

MECANISMES DE COL-LABORACIÓ PUBLICOPRIVADA PER A LA PROVISIÓ I L'EXPLOTACIÓ ECONÒMICA D'HABITATGE ASSEQUIBLE: UN JOC DE SUMA POSITIVA*

Judith Gifreu i Font**

Resum

La col·laboració publicoprivada en la promoció i la construcció d'habitatge sotmès a algun règim de protecció pública resulta ser una fórmula idònia per assolir els reptes derivats de la persistència crònica de manca d'habitatge per cobrir la demanda existent, especialment pel que fa als grups socials més vulnerables. La necessitat d'incrementar l'oferta, molt especialment en règim de lloguer assequible, ha fet que les administracions públiques implementessin diverses estratègies amb aquesta finalitat, com ara la mobilització d'habitatges buits, els programes de cessions de grans tenidors, l'exercici dels drets de tanteig i retracte, etc. Tanmateix, i malgrat l'èxit d'aquestes iniciatives, la mesura estrella ha de ser necessàriament la promoció d'habitatge –nou o rehabilitat– per garantir un increment accelerat i mantingut del parc residencial protegit. Però les administracions no ho poden fer soles. Aquesta col·laboració, que s'integra dins del patró de la governança col·laborativa, constitueix una fórmula *win-win* a través de la qual les parts implicades uneixen esforços en benefici comú amb la finalitat última d'assolir la satisfacció de l'interès general. Les manifestacions d'aquesta col·laboració són diverses, i les més rellevants (configuració d'una estructura institucionalitzada, constitució d'un dret de superfície o d'una concessió demanial, contractació pública, etc.) són objecte d'anàlisi en aquest treball.

Paraules clau: col·laboració publicoprivada; habitatge; dret de superfície; contracte de concessió d'obra; societats d'economia mixta.

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP MECHANISMS FOR THE PROVISION AND ECONOMIC OPERATION OF AFFORDABLE HOUSING: A POSITIVE-SUM GAME

Abstract

Public-private partnerships for the promotion and construction of housing under a public protection system may be a suitable formula to address the challenges arising from the chronic shortage of housing to meet existing demand, especially as regards the more vulnerable social groups. The need to increase housing supply, in particular through an affordable rental system, has led public authorities to implement various strategies, such as the use of empty housing, transfer programmes for multi-property owners, and exercising first refusal and pre-emptive rights. However, despite the success of these initiatives, the main measure should be the promotion of (new or refurbished) housing to guarantee a fast and sustained increase in protected housing stock. The authorities cannot do this alone. This form of partnership, which comes under collaborative governance, is a win-win situation through which the stakeholders join forces for the common good with the ultimate aim of serving the general interest. These partnerships take many forms, the most important (setting up an institutionalised structure, establishing a surface right or a public concession right, public procurement, etc.) being examined in this study.

Keywords: public-private partnership; housing; surface right; works concession contract; mixed ownership companies.

* Aquest treball ha estat realitzat en el marc del Grup de recerca de la Universitat Rovira i Virgili *Territori, Ciutadania i Sostenibilitat*, reconegut com a grup de recerca consolidat i que compta amb el suport del Departament de Recerca i Universitats de la Generalitat de Catalunya (2021 SGR 00162).

** Judith Gifreu i Font, professora titular de Dret Administratiu a la Universitat Autònoma de Barcelona. Facultat de Dret, Edifici B2, c. de la Vall Moronta, s/n 08193 Bellaterra (Cerdanyola del Vallès). Judith.Gifreu@uab.cat, [@GifreuJudith](https://www.instagram.com/GifreuJudith). [ID 0000-0002-6893-3590](https://orcid.org/0000-0002-6893-3590).

Article rebut el 13.04.2023. Avaluació cega: 05.05.2023 i 18.05.2023. Data d'acceptació de la versió final: 22.05.2023.

Citació recomanada: Gifreu i Font, Judith. (2023). Mecanismes de col·laboració publicoprivada per a la provisió i l'exploració econòmica d'habitatge assequible: un joc de suma positiva. *Revista Catalana de Dret Públic*, 66, 56-85. <https://doi.org/10.58992/rcdp.i66.2023.3998>

Sumari

- 1 L'impuls de la col·laboració publicoprivada en l'àmbit de les polítiques públiques d'habitatge
- 2 Instruments urbanístics per incrementar el parc residencial protegit
 - 2.1 La provisió d'habitatge protegit en la legislació urbanística
 - 2.2 La versatilitat de dret de superfície com a instrument de política urbanística per mobilitzar sòl de titularitat pública i ampliar el parc d'habitatge assequible
 - 2.2.1 La constitució del dret de superfície sobre sòl i edificacions
 - 2.2.2 Les càrregues fiscals: un impediment per a la plena operativitat del dret de superfície?
- 3 La contractació pública i la concessió demanial com a vies per materialitzar la col·laboració publicoprivada
 - 3.1 El contracte de concessió d'obra pública
 - 3.2 La concessió demanial per a la promoció i l'explotació d'allotjament dotacional de lloguer en sòls dotacionals públics
- 4 La col·laboració publicoprivada institucionalitzada: aliança amb vocació de permanència
- 5 Reflexions finals
- 6 Referències

1 L'impuls de la col·laboració publicoprivada en l'àmbit de les polítiques públiques d'habitatge

La crisi de les democràcies liberals i de l'estat del benestar ha afavorit la gernació de nous models de gestió pública que han superat mites instaurats en l'imaginari col·lectiu, reorientant les formes de relació entre els *antagònics* sectors públic i privat vers una col·laboració proactiva i, progressivament, de major qualitat. Corrents com la Nova Gestió Pública, basada en la introducció de tècniques gerencials i de mecanismes de mercat per millorar l'eficiència i l'eficàcia del sector públic¹ han estat arrumbats en favor d'una visió orientada a la *gestió pública col·laborativa* (McGuire, 2006) i la interrelació amb altres organitzacions. La tradicional contraposició Estat *versus* sector privat, en què el segon –innovador, dinàmic i competitiu– compensava el paper més estàtic, burocràtic i mínimament intervencionista –només en cas de disfuncions en el mercat– del primer és substituïda per la nova percepció d'un estat emprenedor, proactiu i innovador que assumeix riscos i crea mercat i que fomenta un ecosistema simbiòtic funcional entre ambdues parts (Mazzucato, 2014). Paral·lelament, creix la conscienciació social envers problemes com la sanitat, l'educació o l'habitatge; i, amb ella, l'activisme social i el tercer sector adopten major visibilitat. També el sector empresarial interioritza aquests canvis acollint el concepte de responsabilitat social corporativa en les seves actuacions. Els canvis socials i econòmics produïts en els darrers anys i que han afectat especialment les polítiques socials porten a la cerca de nous patrons d'actuació per superar la clàssica dicotomia entre major burocràcia o major mercat i reorientar la intervenció social a la reconstrucció dels vincles i les xarxes relacionals entre les persones (Cottam, 2019). L'Estat relacional ofereix una base per abordar els reptes actuals mitjançant un nou repartiment de tasques i responsabilitats entre Estat, mercat i societat civil que es fonamenta en la implicació i col·laboració activa de la societat (sector empresarial, tercer sector...) i en la constatació de la manca d'autosuficiència de les administracions per a proveir serveis. Davant la separació radical entre Estat i societat, l'establiment d'entramats relacionals i la promoció de noves estructures col·laboratives redefeixen els models d'organització de tal manera que els serveis ja no es troben gestionats exclusivament per les polítiques protectores de l'Estat, sinó que hi concorren altres formes de relació que involucren el ciutadà, que assumeix un rol més actiu, i el sector empresarial privat, el qual mostra una voluntat creixent per integrar la responsabilitat corporativa i el compromís amb la comunitat, preocupat per “la legitimació de la seva actuació en l'àmbit social i per la seva funció en la fonamentació del bé comú” (Conde y Bengoa, 2015, p. 134-137). La corresponsabilitat obeeix a aquesta lògica relacional pròpia d'un model de governança de nova generació, amb el benentès que plantejar la relació entre Estat i societat en aquests termes comporta substituir la desconfiança pròpia de l'estat del benestar per una actitud decidida de diàleg i cooperació (Mendoza i Vernis, 2008, p. 52).

Malgrat que no es tracta d'una experiència de nou encuny, la col·laboració publicoprivada² en la promoció i la construcció –amb o sense explotació posterior per part de la iniciativa privada– de les diverses modalitats d'habitatge protegit o assequible (promoció per la venda, *built to rent*, sistema cooperatiu, etc.) emergeix amb força arran de la resposta reactiva de les institucions europees a la crisi derivada de la covid-19 –que, al nostre país, se sumava als estralls socials i econòmics provocats per l'esclat de la bombolla immobiliària el 2008–³

1 La privatització i l'externalització de serveis han estat un dels punts febles d'aquest corrent, la qual cosa ha portat algun autor a referir-se a la “privatització de l'Estat” o, en termes més durs, a la “captura de l'Estat” (Hellman et al., 2000) en al·lusió a l'excessiva influència, directa i indirecta, del mercat sobre l'actuació pública.

2 Als efectes d'aquest treball, convé fer un parell de precisions. En primer lloc, que la menció al sector privat també inclou, malgrat les seves diferències organitzatives i de gestió amb el sector empresarial, al tercer sector social (fundacions, associacions, cooperatives i altres organitzacions privades sense ànim de lucre). I, en segon lloc, que el concepte “habitatge assequible” s'empra aquí per referir-se als habitatges construïts o rehabilitats en condicions que els facin assequibles per les famílies amb dificultats per accedir al mercat. Cal ressaltar que els darrers plans d'habitatge estatals han substituït l'adjectiu “protegit” pel d'“assequible” i que, en aquesta mutació, hi té molt a veure el gir que han fet les polítiques d'habitatge, en prioritzar l'habitatge en règim de lloguer (lloguer assequible) i la rehabilitació edificatòria, visible ja en el Pla estatal 2009-2012 i molt més explícit en els plans subsegüents. Més concretament, en la terminologia continguda en la Llei estatal 12/2023, de 24 de maig, pel dret a l'habitatge (LDV) –la qual introdueix una taxonomia d'habitatge protegit–, l'habitatge assequible d'aquest treball s'identifica amb l'habitatge social i amb l'habitatge protegit de preu limitat sobre sòl de titularitat pública (art. 3.f LDV).

3 Dins dels Fons Next Generation sobresurt el Mecanisme de Recuperació i Resiliència, amb un total de 723.800 milions d'euros, repartits en préstecs i subvencions. Espanya va aprovar el seu Pla de Recuperació, Transformació i Resiliència com a exigència prèvia per a la recepció dels fons europeus que li corresponen. Entre els 10 eixos d'actuació que formen part del Pla hi ha l'Agenda Urbana i Rural, que es concreta, entre d'altres components, en un pla de rehabilitació d'habitatge –centrat essencialment en qüestions d'eficiència energètica– i regeneració urbana, que inclou la creació d'un programa d'habitatge social en lloguer de 10.000 milions d'euros. En relació amb les polítiques de la UE en matèria d'eficiència energètica en habitatges, vegeu Gifreu (2019, 2021, 2022a). En el marc del pla també es preveu l'aprovació d'una llei estatal d'habitatge (materialitzada en la recent Llei 12/2023, de 24 de maig, pel dret a l'habitatge) i la implementació de l'Agenda Urbana Espanyola, en relació amb la qual es preveu la regulació de les

com una fórmula idònia per assolir els reptes derivats de la persistència crònica del problema de l'habitatge.⁴ Les eines instrumentals per fer-la operativa no són de nova factura, sinó que es contenen en l'ordenament jurídic espanyol des de fa dècades, especialment pel que fa a la normativa de règim local. Són diversos els estudis que demostren els avantatges d'aprofundir en els mecanismes de col·laboració entre el sector públic i el sector privat, en la mesura que, amb aquesta convergència d'interessos diversos (tradicionalment representats per l'interès públic el primer, i el benefici empresarial el segon), en benefici mutu, s'aconsegueix crear nou valor públic, representat per la millora en la gestió i l'eficiència dels serveis públics.⁵ Tanmateix, no existeix en la literatura jurídica una definició que pugui abastar les diferents fórmules susceptibles de canalitzar aquesta col·laboració en la producció de serveis,⁶ que pot adoptar un caràcter puntual o ser més estable i que pot anar des de la configuració institucionalitzada de partenariat multiactoral –amb la creació de noves estructures organitzatives–, fins a l'externalització de serveis públics –on la titularitat del servei roman en l'Administració i la gestió s'encomana a un privat–, la constitució d'un dret de superfície –en què conviu una doble propietat, separada en funció de l'objecte–, projectes estratègics,⁷ acords o convenis de cogestió o de cessió de la gestió, etc. En termes omnicomprendius de les diferents manifestacions d'aquesta col·laboració, es pot dir que la col·laboració publicoprivada s'integra dins del patró de la *governança col·laborativa*, en què la participació de la ciutadania i altres agents socials i empresarials en els assumptes públics es veu incrementada;⁸ i, més particularment, en què totes les parts implicades (ja siguin només actors polítics –col·laboració multinivell– o actors públics i privats) treballen conjuntament per definir objectius i comparteixen decisions i riscos operacionals (com podrien ser, en el cas que s'analitza, els riscos de construcció, la capacitat econòmica dels arrendataris, la gestió operativa, etc.).⁹ La “perspectiva policèntrica” de la governança col·laborativa es justifica en el fet que l'acció de govern de les administracions públiques es veu incapacitada per atendre el conjunt de qüestions que s'emmarquen en les seves funcions i competències, de tal manera que els assumptes públics deixen de ser responsabilitat exclusiva de les institucions i esdevenen un espai d'interacció entre actors públics i privats (Barandiaran, 2021, p. 82). Aquesta governança s'assenta en el treball en xarxa per a la millora dels serveis, les característiques distintives de la qual són la composició plural dels actors participants; la seva interdependència per poder realitzar els objectius d'interès públic; la definició de les formes i nivells de col·laboració i corresponsabilitat; el compromís de compartir els recursos, costos i riscos que implica l'assoliment dels objectius; les normes d'interacció que els membres de la xarxa seguiran en el diàleg, la negociació i l'acord sobre les decisions que cal prendre; i les normes per a la presa de decisions i la seva execució (Aguilar, 2020, p. 112).¹⁰ En suma, la col·laboració publicoprivada es distingeix de qualsevol altra interacció que hi pugui haver entre els socis perquè s'articula en termes de *discrecionalitat compartida*, això

polítiques d'habitatge com a servei públic d'interès general (en aquests mateixos termes es defineixen en l'art. 4 LDV). Vegeu el Reial decret 853/2021, de 5 d'octubre, pel qual es regulen els programes d'ajuts en matèria de rehabilitació residencial i habitatge social del pla esmentat.

4 L'LDV aposta palmàriament per les fórmules de col·laboració publicoprivada per a la provisió d'habitatge assequible. Vegeu el preàmbul i els articles 2.j), 24.2.e) i 25 de l'LDV.

5 Vegeu Gifreu (2022b).

6 Vegeu les definicions de la Comissió Europea (2004) i del Banc Mundial (2020) sobre la col·laboració publicoprivada.

7 El Reial decret llei 36/2020, de 30 de desembre, pel qual s'aproven mesures urgents per a la modernització de l'Administració pública i per a l'execució del Pla de Recuperació, Transformació i Resiliència, recull una nova figura de col·laboració publicoprivada: el Projecte Estratègic per a la Recuperació i Transformació Econòmica (PERTE), que es considera clau per a l'execució d'aquest pla; per la seva banda l'Ordre HFP/168/2022, de 7 de març, regula el funcionament i l'estructura del Registre Estatal de les entitats interessades en els PERTE. Per a un estudi detallat d'aquesta figura, vegeu López Mora (2021). La condició de PERTE es reconeix a aquells projectes de caràcter estratègic amb gran capacitat per impulsar el creixement econòmic, l'ocupació i la competitivitat de l'economia espanyola. El Consell de Ministres ha aprovat diversos PERTE (energies renovables, indústria naval, digitalització del cicle de l'aigua, etc.) però, de moment, cap en matèria d'habitatge.

