o que tienen como subyacentes dichos activos inmobiliarios, sin adquirir éstos directamente [P.e., la adquisición de acciones integrantes del capital social de una sociedad que tenga como actividad exclusiva explotar un hotel].

Ahora bien; si es así... y si, pese a todo, las SOCIMIs. no se califican como IICI., si no se identifican con las SII., es porque, aunque unas y otras invierten en los mismos bienes, lo hacen de forma diferente: la SII. invierte... para sus socios, la SOCIMI. invierte para sí; la SII. es un instrumento organizativo al servicio de la intermediación financiera; es un “*agente*” de las inversiones de otros –de sus socios-, no es un inversor, sino el proveedor de servicios de sus inversores; es un profesional de la inversión colectiva. En cambio, la SOCIMI. es un “*inversor*”, élla misma: su actividad inversora –y es importante advertirlo así-

no consiste o no adopta la forma de una propia actividad de *intermediación profesional* financiera: las SOCIMI. no recurren al ahorro público, o -por lo menos- si lo hacen, lo hace *"pari passu"* de cualesquiera otras entidades privadas, que pueden -p.e.- emitir obligaciones -digamos- simples, o acciones..., y no como entidades del sistema financiero; es decir: no llevan a cabo el tipo de apelación al ahorro público que es propia de bancos, ESIs. o IIC. En este sentido, no es tanto que se enfrenten los conceptos de *"comercio inmobiliario"* y de *"inversión inmobiliaria"*, cuanto que en enfrentamiento se produce entre esos dos conceptos y el concepto de *"intermediación financiera inmobiliaria"*, que designa una actividad al que son ajenas las SOCIMIs.

Como se podrá comprobar, la actividad inversora de las SOCIMI., como su propia denominación indica, giran en torno a la riqueza inmobiliaria, si bien a veces ese vínculo es indirecto y financiero, ya que no se invierte en los propios inmuebles, sino en activos financieros emitidos por entidades distintas que son las que, a su vez, invierten en los activos reales inmobiliarios. Por otra parte, el propio art. 2º, nº 3, L.SOCIMI. se cuida de establecer ciertos límites y exclusiones. Por este motivo, mayor importancia, a estos efectos delimitadores, posee la serie de exclusiones que se contemplan en el art. 2º, nº 3, conforme al "[q]uedan excluidos de la consideración de bienes inmuebles a los efectos de la propia Ley: a) bienes inmuebles de características especiales a efectos catastrales regulados en el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario [RDLeg. Nº 1/2004m de 05.03.2003], y, b) Los bienes inmuebles cuyo uso se ceda a terceros mediante contratos que cumplan los requisitos para ser considerados como de arrendamiento financiero a efectos del Impuesto sobre Sociedades...". Es decir: que, jurídicamente, los bienes indicados *no podrán ser calificados* como bienes inmuebles, a los efectos de la L.SOCIMI., aunque a sí a efectos de otras disposiciones, como el CC. o el CCo. Por expresarlo de otro modo, el concepto *"bienes inmuebles"* aparece, en este contexto, como una noción *"ad hoc"* de la L.SOCIMI., y no con su significado general y ordinamental, que es el que se recoge en los arts. 333, 334 y ss., CC., porque es evidente que -a los efectos de los preceptos del CC.-, tanto los *"bienes inmuebles de características especiales a efectos catastrales"*, como los *"bienes inmuebles cuyo uso se ceda a terceros mediante contratos que cumplan los requisitos para ser considerados como de arrendamiento financiero"*, son -*"res ipsa loquitur"*- bienes inmuebles: la especialidad no se halla en su naturaleza... sino en su régimen [catastral]... o en su destino financiero [la cesión a título de *"leasing"*].

Asimismo, de conformidad con el art. 2º, nº 4, L.SOCIMI., los bienes inmuebles adquiridos por las SOCIMI., lo deberán ser en propiedad, entendiéndose -en particular- incluida la propiedad resultante de derechos de superficie, vuelo o subedificación, inscritos en el Registro de la Propiedad y durante su vigencia, así como los inmuebles poseídos por la sociedad en virtud de contratos que cumplan los requisitos para ser considerados como de arrendamiento financiero a efectos del Impuesto sobre Sociedades.

Por fin, hay que señalar que el hecho de que el art. 2º, L.SOCIMI. disponga que estas sociedades tendrán la adquisición y promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento, etc., como objeto social *"principal"*, y no *"exclusivo"* [lo mismo que sucedía con las IICI.], implícitamente supone que pueden dedicarse, también a otras actividades, accesorias o adyacentes. Pero la L.SOCIMI. no se limita a sugerir, sino que -de forma explícita- establece que, junto a la actividad económica derivada del objeto social principal, las SOCIMI podrán desarrollar otras actividades *accesorias*, entendiéndose como tales aquellas que en su conjunto sus rentas representen menos del 20 por ciento de las rentas de la SOCIMI., en cada período impositivo [art. 2º, nº 6, L.SOCIMI.]. He aquí la prueba de que nos hallamos ante sociedades mercantiles *ordinarias*, y no ante *intermediarios financieros profesionales*: la *"accesoriedad"* de las actividades no es una accesoriiedad objetiva u objetivo-funcional, sino que estamos ante un supuesto de accesoriiedad cuantitativa o *"per relationem"*.

II.- ASPECTOS JURÍDICO-SOCIETARIOS.

Las SOCIMIs fueron calificadas, en su momento, como un *"nuevo tipo de sociedades mercantiles"*, cuya creación requería que el Legislador estableciese ciertos requisitos legales, relativos a la inversión patrimonial, a las rentas que dicha inversión genere y a la distribución *obligatoria* de resultados, de manera que el cumplimiento de tales requisitos *permitiera* a estas sociedades *optar* por la aplicación de un *régimen fiscal* especial, y todo ello con propósitos bien definidos de estímulo del mercado inmobiliario;

especialmente, el mercado arrendaticio [(L)a combinación de un régimen sustantivo específico conjuntamente con un régimen fiscal especial tiene como objetivos fundamentales, continuar con el impulso del mercado del alquiler en España, elevando su profesionalización, facilitar el acceso de los ciudadanos a la propiedad inmobiliaria, incrementar la competitividad en los mercados de valores españoles y dinamizar el mercado inmobiliario, obteniendo el inversor una rentabilidad estable de la inversión en el capital de estas sociedades a través de la distribución obligatoria de los beneficios a sus accionistas"]. En este sentido, nuevamente podemos ver aquí, una manifestación del mandato institucional del art. 47, Const.Esp., materializado –ahora- en una fórmula de intervención promotora: de fomento, un fomento –digamos- en dos niveles, o de carambola: por vía de beneficios fiscales, se fomentan las SOCIMIs., y –al fomentar las SOCIMIs.- indirectamente, se estimula el mercado inmobiliario.

Las SOCIMIs son sociedades anónimas, pero especiales, y lo son –especiales- por varios motivos o en varios aspectos: primeramente, desde un punto de vista estructural, se trata de sociedades anónimas especiales por razón de su objeto, o -mejor- de sus objetos, ya que la especialidad no se limita sólo al objeto social, entendido como actividad o conjunto de actividades que la sociedad desarrollará para alcanzar su fin social [el Objeto-fin, o "Zweck"], sino también al "fondo común"; al patrimonio de la SOCIMI; es decir: a los activos patrimoniales integrados en dicho patrimonio de la SOCIMI., sobre los que se desplegarán las actividades mencionadas [el Objeto-cosa o "Gegenstand"] como objeto social principal. En este sentido, el art. 2º, L.SOCIMI. -que mezcla o combina ambos aspectos- describe o delimita el objeto de las SOCIMI. en los términos ya expuestos. Mas, junto a la actividad económica derivada del objeto social principal, las SOCIMI podrán desarrollar otras actividades accesorias, entendiéndose como tales aquellas que en su conjunto sus rentas representen menos de un determinado porcentaje de las rentas de la Sociedad, en cada período impositivo.

En segundo lugar, las SOCIMIs son sociedades anónimas que más que "ser" especiales, éllas mismas, podríamos decir que viven en unas circunstancias especiales, en la medida que se trata de sociedades cotizadas, lo que las somete al régimen de los arts. 495 a 541, TRLSocs.cap./2010/2015. En efecto; si el propósito de la L.SOCIMI, entre otras cosas, consiste en proporcionar liquidez a las inversiones inmobiliarias... sin ser, éllas mismas, IICs., entonces parece totalmente lógico que estas SOCIMI. accedan a Bolsa, ya que -precisamente- una de las funciones económicas características de la Bolsa y, en general, de los mercados secundarios de valores, es la función de liquidez, toda vez que sería difícil que se suscribiesen originariamente las emisiones de valores y otros instrumentos financieros, si no existiese la posibilidad de liquidar la inversión, transmitiéndolos a un tercero (24). Así; desde una perspectiva funcional-circunstancial, la L.SOCIMI configura legalmente a estas sociedades como sociedades cotizadas, en el sentido de que el art. 4º impondría lo que el mismo precepto describe como una obligación o un deber de –admisión a- negociación en mercado regulado, diciendo que:

"Las acciones de las SOCIMI deberán estar admitidas a negociación en un mercado regulado español o en el de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo de forma ininterrumpida durante todo el período impositivo. Esta misma obligación se exigirá a las participaciones representativas del capital de las entidades no residentes a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 2 de esta ley".

24.- BROSETA PONT/MARTÍNEZ SANZ.: "Manual ...", cit., t. II, 12ª ed., p. 281. SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE.: "Instituciones ...", cit., t. II, 29ª ed. [2ª en Aranzadi], p. 289. NIETO CAROL,U.: "El Mercado de Valores...", cit., p. 80. CANO RICO,J.R.: Voz "Mercado secundario", en "Enciclopedia de la Bolsa y del Inversor financiero", edit. TECNOS, Madrid, 1998, p. 322. SERVICIO DE ESTUDIOS DE LA BOLSA DE BARCELONA.: "Capítulo 29. La Empresa familiar española y los mercados bursátiles", cit., p. 593, aludiendo a la "provisión regular de liquidez para entrar en, o salir de, los valores ya existentes", como una de las dos funciones de los mercados de valores; más precisamente, la que es característica de los mercados secundarios. ZUNZUNEGUI,F.: "Derecho del Mercado Financiero", cit., 2ª ed., p. 204. BELLANDI,P.: "Aspetti economici dei mercati mobiliari", en VV.AA.: "Il nuovo Mercato Mobiliare italiano", edit. FRANCO ANGELI, Milán, 1999, p. 329. CONAC,P-H.: "La Régulation des marchés...", cit., p. 2. JAFFEUX,C.: "Bourse et financement des entreprises", edit. DALLOZ, Paris, 1994, p. 25. PEZARD/VIANDIER.: "Droit des marchés ...", cit., p. 116, quienes califican a la Bolsa, como el "mercado de segunda mano" de los valores negociables. RABUT,A.: "Le Droit des Bourses...", cit., p. 10, quien señala que no cabe una inversión voluminosa, si no existen mecanismos de desinversión.

Insisto en que, aunque el precepto hable de “obligación”, no lo es; no se trata de ninguna “obligación”, si por tal entendemos lo que se describe y regula en los arts. 1088 y ss., CC. Es más; dada su finalidad, ni aún podríamos ver, aquí, un deber jurídico-administrativo, ni apenas el deber general derivado del sometimiento a las leyes y al resto del Ordenamiento: más bien, estamos ante un requisito o carga legal, a cuya observancia se condiciona la aplicación de un régimen tributario privilegiado, que es el objeto fundamental de la Ley.

Y, por fin, las SOCIMIs. son sociedades anónimas a las que se les impone una dinámica de funcionamiento especial, ya que -a diferencia de cuanto sucede en las sociedades anónimas ordinarias, las SOCIMIs. se hallan sometidas a especiales deberes u obligaciones en materia de operativo-patrimonial, contable y de distribución de dividendos. Y éso, para no mencionar la especialidad derivada del control administrativo -relativamente leve- al que quedan sometidas.

Las especialidades societarias previstas para las SOCIMI. comenzarían, como es lógico, con las típicas y tópicas exigencias en materia de capital y de denominación social, aunque -en realidad- se incluye también alguna regla en materia de acciones. En este sentido; para empezar, habrán de poseer un capital mínimo que deberá alcanzar los 15.000.000 [quince millones] € [art. 5º, nº 1, L.SOCIMI.](²⁵).

La cifra resulta llamativa y sorprendente, ya que se trata de una cifra notablemente más elevada que los 9.000.000 que se les exige a las SIl., y eso aunque las SOCIMIs. no son intermediarios financieros, por lo que parece un contrasentido... que -una vez más- solamente se comprenden en un contexto fiscal-tributario

Dicho capital social mínimo deberá estar representado por una clase única de acciones [art. 5º, nº 3, L.SOCIMI.], de modo que no podría haber acciones privilegiadas e incluso parece lógico que -en consecuencia- tampoco pueda haber acciones sin voto. Nada se dice, en cambio, de que no pueda haber distintas “series” de acciones, dentro de esa misma -única- clase, pues las series de acciones no difieren por el contenido de derechos incorporados, que es idéntico.

Asimismo, el art. 4º, párrs. 2º y 3º, L.SOCIMI. establecen que “[l]as acciones de las SOCIMI deberán tener carácter nominativo”, y que “estas mismas obligaciones se exigirán a las participaciones representativas del capital de las entidades no residentes a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 2 de esta Ley”. Teniendo en cuenta que las SOCIMIs. son sociedades cotizadas, y que la cotización exige el más amplio e intenso grado de sencillez de transmisión de los valores accionarios... puede parecer un contrasentido que el precepto imponga la forma nominativa a las acciones, cuando ¡ni siquiera el Tít. XIVº, TRLSocs.cap. se lo impone a las demás “sociedades cotizadas”! e nuevo, la razón debe buscarse en la índole fiscal-tributaria de la L.SOCIMI. que podría hallar amparo en el art. 113, nº 1, TRLSocs.cap., sobre los distintos supuestos de nominatividad obligatoria, que trata de hacer frente a los inconvenientes que plantean las acciones documentadas en títulos al portador, cuando el anonimato que proporcionan puede ser fuente de abusos, o puede permitir la elusión de controles, especialmente en el orden fiscal, donde la precisa individualización del perceptor de rentas y beneficios derivados de la inversión accionarial, que permite respetar los principios de capacidad contributiva y de progresividad de los impuestos aconseja imponer la nominatividad de las acciones (²⁶), mientras que -por el contrario- en las SOCIMIs. no concurren aquellas razones de política económica (²⁷), vinculadas a fenómenos de intervención pública sobre determinados sectores productivos especialmente importantes o arriesgados -Banca, Mercado de valores, Seguro privado...- que podrían estar vinculados con Administraciones sectoriales de control, a través de relaciones especiales de sujeción, o bien de inserción en ordenamientos sectoriales, o bien -sin más- relaciones administrativas de supervisión.

Otra prueba de su carácter societario comercial, y no financiero, de las SOCIMIs., es que las aportaciones a

25.- BROSETA PONT/MARTÍNEZ SANZ: “Manual...”, cit., t. I, 17ª ed., p. 630.

26.- CAVALLO BORGIA,R.: “Azioni e obbligazioni di società”, edit. CEDAM., Padua1988, p. 33. DI SABATO,F.: “Manuale di Diritto delle Società”, edit. UTET., Turín, p. 295, quien se apoya en el art. 53 de la Constitución italiana.