8 Aquesta orientació de la gestió pública no es pot abstracture de conceptes com el govern obert i, més recentment, la governança intel·ligent, amb valors com la transparència, la participació, la col·laboració i la generació de noves tecnologies que permeten recopilar i processar una quantitat ingent d'informació, necessària per a la presa de decisions i l'avaluació de les polítiques públiques. Sobre la governança intel·ligent, vegeu Cerrillo (2019).

9 Per aquest motiu, l'externalització de serveis no es podria considerar en puritat com una fórmula de col·laboració publicoprivada, perquè l'empresa adjudicatària de la gestió no basa la seva actuació en una presa de decisions conjunta, sinó que se subjecta a les condicions imposades prèviament per l'Administració.

10 Segons Ramió, les principals competències de les administracions públiques en l'àmbit local seran la prestació de serveis públics en xarxa amb la col·laboració d'organitzacions privades, amb o sense ànim de lucre (Ramíó, 2016, p. 120).

és, capacitat de codecisió en el disseny de la col·laboració i aportació mútua de recursos (Alsina i González de Molina, 2019, p. 125-126).

Aquest enfocament col·laboratiu entronca directament amb el paradigma de la Nova Governança Pública, afavorida per la doctrina angloamericana (Osborne, 2010; Osborne et al., 2013), que se centra, igualment, en la creació d'estructures i processos col·laboratius entre administracions i actors socials i privats en la formulació i la implementació de les polítiques públiques, sota la coordinació de les primeres. Més recentment, la crítica a la Nova Gestió Pública ha estimulat la cerca d'alternatives, entre les quals emergeix la idea que el sector públic s'ha de transformar en un *espai de cocreació* (i cogestió) en el qual els ciutadans i els agents privats participin activament desenvolupant solucions noves i innovadores en la configuració del marc regulatori, les polítiques i els serveis públics (Sorensen i Torfing, 2011). En aquest sentit, la cocreació complementa i substitueix les formes tradicionals de concebre i exercir la governança i la gestió públiques i, per tant, pot impulsar la producció de valor públic mitjançant l'enfortiment de la participació democràtica, la producció de solucions públiques més eficients i eficaces i la millora de la cohesió social i la resiliència local (Torfing et al., 2019, p. 821).

A través d'aquesta concertació i suma d'esforços, les administracions apoderen la iniciativa privada, que no queda relegada al mer paper d'executora de polítiques públiques. Això no significa que el lideratge sigui compartit, atès que el control i la coordinació de l'activitat, en tant que es mouen en l'esfera de les competències públiques, han de ser assumits per les administracions. La cerca de l'eficiència econòmica en la gestió i la prioritització de criteris de mercat per part del soci privat forma part del seu ADN, però no ha de condicionar el preu ni la qualitat del servei. L'element essencial, en tot cas, és que amb aquesta col·laboració es persegueix una finalitat d'interès públic.

El canvi de paradigma que, en l'àmbit de l'habitatge, ha suposat l'aposta per la construcció d'habitatge de lloguer en detriment de les polítiques tradicionals –que implicaven la construcció i la venda immediata posterior del producte resultant, l'habitatge– ha portat a un nou escenari en què es preveu l'increment progressiu i no disruptiu del parc residencial protegit, majoritàriament públic, que requerirà un gran esforç de gestió i manteniment. La col·laboració publicoprivada, ja sigui mitjançant fórmules contractuals o patrimonials, ja sigui a través de societats mercantils, entitats sense ànim de lucre o altres fórmules organitzatives, constitueix un mecanisme més àgil i flexible de gestió i suposa un millor ús dels recursos públics disponibles. La promoció, la construcció i l'explotació posterior del parc d'habitatges de protecció representen un repte de creixent complexitat que l'Administració no pot assumir en exclusiva si pretén cobrir totes les necessitats existents. Factors com l'estalvi de recursos per ambdues bandes, la demostrada capacitat del sector de la construcció i immobiliari per abordar una activitat que coneix sobradament, l'oportunitat de participar en actuacions urbanístiques i d'habitatge que suposen una bona oportunitat de negoci, la transferència de coneixement i *know-how* i la compartició de riscos són algunes de les raons de pes per treballar conjuntament en aquesta gestió compartida i crear sinergies que poden contribuir a la innovació i la transformació social en aquest àmbit.

2 Instruments urbanístics per incrementar el parc residencial protegit

2.1 La provisió d'habitatge protegit en la legislació urbanística

L'accés a l'habitatge és una fita inabastable per a amplis segments de població amb ingressos familiars limitats o en situació de vulnerabilitat, degut a la pràctica inexistència d'un parc assequible i social.¹¹ D'aquí la necessitat d'ampliar el parc d'habitatges subjectes a algun règim de protecció pública, ja sigui de titularitat pública o privada, amb prioritització del règim de lloguer i de la qualificació permanent, per mantenir una dinàmica ascendent de creixement d'aquest parc. En aquest ordre de coses, resulta fonamental que l'esforç que comporten el finançament i la construcció d'un parc protegit no s'escolli per culpa d'una regulació inadequada. Per evitar la “fuga” d'habitatges en origen protegits –subjectes a limitacions temporals en el preu de venda, normalment 30 anys des de la qualificació definitiva–, legislacions com la basca (art. 8 i 9 del Decret 315/2002, de 30 de desembre, sobre règim d'habitatges de

11 Espanya disposa d'un parc d'habitatge social del 2,5 %, percentatge molt allunyat de les xifres de països com els Països Baixos (30 %), Àustria (24 %), Dinamarca (20,9 %) o França (16,8 %) (García et al., 2022, p. 6).

protecció oficial i mesures financeres en matèria d'habitatge i sòl, i 29.1 de la Llei 3/2015, de 18 de juny, d'habitatge) i la catalana (art. 79 de la Llei 18/2007, del 28 de desembre, del dret a l'habitatge, LDH), així com la Llei estatal 12/2023, de 24 de maig, pel dret a l'habitatge [art. 16.1.d) LDV], preveuen –com un instrument de política d'habitatge– la durada permanent del règim de protecció pública dels habitatges, que es vincula indissolublement amb la qualificació urbanística del sòl. La qualificació permanent afecta els habitatges que es construeixen en sòls destinats pel planejament a la reserva d'habitatge protegit i en sòls que formen part dels patrimonis públics de sòl i d'habitatge.¹² En la resta de casos, aquest règim de protecció pública és temporal i es condiona, entre d'altres aspectes, al fet d'haver comptat amb incentius econòmics per a la promoció dels habitatges, en els quals s'inclou la cessió gratuïta del sòl o del vol, o la seva alienació per un preu inferior al seu valor. Aquesta previsió assegura la pervivència de l'habitatge en aquest règim¹³ i garanteix que no es desvirtuin els principis d'eficàcia i eficiència en la despesa pública, a la vegada que evita l'enriquiment especulatiu de qui el va adquirir a un preu limitat legalment.

Les polítiques urbanístiques han estat tradicionalment desconnectades de les polítiques d'habitatge, però la constatació, a inicis d'aquest segle, que l'escassetat d'habitatge protegit havia esdevingut un problema social de dimensió creixent que depassava l'àmbit domèstic de les modestes polítiques d'habitatge dels primers anys de la democràcia –restringides a activitats de foment– va fer que moltes comunitats autònomes introduïssin mesures urbanístiques per fer créixer el parc residencial protegit, com a pas previ per a l'aprovació de les seves pròpies lleis d'habitatge.¹⁴ Això no significa que la pretèrita legislació d'urbanisme no preveïés mesures per regularitzar el mercat de sòl i d'habitatge. Les primeres lleis estatals van regular mecanismes intervencionistes com la classificació i la qualificació del sòl, la constitució de patrimonis públics de sòl i d'habitatge,¹⁵ l'habilitació legal al planejament per qualificar terrenys per a la construcció d'habitatge protegit –en resposta a una jurisprudència contrària a considerar que els plans podien qualificar sòl amb aquest destí–, l'expropiació forçosa per incompliment de la funció social de la propietat, el dret de superfície i la subjecció a règims de venda o substitució forçosa, entre els més destacats. Tanmateix, cap d'aquestes figures ha aconseguit contenir els preus del sòl i, de retruc, dels habitatges,¹⁶ malgrat que, a la denominada “dècada prodigiosa” (1997-2006), i en un context normatiu i econòmic molt favorable, es produís un increment intensiu de l'activitat urbanística acompanyada d'un *boom* immobiliari sense precedents, que, paradoxalment,

12 No té cap fonament jurídic que, en un sòl qualificat pel planejament urbanístic d'ús d'habitatge protegit, es construeixin habitatges que temps després puguin escapar-se d'aquest règim, tot i mantenir-se la qualificació urbanística del sòl. Es podrien aplicar aquí per analogia els principis propis dels drets reals (*superficie solo cedit i accessorium sequitur principale*) per explicar que el règim administratiu de l'habitatge (accessori) ha de cedir davant el règim urbanístic aplicable al sòl (principal). En aquest sentit, Porto considera que la desqualificació d'un habitatge protegit construït sobre un sòl amb aquesta qualificació s'ha de considerar en situació de fora d'ordenació (Porto, 2001, p. 97-98).

13 La desqualificació és una de les causes que expliquen el baix percentatge d'habitatge protegit existent a Espanya. Segons Trilla i Bosch, del total de 12.583.692 habitatges principals construïts a Espanya entre 1940 i 2011, el 53 % (6.653.510) es van construir sota un règim de protecció pública. Aquests autors constaten que un 80 % de les famílies que han accedit a un habitatge fins a l'any 1991 i un 70 % fins al 2001 ho han fet mitjançant un habitatge protegit (Trilla i Bosch, 2018, p. 22).

14 La pionera va ser l'LDH, que reconeix el proveïment d'habitatges destinats a polítiques socials com a servei d'interès general (art. 4).

15 Els patrimonis públics de sòl són un dels instruments d'intervenció administrativa més rellevants per incidir en el mercat immobiliari. Es regulen per primera vegada en la legislació d'expropiació forçosa de 1879 i, posteriorment, en l'Estatut municipal de 1924 i en el Reglament de béns de les entitats locals de 1955, on se'n fa un tractament més exhaustiu. En l'àmbit urbanístic, és la Llei de sòl de 1956 la que els estableix, amb la finalitat, entre d'altres, de destinar-los a la construcció d'habitatges. Les lleis estatals posteriors van incidir en aquest objectiu, en preveure que els terrenys integrats en aquests patrimonis quedaven primordialment vinculats a la construcció d'habitatges de protecció oficial o a altres finalitats d'interès social. Arran de la Llei 8/2013, de 26 de juny, de rehabilitació, regeneració i renovació urbanes, la destinació prioritària dels patrimonis públics de sòl és la provisió d'habitatge protegit. En qualsevol cas, es tracta d'un patrimoni separat del patrimoni ordinari de l'entitat local, que queda afectat al compliment de les finalitats legalment establertes (per totes, STS de 7 de novembre de 2005, Rec. 7053/2002, ECLI: ES:TS:2005:6802). Vegeu Gifreu (2012a).

16 El preu del sòl ve determinat pel preu final del producte, puix que els promotors acostumen a restar del preu de venda potencial els costos de construcció, promoció i finançament (valor residual del sòl). Cal dir que en el fracàs de les polítiques públiques d'intervenció en el mercat immobiliari han pesat més els condicionants econòmics que un major o menor encert en la regulació urbanística. Com s'ha advertit, “Per la part pública, es pot parlar d'un ús impropri d'algun instrument d'intervenció de gran potencial, com ara els patrimonis públics de sòl i d'habitatge, emprats per auxiliar la sempre compromesa situació financera de les administracions; per la part privada, d'una pràctica persistent de retenció indefinida i gestió especulativa de sòl” (Gifreu, 2012b, p. 668). En el mateix sentit de considerar que els béns d'aquests patrimonis van ser utilitzats pels ajuntaments per a usos espuris tan allunyats de l'interès social que els donava carta de naturalesa que, fins i tot, van provocar l'aparició d'una “jurisprudència sancionadora” de l'actuació municipal, vegeu Picazo-Ruiz (2021, p. 236).

va generar una espiral inflacionista, alimentada per les expectatives de revaloració dels béns immobles.¹⁷ La percepció de l'habitatge com un valor refugi per a inversionistes va incrementar considerablement la demanda d'habitatge –i el seu preu–, que va desbordar les possibilitats de l'oferta, i va expulsar del mercat no només els col·lectius amb menys recursos, sinó també les classes mitjanes, una situació que s'ha aguditzat arran de la crisi financera de 2008 i, en menor mesura, amb la pandèmia de la covid-19. Davant escenaris de carència d'habitatge assequible, les diverses lleis urbanístiques han maldat per trobar un desllorigador que impulsés la creació d'aquesta tipologia en les seves diverses modalitats, en coordinació amb la normativa d'habitatge. Es pot destacar, entre d'altres, l'establiment de mesures de concertació interadministrativa, el reforçament del planejament urbanístic a fi de facilitar la programació de polítiques supramunicipals de sòl i d'habitatge per garantir la solidaritat intermunicipal, el disseny d'actuacions estratègiques d'interès supramunicipal per generar noves àrees residencials amb una alta presència d'habitatge protegit (per exemple, les àrees residencials estratègiques), l'establiment d'un dret de tanteig i retracte sobre sòl i edificis d'habitatges, la simplificació dels processos d'urbanització i edificació, l'aplicació de mesures per mobilitzar el sòl inactiu,¹⁸ la creació d'un sistema urbanístic específic per cobrir mancances d'habitatge (sistema d'habitatge dotacional públic), la introducció d'una memòria social en el conjunt documental del pla i, molt especialment, la fixació d'una reserva de sòl residencial per a la construcció d'habitatges de protecció pública. Aquesta reserva ha esdevingut, almenys sobre el paper, la “joia de la corona” de les tècniques urbanístiques focalitzades en la provisió d'habitatge assequible: d'una banda, perquè suposa un valent pas endavant enfront de la voluntarietat edificatòria del promotor –quasi sempre condicionada a l'obtenció de beneficis econòmics (exempcions fiscals, subvencions, préstecs qualificats...); de l'altra, perquè advoca per la construcció d'espais urbans justos i inclusivament, respectuosos amb el principi de cohesió i integració social, i intenta posar fi al patró estigmatitzat de concentració segregada en barris perifèrics que ha acompanyat des dels inicis del segle xx els habitatges destinats a les classes més modestes, en tota la seva tipologia evolutiva (cases barates, econòmiques, bonificables, de renda econòmica o limitada, de protecció oficial, etc.). Per garantir una oferta mínima de sòl per a habitatge assequible, algunes comunitats autònomes, com Navarra, el País Basc, Madrid, Castella i Lleó o Catalunya,¹⁹ van establir que el planejament podria qualificar sòl per a l'ús específic d'habitatge de protecció pública, una mesura posteriorment incorporada a la legislació estatal –que ja comptava amb precedents al respecte en els textos refosos de 1976 i 1992–, amb caràcter general i bàsic, mitjançant la Llei 8/2007, de 28 de maig, de sòl. El legislador estatal, únic competent per definir els drets i deures bàsics de la propietat urbana d'acord amb els articles 149.1 i .13 CE (STC 54/2002, de 27 de febrer), va harmonitzar, amb un topall de mínims (reserva mínima del 30 % de l'edificabilitat residencial en actuacions d'urbanització, això és, en sòl urbà no consolidat i sòl no urbanitzable),²⁰ els distints percentatges de reserva que coexistien en les normes urbanístiques autonòmiques. Aquesta mesura venia a cobrir l'escassa virtualitat dels patrimonis municipals de sòl per destinar a la construcció d'habitatge protegit els terrenys residencials amb aprofitament urbanístic que els ajuntaments rebien en concepte de cessió gratuïta no susceptible d'apropiació privada. En l'actualitat, arran de la modificació que la disposició final quarta de l'LDV ha introduït en la legislació estatal de sòl, el planejament urbanístic general ha de reservar, en tots els municipis –amb certes excepcions fixades en la normativa urbanística autonòmica, vinculades generalment a l'escassa dinàmica urbanística o la poca

17 Entre 1997 i 2007 es van iniciar a Espanya un total de 5.753.365 habitatges lliures. A partir d'aquell any es produeix una davallada en el nombre d'unitats, que toca fons el 2013 (amb 29.232 habitatges), moment en què torna remuntar, però amb xifres molt allunyades dels anys de màxima intensitat urbanística; així, el 2022 es comptabilitzen 96.996 habitatges. Pel que fa als habitatges protegits que es beneficien dels plans estatals i els plans autonòmics, en aquest mateix període de 1996-2007, es van atorgar 843.208 qualificacions provisionals i 723.282 qualificacions definitives. Es constata igualment una tendència a la baixa a partir d'aquest any, tot i que menys accentuada que en el cas de l'habitatge lliure. Així, durant el període 2008-2012 el nombre de qualificacions definitives es manté amb diferències sensibles (68.587, 67.904, 58.311, 58.304 i 53.332), però després baixa de forma abrupta fins a les 4.938 el 2017. Les [darreres dades](#), de 2022, mostren que s'han concedit 10.510 qualificacions provisionals i 9.221 qualificacions definitives.