27.- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE/URÍA GONZÁLEZ.: “Comentario...”, cit., t. I, p. 399.

su capital social no tienen por qué ser necesariamente dinerarias: también pueden ser no dinerarias; de hecho esta es la regla general que –por el contrario- solamente se rompe en entidades profesionales de la intermediación financiera, bancaria o no bancaria; es en las entidades de crédito, las ESIs. o las IIC., entre otras... donde se impone la necesidad de que las aportaciones –por lo menos mínimas necesarias- efectuadas para la integración del capital social mínimo legal, hayan de ser en dinero. Pero no sucede esto en las SOCIMIs., pues –concretamente-, la L.SOCIMI. reconoce que pueden efectuarse aportaciones inmobiliarias. Así; su art. 5º, nº 2, establece que las aportaciones no dinerarias para la constitución o ampliación del capital que se efectúen en bienes inmuebles, deberán tasarse en el momento de su aportación de conformidad con lo dispuesto en el art. 38, TRLSA./1989; norma actualmente derogada, por lo que debemos reitirnos a los preceptos correspondientes del TRLOSocs.cap./2010/2015, y a dicho fin, el experto independiente designado por el Registrador Mercantil habrá de ser una de las sociedades de tasación previstas en la legislación del mercado hipotecario. Igualmente, se exigirá tasación por una de las sociedades de tasación señaladas para las aportaciones no dinerarias que se efectúen en inmuebles para la constitución o ampliación del capital de las entidades señaladas en la letra c) del artículo 2.1 de esta Ley.

El hecho de que la L.SOCIMI. diga *“las aportaciones no dinerarias para la constitución o ampliación del capital que se efectúen en bienes inmuebles”*, revela que caben aportaciones no dinerarias no-inmobiliarias; es decir: que caben aportaciones no dinerarias en bienes muebles, derechos sobre bienes inmateriales [derechos de autor, propiedad industrial, derechos sobre bases de datos...].

Ahora bien; la regla que permite efectuar aportaciones inmobiliarias al capital de la SOCIMI. plantea una cuestión interpretativa: como se dijo antes, el art. 2º, nº 4, L.SOCIMI., exige que los bienes inmuebles adquiridos por las SOCIMIs., hayan de ser adquiridos, necesariamente en propiedad; a título de dominio. Ciertamente se admite -en particular- que esa propiedad pueda ser, *también*, el derecho de dominio resultante de derechos de superficie, vuelo o subedificación, inscritos en el Registro de la Propiedad y durante su vigencia, así como los inmuebles poseídos por la sociedad en virtud de contratos que cumplan los requisitos para ser considerados como de arrendamiento financiero [*“leasing”*] a efectos del Impuesto sobre Sociedades. Obsérvese que no se trata de que se posean bienes inmuebles a título de *“leasing”*, sin más... pues el *“leasing”* o arrendamiento financiero es un contrato mercantil bancario o parabancario, institución –pues- de Derecho privado patrimonial, sino que los inmuebles se posean *“en virtud de contratos que cumplan los requisitos para ser considerados como de arrendamiento financiero”*, pero precisamente *“a efectos del Impuesto sobre Sociedades”*, lo que vuelve a demostrar, una vez más, que la L.SOCIMI. es una disposición de neta raigambre tributaria.

Bien, pero, ya en el plano privado patrimonial, societario, ¿se extienden estas limitaciones, a las adquisiciones de inmuebles por vía de aportación social a capital? En mi opinión, la respuesta debe ser negativa y –por tanto- flexible o abierta [se niega lo restrictivo o lo limitativo, *ergo se afirma el “favor libertatis”*]: la limitación no se extiende a las aportaciones sociales sino a las adquisiciones que tienen lugar por un título extracorporativo, de modo que, cuando el título de adquisición es jurídico-societario; es decir, corporativo, cuando se trata de la adquisición por vía de aportación a sociedad [aportación a la SOCIMI.], rige la autonomía *patrimonial* privada. Por consiguiente, un socio de SOCIMI. puede ingresar en ella aportando bienes o derechos que no sean los referidos o que no cumplan los requisitos relativos a ellos, p.e., un derecho real limitado inmobiliario o un derecho *“in personam”* que afecte a bienes inmuebles.... O un inmueble poseído en virtud de un contrato de arrendamiento financiero, que no se pueda considerar como tal *“a efectos del Impuesto sobre Sociedades”*, lo que obliga a remitirse al art. 106; único precepto que forma el Cap. XIIº, del Tít. VIIº, de la Ley nº 27/2014, de 27.11. 2014, del Impuesto sobre Sociedades, que dice aplicarse a los contratos de arrendamiento financiero en los que el arrendador sea una entidad de crédito o un establecimiento financiero de crédito –lo que una SOCIMI. no es-, cuyos contratos tendrán una duración mínima de 10 años cuando tengan por objeto bienes inmuebles o establecimientos industriales. No obstante, reglamentariamente se podrán establecer, para evitar prácticas abusivas, otros plazos mínimos de duración en función de las características de los distintos bienes que puedan constituir su objeto. Las cuotas de arrendamiento financiero deberán aparecer expresadas en los respectivos contratos diferenciando la parte que corresponda a la recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora, excluido el valor de la opción de compra y la carga financiera exigida por ella, todo ello sin perjuicio de la aplicación del gravamen indirecto que

corresponda. El importe anual de la parte de las cuotas de arrendamiento financiero correspondiente a la recuperación del coste del bien deberá permanecer igual o tener carácter creciente a lo largo del período contractual.

Por lo que hace al régimen especial en materia de denominación social, se establece que, cuando la sociedad haya optado por el régimen fiscal especial establecido en esta ley, deberá incluir en la denominación de la compañía la indicación "*Sociedad Cotizada de Inversión en el Mercado Inmobiliario, Sociedad Anónima*", o su abreviatura: "SOCIMI., S.A.". Así lo previene el art. 5º, nº 4, L.SOCIMI., que –sin embargo- no dice que se trate de una denominación exclusiva ni reservada, porque no se trata –insisto- de una denominación que pretenda –digamos- "*precaver*"; proteger intereses –de inversores minoristas, no especializados- afectados por una actividad que los ponga en riesgo, sino que la SOCIMI. recibe esa denominación... como prueba de ser fiel cumplidora de los requisitos que la hacen merecedora del trato fiscal privilegiado.

Con el objeto de admitir la inversión indirecta, se permite que las SOCIMIs participen *en otras SOCIMIs*. o bien en entidades que cumplan los mismos requisitos de inversión y de distribución de beneficios exigidos para aquellas, residentes o no en territorio español, coticen o no en mercados regulados.

De acuerdo con el art. 2º, nº 5, L.SOCIMI., la actividad de promoción inmobiliaria y la de arrendamiento serán objeto de contabilización separada para cada inmueble promovido o adquirido, con el desglose que resulte necesario para conocer la renta correspondiente a cada inmueble o finca registral en que éste se divida. Las operaciones procedentes, en su caso, de otras actividades deberán ser igualmente contabilizadas de forma separada al objeto de determinar la renta derivada de las mismas.