18 Com ara l'obligació que s'imposa als municipis catalans de més de 50.000 habitants, així com als compresos en l'àmbit metropolità de Barcelona, de subscriure, en el termini màxim de dos anys des de l'entrada en vigor de la norma, un programa d'actuació concertada per mobilitzar els patrimonis públics de sòl i d'habitatge amb la finalitat de promoure habitatge protegit de lloguer, ja sigui mitjançant una gestió directa o indirecta.

19 Llei foral 7/1989, amb reserva del 15 % en municipis de més de 2.000 habitants; Llei basca 17/1994, amb reserves del 20 % en sòl urbà i 65 % en sòl urbanitzable; Llei madrilenya 9/1995, amb reserva del 50 % en sòl urbanitzable en municipis d'un mínim de 25.000 habitants; Llei castellanoleonesa 5/1999, amb reserves d'entre el 30 % i el 80 % en sòl urbà no consolidat i sòl urbanitzable, i Llei catalana 2/2002, amb reserva del 20 % en sòl urbà i urbanitzable.

20 Previsió validada per l'STC 141/2014, d'11 de setembre, i l'STC 75/2018, de 5 de juliol, que consideren que l'Estat no s'ha excedit en les seves competències.

població–, una part proporcionada de sòl per destinar-lo a la construcció d'habitatges que disposin d'algun tipus de protecció pública –ja es tracti de les tipologies dels programes estatals o de les concretes categories creades pels diversos programes autonòmics– en una proporció mínima del 40 % de l'edificabilitat residencial prevista pel pla en sòl rural inclòs en actuacions de nova urbanització (sòl urbanitzable) i del 20 % en sòl urbanitzat sotmès a actuacions de reforma o renovació de la urbanització (sòl urbà no consolidat) [art. 20.1.b) i disposició transitòria primera del text refós de la Llei de sòl i rehabilitació urbana, aprovat per Reial decret legislatiu 7/2015, de 30 d'octubre, TRLSRU]; tanmateix, cap al·lusió es fa a les actuacions d'edificació, que s'executen en el sòl urbà consolidat. En atenció a aquest marc, la legislació urbanística ha circumscrit la reserva al sòl urbà no consolidat i al sòl urbanitzable. A Catalunya, la mesura s'ha estès també al sòl urbà consolidat,²¹ a instàncies de l'Ajuntament de Barcelona, molt afectat pel dèficit d'habitatge assequible, situació que tendirà a agreujar-se en els propers anys a causa del fenomen de la desqualificació del règim de protecció pública.²² ²³ A això cal afegir-hi que la ciutat ha esgotat pràcticament les possibilitats de creixement en sòl urbanitzable, per la qual cosa la provisió d'habitatge assequible procedent d'obra nova i gran rehabilitació es fia primordialment a aquesta possibilitat.²⁴

21 Nogensmenys, la reserva en sòl urbà consolidat ja es preveia en la normativa urbanística catalana (art. 66.4 del Decret 305/2006 i Decret llei 1/2007) i d'habitatge (art. 17 i disposició addicional sisena de la Llei 18/2007), a pesar que els planejaments generals municipals no l'havien incorporat a les seves determinacions.

22 Per edicte de 12 de desembre de 2018, la Subcomissió d'Urbanisme del municipi de Barcelona va aprovar una modificació puntual del Pla general metropolità per incloure una reserva en sòl urbà consolidat vinculada a les actuacions de nova construcció i de gran rehabilitació en parcel·les amb un sostre potencial d'habitatge plurifamiliar superior a 600 m². La mesura es va estendre per efecte contagi a d'altres poblacions catalanes i, finalment, va ser elevada a rang legal mitjançant el Decret llei 17/2019, de 23 de desembre, de mesures urgents per millorar l'accés a l'habitatge. Aquesta norma va ser objecte d'un recurs d'inconstitucionalitat interposat pel Grup Parlamentari Popular del Congrés per entendre que el legislador català s'havia excedit en l'ús de les seves competències. L'STC 16/2021, de 28 de gener, conclou la constitucionalitat d'aquesta mesura, sens perjudici que la seva aplicació pugui legitimar una reclamació de responsabilitat patrimonial en l'àmbit urbanístic de conformitat amb l'article 48 del TRLSRU:

En los preceptos invocados por los recurrentes no hay norma alguna que prohíba destinar edificaciones al concreto uso que es vivienda protegida. Antes al contrario, el propio art. 20.1 b) ordena a las comunidades autónomas y ayuntamientos reservar suelo para ello y efectuar una 'distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social', criterio favorable a su posible localización en suelo urbanizado y en edificaciones nuevas o ya existentes que vayan a ser objeto de 'actuaciones edificatorias' del art. 7.2 TRLSRU (según este precepto son actuaciones edificatorias las de 'nueva edificación' y también las de 'sustitución de la edificación existente' y 'rehabilitación edificatoria'). Lo que impone la ley estatal es, cuando hayan de realizarse tales actividades, la equitativa distribución de los beneficios y cargas [art. 17.2, en relación con los arts. 2.1, 14.1 c) y 24] o, si ello no fuera posible, la indemnización de los perjuicios singulares ocasionados (art. 48 TRLSRU), y en todo caso el respeto a los derechos urbanísticos patrimonializados conforme a la ley (art. 11.2) bajo garantía de indemnización (art. 33.3 CE).

En el mateix sentit de declarar conforme a dret aquesta reserva es manifesta l'STSJCat, Sala Contenciosa Administrativa, Secció Tercera, d'1 de desembre de 2021.

La disposició final quarta del Projecte de llei estatal pel dret a l'habitatge es va fer ressò d'aquest pronunciament constitucional i va modificar l'article 20.1.b) del TRLSRU, en la part que aquí interessa, en els termes següents: "[...] A fin de alcanzar la reserva de suelo establecida en el párrafo anterior sobre suelo urbanizado no sometido a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización, las administraciones competentes en materia de urbanismo arbitrarán los mecanismos de compensación pertinentes." No obstant, aquesta previsió ha desaparegut de l'LDV, que ha obviat prudentment la qüestió.

La Sentència del Tribunal Constitucional ha deixat oberta la possibilitat que el propietari del solar o edifici afectat per la reserva pugui ser indemnitzat per la via de l'article 48 del TRLSRU, sense precisar-ne la causa. Una possibilitat seria argumentar l'existència d'una limitació o vinculació singular sobre la finca (art. 48, lletra d), en la mesura que podria haver-hi una restricció d'aprofitament i la impossibilitat de distribució equitativa en aquest sòl. Tanmateix, aquesta previsió requeriria una anàlisi aprofundida, que malauradament no es pot fer en aquestes pàgines, sobre si efectivament la reserva parcial de sostre residencial per destinar-lo a habitatge protegit suposa una vinculació singular o, al contrari, és una tipologia d'ús que forma part de la qualificació urbanística establerta pel pla i, per tant, no lesiona el contingut essencial del dret; supòsit aquest darrer que no donaria lloc a indemnització pel fet de formar part, la qualificació, del contingut mateix de la propietat estatutària sobre sòl urbà consolidat, d'acord amb la configuració legal de la funció social de la propietat –posició que semblaria defensar el Tribunal Constitucional en la històrica STC 61/1997 (FJ 24). Sobre l'abast de les vinculacions singulars que suposin una restricció de l'edificabilitat o limitin els usos i el rebuig al "suposat" principi d'equidistribució universal, avui plenament consolidat en la jurisprudència contenciosa administrativa, vegeu López Ramón (2020). En contra del caràcter de càrrega urbanística limitadora del dret de propietat, vegeu. Ponce (2020, p. 398). Per a un estudi de les possibles responsabilitats derivades de la reserva, vegeu Aguirre (2019, p. 115-119).

23 Un estudi realitzat el novembre de 2022 mostra que en els propers anys es produirà una pèrdua d'habitatge protegit a la província de Barcelona degut a les desqualificacions i el seu traspàs al mercat lliure: dels 72.501 habitatges amb protecció que hi havia el 2021 a la província de Barcelona, només en quedaran 36.031 l'any 2030 i 18.830 l'any 2040, amb una reducció del 49,7 % i del 74 %, respectivament (Observatori Metropolità de l'Habitatge de Barcelona, Observatori DESC i IERMB, 2022, p. 8).

24 La reserva en promocions d'obra i rehabilitacions a partir de 600 m² de sostre no ha resultat tan efectiva com s'esperava i només ha generat 52 habitatges protegits des de l'aprovació de la mesura l'any 2018 (APCE i Foment del Treball Nacional, 2022, p. 25).

Si bé seria interessant aprofundir en totes les mesures esmentades, la que millor representa la concertació d'interessos entre els sectors públic i privat és el dret de superfície, puix que la majoria de les mesures esmentades no són exemples de concertació o interacció entre sectors, sinó mandats legals d'obligat compliment. Com a instrument d'intervenció en el mercat del sòl, el dret de superfície s'adreça al foment de la construcció en sòls de naturalesa patrimonial, s'integrin o no dins del patrimoni municipal de sòl i d'habitatge.

2.2 La versatilitat de dret de superfície com a instrument de política urbanística per mobilitzar sòl de titularitat pública i ampliar el parc d'habitatge assequible

2.2.1 La constitució del dret de superfície sobre sòl i edificacions

Juntament amb els patrimonis públics, la delimitació d'àrees en què les transmissions oneroses de terrenys i edificacions queden subjectes a l'exercici dels drets de tanteig i retracte i els supòsits d'edificació forçosa, el dret de superfície constitueix un instrument d'intervenció en el mercat de sòl i d'habitatge. Es tracta d'una figura prevista tradicionalment per la normativa urbanística, però poc aplicada en la pràctica. No obstant això, darrerament les administracions públiques incentiven el seu ús amb la finalitat de reforçar l'operativitat dels patrimonis públics de sòl i d'habitatge, que no han estat capaços de cobrir les necessitats d'habitatge per haver-se desviat de llurs finalitats institucionals.

El dret de superfície és un dret real regulat als articles 53 i 54 del TRLSRU i als preceptes de la legislació urbanística autonòmica corresponent.²⁵ Es regeix, així mateix, pel seu títol constitutiu i, en allò que no hi estigui previst, per la legislació civil.²⁶ Aquest dret real autònom faculta el superficiari per realitzar construccions o edificacions en la rasant, el sòl i el subsòl d'una finca aliena, de manera que esdevé propietari temporal del que ha construït o edificat, sens perjudici de la propietat separada del titular del sòl.²⁷ Ultra això, el dret de superfície pot constituir-se sobre construccions o edificacions existents o sobre habitatges, locals o elements privatis de construccions o edificacions, i atribuir al superficiari la propietat temporal. La constitució del dret es formalitza en escriptura pública, la qual s'ha d'inscriure en el Registre de la Propietat.²⁸ Llevat que en el títol constitutiu s'estableixi una altra cosa, aquest

25 Han regulat el dret de superfície les normes autonòmiques següents: Llei 7/2021, d'1 de desembre, d'impuls per a la sostenibilitat del territori d'Andalusia (art. 131); Decret legislatiu 1/2014, de 8 de juliol, del Govern d'Aragó, pel qual s'aprova el text refós de la Llei d'urbanisme d'Aragó (art. 113); Decret legislatiu 1/2004, de 22 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de les disposicions legals vigents en matèria d'ordenació del territori i urbanisme del Principat d'Astúries (art. 226); Llei 12/2017, de 29 de desembre, d'urbanisme de les Illes Balears (art. 106); Llei 2/2001, de 25 de juny, d'ordenació territorial i règim urbanístic del sòl de Cantàbria (art. 239); Decret legislatiu 1/2023, de 28 febrer, pel qual s'aprova el text refós de la Llei d'ordenació del territori i de l'activitat urbanística de Castella - la Manxa (art. 80-82); Llei 5/1999, de 8 d'abril, d'urbanisme de Castella i Lleó (art. 130); Decret legislatiu 1/2010, de 3 d'agost, pel qual s'aprova el text refós de la Llei d'urbanisme de Catalunya (art. 171); Llei 11/2018, de 21 de desembre, d'ordenació territorial i urbanística sostenible d'Extremadura (art. 138); Llei 9/2001, de 17 de juliol, del sòl de la Comunitat de Madrid (art. 179-181); Decret foral legislatiu 1/2017, de 26 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Llei foral d'ordenació del territori i urbanisme de Navarra (art. 239-241); Decret legislatiu valencià 1/2021, de 18 de juny, del Consell d'aprovació del text refós de la Llei d'ordenació del territori, urbanisme i paisatge (art. 105); Llei basca 2/2006, de 30 de juny, de sòl i urbanisme (art. 128-130); Llei 13/2015, de 3 de març, d'ordenació territorial i urbanística de la Regió de Múrcia (art. 232), i Llei 5/2006, de 2 de maig, d'ordenació del territori i urbanisme de La Rioja (art. 185).

26 A manca d'una regulació expressa d'aquest dret en el Codi civil –que es limita a esmentar-lo en l'article 1611 *in fine*– cal remetre's al règim civil foral o especial, allà on existeixi. La jurisprudència ha destacat el caràcter administratiu i civil del dret de superfície, tot afirmant l'existència de dues modalitats o règims normatius sobre el dret de superfície en els termes següents:

Ante la duplicidad normativa de esta forma existente, un importante sector de la doctrina entiende que al presente el derecho de superficie puede revestir dos modalidades: la urbana común o clásica, que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer, sobre suelos de esta naturaleza, no tiene por qué verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho Civil, y la urbanística, que al constituir uno de los instrumentos de que la Administración desea valerse para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas o de otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, ha de someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo (STS, Sala Civil, de 26 de noviembre de 2002, Rec. 1364/1997, ECLI:ES:TS:2002:7880).