Por lo que se refiere a las especialidades funcionales o –para ser más precisos- a las especialidades societario-funcionales de las SOCIMIs., cabe señalar que estas últimas no se ven sometidas a ningún régimen de ordenación, ni de supervisión o disciplina de su actividad; la actividad de las SOCIMIs. no es, ni reservada, ni exclusiva, ni prohibida salvo autorización... ni siquiera es una actividad regulada; nuevamente la L.SOCIMI. ni exige autorización de acceso a la actividad, ni somete a reglas ordenadoras la propia actividad, ni –menos- crea ninguna suerte de reserva funcional; ni activa –sólo las SOCIMIs. pueden desarrollar ese objeto previsto en los arts. 1º y 2º, L.SOCIMI.- ni pasiva [Las SOCIMIs. solo pueden desarrollar ese objeto previsto en los arts. 1º y 2º, L.SOCIMI., y ninguna otra actividad]. No es así. Una vez más, la L.SOCIMI. no es una Ley que pretenda –digamos- "*precaver*"; proteger intereses –de inversores minoristas, no especializados- afectados por una actividad que los ponga en riesgo, sino establecer un régimen tributario privilegiado para dichas sociedades. Es en este sentido, como se ha de entender lo previsto en el Tales requisitos vienen establecidos en el art. 3º, L.SOCIMI, que establece lo siguiente:

"1. Las SOCIMI deberán tener invertido, al menos, el 80 por ciento del valor del activo en bienes inmuebles de naturaleza urbana destinados al arrendamiento, en terrenos para la promoción de bienes inmuebles que vayan a destinarse a dicha finalidad siempre que la promoción se inicie dentro de los tres años siguientes a su adquisición, así como en participaciones en el capital o patrimonio de otras entidades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de esta Ley.

Este porcentaje se calculará sobre el balance consolidado en el caso de que la sociedad sea dominante de un grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas. Dicho grupo estará integrado exclusivamente por las SOCIMI y el resto de entidades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de esta Ley.

El valor del activo se determinará según la media de los balances individuales o, en su caso, consolidados trimestrales del ejercicio, pudiendo optar la sociedad para calcular dicho valor por sustituir el valor contable por

el de mercado de los elementos integrantes de tales balances, el cual se aplicaría en todos los balances del ejercicio. A estos efectos no se computarán, en su caso, el dinero o derechos de crédito procedente de la transmisión de dichos inmuebles o participaciones que se haya realizado en el mismo ejercicio o anteriores siempre que, en este último caso, no haya transcurrido el plazo de reinversión a que se refiere el artículo 6 de esta Ley.

A efectos de dicho cómputo, caso de bienes inmuebles situados en el extranjero, incluidos los tenidos por las entidades a que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo 2 de esta Ley, deberán tener naturaleza análoga a los situados en territorio español y deberá existir efectivo intercambio de información tributaria con el país o territorio en el que estén situados, en los términos establecidos en la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

2. Asimismo, al menos el 80 por ciento de las rentas del período impositivo correspondientes a cada ejercicio, excluidas las derivadas de la transmisión de las participaciones y de los bienes inmuebles afectos ambos al cumplimiento de su objeto social principal, una vez transcurrido el plazo de mantenimiento a que se refiere el apartado siguiente, deberá provenir del arrendamiento de bienes inmuebles y de dividendos o participaciones en beneficios procedentes de dichas participaciones.

Este porcentaje se calculará sobre el resultado consolidado en el caso de que la sociedad sea dominante de un grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas. Dicho grupo estará integrado exclusivamente por las SOCIMI y el resto de entidades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de esta Ley.

3. Los bienes inmuebles que integren el activo de la sociedad deberán permanecer arrendados durante al menos tres años. Tratándose de bienes inmuebles que hayan sido promovidos por la sociedad, el plazo será de siete años. A efectos del cómputo se sumará el tiempo que los inmuebles hayan estado ofrecidos en arrendamiento, con un máximo de un año.

El plazo se computará:

a) En el caso de bienes inmuebles que figuren en el patrimonio de la sociedad antes del momento de acogerse al régimen, desde la fecha de inicio del primer período impositivo en que se aplique el régimen fiscal especial establecido en esta Ley, siempre que a dicha fecha el bien se encontrara arrendado u ofrecido en arrendamiento. De lo contrario, se estará a lo dispuesto en la letra siguiente.

b) En el caso de bienes inmuebles promovidos o adquiridos con posterioridad por la sociedad, desde la fecha en que fueron arrendados u ofrecidos en arrendamiento por primera vez.

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

4. Para garantizar una adecuada diversificación de las inversiones inmobiliarias, las entidades deberán tener al menos tres inmuebles en su activo sin que ninguno de ellos pueda representar más del 40 por ciento del activo de la entidad en el momento de la adquisición. Este cómputo se determinará sobre el balance consolidado del grupo a que se refiere el apartado 1 de este artículo, pudiendo optar la entidad por sustituir el valor contable por el de mercado de los elementos integrantes de dicho balance”

Dicho de otro modo: pareciera que la L.SOCIMI. impone *reglas imperativas... que afectan a la actividad* de las SOCIMIs., pareciera que regula el ejercicio de su objeto social, obligando a invertir su activo en inversiones propias del mercado inmobiliario, ya se trate de inversiones reales y directas [bienes inmuebles de naturaleza urbana destinados al arrendamiento, terrenos para la promoción de bienes inmuebles que vayan a destinarse a dicha finalidad], o ya se trate de inversiones financieras, o –en cierto sentido- indirectas [participaciones en el capital de otras SOCIMI o en el de otras entidades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2]. Lo parece... pero no es así: la L.SOCIMI. no entra en la regulación de relaciones que son externas; extracorporativas, sino que simplemente establece condiciones “*sine quibus non*”, para acceder a los beneficios fiscales. Por este motivo, los posibles incumplimientos de esas normas no vician la validez:

- a) Ni de los negocios o actos jurídicos societarios o corporativos que conduzcan a las operaciones –digamos- irregulares...
- b) ... ni tampoco vician la validez de los negocios jurídicos o contratos extrasocietarios que infrinjan los límites señalados...
- c) ... ni tampoco conllevan efectos obstativos respecto de las posibles titularidades jurídicas “*in re*” o “*in personam*”, que deriven de tales contratos.

En cambio, las SOCIMIs. sí que se ven sometidas a un régimen especial, en el plano de las relaciones internas, corporativas o societarias; concretamente, en materia de aplicación de resultados y distribución de beneficios. En este sentido, el art. 6º, L. SOCIMI dice que las SOCIMIs. y entidades residentes en territorio español en las que participan, a las que se refiere el art. 2º, apdo. 1º, letra c), L.SOCIMI, que hayan optado por la aplicación del régimen fiscal especial establecido en la Ley, “*estarán obligadas a distribuir en forma de dividendos a sus accionistas, una vez cumplidas las obligaciones mercantiles que correspondan, el beneficio obtenido en el ejercicio, debiéndose acordar su distribución dentro de los seis meses posteriores a la conclusión de cada ejercicio*”, y esto, en la forma que a continuación se previene. A este respecto, y antes de entrar en esa forma, quisiera señalar que las SOCIMIs. se hallan sometidas a este respecto a un régimen cuya especialidad solamente puede comprenderse si se consideran ciertos aspectos del Derecho de Sociedades. Me explico: la legislación de sociedades anónimas siempre ha considerado que –en materia de participación en beneficios- el Socio; el Accionista, solo tiene dos derechos:

1. El llamado derecho “*abstracto*” al dividendo; el simple derecho genérico a participar en los beneficios sociales, que no le confiere ninguna titularidad crediticia inmediata contra la Sociedad.
2. El llamado derecho “*concreto*” al dividendo; no ya un simple derecho genérico a participar en los beneficios sociales, que no le confiere ninguna titularidad crediticia inmediata contra la Sociedad, sino un derecho declarado por la Junta General, mediante acuerdo de distribución de beneficios, que tras acreditar que existe beneficio social de ejercicio –o, al menos, reservas sociales de libre disposición-, prevé el pago a los socios de una cantidad –la que proceda- en función de las acciones que cada socio posee, así como la fecha, el lugar, etc., o bien los que contempla subsidiariamente la Ley. En este caso, nos encontramos, ya, ante un derecho de crédito, singular, perfectamente identificable, con su propio objeto posible, lícito y determinado –una suma dineraria-, que resulta vencido, líquida y exigible a la

Sociedad. De hecho, este ya no es un derecho “de socio”, sino un derecho “de acreedor”; un derecho como tercero, que resulta –ya- inatacable, indisponible e inalienable por la Sociedad.

En cambio, típicamente no existiría ningún derecho –digamos- intermedio entre estos dos: no existiría el –supuesto- derecho del Socio, a exigir; a imponer a la Sociedad, que –en caso de existir verdaderamente beneficios o reservas libres- las hubiera de distribuir, en forma de dividendo, ya que, mientras la Junta General no acuerde la distribución de dividendos... el Socio no puede exigirle que lo haga. Ahora bien; esta regla tiene excepciones: un primer supuesto excepcional, en el que la Ley reguladora de las sociedades anónimas sí que reconoce –y establece con carácter necesario; imperativo- ese derecho del Socio, a exigir; a imponer a la Sociedad, que –en caso de existir verdaderamente beneficios o reservas libres- los deba distribuir, en forma de dividendo, ya que precisamente el Socio puede exigirle a Sociedad, que la Junta General acuerde la distribución de dividendos... aunque no quiera: ese supuesto es el de las acciones sin voto, contempladas antaño en los arts. 90 al 92 del Texto refundido de la Ley de Sociedades anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo nº 1564/1989, de 22.12.1989 [TRLSA.], y actualmente en los arts. 98 al 103, TRLSocs.cap./2010. Un supuesto excepcional –digo- que lo es en razón de las características de las acciones... no de la sociedad misma: si existe ese derecho del Socio, a exigir; a imponer a la Sociedad, que –en caso de existir verdaderamente beneficios o reservas libres- los deba distribuir, en forma de dividendo, es porque las acciones carecen del derecho de voto.

Un segundo supuesto excepcional, en el que la Ley sí que reconoce –y establece con carácter necesario; imperativo- ese derecho del Socio, a exigir; a imponer a la Sociedad, que –en caso de existir verdaderamente beneficios o reservas libres- los deba distribuir, en forma de dividendo; que el Socio pueda exigirle a Sociedad, que la Junta General acuerde la distribución de dividendos... aunque no quiera: ese supuesto es el de las acciones privilegiadas... emitidas por sociedades anónimas cotizadas [art. 499, nº 1, TRLSocs.cap.]. Evidentemente, este supuesto hubiera tenido que afectar a las SOCIMIs, por cuanto que las SOCIMIs son, éllas mismas, sociedades “cotizadas”, si bien hay que señalar que la L.SOCIMI. excluye la existencia de acciones privilegiadas en estas sociedades, por lo que –pese a todo- el art. 499, nº 1, TRLSocs.cap. no se aplica a las SOCIMIs.

Pero las SOCIMIs. presentan una tercera excepción; un tercer supuesto excepcional, en el que la Ley reguladora, no de las sociedades anónimas; ni siquiera de las sociedades anónimas “cotizadas”, en general, sino de las propias SOCIMIs. [L.SOCIMI./2011], sí que reconoce –y establece con carácter necesario; imperativo- ese derecho del Socio, a exigir; a imponer a la Sociedad, que –en caso de existir verdaderamente beneficios o reservas libres- los deba distribuir, en forma de dividendo, ya que precisamente el Socio puede exigirle a Sociedad, que la Junta General acuerde la distribución de dividendos... aunque no quiera. Y esto, en la forma siguiente:

a) Es obligatorio que se reparta el 100 por 100 de los beneficios procedentes de dividendos o participaciones en beneficios distribuidos por las entidades a que se refiere el apdo. 1 del art. 2º, L.SOCIMI; es decir: de los beneficios procedentes de dividendos o participaciones en beneficios distribuidos por otras SOCIMIs u otras entidades que tengan el mismo objeto y se hallen sometidas a un régimen análogo, en las que la SOCIMI que haya de distribuir los dividendos, haya invertido y tenga participación, en el marco de su objeto social.

Obsérvese –por una parte- cómo se distingue entre los beneficios o dividendos de dos tipos de entidades diferentes: por una parte, se habla de unos beneficios –que lo son de la SOCIMI.-, pero que, a su vez, proceden de dividendos o participaciones en beneficios “distribuidos por las entidades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 [L.SOCIMI.]”. Pero esas entidades son otras... distintas de las propias SOCIMIs consideradas. Cada uno de los dos grupos o tipos de entidades –por un lado las SOCIMIs y, por otro, “las entidades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2”-, persigue su propio lucro y puede obtenerlo, lo que pasa es que como las SOCIMIs poseen las participaciones en los beneficios de esas “entidades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2”, perciben los dividendos que estas últimas acuerdan, como resultados positivos que contribuyen a integrar su propio resultado de ejercicio; es decir: el resultado de ejercicio de las SOCIMIs. Pues bien; si ese resultado es positivo y permite la distribución de beneficios, en forma de dividendos... de las SOCIMIs, entonces como tales dividendos habrá de distribuirse la totalidad -100 por 100- de lo ingresado como dividendos repartidos por esas –

otras- “entidades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2”.

Y por otra parte, esta regla confirma la anterior conclusión de que las SOCIMIs no son intermediarios financieros, sino meros inversores; inversores en acciones de otras sociedades, que –a este respecto- se comportan como lo haría cualquier socio; cualquier inversor: esperando obtener rendimientos de su inversión... sin que esto suponga someterse a ningún régimen de ordenación y supervisión administrativas.

b) Asimismo, es obligatorio que, por las SOCIMIs, se reparta al menos el 50 por ciento de los beneficios derivados de la transmisión de inmuebles y acciones o participaciones a que se refiere el art. 2º, apdo. 1, L.SOCIMI., realizadas una vez transcurridos los plazos a que se refiere el apartado 3 del artículo 3 de esta Ley, afectos al cumplimiento de su objeto social principal. El resto de estos beneficios deberá reinvertirse en otros inmuebles o participaciones afectos al cumplimiento de dicho objeto, en el plazo de los tres años posteriores a la fecha de transmisión. En su defecto, dichos beneficios deberán distribuirse en su totalidad conjuntamente con los beneficios, en su caso, que procedan del ejercicio en que finaliza el plazo de reinversión. Si los elementos objeto de reinversión se transmiten antes del plazo de mantenimiento establecido en el apartado 3 del artículo 3 de esta Ley, aquellos beneficios deberán distribuirse en su totalidad conjuntamente con los beneficios, en su caso, que procedan del ejercicio en que se han transmitido. La obligación de distribución no alcanza, en su caso, a la parte de estos beneficios imputables a ejercicios en los que la sociedad no tributaba por el régimen fiscal especial establecido en esta Ley.

Si la regla anterior venía a confirmar que las SOCIMIs no son intermediarios financieros, sino meros inversores, esta otra regla confirma la anterior conclusión de que las SOCIMIs no son inversores institucionales, sino –más bien- operadores económicos del mercado inmobiliario, que operan como cualquier otro operador comercial.

c) Y, finalmente, es obligatorio que, por las SOCIMIs, se reparta al menos el 80 por ciento del resto de los beneficios obtenidos.

Por consiguiente, el socio de una SOCIMI posee los tres derechos económicos antes mencionados:

- 1) Lógicamente, el llamado derecho abstracto a participar en los beneficios sociales.
- 2) El derecho concreto a percibir los dividendos que acordase la Junta General, si hubiera beneficios, precisamente por razón de la anuencia de la Junta; derecho concreto que tiene un carácter –ya- extracorporativo; extrasocietario... puramente crediticio, pues ya no pertenece al Socio en cuanto socio, sino como acreedor [tercero] de la sociedad...
- 3) ... y el derecho –adicional, complementario de los dos anteriores- a exigir de la Sociedad que se repartan dividendos y se le abonen; derecho éste que se basa en la propia L.SOCIMI. [art. 6º]; derecho –digamos- “intermedio”, pero en modo alguno “débil” ni “imperfecto”, sino todo lo contrario, que tiene un carácter propiamente corporativo; societario..., pues pertenece al Socio en cuanto socio. Este dividendo deberá ser pagado dentro del mes siguiente a la fecha del acuerdo de distribución.