27 El que diferencia el dret de superfície d'altres drets reals com el cens emfiteùtic és l'existència de dues propietats separades que recauen sobre objectes diferents: la propietat que recau sobre la finca (llevat del dret de vol, on hi ha una cotitularitat), que correspon al concedent, i la propietat sobre l'edificació, que constitueix la propietat superficiària (STS, Sala Civil, de 30 de juny de 2009, Rec. 315/2004, ECLI:ES:TS:2009:5094).

28 A diferència d'altres supòsits, com ara les declaracions d'obra nova o els actes de segregació de finques, la inscripció registral del dret de superfície constituït en escriptura pública no exigeix l'obtenció prèvia de llicència urbanística d'obres ni l'aportació de declaracions o avaluacions d'impacte ambiental, que són requisits que el superficiari ha de complir per posar en funcionament l'activitat en qüestió, però que no s'han de confondre amb els requisits legalment exigibles per a la constitució del dret. Vegeu, al respecte, la Resolució de 21 de juny de 2022, de la Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública, en el recurs interposat contra la negativa del registrador de la propietat de Jerez de la Frontera núm. 2 a inscriure un dret de superfície.

dret és transmissible *inter vivos* i *mortis causa* i susceptible de gravamen (hipoteca, arrendament...).²⁹ Si les característiques de la construcció o edificació ho fan possible, el superficiari pot constituir la propietat superficiària en règim de propietat horitzontal amb separació del terreny i pot transmetre i gravar com a finques independents els habitatges, els locals i els elements privatis de la propietat horitzontal, durant el termini del dret de superfície, sense que s'exigeixi el consentiment previ del propietari del sòl.

El dret de superfície s'extingeix si no s'edifica de conformitat amb l'ordenació territorial i urbanística en el termini convingut en el títol constitutiu i, en tot cas, pel transcurs del termini de durada del dret, que, segons l'article 53.2 del TRLSRU, no podrà excedir de 99 anys –amb aquesta regulació se supera la distinció que s'establí en el Reial decret legislatiu 1/1992, de 26 de juny, i que es feia dependre de la naturalesa jurídica del concedent: 99 anys si es constituïa entre particulars i 75 anys si qui el concedia era una administració pública–, sens perjudici del seu caràcter reconstruïble. Transcorregut el termini pactat es produeix la reversió del que s'ha edificat al titular del solar,³⁰ sense dret a indemnització pel superficiari, llevat de pacte en contra. L'extinció del dret de superfície pel transcurs del seu termini de durada comporta també la dels drets reals o personals concedits pel superficiari.

La legislació urbanística estableix amb caràcter general que les administracions autonòmiques, els municipis i els altres ens públics o les seves entitats instrumentals poden constituir drets de superfície en terrenys de la seva propietat o que formin part dels patrimonis públics de sòl respectius, amb destinació a la construcció d'habitatges protegits, preferentment de lloguer, així com a altres usos d'interès social previstos en el planejament urbanístic. Particularment, la constitució del dret habilita el superficiari per a la promoció i la construcció d'un o diversos edificis d'habitatges, amb els permisos i les llicències corresponents, i la seva explotació en règim de lloguer amb protecció oficial (cessió en arrendament als usuaris), a més de la conservació i el manteniment de les instal·lacions. La concessió administrativa del dret de superfície permet a l'adjudicatari gaudir dels beneficis derivats de la legislació d'habitatges de protecció pública, sempre que es compleixin els requisits que aquesta legislació estableixi.

El dret de superfície constitueix una fórmula intermèdia entre la promoció per la mateixa Administració i la venda de sòls públics. Aquesta figura jurídica resulta molt avantatjosa en termes de capacitat financera per a les administracions de cara a la construcció d'habitatges en règim de protecció oficial en sòl públic, atès que els suposa una inversió nul·la en els projectes de promoció immobiliària i els permet, un cop finalitzat el període pactat, recuperar la possessió del sòl amb l'increment de valor derivat de la construcció que s'ha realitzat sobre rasant; així mateix, en tractar-se d'habitatge protegit les rendes de lloguer se subjecten a les limitacions establertes legalment.³¹ També per al promotor el recurs al dret de superfície facilita la reducció dels costos de la promoció en la mesura que no ha de fer front al preu del sòl, molt elevat en determinades zones del municipi. Tanmateix, la restitució del domini del que ha estat edificat sense cap compensació o anivellament de càrregues pot generar un perjudici al superficiari, la qual cosa pot constituir un hàndicap per a la utilització més generalitzada d'aquest dret real.³²

En l'àmbit urbanístic, ha estat tradicional l'ús del dret de superfície sobre solars, però la seva aplicació sobre construccions existents per destinar-les a habitatge protegit és pràcticament inexistent, per diverses raons. D'una banda, per l'elevada inversió inicial que requereixen les operacions de gran rehabilitació i adequació d'aquests immobles, malgrat l'accés a finançament bancari que pot alleugerir la càrrega de tresoreria del superficiari, atesa la possibilitat legal de gravar el dret; d'altra banda, perquè sovint aquests immobles es troben

29 Els drets de superfície poden hipotecar-se (art. 107 de la llei hipotecària). Tanmateix, no s'admeten en garantia de préstecs o crèdits hipotecaris en la mesura que no tenen un caràcter estable o perdurable. Vegeu el Reial decret 716/2009, de 24 d'abril, i l'ECO 805/2003, de 27 de març, pel que fa a la valoració d'immobles sobre els quals existeix un dret de superfície. Quant al propietari del sòl, pot transmetre i gravar el seu dret amb separació del dret del superficiari i sense necessitat que aquest presti el seu consentiment.

30 Sobre la possibilitat de transformar el títol jurídic d'utilització de l'habitatge protegit construït (de superfície a plena propietat), vinculant la consolidació del ple domini a la qualificació permanent de l'habitatge, vegeu l'STS de 10 de juny de 2015 (Rec. 2451/2012, ECLI:ES:TS:2015:2833).

31 La constitució del dret de superfície se subjecta a l'impost d'increment de valor dels terrenys de naturalesa urbana. El subjecte passiu és l'Administració cedent, propietària del terreny, i la meritació es produeix en la data d'atorgament de l'escriptura pública de constitució del dret.

32 En realitat, la restitució del domini del que ha estat edificat suposa un cost addicional que repercutirà en el preu del lloguer, excepte que s'establís el pagament, per part de l'Administració beneficiària, del valor de la construcció rebuda.

en la centralitat urbana, on els preus són molt alts, i si són de titularitat privada no compensa destinar-los a habitatge protegit si no es compta amb ajuts públics de certa consideració. Per això, la constitució d'aquest dret en immobles ubicats en zones cèntriques es reserva a activitats privades susceptibles de generar una alta rendibilitat econòmica com hotels, locals de negoci, residències, etc. Tanmateix, si l'immoble és de titularitat pública, la seva conversió en habitatges de protecció oficial mitjançant la constitució del dret de superfície pot ser una bona aposta en favor de la cohesió social i per evitar la segregació territorial dels ciutadans per raó del seu nivell de renda. Nogensmenys, no es pot obviar la complexitat derivada de la gestió dels edificis d'habitatges protegits en règim d'arrendament, per causa de possibles litigis amb arrendataris, deteriorament físic de l'immoble, tràmits administratius relatius a llicències i usos urbanístics, etc., qüestions que esdevenen un llast per trobar l'encaix d'un dret de superfície sobre habitatges preexistents si no s'aconsegueix un equilibri econòmic que faci viable l'operació.

Les subvencions a fons perdut del programa Next Generation per a la construcció d'habitatges en lloguer social estan impulsant la figura jurídica del dret de superfície. Aquest model, que s'hauria d'erigir com a pauta principal per poder ampliar el parc públic d'habitatge en lloguer, compta amb una regulació que dona suport a la col·laboració publicoprivada en l'àmbit local mitjançant aquest negoci jurídic patrimonial. Tot i que la normativa urbanística estableix que el dret de superfície es pot constituir a títol gratuït o oneros –mitjançant el pagament d'un cànon periòdic o d'un preu, o l'adjudicació d'habitatges o locals o drets d'arrendament sobre aquests–, entre les múltiples mesures que l'Estat ha dictat en el context de la pandèmia, i amb la mirada posada en els fons europeus de recuperació, es va aprovar el Reial decret llei 26/2020, de 7 de juliol, de mesures de reactivació econòmica per fer front a l'impacte de la covid-19 en els àmbits de transport i habitatge, que va establir especialitats en el dret de superfície –i la concessió demanial– per a la promoció del lloguer assequible o social mitjançant la col·laboració entre administracions públiques i la iniciativa privada. En aquests casos, s'estableix que el cànon a abonar a l'Administració no sigui preceptiu (art. 31), malgrat que, a l'efecte fiscal, aquesta operació continua tenint la consideració d'onerosa. El que es vol garantir amb la mesura és que el superficiari pugui oferir una renda de lloguer o de cessió d'ús social, de manera que la imposició d'un cànon no suposi una barrera a la presentació d'ofertes competitives en els concursos convocats.³³

Quant a la seva transmissió, cal tenir en compte el que estableix la legislació urbanística, així com els preceptes de caràcter bàsic de la Llei estatal 33/2003, de 3 de novembre, del patrimoni de les administracions públiques (LPAP), i la normativa sectorial autonòmica. Aquí s'observa un altre estímul per recórrer a aquesta fórmula de col·laboració publicoprivada, la cessió directa de sòl, a títol gratuït,³⁴ o per alienació, com una excepció a la regla general de transmissió dels drets reals per subhasta o concurs públic. L'adjudicació directa mitjançant el dret de superfície per promoure la construcció d'habitatges de protecció pública o social es podrà fer en favor de promotors públics, cooperatives d'habitatges i entitats de caràcter benèfic i social. Així es preveu, per exemple, en l'article 105 del Decret legislatiu valencià 1/2021, de 18 de juny, del Consell, d'aprovació del text refós de la Llei d'ordenació del territori, urbanisme i paisatge. L'LDH preveu aquesta possibilitat per als promotors socials homologats, condició que pot atorgar-se, entre altres, a aquells promotors que tinguin per objecte la promoció d'habitatges amb protecció construïts sota la fórmula de dret de superfície o de concessió administrativa (art. 17 i 51), i això resulta especialment rellevant per a la col·laboració publicoprivada perquè en la majoria dels casos aquests promotors socials homologats tenen aquesta naturalesa privada. Aquesta regulació ha propiciat, en aquests últims anys, que diferents promotors socials hagin accedit de manera directa i gratuïta a sòl públic municipal per a l'edificació d'habitatges en règim de lloguer o de cessió d'ús.

Així doncs, el model més habitual a la pràctica és que el municipi (actor públic) trobi o seleccioni el superficiari (actor privat) encarregat d'impulsar la promoció i l'explotació dels habitatges, els quals seran cedits en règim d'ús o arrendats als cooperativistes o adjudicataris (Garcia et al., 2022, p. 15).³⁵ Cal destacar que el model és

33 També es regulen les especialitats dels instruments de col·laboració interadministrativa per ampliar el parc d'habitatges en règim de lloguer assequible o social, pel que fa a la durada d'aquests acords (màxim de 80 anys) i al sistema de determinació de responsabilitat. Atesa la interdependència entre aquests acords administratius i el dret de superfície o concessió demanial, es preveu que el títol de constitució del dret de superfície o de la concessió demanial ha de respectar el que es disposi en l'acord administratiu.

34 És discutible que es pugui afirmar que la cessió és gratuïta si no hi haurà cànon, perquè en qualsevol cas a l'Administració se li retornarà el solar –que va rebre gratuïtament en concepte de cessió de la propietat en el marc d'una operació de transformació urbanística–, però amb una construcció a sobre; aquesta construcció vindria a ser el preu real del dret de superfície.

35 La tendència encara predominant de l'accés en propietat ha propiciat noves variacions del dret de superfície per accedir a

imperfecte, ja que la viabilitat de la promoció en dret de superfície s'aconsegueix en contextos territorials amb una alta demanda. Per això, per aconseguir que la construcció i la gestió siguin viables amb unes rendes dins dels límits previstos en els mòduls de protecció oficial, es fa necessari oferir importants ajuts a fons perdut per tal de compensar les pèrdues que suposa ajustar-se als topalls dels mòduls.

*2.2.2 Les càrregues fiscals: un impediment per a la plena operativitat del dret de superfície?*³⁶

Cada vegada és més freqüent que les administracions optin per constituir un dret de superfície sobre el patrimoni de sòl públic per a la construcció d'habitatges en règim de protecció de lloguer, més encara quan forma part de les exigències de la normativa estatal en execució dels fons Next Generation que el sòl sigui de titularitat pública. No obstant això, l'accés a l'habitatge en règim de lloguer en dret de superfície presenta una forta càrrega fiscal. El dret de superfície merita l'impost de valor afegit (IVA)³⁷ i l'impost de societats o l'impost sobre la renda de les persones físiques, en funció de si el titular de la finca és una persona jurídica (l'import de l'ingrés per al titular del sòl consisteix en el valor actual de la construcció o edificació més el pagament del cànon superficiari periòdic o preu) o una persona física (rendiment del capital immobiliari).

En aquest sentit, es fa necessari analitzar les diferents formes d'accés a l'habitatge i els diferents agents que intervenen en el mercat per determinar quina fórmula pot assolir en millor mesura l'objectiu de facilitar a la ciutadania l'accés a l'habitatge en òptimes condicions econòmiques. Amb aquesta finalitat, tot seguit es fa una anàlisi de l'impacte de les polítiques fiscals aplicades als diferents règims de tinença (propietat, arrendament o altres règims de cessió d'ús, com seria el dret de superfície) i als agents que hi intervenen, atès que poden fer variar substancialment el preu de l'accés segons quina sigui la figura per la qual s'opti o pugui estar disponible en funció de les decisions polítiques en la matèria.

L'adquisició, en règim de compravenda, de la plena propietat d'un habitatge és la fórmula tradicional d'accés. En el cas de l'habitatge protegit, el preu està regulat i es forma multiplicant la superfície útil de l'habitatge pel preu del mòdul.³⁸ La compra del dret de superfície de l'habitatge és una fórmula incorporada recentment com a forma d'accés a l'habitatge, en què no s'adquireix la plena propietat de l'habitatge, sinó únicament pel temps de durada del dret de superfície, al final del qual l'habitatge retorna a la propietat del cedent. Quan es tracta d'habitatge protegit, el preu ha de ser el previst en el mòdul amb un descompte de fins al 20 %, ja que el valor del sòl no pot excedir el 20 % del preu del mòdul. Si s'opta pel lloguer, una altra de les fórmules tradicionals, el preu de l'habitatge protegit també està regulat, en forma de percentatge sobre el preu del mòdul. Si el que es lloga és el dret de superfície, es manté el mateix règim de preus que en el lloguer d'habitatge. Finalment, cal esmentar la cessió d'ús de l'habitatge, una figura aplicada habitualment per les cooperatives que consisteix en la cessió de l'ús de l'habitatge propietat de la cooperativa en favor dels seus propis cooperativistes a canvi d'un preu que permeti cobrir els costos i les despeses corrents –bàsicament les despeses de comunitat i les despeses financeres–, sense imputar les despeses de capital ni el marge de beneficis dels propietaris, ja que els cooperativistes són, alhora, els usuaris. En realitat, és una forma de compra col·lectiva en què existeix una corresponsabilitat en el compliment dels compromisos.

Quant als agents que poden intervenir en cadascuna de les formes d'accés a l'habitatge, s'identifiquen els següents: d'una banda, els promotors, que operen mitjançant l'adquisició de sòl i la construcció dels habitatges, que posteriorment són objecte d'alienació als particulars. Aquests promotors poden ser públics (administracions

un habitatge. Així, l'Administració pública, a més de ser la titular del sòl, assumeix el paper de promotor, i l'adjudicatari el que adquireix és la titularitat d'un habitatge en dret de superfície per un període de temps determinat. En aquest supòsit, no existeix col·laboració publicoprivada, ja que només intervenen dos actors, en desaparèixer la participació del tercer, que, en la idea original, seria el titular de l'edifici. Tanmateix, s'afavoreix la disminució de l'esforç que suposa l'amortització per part del promotor públic de la construcció dels habitatges de lloguer.

36 Vull expressar el meu agraïment als senyors Donato Muñoz i Antonio Gil per la seva amable contribució a resoldre els dubtes que m'ha generat la redacció d'aquest apartat.

37 Sobre l'aplicació de l'IVA al dret de superfície, vegeu, entre d'altres, l'STS de 13 d'abril de 2011 (Rec. 1107/2006, ECLI:ES:TS:2011:265) i l'STS 3 de maig de 2017 (Rec. per unificació de doctrina 1575/2016, ECLI:ES:TS:2017:1677).

38 El preu màxim de venda o lloguer d'un habitatge protegit ve determinat per la seva tipologia i ubicació i difereix en funció del pla d'habitatge al que s'aculli i del moment en què es va qualificar. Vegeu, a Catalunya, el Decret llei 50/2020, de 9 de desembre de 2020, de mesures urgents per estimular la promoció d'habitatge amb protecció oficial i de noves modalitats d'allotjament en règim de lloguer, que modifica els preus establerts pel Decret 75/2014, de 27 de maig.

o societats públiques), privats (que poden utilitzar diferents formes jurídiques i figures impositives –societats anònimes, societats d'inversió immobiliària, fons d'inversió, socimis, etc.–, si bé el tractament fiscal varia sensiblement en funció de la figura societària i de si el domicili social se situa dins o fora del territori espanyol) i en règim de cooperativa (a diferència dels promotors públics i privats, qui assumeix la promoció és el conjunt de compradors finals dels habitatges, per la qual cosa ells mateixos són els responsables de la qualitat dels habitatges i de fixar el preu final de conformitat amb la normativa d'aplicació als habitatges protegits; en aquests casos, hi solen intervenir els “gestors” de cooperatives, que són els que realitzen el conjunt de gestions per compte de la cooperativa a canvi d'una retribució). També cal tenir en compte els propietaris dels habitatges, ja siguin propietaris privats que hagin promogut o comprat els habitatges destinats a lloguer –si es tracta d'habitatge protegit caldrà aplicar les rendes de lloguer resultants de la normativa vigent–, públics (els quals acostumen a ser els promotors dels habitatges destinats a lloguer, ja sigui als preus màxims previstos en la normativa o a preus socials, en funció de la política de l'administració pública propietària; solen beneficiar-se de la cessió de sòl gratuït en els nous planejaments urbanístics de tal manera que el seu cost serà, per aquest concepte, un 20 % inferior a qualsevol altra mena de propietari) o societats mixtes, és a dir, societats amb capital públic i privat vinculades a les polítiques públiques d'habitatge, que operen amb les mateixes limitacions i condicions econòmiques que un operador privat i, a més, amb les limitacions addicionals imposades per les administracions públiques que formen part del capital (en general són societats constituïdes com a fruit d'un procés de licitació pública). Quant a les fundacions, operen amb les mateixes obligacions de preus que qualsevol altre operador, però amb un tractament fiscal més favorable i en el marc dels seus estatuts. A l'últim, també cal tenir en compte les cooperatives de propietaris i de llogaters. Una manera de comprar un habitatge o un dret de superfície és fer-ho en forma col·lectiva, de manera que cada cooperativista, en comptes de ser propietari d'un habitatge, ho és d'una part del conjunt d'habitatges amb reconeixement d'un dret d'ús exclusiu d'un habitatge. És una forma de compra que tendeix a assimilar-se a un lloguer a l'efecte de rebre ajuts públics destinats a lloguer, encara que l'única diferència amb la compra és que, en aquest cas, es fa de manera col·lectiva i no individual. Pel que fa a les cooperatives de llogaters, convé aclarir que sovint es tendeix a assimilar-les a les anteriors (cooperatives de propietaris), però en realitat es tracta d'una figura diferent. En aquest cas, la cooperativa negocia amb el propietari un preu pel lloguer de tot un edifici d'habitatges, que serà una fracció del preu màxim legal corresponent. Aquest descompte inclourà totes les despeses que, en general, assumeix el propietari (manteniment, gestió, impagats, etc.), de manera que el conjunt de cooperativistes gestiona l'edifici, tant socialment com econòmicament, i assumeix els costos del conjunt. A diferència de la cooperativa de propietaris, no hi ha cap entrada o pagament inicial ni existeixen drets acumulats per als hereus o en les transmissions.

Tot seguit, es realitza una anàlisi comparativa entre la compra d'un habitatge en plena propietat –l'opció majoritària fins fa pocs anys– enfront dels nous models d'accés basats en el dret de superfície, tant pel que fa a la compra com al lloguer d'aquest dret real. L'anàlisi es focalitza en el cost per al ciutadà, la càrrega impositiva i el benefici patrimonial per al ciutadà i per a l'Administració. Així mateix, cal prendre en consideració el caràcter públic o privat del promotor i si el sòl sobre el qual es desenvolupa la promoció és propietat de l'Administració, ja que en els nous planejaments urbanístics de les grans ciutats (on es concentra el problema d'accés i els preus són més elevats) l'aprofitament urbanístic de cessió a l'administració actuant (habitualment, els ajuntaments) acostuma a concretar-se en la totalitat de l'habitatge protegit de règim general i, per tant, el sòl serà un cost que repercutirà en benefici de l'Administració.³⁹

1- Cost de promoció

Cost de promoció d'un habitatge en lloguer per m² construït

Sòl públic de cessió

Concepte	Ref.	Cost real	Administració pública	Impost	Propietat Cost total	Dret superfície Cost total
Cost del sòl	21 %		300	63	363	0
Construcció	10 %	1.200		120	1.320	1.320
Llicència (bonificació 90 %)	0,05 %		1		1	1

³⁹ La simulació es fa d'acord amb el preu màxim vigent a Catalunya per habitatge protegit de règim general, que actualment s'estableix en 10,01 euros per m² útil d'habitatge i mes.

Cost de promoció d'un habitatge en lloguer per m² construït

Sòl públic de cessió

Concepte	Ref.	Cost real	Administració pública	Impost	Propietat Cost total	Dret superfície Cost total
Costos indirectes	10 %	120		25	145	145
Total per m ² construït		1.320	301	208	1.829	1.466
Total per m ² útil	75 %	1.760	401	278	2.438	1.954

Nota. Elaboració pròpia.

Com podem observar, el cost de promoció per m² útil d'habitatge ascendeix a un total de 1.760 euros, que s'incrementa fins a 1.954 euros com a conseqüència de l'aplicació de l'IVA sobre el valor de construcció i els costos indirectes en el cas del dret de superfície. Si el promotor ha de comprar el sòl, el cost total ascendeix a un total de 2.438 euros per m² útil com a conseqüència d'afegir als costos anteriors el cost del sòl i l'IVA associat a aquest.

2- Cost d'adquisició (compravenda de la plena propietat i compravenda del dret de superfície)

Una vegada finalitzada la construcció, es poden plantejar dues opcions: la venda de la plena propietat de l'habitatge o del dret de superfície. En el cas que la construcció s'hagi realitzat sobre un sòl en dret de superfície, la venda del dret de superfície pel temps que resti fins al seu venciment serà l'única opció.

2.1- Compravenda de l'habitatge en plena propietat

Venda d'un habitatge de protecció oficial (règim general)

Preu màxim del mòdul

2.459 euros/m² útil

Concepte	Preu venda	IVA 10 %	Impost s/ benefici	Total
Cost per al comprador	2.666	267		2.933
IVA suportat en la promoció		-278		-278
Marge del promotor, 15 % s/ PVP			100	100
Total per m² construït	2.666	-11	100	2.755

Nota. Elaboració pròpia.

Per al promotor, la venda d'un habitatge protegit constitueix una operació que li reporta un marge econòmic suficient per seguir exercint la seva activitat, atès que, com es pot veure en el quadre anterior, li suposa un cost total de 2.161 euros per m² útil (1.760 euros de cost de construcció + 401 euros de cost de sòl), puix que l'IVA no representaria un major cost per al promotor. Per la seva banda, el comprador assumeix un pagament que inclou el preu de l'habitatge més l'IVA corresponent (10 %). En el preu de venda, s'hi troba implícit el benefici del promotor, que es pot estimar en un 15 % (considerant altres despeses com els costos generals o les despeses financeres) del preu de venda, i sobre el qual pagarà un 25 % d'impost de societats. Així, l'operació de compravenda generarà un cost en impostos de 278 euros a càrrec del comprador en concepte d'IVA i de 100 euros en concepte d'impost de societats a càrrec del promotor.

2.2- Compravenda del dret de superfície⁴⁰

Venda del dret de superfície d'un habitatge de protecció oficial (règim general)

Preu màxim del mòdul		2.666	euros/m ² útil		
Preu màxim teòric venda	90 %	2.399	euros/m ² útil		
Concepte		Preu venda	IVA 21 %	Impost s/ benefici	Total
Cost per al comprador		2.399	504		2.903
IVA suportat en la promoció			-215		-215
Marge del promotor, 15 % s/ PVP				90	90
Costos indirectes					
Total per m² construït		2.399	289	90	2.779

Nota. Elaboració pròpia.

En la venda del dret de superfície no es considera el possible cànon a abonar a l'administració titular del sòl, atès que el preu ja inclou tots els components. En aquest escenari, l'operació de venda del dret de superfície generarà un cost en impostos de 504 euros a càrrec del comprador i un cost de 90 euros en concepte d'impost de societats a càrrec del promotor.

3- Adquisició del dret de superfície i construcció dels habitatges per cooperativa

Adquisició del dret de superfície i construcció d'habitatge de protecció oficial de manera col·lectiva amb cessió d'ús individual (règim general) per m² construït (cooperativa i similars)

Cànon total dret de superfície		100 euros per m ² construït			
Concepte	Ref.	Cost real	Administració pública	Impost	Dret superfície Cost total
Cost del sòl	21 %		100	21	121
Construcció	10 %	1.200		120	1.320
Llicència (bonificació 90 %)	0,05 %		1		1
Costos indirectes	10 %	120		25	145
Subtotal m ² construït		1.320	101	166	1.587
Subtotal m ² útil	75 %	1.760	134	222	2.116
Despeses de gestió	10 %	212		44	256
Total per m² útil		1.972	134	266	2.372

Nota. Elaboració pròpia.

Aquesta forma de promoció és típica de les cooperatives i les comunitats de propietaris (i, encara que no és habitual, també seria vàlida per a altres figures societàries diferents), els promotors de les quals esdevindran els propietaris dels habitatges (del dret de superfície) de manera col·lectiva. En puritat, el que es transmet individualment no és el dret de propietat o de superfície, sinó la participació en la cooperativa o la participació

⁴⁰Per entendre com funciona la venda del dret de superfície convé assenyalar que, des d'una perspectiva fiscal, la cessió del dret de superfície no es considera una venda sinó una prestació de serveis. L'ajuntament repercutirà al promotor un IVA al tipus del 21 % sobre una base imposable difícil de determinar. Segons la Direcció General de Tributs, aquesta base es correspon amb el valor de mercat de l'edificació a la data de la reversió. L'IVA s'ha de repercutir al llarg de la durada del dret de superfície; així, si la durada del dret de superfície és de 75 anys, l'ajuntament repercutirà anualment 1/75 part del valor del bé a la data de la reversió. Si el superficiari-promotor transmet, ja sigui un edifici d'habitatges protegits a una empresa o ja sigui un dels habitatges a un particular, l'operació es considera un lliurament de béns, subjecte a IVA, al tipus del 10 % o bé del 4 % si l'empresa adquirent aplica el règim especial de lloguer d'habitatges o si es tracta d'un habitatge de protecció oficial de règim especial o de promoció pública.

Una qüestió complexa és determinar si en les transmissions d'habitatges afectes a un dret de superfície coexisteixen diferents components econòmics: (a) el valor de l'habitatge i (b) el valor del dret de superfície. En funció de les valoracions de totes dues operacions (dret de superfície i valor de transmissió dels habitatges), es podria produir una sobreimposició no desitjable.

societària. Aquesta participació és la que acumula la pèrdua o el benefici patrimonial que pugui haver causat la promoció de l'habitatge o la seva futura explotació. En aquest cas, i en la teoria, no existeix benefici en la transmissió, atès que el promotor coincideix amb el propietari i també amb el posterior usuari (llogater), i l'equivalent al benefici del promotor (públic o privat) solen ser els honoraris de gestió que perceben les entitats gestores de les cooperatives.

Una vegada que els habitatges estan operatius, per atendre les despeses associades a la propietat, aquestes entitats (cooperatives en general) cobren als cooperativistes, persones físiques i en la seva condició d'usuaris de l'habitatge, una quota mensual en concepte de cessió d'ús per fer front a les despeses corrents de la comunitat o fins i tot per al pagament de la hipoteca, en cas que n'hi hagués. La normativa d'habitatge assimila la figura de la cessió d'ús al lloguer, per la qual cosa habitualment aquestes entitats es beneficien dels ajuts que els plans públics destinen als habitatges en lloguer, així com d'altres facilitats vinculades al finançament i les garanties enfront de tercers. Actualment, a excepció de la compra de la total propietat de l'habitatge, és la modalitat d'accés més avantatjosa per als ciutadans, ja que es tracta d'una forma de compra que evita el pagament de tots els impostos associats al lloguer, però, alhora, es beneficia dels ajuts que li són inherents. És habitual també que les entitats gestores es mantinguin vinculades a aquestes cooperatives gestionant-ne les despeses corrents i la transmissió de participacions.

En aquest escenari, l'operació d'adquisició del dret de superfície i construcció del propi habitatge genera un cost en impostos de 266 euros a càrrec del comprador i un pagament a l'Administració pública de 134 euros en concepte de dret de superfície –aquest últim dependrà del preu que estableixi l'administració atorga del dret.

A la vista dels quadres anteriors, cal determinar tot seguit quina forma d'adquisició resulta més beneficiosa per al comprador, la total propietat o el dret de superfície. Des del punt de vista del *cost d'adquisició*, es pot observar que la compra del dret de superfície respecte a la compra de la total propietat de l'habitatge suposa per al ciutadà un estalvi de 30 euros per m² útil, que, en termes relatius, representa *una diferència d'un 1 %* respecte al preu de la total propietat. En tot cas, aquest estalvi dependrà del preu que apliqui el propietari de l'edificació i que, en bona lògica, hauria d'estar entre el 80 % (si es descompta el valor del sòl, establert en un màxim del 20 % del preu del mòdul) i el 100 % del preu del mòdul.⁴¹ En definitiva, el cost d'adquisició del dret de superfície ve a ser el mateix que el cost d'adquisició de la plena propietat. La diferència de cost que representaria aquest 20 % de reducció de preu queda absorbida per una major càrrega fiscal i la valoració de la concessió del dret de superfície. No obstant això, per tal d'entendre adequadament l'impacte en el comprador, en el ciutadà, hom ha de considerar també el valor residual de l'habitatge adquirit, ja que és un valor essencial en aquesta mena d'operacions i el que justifica la preferència per la compra de la majoria dels ciutadans.⁴² El concepte de valor residual com a valor futur reforça el concepte de compra d'habitatge com a forma d'estalvi per a la vellesa, no només perquè ofereix la seguretat de poder mantenir l'habitatge sense necessitat de pagar un lloguer futur, sinó també per la possibilitat de vendre'l en el futur i obtenir, d'aquesta manera, ingressos per finançar altres necessitats bàsiques o complementar la pensió.