Cuando la distribución del dividendo se realice con cargo a reservas procedentes de beneficios de un ejercicio en el que haya sido de aplicación el régimen fiscal especial, su distribución se adoptará obligatoriamente con el acuerdo a que se refiere el apartado anterior [art. 6º nº 2, en relación con el art. 6º, nº 1, L.SOCIMI.].

Pese a su parecido con las acciones sin voto... el caso de las SOCIMIs. no es un caso de sociedad con acciones privilegiadas, por la sencilla razón de que las SOCIMIs. no pueden tener más que una clase de acciones: solo pueden tener acciones ordinarias, ya que no puede existir una sociedad anónima que únicamente tenga acciones sin voto. Por este motivo, no estamos aquí ante ningún supuesto de

dividendo preferente o privilegiado, sino –simplemente- ante una manifestación concreta –y excepcional- de ese derecho –intermedio entre el derecho abstracto y el derecho concreto; entre el derecho genérico corporativo... y el derecho extracorporativo, crediticio- a exigir de la Sociedad que se repartan dividendos y se le abonen.

Por fin; el art. 6º, nº 3, L.SOCIMI previene que la reserva legal de las sociedades que hayan optado por la aplicación del régimen fiscal especial establecido en esta Ley no podrá exceder del 20 por ciento del capital social, lo cual sirve para garantizar la efectividad del deber de reparto obligatorio de beneficios; finalidad que justifica otra medida contable-financiera: que los estatutos de estas SOCIMIs. no podrán establecer ninguna otra reserva de carácter indisponible distinta de la anterior, lo cual representa –por consiguiente- una importante limitación legal al ejercicio de la autonomía estatutaria o societaria privada.

Supuesto que el negocio constitutivo de una sociedad, además de generar las obligaciones de aportación/colaboración de los socios y de dar nacimiento a la organización societaria, debe contener las reglas que han de regir esa organización, en su funcionamiento interno y en su proyección externa⁽²⁸⁾, es preciso hacer algunas consideraciones sobre la libertad contractual y sus límites. A pesar de que la "praxis" registral y societaria revela un *excesiva tímidez y poca originalidad*, en la *conformación estatutaria* de las sociedades, dando lugar a una *"verdadera pobreza de los estatutos sociales"*⁽²⁹⁾, es preciso reconocer que uno de los principios básicos que rigen el Derecho de la contratación privada –y sin duda el más importante, porque es el que le sirve de apoyatura fundamental- es el de la libertad de contratación, o –en términos más genéricos- el de la autonomía negocial privada, que es propio de la esfera de lo que se califica como el Derecho voluntario o dispositivo [*ius dispositivum*], por contraposición al "*ius cogens*", a la que pertenece, en gran parte, que no en su totalidad, el "*Contrato*", si bien existen excepciones importantísimas, constituidas por aquellos supuestos de contratos que se encuentran íntegramente sometidos –o, cuando menos, en una parte muy sustancial de sus elementos, su formación y contenido- a Derecho imperativo [*ius cogens*]⁽³⁰⁾. Pues bien, en la medida en que el Derecho de sociedades se refiere a aquellas entidades de base personal –y no estrictamente patrimonial- que nacen de un negocio jurídico de Derecho privado –por lo general, un contrato-, a este agregado normativo le afecta directamente la cuestión de la autonomía negocial privada, que suele tener una manifestación concreta en la llamada autonomía estatutaria [*Satzungsautonomie*]. Y esta autonomía negocial/estatutaria debe ser admitida, con carácter de principio general, en la medida en que las Sociedades civiles y mercantiles actuales *no responden a ningún sistema de "octroi"*, como las primitivas compañías coloniales, y *no comportan estipulaciones en perjuicio de terceros* [que no sean socios], pues el contenido de sus estatutos o de sus cláusulas contractuales de organización solamente afecta a aquellos que, originariamente o de forma sucesiva, ingresan en la sociedad, como socios. Así, hay que *reconocer la autonomía de los socios para fijar*, p.e., *las reglas organizativas y la estructura orgánica*, en su caso, *que consideren más adecuadas a sus intereses y necesidades*⁽³¹⁾, lo cual –a su vez- se refleja en múltiples disposiciones pertenecientes al Derecho de Sociedades. Así, p.e., para las sociedades mercantiles, en general, la Autonomía estatutaria "*originaria*" o fundacional aparece recogida en el art. 117, CCo. Y en relación con las sociedades de *capital* –anónimas, comanditarias por acciones y SRLs-, el art. 28, TRLSocs.cap., titulado –precisamente- "*autonomía de la voluntad*", dispone que:

²⁸.- Porque "*todo fenómeno de grupo, y por consiguiente también la Sociedad, postula un principio organizativo*", como manifestó FERRI,G.: "*Le Società*", cit., p. 201. Vid., igualmente, MONSALLIER,Me.Ch.: "*L'aménagement contractuel...*", cit., p. 13. SANCHEZ CALERO,F.: "Escritura y estatutos sociales", en VV.AA.: "*La Reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*", present. E.de la Torre Saavedra, apertura: A.Menéndez Menéndez, coord. R.Bonardell Lenzano, J.Mejías Gómez y U.Nieto Carol, edit. DYKINSON, Madrid, 1994, p. 136. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ,J.: cit., t. I, p. 88.

²⁹.- FERNÁNDEZ DEL POZO,L. y HERRERO MORO,G.: "*El Precio en las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de acciones o participaciones*", edit. CIVITAS,S.A., Madrid, 1994, p. 15.

³⁰.- CASTAN TOBEÑAS/GARCIA CANTERO.: "*Derecho Civil español...*", cit., t. III, p. 524.

³¹.- MONSALLIER,Me.Ch.: "*L'aménagement contractuel...*", cit., p. 13, quien señala que "*la Libertad Contractual, fundamento de los acuerdos entre socios referentes a la configuración del funcionamiento de la sociedad..., puede ser localizada en diversos puntos: puede expresarse en los Estatutos, principal convenio entre los socios, el preámbulo, el reglamento de régimen interior y los pactos accesorios*". FERRI,G.: "*Le Società*", cit., p. 202. SCHMIDT,K.: "*Gesellschaftsrecht*", cit., p. 66. GARRIDO CHAMORRO,P.: "Sociedades colectivas y comanditarias", en VV.AA.: "*Comunidades de bienes...*", cit., t. I, p. 107.

“En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido”.