El resum de les dues formes d'accés a l'habitatge, considerant que la propietària originària del sòl és l'Administració pública, i depenent de factors com la durada del dret de superfície i l'estat de manteniment de l'habitatge, seria un model semblant al següent:

4.- Síntesi

	Compra	Dret de superfície	Promoció dret superfície (*)
Cost d'adquisició	2.933	2.903	2.372
Valor residual	-1.866	0	0
Cost efectiu per al ciutadà	1.066	2.903	2.372

41 En el quadre, s'ha optat per aplicar un preu intermedi, el 90 % del preu del mòdul, pel fet que és el percentatge més freqüent observat en operacions similars promogudes pels ens locals.

42 Valor residual del dret de superfície al venciment: 0; valor residual de l'habitatge en plena propietat (70 % s/ PVP): 1.866.

	Compra	Dret de superfície	Promoció dret superfície (*)
Benefici de la promoció	184	422	195
Impostos	338	548	246
Balanç patrimonial de l'Administració	401	1.722	1.856

Nota. Elaboració pròpia. (*) No s'hi consideren costos generals ni financers.

En el balanç patrimonial de l'Administració es considera que el sòl procedeix de cessions gratuïtes i, per tant, la venda permet monetitzar aquest valor, igual que al venciment del dret de superfície, moment en què l'habitatge retorna al patrimoni públic d'acord amb el seu valor de mercat, que s'ha considerat que seria l'equivalent al 70 % del preu d'un habitatge de nova construcció (preu del mòdul).

5.- Lloguer d'habitatge (plena propietat i dret de superfície)

Hom ha de diferenciar el lloguer d'un habitatge en plena propietat del lloguer d'un habitatge quan el propietari ho és només del dret de superfície. Encara que aparentment pot semblar que es tracta de la mateixa figura jurídica, en realitat el tractament fiscal que tindrà el ple propietari de l'habitatge serà molt diferent de l'aplicable al propietari del dret de superfície, el qual repercutirà aquest cost en el preu del lloguer, de tal manera que serà el llogater qui acabarà suportant la càrrega fiscal imposada a l'activitat.

Com s'ha vist en el quadre 1, es parteix de costos diferents segons que es tracti de la promoció d'un habitatge en plena propietat o en dret de superfície. Més endavant es veurà l'efecte conjunt, però, per analitzar el lloguer, en primera instància, es parteix del preu màxim de lloguer per m² que determina la normativa catalana per als habitatges protegits de règim general –i que, com ja s'ha dit, s'estableix en 10,01 euros per m² útil d'habitatge i mes.

5.1.- Lloguer de la total propietat

Explotació s/ preu màxim mòdul règim general					
Lloguer de la total propietat		Real	Administració pública (*)	Impostos	Total
Ingressos anuals lloguer	10,01	120,12			120,12
Despeses manteniment i gestió		-20,00			-20,00
Amortització	1,39 %	-27,14			-27,14
Impost societats	15 %			-10,95	-10,95
Doble imposició	12,5 %			-7,75	-7,75
Resultat		72,98	0,00	-18,70	54,28
Càrrega impositiva s/ preu lloguer				-15,57 %	

Nota. Elaboració pròpia. (*) S'ha considerat que no hi ha cànon anual.

D'altra banda, tenint en compte la càrrega impositiva en la promoció –que, com s'ha vist, ascendeix a un total de 287 euros en costos de promoció sobre una inversió real de 1.760 euros en concepte de construcció i de 401 euros per la compra del solar–, el percentatge que el cost de l'IVA representa respecte als costos reals de promoció és del 13 %, és a dir, que l'IVA representa una major inversió de 13 %.⁴³

43 Cost per l'IVA no deduïble en la promoció: 278 euros/m² útil.

Costos de promoció exclòs l'IVA: 2.161 euros/m² útil.

% d'IVA sobre costos de promoció: 12,85 %.

Si l'increment de cost de lloguer per major inversió per IVA és del 12,85 % i la càrrega impositiva en l'explotació de lloguer, segons el quadre de simulació, és del 15,57 %. En conseqüència, l'impacte en el preu de lloguer de la càrrega impositiva és del 28,42 %.

Si el que s'arrenda és un habitatge sobre dret de superfície, a més de la càrrega fiscal caldrà incorporar-hi el preu del dret de superfície, que estarà constituït pel possible cànon anual que s'hagi pactat i pel valor de reversió de l'edifici en finalitzar el període de concessió del dret al superficiari i, per descomptat, l'impacte fiscal d'aquestes figures. Per tal d'entendre l'impacte econòmic de la reversió, a manca de mesures compensatòries, cal imaginar que és com si l'edifici es pagués dues vegades, puix que les rendes de lloguer –enteses com el benefici obtingut per l'explotació de l'edificació– no només han de permetre a l'inversor amortitzar la inversió realitzada en la construcció, sinó que també han de contribuir a pagar l'edifici que reverteix a l'Administració pública; per això, seria aconsellable que l'administració competent prengués mesures per minorar l'impacte d'aquesta càrrega.

En la simulació, es parteix de la hipòtesi que l'Administració rep l'immoble en condicions òptimes d'ús i manteniment, de manera que aquest es valora en el 70 % del cost de construcció (un valor inferior al valor residual que s'ha vist en l'apartat anterior, ja que no inclou el valor del sòl).

En aquest escenari considerarem el cost fiscal i el cost de l'Administració, entenent per *cost de l'Administració* el valor del cànon i el valor de la reversió:

5.2.- Lloguer del dret de superfície⁴⁴

Explotació s/ preu màxim mòdul règim general					
Dret de superfície (75 anys)		Real	Administració pública	Impostos	Total
Ingressos anuals lloguer	10,01	120,12			120,12
Despeses de manteniment i gestió		-18,61			-18,61
Reversió anual	70 %		-19,00 ⁴⁵	-3,99	-22,09
Cànon, 100 € habitatge/any	100		-1,43	-0,30	-1,73
Amortització		-8,14			-8,14
Impost societats	15 %			-10,30	-10,30
Doble imposició	12,5 %			-7,29	-7,29
Resultat		93,37	-20,43	-21,88	51,06
Càrrega impositiva i patrimonial			-17,01 %	-18,22 %	

Nota. Elaboració pròpia.

Com en el supòsit anterior, es pren en consideració la càrrega impositiva en la promoció –que ascendeix a un total de 194 euros sobre una inversió real de 1.760 euros en concepte de construcció, sense que s'hagi d'imputar en aquest cas la compra del solar. El percentatge que el cost de l'IVA representa respecte als costos reals de promoció és d'un 11 %, de manera que l'IVA suposa en aquest cas una major inversió de l'11 %.⁴⁶

44 Com ja s'ha apuntat, en el preu de la cessió del dret de superfície l'Administració ha de repercutir l'IVA corresponent al valor de reversió de l'edifici, cosa que genera un IVA al tipus del 21 % que no seria deduïble pel promotor, com tampoc ho és l'IVA suportat en la promoció. Per exemple, en un dret de superfície a 75 anys, si el valor de reversió és 1 milió d'euros, l'Administració hauria de fer una factura pel dret de superfície equivalent a 1/75 cada any (1M/75: 13.333 €). Sobre aquest import meritaria un IVA del 21 % (2.800 € anuals) que no seria fiscalment deduïble pel promotor que es dedica a l'arrendament dels habitatges. En tot cas, la qüestió més controvertida és determinar quin és el valor de reversió.

45 Aquesta xifra es correspon amb el 70 % del valor de l'edifici, atès que es considera que és el que valdria un habitatge de segona mà en bon estat de conservació respecte al que costaria un habitatge d'obra nova. Repartit entre els anys d'explotació de la concessió (75 anys), al resultat (-19,00) s'hi aplica el 21 % d'IVA (-3,99). Quant a l'IVA suportat en la construcció, es considera aplicar l'11 %, puix que en promoure directament l'edifici que serà objecte d'explotació se suporta un 10 % d'IVA en la construcció i un 21 % en la resta de costos, de manera que la mitjana ponderada resulta ser l'11 %.

46 Cost per l'IVA no deduïble en la promoció: 194 euros/m² útil.

Costos de promoció exclòs l'IVA: 1.760 euros/m² útil.

% d'IVA sobre costos de promoció: 11 %.

Si l'increment de cost de lloguer per major inversió per IVA és de l'11 % i, segons el quadre de simulació, la càrrega impositiva en l'explotació de lloguer és del 18,22 % i la càrrega patrimonial és del 17,01 %, l'impacte en el preu de lloguer de la càrrega impositiva i patrimonial és del 46,22 %.

A la vista d'aquests càlculs, es poden establir conclusions sobre l'anàlisi de l'impacte fiscal i el cost final que han d'assumir els ciutadans en les diferents opcions d'accés a l'habitatge.⁴⁷ S'observa que hi ha una clara contradicció entre les manifestacions de les institucions públiques, generalment orientades a emfatitzar les accions destinades a *facilitar l'accés* a les famílies més vulnerables (en el sentit d'afavorir que el cost relatiu sigui més baix que per al conjunt de la població), i la realitat normativa, pressupostària i fiscal. Habitualment, l'accés a l'habitatge en règim de lloguer es reserva per a les famílies més vulnerables, fonamentalment sota la fórmula de dret de superfície, mentre que la resta de la població pot optar a altres formes d'accés basades en la compra de la plena propietat, que és aparentment més cara però que ofereix altres incentius econòmics com són la revaloració i el manteniment del component estalvi, per la qual cosa el cost efectiu equivaldrà a la inversió efectivament realitzada menys el valor residual o valor de mercat de l'habitatge en el futur. A més, paradoxalment, podria succeir que aquesta revaloració comportés que el cost efectiu tingués un resultat negatiu, de manera que la compra de la total propietat de l'habitatge generaria un benefici en comptes de representar un cost. Pel que fa a la compra del dret de superfície sobre habitatge protegit, destinat a famílies amb menor poder adquisitiu, la regulació de preus a la qual se subjecten els habitatges de protecció anul·la qualsevol possibilitat de revaloració (el valor final de la qual serà zero), per tant, el valor residual de l'habitatge serà decreixent, menor com més propera sigui la data de venciment del dret de superfície. El cost efectiu d'aquesta alternativa es correspondrà amb la inversió que realitzi la família en la compra del dret de superfície.

Ambdues fórmules anteriors es poden materialitzar mitjançant la compra directa al promotor o bé mitjançant la constitució de figures de propietat col·lectiva com la cooperativa; en aquest cas, aquestes societats seran les que actuaran com a promotors i assumiran qualsevol incidència que es produeixi en la producció dels habitatges. El cost final de la compra directa o de la compra mitjançant la cooperativa o fórmules similars acostumen a ser equivalents, ja que el benefici del promotor sol ser equivalent als honoraris dels gestors de les cooperatives. Cal destacar que la compra del dret de superfície en règim de cooperativa en molts casos es beneficia del mateix règim d'ajuts que el lloguer.

A l'últim, no es pot deixar de fer referència al tractament fiscal de les diferents fórmules d'accés a l'habitatge. Si les polítiques d'habitatge reserven el lloguer com a forma d'accés per a les famílies més vulnerables, sorprèn que fiscalment sigui la fórmula més penalitzada, és a dir, que les famílies més vulnerables siguin les que han d'assumir una major càrrega fiscal implícita en el preu del lloguer.

En síntesi, la problemàtica fiscal és el que fa que el dret de superfície no sigui un instrument més utilitzat. Si la reversió té un valor, la promoció per a lloguer s'encareix en un 21 % sobre el valor assignat al dret de superfície, si bé és cert que la meritació no es produeix ni al principi –com succeiria en la compra– ni al final, sinó a mesura que es meriti el dret de superfície, per tractar-se d'una operació de tracte successiu. L'anàlisi realitzada recull l'increment de cost del dret de superfície respecte a altres opcions i inclou no només l'IVA suportat, sinó també el cost per impost de societats o el mateix valor de la reversió, que el propietari perd com a valor residual, quelcom essencial en qualsevol operació immobiliària. En conjunt, estem parlant d'una càrrega fiscal i patrimonial que representa un 45 % del preu del lloguer, i és, com s'ha dit, la forma d'accés a l'habitatge més onerosa per al ciutadà i, paradoxalment, la forma d'accés que es reserva per a les famílies més desfavorides, que dependran permanentment de subvencions públiques per poder fer front a les rendes del lloguer.⁴⁸

3 La contractació pública i la concessió demanial com a vies per materialitzar la col·laboració publicoprivada

3.1 El contracte de concessió d'obra pública

Dins les diferents fórmules jurídiques existents, la normativa sobre contractació pública pot ser també una eina per instrumentar la col·laboració publicoprivada en la mesura que la prestació objecte de la col·laboració acostuma a

⁴⁷ Les simulacions econòmiques que s'han realitzat en aquest apartat són aproximacions i, lògicament, poden variar en funció de l'escenari específic, però no alteren les conclusions que en resulten.

⁴⁸ Vegeu Muñoz (2022).

ser contractual.⁴⁹ Entre les tècniques contractuals susceptibles d'aquesta col·laboració es poden citar el contracte d'obra –amb abonament total del preu, això és, amb finançament previ del contractista i pagament ajornat per part de l'Administració–, el contracte de concessió d'obra pública, el contracte de gestió de serveis públics i el contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat. Aquest darrer, que ha desaparegut de la vigent Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP) –igual que el contracte de gestió de serveis públics–, resulta ser aparentment el més específic i idoni per a la interacció entre els sectors públic i privat, especialment en projectes d'alta complexitat tècnica, jurídica o econòmica, però en la pràctica no ha tingut gaire èxit, circumstància que pot respondre a diferents factors (caràcter residual del contracte, complexitat del procediment, excessiva implicació de les empreses, etc.). En aquest sentit, podia haver estat una figura adequada per formalitzar la promoció, la construcció i l'explotació d'habitatges, en la mesura que es tracta d'una operació a llarg termini que requereix una gran inversió. Mitjançant aquest contracte, de caràcter subsidiari (per al cas que altres fórmules alternatives de contractació no permetessin la satisfacció dels interessos públics), l'Administració encarregava a una entitat de dret privat, per un temps determinat –variable en funció del termini previst d'amortització de les inversions o del finançament previst–, la realització d'actuacions globals i integrades que, a més del finançament d'inversions immaterials, d'obres o de subministraments necessaris per al compliment de determinats serveis, havien d'incloure alguna de les prestacions de l'article 11 del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic (entre elles, la construcció, la instal·lació o la transformació d'obres, equips, sistemes i productes o béns complexos, així com el seu manteniment, actualització o renovació, la seva explotació o la seva gestió).⁵⁰ La utilització del diàleg competitiu com a forma procedimental d'adjudicació del contracte afavoria la negociació entre l'Administració i les empreses seleccionades per a la definició i l'establiment dels requisits de licitació. Cal destacar que, a diferència de la contractació tradicional, en què l'Administració “compra” una obra o un servei al sector privat, amb el contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat, aquest darrer esdevé inversor en el finançament del projecte i, en conseqüència, es corresponsabilitza del risc operacional,⁵¹ requisit que distingeix la col·laboració *stricto sensu* de la simple interacció subjectiva.

Amb el nou marc normatiu, el contracte administratiu de concessió d'obra pública (art. 14 i 247-283 LCSP i Llei 13/2003, de 23 de maig, reguladora del contracte de concessió d'obres públiques) esdevé el més adequat per emmarcar la col·laboració entre sector públic i sector privat, malgrat que tampoc ha gaudit fins ara d'un especial reclam entre el sector empresarial, atesa la seva subjecció al principi d'assumpció del risc operacional pel concessionari,⁵² per la qual cosa seria desitjable que l'administració concedent valorés la possibilitat d'establir mesures complementàries que facin atractiu el recurs a aquesta fórmula contractual, com ara la cessió gratuïta de sòl. El contracte té per objecte l'execució per part del concessionari d'una obra (vegeu art. 13 LCSP), inclosa la restauració i la reparació de construccions existents, així com la conservació i el manteniment dels elements construïts, a canvi del dret a explotar l'obra o bé d'aquest dret acompanyat de la percepció d'un preu abonat per l'entitat contractant.⁵³

49 El Llibre verd sobre la col·laboració publicoprivada (2004) classifica les fórmules de col·laboració publicoprivada en dues tipologies: contractual i institucionalitzada.

50 Aquesta figura contractual es regia per les disposicions específiques del contracte típic l'objecte del qual es corresponia amb la prestació principal del contracte. Per a un estudi aprofundit, vegeu, entre altres, Brunete de la Llave (2010a i 2010b), Carlón (2008), González (2010), Hernando (2012) i Ridao (2014).

51 Vegeu Alemany (2019a, p. 121-134).

52 La Comunicació Interpretativa de la Comissió Europea 2000/C121/02 es refereix al risc concessional i a l'abast de l'explotació en aquests termes:

La principal característica distintiva del concepto de concesión es que la contrapartida de las obras reside en el derecho de explotación y en que los riesgos de la explotación incumben de manera significativa al concesionario [...]. Además del riesgo de construcción, asume una parte significativa de los riesgos vinculados a la gestión y a la frecuentación del equipo. Si el reembolso de las financiaciones estuviera garantizado por el órgano de contratación sin un elemento de azar vinculado a la gestión de las obras, faltaría el elemento riesgo y el contrato debería calificarse como contrato de obras y no de concesión [...]. El derecho de explotación permite al concesionario cobrar derechos al usuario de la obra (por ejemplo, mediante peajes o percepción de tarifas) durante cierto período de tiempo. La duración de la concesión constituye, por tanto, un elemento importante de la remuneración del concesionario, que no es directamente remunerado por el órgano de contratación, sino que obtiene de éste el derecho a recibir las rentas resultantes de la utilización de las obras realizadas.

53 En la projecció de l'obra s'ha de tenir en compte la disposició addicional 15.6 de l'LCSP en relació amb la penetració en l'àmbit urbanístic –i de retruc en l'habitatge– de l'ús de la tecnologia digital en els projectes constructius. Vegeu, en el cas de Catalunya, l'Acord GOV/81/2023, de 4 d'abril, pel qual es determinen els contractes en què s'ha d'aplicar la metodologia de treball col·laborativa i virtual anomenada Building Information Modelling (BIM) i la forma i les condicions per fer-ho, i es deixa sense

Les obres objecte de concessió són finançades, totalment o parcialment, pel concessionari, per bé que, quan existeixin raons de rendibilitat econòmica o social o concorrin exigències singulars derivades del fi públic o interès general de les obres, l'Administració també pot aportar recursos públics per al seu finançament, que ha d'adoptar la forma de finançament conjunt de l'obra, mitjançant subvencions o préstecs reintegrables, amb o sense interès (art. 265 LCSP). La forma més habitual de finançament privat és la hipoteca de la concessió (són hipotecables tant la mateixa concessió com els béns i els drets que incorpora). L'execució de les obres s'ha de fer d'acord amb el projecte aprovat i en els terminis fixats. El concessionari pot subcontractar tota l'obra, o una part, a tercers, i també és possible que l'Administració n'executi una part. Acabades les obres, l'òrgan de contractació ha d'aixecar acta de comprovació, moment en què s'inicia la fase d'explotació.

Com s'acaba de dir, el contracte s'articula sobre la base del risc operacional, d'acord amb el que estableix la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrer, relativa a l'adjudicació dels contractes de concessió (art. 5.1).⁵⁴ Així, el contracte s'executa a risc i perill del concessionari adjudicatari, que, addicionalment, assumeix el risc operacional de la concessió (art. 14.4 LCSP):

El dret d'explotació de les obres [...] ha d'implicar la transferència al concessionari d'un risc operacional en l'explotació de les obres esmentades que abracci el risc de demanda o el de subministrament, o tots dos. S'entén per *risc de demanda* el que es deu a la demanda real de les obres o serveis objecte del contracte, i per *risc de subministrament* el relatiu al subministrament de les obres o serveis objecte del contracte, en particular el risc que la prestació dels serveis no s'ajusti a la demanda. Es considera que el concessionari assumeix un risc operacional quan no estigui garantit que, en condicions normals de funcionament, aquest pugui recuperar les inversions efectuades ni cobrir els costos en què hagi incorregut com a conseqüència de l'explotació de les obres que siguin objecte de la concessió. La part dels riscos transferits al concessionari ha de suposar una exposició real a les incerteses del mercat que impliqui que qualsevol pèrdua potencial estimada en què incorri el concessionari no és merament nominal o menyspreable.

No es tracta, per tant, d'un contracte d'obres o serveis ordinaris, ja que el concessionari assumeix el risc derivat de l'execució de l'obra pública i de l'explotació en *proporció substancial*. La concessió ja no es defineix només per la forma de remuneració del contractista, sinó que s'exigeix expressament que aquest assumeixi el risc operacional (Huego, 2017, p. 32). El concessionari realitza els treballs de gestió vinculats a l'explotació, però l'Administració no el retribueix econòmicament, sinó que cobra a través de les rendes de lloguer que abonen els usuaris; tanmateix, es pot donar el cas que l'Administració vulgui assumir parcialment el cost d'explotació per disminuir el preu que paga l'usuari (preu social).

Quant a la durada, aquesta és lògicament més prolongada que el simple contracte d'obra, però no pot excedir el temps que requereixi l'amortització de les inversions –i es pot prorrogar a tal fi, per restablir l'equilibri econòmic del contracte (art. 270.3 LCSP)–, i, en tot cas, dels 40 anys (art. 29.6 LCSP). Finalitzat el termini de la concessió, o bé si es produeix la seva resolució, el servei reverteix a l'Administració, i el contractista ha de lliurar les obres i les instal·lacions a què estigui obligat d'acord amb el contracte i en l'estat de conservació i funcionament adequats (art. 291.1 LCSP).

La construcció i l'explotació econòmica de l'obra edificatòria –bé immoble d'interès públic creat per l'activitat del concessionari– en règim de concessió possibiliten la cessió de sòl de titularitat pública. El concessionari d'obra pública és implícitament titular d'un dret de superfície o d'una concessió demanial que li permet construir i explotar

efecte l'Acord del Govern d'11 de desembre de 2018.

54 Segons la Directiva:

Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro.

Vegeu l'Informe 9/2016, d'1 de desembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, que analitza el concepte de risc operacional en relació amb els contractes de concessió i altres categories contractuals (risc de subministrament i risc de demanda).

els habitatges, esdevinguts en suport instrumental de l'activitat.⁵⁵ Entre els drets que se li reconeixen, hi figura el de poder instar davant l'Administració la incoació de procediments de desnonament, si fos necessari (art. 257 LCSP). Per la seva banda, l'Administració pot segrestar o intervenir la concessió (art. 263 LCSP).⁵⁶

3.2 La concessió demanial per a la promoció i l'explotació d'allotjament dotacional de lloguer en sòls dotacionals públics

La promoció del lloguer assequible mitjançant la col·laboració entre l'Administració i la iniciativa privada també es pot realitzar sobre sòl de domini públic, obtingut per expropiació o cessió obligatòria i gratuïta per destinar-lo a un ús o servei públic.⁵⁷ Aquest ús privatiu sobre béns inalienables, inembargables i imprescriptibles s'ha d'instrumentalitzar mitjançant una concessió administrativa en benefici de l'empresa adjudicatària, que és qui cobrarà les rendes dels arrendataris. Certament, la retribució de l'adjudicatari de la concessió no consisteix en un preu abonat per l'Administració, sinó en el rendiment derivat de l'activitat particular d'explotació econòmica del bé demanial, rendiment que, fins a l'aprovació del Reial decret llei 26/2020, de 7 de juliol, meritava el cobrament d'un cànon o tribut a favor de l'Administració. Un exemple és el Pla Vive implementat per la Comunitat de Madrid per a la construcció, l'explotació, el manteniment i la conservació de 25.000 habitatges en règim de lloguer sobre sòl demanial sobre la base d'un model de concessió administrativa de caràcter contractual que garanteix el lloguer assequible per un període de 50 anys, moment en què els habitatges revertiran a l'Administració.⁵⁸ Així mateix, es pot citar l'exemple de Catalunya, que va crear un sistema urbanístic aliè a la tríada clàssica (comunicacions, espais lliures i equipaments de titularitat pública) que no generava cessió gratuïta de sòl, el sistema d'habitatges dotacionals públics, el qual es va integrar, mitjançant el Decret llei 17/2019, de 23 de desembre, de mesures urgents per millorar l'accés a l'habitatge, en el sistema d'equipaments comunitaris, amb la nova denominació d'*equipament comunitari d'allotjament dotacional*.⁵⁹ Aquests equipaments esdevenen una tipologia més adaptable a les necessitats de residència temporal de col·lectius diversos (ja sigui per raó de dificultats d'emancipació, de requeriments d'acolliment o assistència sanitària o social, de feina o estudi, o d'afectació per una actuació urbanística) i poden gestionar-se en règim d'ús compartit amb altres usuaris de tots els elements, o una part d'aquests, de l'allotjament o en règim d'ús privatiu d'un habitatge complet. Els municipis que estan obligats a fer reserves per a la construcció d'habitatges protegits també n'hauran de fer per al sistema urbanístic d'equipaments comunitaris d'allotjament dotacional de titularitat pública, d'acord amb la memòria social. En aplicació de la legislació urbanística, els ajuntaments poden obtenir sòl de titularitat privada destinat a aquest sistema per cessió obligatòria i gratuïta, per expropiació o per cessió onerosa acordada amb el propietari, a canvi, en aquest darrer cas, de la constitució d'una

55 L'article 91.4 de l'LPAP, que té caràcter bàsic, disposa que no serà necessari obtenir autoritzacions i concessions que habilitin per a l'ocupació de béns demanials requerits per l'execució del contracte si el mateix contracte habilita per a la seva ocupació. Vegeu, per tots, el dictàmens 278/2020 i 404/2020, de 7 de juliol i 24 de setembre de 2020, respectivament, de la Comissió Jurídica Assessora de la Comunitat de Madrid. S'afirma que:

El concesionario de obra pública tiene derecho a la utilización privativa de los bienes demaniales precisos para ejecutar la concesión y que dicha concesión supone que ostente, durante el plazo de la misma, un derecho real que le otorga los mismos derechos y obligaciones que corresponden al propietario. En resumen, el concesionario de obra pública, lo es también implícitamente de una 'concesión demanial' por aplicación de lo dispuesto –con carácter de legislación básica– por el artículo 91.4 de la LPAP. En la misma consideración jurídica sexta se verifica un análisis del artículo 18 del texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre –TRLRUR–, del que resulta que las viviendas ejecutadas en suelo dotacional público y, por lo tanto, demaniales, puedan ser objeto de arrendamiento.

56 El plec de clàusules economicoadministratives pot preveure la imposició de penalitats, i també regula multes coercitives en cas que el concessionari persisteixi en l'incompliment de les seves obligacions. Vegeu l'article 192 LCSP.

57 La concessió demanial es regeix per les disposicions de caràcter bàsic de l'LPAP, l'LBRL i el text refós de les disposicions vigents en matèria de règim local, aprovat pel Reial decret legislatiu 781/1986, de 18 d'abril, així com per la normativa autonòmica de règim local i de patrimoni. Les concessions demanials resten excloses de l'àmbit d'aplicació de l'LCSP, llevat dels casos en què se'n faci una remissió expressa en els plecs de clàusules contractuals (art. 9.1 LCSP).

58 Vegeu el Decret 84/2020, de 7 d'octubre, del Consell de Govern, pel qual es regula el procediment d'assignació i ús d'habitatges construïts a l'empara de concessió demanial en sòls de xarxes municipals. Els dictàmens abans esmentats (278/2020 i 404/2020) van concloure que la figura jurídica aplicable no era la concessió demanial, sinó la concessió d'obra pública, si bé en el darrer dictamen es justificava l'aplicació de la concessió demanial per la cobertura legal que li oferia l'article 31 del Reial decret llei 26/2020, de 7 de juliol, ja esmentat.

59 En tot cas, convé distingir el sòl demanial afectat a sistema urbanístic dels sòls de cessió reservats a la construcció d'habitatge protegit i del conjunt de sòls que formen part dels patrimonis públics de sòl i habitatge que, tot i ser de titularitat pública, són sòls qualificats pel planejament urbanístic com a zona (sòls de naturalesa patrimonial) i no com a sistema. Vegeu, per totes, l'STS d'1 d'octubre de 2003 (Rec. 7253/1999, ECLI:ES:TS:2003:5901), que rebutja la constitució d'un dret de superfície sobre un bé de domini públic.

concessió administrativa a favor del cedent per construir i explotar els equipaments comunitaris d'allotjament dotacional.⁶⁰ La durada de la concessió demanial és d'un màxim de 75 anys, incloses les pròrrogues (art. 93.3 LPAP).

Igual que succeeix amb els sòls de naturalesa patrimonial (patrimonis públics de sòl, *ex art.* 17.3 LDH), l'atorgament de les concessions demaniales s'efectua en règim de concurrència, si bé quan l'adquirent sigui una administració o una entitat que formi part del sector públic o bé una entitat sense ànim de lucre declarada d'utilitat pública se'n pot acordar l'adjudicació directa, possibilitat que s'amplia a un supòsit que pot tenir aplicació en el camp de les polítiques d'habitatge, com és que l'immoble resulti necessari per acomplir una funció de servei públic o la realització d'un fi d'interès general per una persona diferent de les anteriors (art. 93.1 i 137.4 LPAP), la qual cosa obre la porta a l'adjudicació directa en benefici de personificacions societàries amb fins lucratius.

Una qüestió que, com s'ha avançat respecte del Pla Vive, ha generat una certa polèmica doctrinal i jurisprudencial ha estat la determinació del règim aplicable a l'explotació per tercers de sòls demaniales, en el sentit de si resultava aplicable la legislació de contractes (concessió d'obra o servei) o la de patrimoni (concessió demanial). La jurisprudència i la doctrina de les juntes consultives de contractació han considerat que, per tal de concloure si el negoci jurídic és un contracte administratiu o una concessió demanial, cal atènyer-se *ad casum* a la finalitat pública perseguida per l'Administració per determinar si el que preval és l'obtenció d'una finalitat o un interès públic en el servei que es presta (contracte) o bé l'interès privat de la instal·lació d'un negoci o una activitat que requereixi l'ocupació privativa del domini públic en benefici de l'adjudicatari que ocupa l'espai cedit (concessió administrativa de domini públic). Aquesta postura ha estat necessàriament matisada per raó de l'aprovació del ja citat Reial decret llei 26/2020, de 7 de juliol, de mesures per fer front a la pandèmia, que modifica el règim de les concessions demaniales i els drets de superfície en admetre explícitament “[la] concessió demanial que tenga por finalidad la promoción del alquiler asequible o social constituido como consecuencia de la colaboración entre Administraciones Públicas y la iniciativa privada” (art. 13). Resulta interessant portar a col·lació, com a expressiva d'aquesta modificació de la doctrina consultiva, la Resolució núm. 104/2021, del Tribunal Administratiu de Contractació Pública de la Comunitat de Madrid, de 4 de març de 2021, en què s'afirma que:

Cuando se plantea la utilización de los bienes demaniales hay que tener presente que si la actividad a realizar en el inmueble de dominio público pudiera considerarse como prestación de servicios por la finalidad pública que persigan, más que como utilización privativa de un bien de la Administración, entonces habría que utilizar el régimen contractual. [...]