Pues bien; esa libertad se extiende –también- a la configuración estatutaria de la estructura financiera de las sociedades anónimas, como sucede –precisamente- en el caso de las llamadas “*reservas voluntarias*”. Y es que, en efecto, en ocasiones la constitución de reservas constituye –o es consecuencia de- un acto voluntario de la Sociedad, que se lleva a cabo porque al constituir la Sociedad, los socios fundadores así lo estipulan ⁽³²⁾. Pero, dado que las reservas constituyen una medida de protección del capital social, que –a su vez- es una institución para la garantía de existencia y subsistencia de un mínimo de patrimonio social, en interés y para salvaguarda de los terceros acreedores ⁽³³⁾, no puede extrañar que –en otros casos- la constitución de reservas sea objeto de un verdadero deber jurídico, en cuyo caso nos encontraremos ante el fenómeno de las “*reservas obligatorias*”. De aquí cabe deducir una primera clasificación de las reservas, que las distinguirá en:

- Reservas voluntarias; también llamadas reservas “*facultativas*” o reservas “*extraordinarias*”, las cuales podrían –a su vez- subdividirse en:
 - ❑ Reservas estatutarias: se trata de aquellas reservas que la Junta General –o, en algún caso, los administradores- se ven obligados a constituir y dotar, no porque la ley se lo exigiese, sino porque son los estatutos sociales –fruto de la autonomía de la voluntad, pero, asimismo, “*Norma constitucional*” o “*Ley fundamental*” de la Sociedad- se lo imponen como una necesidad jurídica
 - ❑ Reservas voluntarias *estrictas*: se trata de aquellas reservas que la Junta General –o, en algún caso, los administradores- constituyen contablemente y dotan... aunque no se ven obligados a constituir y dotar; reservas que los órganos sociales competentes tienen libertad de dotar, ya que ni la ley ni los estatutos se lo imponen como una necesidad jurídica, de modo que si lo hacen es como fruto de una legítima libertad de autoorganización ⁽³⁴⁾.
- Obligatorias: se trata de aquellas reservas que la Junta General –o, en algún caso, los administradores- se ven obligados a constituir y dotar, porque así lo impone la ley ⁽³⁵⁾. Los ejemplos más evidentes de reservas obligatorias son:
 - 1) La Reserva legal –digamos- general.
 - 2) Las reservas legales especiales, que son aquellas reservas legales que vienen exigidas, no por el Derecho general de las sociedades anónimas –ahora, el TRLSocs.cap.- sino por leyes especiales.
 - 3) Las reservas que se califiquen como indisponibles para el caso de existencia de autocartera societaria.
 - 4) La Reserva de revalorización ⁽³⁶⁾

³²- LANGLE RUBIO,E.: “*Manual...*”, cit., t. I, p. 449.

³³- LANGLE RUBIO,E.: “*Manual...*”, cit., t. I, ps. 451 y 526.

³⁴- VICENT CHULIÁ,F.: “*Compendio...*”, cit., t. I, vol. 2º, 3ª ed., p. 709.

³⁵- LANGLE RUBIO,E.: “*Manual...*”, cit., t. I, p. 449. VICENT CHULIÁ,F.: “*Compendio...*”, cit., t. I, vol. 2º, 3ª ed., p. 709.

³⁶- VICENT CHULIÁ,F.: “*Compendio...*”, cit., t. I, vol. 2º, 3ª ed., p. 709.

Otro criterio de clasificación de las reservas es el que atiende a su destino o aplicación, y que permite distinguir entre:

- a) Reservas indisponibles
- b) Reservas de libre disposición

Presente ya en el art. 106, LSA./1951 y –más tarde en el art. 214, TRLSA./1989-, la "Reserva legal" constituye un "complemento del capital social", que se crea principalmente en interés de los acreedores sociales ⁽³⁷⁾. Su régimen general y básico aparece recogido en el art. 274, TRLSocs.cap., el cual impone su constitución por la Sociedad y su importe mínimo ⁽³⁸⁾:

"1.- En todo caso, una cifra igual al 10 por 100 del beneficio de ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que ésta alcance, al menos, el 20 por 100 del Capital social.

2.- La reserva legal, mientras no supere el límite indicado, sólo podrá destinarse a la compensación de pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin".

De los términos del precepto resultan, con toda evidencia, varias notas o rasgos característicos de la Reserva Legal, que la asemejan a la figura del Capital social: también élla constituye una magnitud abstracta; una partida contable, que -por ministerio de la Ley- debe quedar cubierta con bienes suficientes, hasta alcanzar un determinado volumen ⁽³⁹⁾. En este sentido, "se abrirá, en el pasivo, una cuenta de reserva", que opere la retención en el activo de fondos o valores en cantidad equivalente ⁽⁴⁰⁾. En segundo lugar, que existe una cierta libertad de inversión, en materia de reserva legal ordinaria de las sociedades anónimas, toda vez que -en principio- las leyes positivas no exigen que los activos que hayan de cubrir esa reserva hayan de estas materializados en bienes o derechos de un tipo concreto u otro ⁽⁴¹⁾. Pero, en tercer lugar y lo más importante: que la cobertura de esa reserva proviene del beneficio neto de cada ejercicio económico ⁽⁴²⁾; es beneficio no repartido –y no repartible-. Pues bien, dado el especial régimen de las SOCIMIs., en materia de distribución de dividendos, parece obvio que únicamente pueden constituir la Reserva legal; que –además- esa Reserva legal... tiene un tope máximo, y no solo mínimo, ya que –como se indicó con anterioridad- la L.SOCIMI. quiere que se repartan dividendos de forma obligatoria, lo cual podría verse impedido si la SOCIMI. pudiera fijar una Reserva Legal más elevada, y, por fin, que las reservas voluntarias solamente podrían constituirse... en la medida en que haya porcentajes de los beneficios que la Ley no obligase a distribuir.

Por lo que se refiere a la financiación ajena, el art. 7º, L.SOCIMI. dispuso que el saldo de la misma no podría superar el 60 por 100 del activo de la entidad, y que en el cómputo de dicho límite no se incluirá la cuantía de la financiación que pudiera obtenerse en virtud de lo establecido en la normativa del régimen de protección pública de la vivienda, pero este artículo fue derogado por la Ley nº 16/2012, de 27.12.2012, sobre diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica.

³⁷.- LANGLE RUBIO,E.: "Manual...", cit., t. I, p. 526.

³⁸.- PIÑON PALLARES,A.: "Las reservas en las Sociedades anónimas", Madrid, 1974, p. 131, señala que un rasgo característico de la Reserva legal es que constituye el objeto de una norma de "ius cogens", por lo que resulta obligatoria.

³⁹.- PIÑON PALLARES,A.: cit., p. 130, quien la configura como una partida del pasivo que también actúa como cifra de retención de patrimonio.

⁴⁰ .- LANGLE RUBIO,E.: "Manual...", cit., t. I, p. 527.

⁴¹ .- LANGLE RUBIO,E.: "Manual...", cit., t. I, p. 527.

⁴² .- LANGLE RUBIO,E.: "Manual...", cit., t. I, p. 527.

El régimen fiscal especial de las SOCIMI se construiría sobre la base de una tributación a un tipo del 18 %, en el IS., siempre que se cumplan determinados requisitos. Entre ellos, merece la pena destacar la necesidad de que su activo, al menos en un 85 por ciento, esté constituido:

- (1) Bien por *inmuebles urbanos* destinados al *arrendamiento* y adquiridos en plena propiedad.
- (2) O bien por participaciones en sociedades que cumplan los mismos requisitos de inversión y de distribución de resultados, sean españolas o extranjeras, y coticen o no en mercados organizados.

Igualmente, las principales *fuentes de rentas* de estas entidades deben provenir *del mercado inmobiliario*, ya sea del alquiler, de la posterior reventa de inmuebles tras un período mínimo de alquiler o de las rentas procedentes de la *participación en entidades de similares características*. No obstante, el devengo del Impuesto se realiza de manera proporcional a la distribución de dividendos que realiza la sociedad. Los dividendos percibidos por los socios estarán exentos, salvo que el perceptor sea una persona jurídica sometida al IS. o un establecimiento permanente de una entidad extranjera, en cuyo caso se establece una deducción en la cuota íntegra, de manera que estas rentas tributen al tipo de gravamen del socio. Sin embargo, el resto de rentas no serán gravadas mientras no sean objeto de distribución a los socios. Se establece así, un régimen fiscal con unos efectos económicos similares a los existentes en el tradicional régimen de REITS [*“real estate investment trusts”*] en otros países, basados en una ausencia de tributación en la sociedad y la tributación efectiva en sede del socio.

Además, esta figura está preferentemente dirigida al pequeño y mediano accionista, haciendo asequible la inversión en activos inmobiliarios de manera profesional, con una cartera de activos diversificada y disfrutando desde el primer momento de una rentabilidad mínima al exigir una distribución de dividendos a la sociedad en un porcentaje muy significativo. Adicionalmente, con el objeto de garantizar la liquidez del inversor se exige que estas sociedades coticen en mercados regulados, siendo este requisito esencial para la aplicación del régimen fiscal especial.

Por último, se establecen unas reglas especiales de entrada y salida de sociedades de este régimen especial, con el objeto de garantizar una adecuada tributación de las rentas que se generan, especialmente, en la transmisión de inmuebles que han pertenecido a la sociedad tanto en períodos impositivos en que ha tributado en este régimen especial como en períodos impositivos en que ha tributado en otro régimen fiscal.

Por lo que hace a la ordinaria explotación de su objeto social, a las SOCIMIs. se las somete a importantes requisitos y exigencias, en relación con su política de inversión, bien que –una vez más- dado que la L.SOCIMI. no es una ley de *“ordenación y supervisión”*, ni una ley *“de intervención y disciplina”*, lo más probable es que no se trate de obligaciones; de hecho, que no se trate, siquiera de deberes administrativos, sino de simples condiciones legales *“sine quibus non”*, exigibles a las SOCIMI., exclusivamente para el propósito de condicionar la posibilidad de que las SOCIMI. obtengan el tratamiento fiscal favorable previsto. Que esto es así, lo demuestra cumplidamente el contenido del art. 13, L.SOCIMI., cuando dispone –bajo la rúbrica de *“pérdida del régimen fiscal especial”* – que:

“La entidad perderá el régimen fiscal especial establecido en esta Ley, pasando a tributar por el régimen general del Impuesto sobre Sociedades, en el propio período impositivo en el que se manifieste alguna de las circunstancias siguientes:

a) La exclusión de negociación en mercados regulados o en un sistema multilateral de negociación.

b) El incumplimiento sustancial de las obligaciones de información a que se refiere el artículo 11 de esta Ley, excepto que en la memoria del ejercicio inmediato siguiente se subsane ese incumplimiento.

c) La falta de acuerdo de distribución o pago total o parcial, de los dividendos en los términos y plazos a los que se refiere el artículo 6 de esta Ley. En este caso, la tributación por el régimen general tendrá lugar en el período impositivo correspondiente al ejercicio de cuyos beneficios hubiesen procedido tales dividendos.

d) La renuncia a la aplicación de este régimen fiscal especial.

e) El incumplimiento de cualquier otro de los requisitos exigidos en esta Ley para que la entidad pueda aplicar el régimen fiscal especial, excepto que se reponga la causa del incumplimiento dentro del ejercicio inmediato siguiente. No obstante, el incumplimiento del plazo a que se refiere el apartado 3 del artículo 3 de esta Ley no supondrá la pérdida del régimen fiscal especial.

La pérdida del régimen implicará que no se pueda optar de nuevo por la aplicación del régimen fiscal especial establecido en esta Ley, mientras no haya transcurrido al menos tres años desde la conclusión del último período impositivo en que fue de aplicación dicho régimen”

Por consiguiente, aspectos como la exigencia de “negociación en mercados regulados”, o el del “acuerdo de distribución o pago total o parcial, de los dividendos en los términos y plazos a los que se refiere el artículo 6”, etc. constituyen circunstancias de cuya concurrencia o ausencia depende el que las sociedades acogidas al régimen fiscal privilegiado, especial de la L.SOCIMI., puedan seguir acogéndose a él, o no. Tales requisitos, como ya se vió, venían establecidos en el art. 3º, L.SOCIMI, que establece que, al menos, el 80 por 100 del valor del activo deberá estar invertido en inversiones propias del mercado inmobiliario, ya se trate de inversiones reales y directas [bienes inmuebles de naturaleza urbana destinados al arrendamiento, terrenos para la promoción de bienes inmuebles que vayan a destinarse a dicha finalidad], o ya se trate de inversiones financieras, o –en cierto sentido- indirectas [participaciones en el capital de otras SOCIMI o en el de otras entidades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2]. Ya no se trata del 85 % prevenido en el Proy.L.SOCIMI, pero en cualquier caso, este porcentaje no constituye un máximo, sino el mínimo. Por consiguiente, podría ser superado, e incluso podría llegar al 100 por 100. El cálculo del citado porcentaje se hará sobre el balance consolidado en el caso de que la sociedad sea dominante de un grupo según los criterios establecidos en el art. 42, CCo., con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas. Dicho grupo estará integrado exclusivamente por las SOCIMI y el resto de entidades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 Proy.LSOCIMI. El valor del activo se determinará según la media de los balances individuales o, en su caso, consolidados trimestrales del ejercicio, pudiendo optar la sociedad, para calcular dicho valor, por sustituir el valor contable por el de mercado de los elementos integrantes de tales balances, el cual se aplicaría en todos los balances del ejercicio. A estos efectos no se computarán, en su caso, el dinero o derechos de crédito procedente de la transmisión de dichos inmuebles o participaciones que se haya realizado en el mismo ejercicio o anteriores siempre que, en este último caso, no haya transcurrido el plazo de reinversión a que se refiere el artículo 6 de esta ley.

En el caso de la inversión terrenos para la promoción de bienes inmuebles que vayan a destinarse al arrendamiento, se exige que la promoción se inicie dentro de los tres años siguientes a su adquisición.

A efectos de dicho cómputo, caso de bienes inmuebles situados en el extranjero, incluidos los tenidos por las entidades a que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo 2 de esta ley, deberán tener naturaleza análoga a los situados en territorio español y deberá existir efectivo intercambio de información tributaria con el país o territorio en el que estén situados, en los términos establecidos en la disposición adicional primera de la Ley 36/2006.

Asimismo -según el art. 3º, nº 2, L.SOCIMI-, al menos el 80 por ciento –nuevamente hay que señalar la diferencia con lo dicho en el Proy.L.SOCIMI., que, una vez más, exigía, no el 80 sino el 85- de las rentas del período impositivo correspondientes a cada ejercicio, excluidas las derivadas de la transmisión de las

participaciones y de los bienes inmuebles afectos ambos al cumplimiento de su objeto social principal, una vez transcurrido el plazo de mantenimiento a que se refiere el apartado siguiente, deberá *provenir del arrendamiento* de bienes inmuebles y *de dividendos* procedentes de dichas participaciones. Este porcentaje se calculará sobre el resultado consolidado en el caso de que la sociedad sea dominante de un grupo según los criterios establecidos en el art. 42, CCo., con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas. Dicho grupo estará integrado exclusivamente por las SOCIMI y el resto de entidades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de esta ley.

Los bienes inmuebles que integren el activo de la sociedad deberán permanecer arrendados durante al menos *tres* [3] o *siete* [7] años [Esto último, tratándose de bienes inmuebles que hayan sido promovidos por la sociedad], de conformidad con el art. 3º, nº 3, L.SOCIMI. A efectos del cómputo se sumará el tiempo que los inmuebles hayan estado ofrecidos en arrendamiento, con un máximo de un año.

Existe, también, un régimen *especial* de las *obligaciones de información* societaria-contable, a cargo de las SOCIMI., establecido en el art. 11, L.SOCIMI, de acuerdo con el cual -nº 1-, en la memoria de las cuentas anuales, las sociedades que hayan optado por la aplicación del régimen fiscal especial establecido en esta ley, crearán un apartado "*exigencias informativas derivadas de la condición de SOCIMI, Ley 11/2009*". Pero aunque pareciera que nos hallamos en presencia de un requisito pertinente al Derecho de la Contabilidad *formal* o al Régimen *formal* de la Contabilidad... no es así: se trata de otra exigencia justributaria.