Por lo expuesto consideramos que, independientemente de la denominación que se le dé al negocio jurídico a licitar, en el presente caso la concesión demanial convocada es subsumible en un contrato de concesión de obras en el sentido regulado en el artículo 14 de la LCSP al tener por objeto la construcción de una obra y su explotación en régimen de alquiler recayendo sobre el concesionario el riesgo operacional de la misma [...]. En consecuencia y conforme a lo expuesto, tratándose en este caso de promover una obra pública –construcción de viviendas públicas o de integración social– destinada a un servicio público en sentido amplio equivalente a competencia administrativa (en este caso competencia en materia de vivienda), se considera que no es aplicable la figura la de concesión demanial y sí la de la concesión de obra pública.

Tanmateix, s'admet que aquestes operacions també es puguin articular mitjançant una concessió demanial, i conclou que:

Este Tribunal, si bien considera que las especialidades en materia de vivienda previstas por el citado RDL 26/2020 no son contrarias ni incompatibles con la procedente tramitación del negocio jurídico a celebrar mediante contrato de concesión de obras regulado en la LCSP, igualmente observa la habilitación abierta a que también se pueda efectuar como concesión demanial.

⁶⁰ Articles 3, 17 i 18 de l'LDH. Malgrat que l'article 18.3 d'aquesta Llei permet constituir un dret de superfície sobre sòl que forma part del sistema d'equipament comunitari d'allotjaments dotacionals, convé destacar que la legislació de patrimoni no preveu aquesta possibilitat, ans al contrari, estableix que l'ús privatiu de béns demaniales se subjecta a concessió administrativa (art. 78 del Reglament de béns de les entitats locals, aprovat per Reial decret 1372/1986, de 13 de juny). Resulta difícil admetre aquesta possibilitat en la mesura que els béns demaniales són inalienables i la constitució d'un dret de superfície, en tant que dret real limitatiu del domini, suposa, ni que sigui parcialment, una transmissió que afecta les facultats dominicals de l'administració titular del sòl, com seria el cas de l'*ius aedificandi* que es traspasa al superficiari.

La virtualitat de la concessió demanial per a la construcció i la gestió d'habitatge protegit en un sòl qualificat de sistema d'habitatge dotacional és admesa també pel Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (Resolució núm. 262/2022, de 25 d'octubre de 2022). El Tribunal parteix de la doctrina segons la qual en la concessió demanial preval l'interès privat de construir habitatges en un bé demanial mitjançant la seva utilització privativa en benefici de l'adjudicatària que l'ocupa, i considera que els contractes patrimonials, i les concessions demanials en particular, encara que procurin l'obtenció d'una rendibilitat econòmica, no són aliens a l'existència i la persecució d'un interès públic, en tant que és una característica inherent de l'Administració pública (resolucions 311/2021 i 95/2021):

De la lectura dels plecs i les actuacions que els acompanyen, no s'aprecia, pròpiament, la delimitació d'un negoci jurídic típic o nominat en la LCSP contra cap retribució a càrrec de l'entitat contractant, atès que la constitució de la concessió demanial queda justificada tant per la pròpia rendibilitat social derivada de l'actuació a desenvolupar, que afavorirà uns sectors que es troben allunyats del mercat de lloguer lliure, com pel fet que la promoció d'habitatges queda delimitada dins de les competències municipals. Per contra, en les condicions de la licitació impugnada, s'observa tot un conjunt de determinacions pròpies de les condicions generals d'ús dels béns demanials que estableix la normativa patrimonial aplicable, per a les finalitats que els són pròpies de construcció i dotació d'habitatge protegit, i que comporten una utilització privativa i aprofitament especial del domini públic que, com a tal i per les característiques dels habitatges, resten subjectes a les condicions tècniques d'edificació i construcció marcades per l'Ajuntament en els plecs. Així, la finalitat de la concessió definida en el plec és la pròpia i específica del destí dels béns objecte de cessió i aquesta finalitat d'interès públic no es pot confondre ni ha de significar necessàriament un contracte públic subjecte a la LCSP –com tampoc el fet que la seva publicitat s'instrumenti a través del perfil de contractant de l'Ajuntament (per totes, les resolucions 95/2021 d'aquest Tribunal i 603/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales)–, sinó que es tracta d'una regulació de l'ús de l'espai públic per a la construcció i dotació d'habitatge protegit, susceptible d'explotació econòmica privada.

4 La col·laboració publicoprivada institucionalitzada: aliança amb vocació de permanència

Com s'ha dit, la UE ha determinat que la concertació publicoprivada es pot instrumentar en termes contractuals o institucionals. Segons el Llibre Verd de 2004, la segona comporta articular la cooperació d'ambdós sectors en el si d'una entitat diferent, amb dues possibles variants: ja sigui mitjançant la creació d'una entitat en la qual participen conjuntament o bé a través de la presa de control d'una empresa pública per part del sector privat (Bernal, 2010, p. 104). L'opció és diversa (societats mercantils d'economia mixta, consorcis, cooperatives, etc.). La finalitat, beneficiar-se de l'experiència i els coneixements tècnics i de gestió del soci privat i repartir l'esforç financer, sense perdre el control sobre el servei de la seva titularitat, tot i que, com s'ha dit, la presa de decisions és conjunta, atesa la participació d'ambdós socis en el capital i en els òrgans de direcció de la societat.

Les societats mercantils locals de caràcter mixt constituïdes per empreses de capital públic i soci privat han esdevingut una solució alternativa a la prestació directa de serveis públics per part de les societats de capital íntegrament públic. La seva constitució es pot produir mitjançant adquisició per part de l'ajuntament de participacions o accions de societats ja constituïdes, en proporció suficient per compartir la gestió social; mitjançant la fundació d'una nova societat amb intervenció de l'ajuntament i aportació dels capitals privats –bé per subscripció pública d'accions, bé per concurs d'iniciatives–, i per conveni amb una societat existent.

Aquestes societats s'han regulat tradicionalment en la normativa local com una modalitat de gestió indirecta de serveis a escala local (art. 102 i següents del Decret de 17 de juny de 1955, pel qual s'aprova el Reglament de serveis de les corporacions locals, i art. 85.2.b de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local), i han desenvolupat en el passat una tasca rellevant en l'execució del planejament urbanístic i la construcció d'habitatge protegit,⁶¹ especialment arran de l'aprovació del Reial decret 1169/1978, de 2 de maig, sobre creació de societats urbanístiques per l'Estat, els organismes autònoms i les corporacions locals, de conformitat amb l'article 115 del text refós de la Llei de sòl de 1976. Tanmateix, factors com la manca

61 En relació amb la construcció d'habitatge protegit per part de societats municipals de naturalesa mixta, vegeu, per totes, l'STS de 26 de febrer de 2002 (rec. 3050/1996, ECLI:ES:TS:2002:1347).

d'una legislació clara en matèria de col·laboració publicoprivada institucional i les restriccions imposades per la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local, han frenat la inversió privada i han impedit la seva expansió. Cal assenyalar també que no són un model perfecte, per tal com se n'ha posat en relleu el seu "funcionament opac en el passat" (Gifreu, 2018, p. 13).

Les societats mixtes també són objecte de l'espai juridicocontractual quan l'execució de la prestació s'ha de qualificar de contracte públic.⁶² La disposició addicional 22a de l'LCSP preveu la possibilitat que les administracions i altres poders adjudicadors atorguin determinats contractes públics sense licitació prèvia a societats d'economia mixta en els quals tinguin participació majoritària, en disposar que:

1. Les concessions d'obres i de serveis es poden adjudicar directament a una societat d'economia mixta en la qual concorri majoritàriament capital públic amb capital privat, sempre que l'elecció del soci privat s'hagi fet de conformitat amb les normes que estableix aquesta Llei per a l'adjudicació del contracte l'execució del qual en constitueixi l'objecte, i sempre que no s'introdueixin modificacions en l'objecte i les condicions del contracte que es van tenir en compte en seleccionar el soci privat.⁶³

Així doncs, en el cas que un ajuntament vulgui constituir una societat d'economia mixta per construir i explotar habitatge de lloguer dins el seu municipi, se l'eximeix de tramitar un doble procediment de licitació: la selecció de soci o socis privats i la selecció d'adjudicatari. Segons Alemany (2019b, p. 113-114), aquesta manca de licitació en la contractació, contrària als articles 43 i 49 CE i als principis d'igualtat de tracte i no-discriminació, es podria salvar si, en la selecció del soci privat, s'exigeix que els candidats demostrin tant la seva capacitat per convertir-se en accionistes com la capacitat tècnica per prestar el servei i els avantatges econòmics i d'altre tipus que comporta la seva oferta:

En la medida en que los criterios de selección del socio privado no se basen únicamente en el capital que aporta, sino también en su capacidad técnica y en las características de su oferta en cuanto a las prestaciones específicas que debe realizar, y en la medida en que se encomiende a dicho socio, como ocurre en el litigio principal, la explotación del servicio de que se trate y, por lo tanto, la gestión del mismo, cabe considerar que la selección del concesionario es un resultado indirecto de la selección del socio privado, decidida al término de un procedimiento respetuoso con los principios del Derecho comunitario.

En qualsevol cas, l'adjudicació directa ho és per a un contracte concret, però no per als possibles contractes futurs, de forma genèrica i indeterminada (Informe 2/2012, d'1 de febrer, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó).

A Catalunya, despunten dues accions de col·laboració publicoprivada institucionalitzada. La més veterana i primera a Espanya és SBD Lloguer Social S.A., constituïda l'any 2004 i vinculada territorialment al municipi de Sabadell.⁶⁴ La més recent, Habitatge Metròpolis Barcelona S.A., ha iniciat la seva activitat el 2021 i comprèn un territori més extens, el de l'àrea metropolitana de Barcelona. En aquests àmbits territorials existeixen promotors públics vinculats a les respectives administracions, però s'ha considerat oportú donar un impuls a la promoció diversificant les actuacions a través de la constitució d'aquestes empreses mixtes. En ambdues societats, encara que amb significatives variacions en el model de direcció, existeix una discrecionalitat compartida que depassa les simples relacions contractuals. Pel que fa a la societat Habitatge Metròpolis

62 Vegeu, al respecte, les sentències del Tribunal de Justícia de la UE de 10 de setembre de 2009 (Assumpte C-573/07, Sea Srl. Commune di Ponte Nossia) i de 15 d'octubre de 2009 (Assumpte C-196/08, Acoset SpA vs. Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa i altres).

63 Vegeu, en termes similars, l'article 28.3 de l'LCSP i, amb una regulació més flexible, l'article 69 del Reial decret llei 36/2020, de 30 de desembre, pel qual s'aproven mesures urgents per a la modernització de l'Administració pública i per a l'execució del Pla de Recuperació, Transformació i Resiliència, que preveu els requisits exigibles per a l'adjudicació directa del contracte per part d'administracions i poders adjudicadors no administracions públiques (PANAP) en funció de si el contracte està subjecte o no a regulació harmonitzada.

64 Aquesta societat està participada per l'Ajuntament de Sabadell en un 40 % (mitjançant l'empresa pública municipal VIMUSA, que aporta el sòl i construeix els habitatges), l'empresa privada CEVASA en un 40 % (responsable de la gestió –lloguer– dels habitatges i del seu manteniment) i Caixa de Sabadell en un 20% (mitjançant PROVASA, que finança l'operació).

Barcelona,⁶⁵ en un primer moment es va licitar la incorporació d'un soci privat, procediment que van superar quatre empreses constructores, i posteriorment es va dur a terme un procés de negociació, de manera que finalment es va formalitzar l'adjudicació final. L'aportació inicial del soci privat (NiCrent Residencial) ha estat de 12 milions d'euros, la mateixa quantitat aportada pel soci públic. La previsió de la societat és construir 4.500 habitatges protegits de lloguer, la meitat a la ciutat de Barcelona i l'altra meitat a la resta de l'àrea metropolitana.⁶⁶

5 Reflexions finals

Les dificultats per accedir a un préstec per comprar un habitatge i l'escalada continuada dels preus del lloguer n'impossibiliten l'accés a un gran nombre de persones. La promoció d'habitatge, especialment d'habitatge destinat a lloguer social o assequible amb algun tipus de protecció oficial, és el gran repte pendent de les administracions públiques i del mateix sector privat. El dèficit estructural més preocupant es produeix en relació amb el volum del parc públic d'habitatge a Espanya (2,5 %), una xifra molt allunyada de la mitjana europea i insuficient per atendre la demanda actual. Amb la crisi de 2008, la promoció privada –i també la pública– va quedar reduïda a la mínima expressió. L'enfonsament de la seva activitat, i uns pèssims resultats, va provocar la desaparició de multitud d'empreses i organitzacions. La protecció oficial, en altre temps refugi de l'activitat constructora residencial, no va actuar aquesta vegada de salvavides del sector. La manca d'habitatge s'ha volgut cobrir amb altres estratègies (mobilització d'habitatges buits, dret de tanteig i retracte, programes de cessió d'habitatges de grans tenidors i particulars, fórmules alternatives d'accés –cessió d'ús, tinençes intermèdies,⁶⁷ cooperatives–, etc.), però a ningú se li escapa que cal promoure nova oferta d'habitatge protegit, majoritàriament en règim de lloguer, ja sigui per als segments de població amb capacitat econòmica insuficient per accedir a un habitatge en el mercat lliure (habitatge assequible en sentit estricte), ja sigui per als més vulnerables (habitatge social).

Després de més d'una dècada en què la promoció d'habitatge protegit a Espanya ha estat irrisòria i en què s'han hagut d'implementar –i mantenir en el temps– mesures de salvaguarda de les persones i les unitats familiars afectades per la crisi,⁶⁸ l'aprovació dels Fons de Recuperació i Resiliència és vista com una oportunitat de relançar la promoció d'habitatge protegit i de recuperar les xifres anteriors a la crisi. I aquest impuls es vol articular mitjançant el recurs a la fórmula de la col·laboració publicoprivada. En aquest sentit, la component

65 Societat d'economia mixta impulsada per l'Ajuntament de Barcelona i focalitzada en la promoció d'habitatge de lloguer assequible (amb qualificació permanent, per tal d'evitar-ne la desprotecció). Està participada en un 50 % per capital públic (25 % aportat per l'Ajuntament de Barcelona i 25 % per l'Àrea Metropolitana de Barcelona) i en un 50 % per capital privat. El Consell d'Administració està format per nou membres: quatre nomenats per l'accionista públic i quatre pel privat, més un conseller independent nomenat per unanimitat.

66 Actualment, s'estan promovent actuacions a Sant Boi de Llobregat (110 habitatges), Montgat (130 habitatges) i Sant Adrià de Besòs (112 habitatges). La societat treballa també en la redacció dels projectes executius per posar en marxa quatre promocions als districtes de Sants-Montjuïc i Sant Andreu de la ciutat de Barcelona, amb un total de 338 habitatges de lloguer a preu assequible, que s'adjudicaran d'acord amb els criteris del Registre de sol·licitants d'habitatge protegit de Barcelona. Les promocions es construïran en sòls de titularitat municipal que han estat cedits en dret de superfície per un període de 75 anys.

67 Vegeu els articles 54 del Decret català 75/2014, de 27 de maig, del Pla per al dret a l'habitatge, i 547-1 a 547-10 i 556-1 a 556-12 de la Llei 19/2015, de 29 de juliol, per la qual s'incorpora el règim de la propietat temporal i la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. El dret de propietat temporal confereix al seu titular el domini de l'habitatge durant un termini concret, vençut el qual aquest domini fa trànsit al titular successiu. Aquest règim de tinença intermèdia ha estat fomentat per la Generalitat per facilitar l'adquisició per part d'ajuntaments i entitats del tercer sector d'habitatges destinats a fins socials, que són adquirits en l'exercici dels drets de tanteig i retracte i respecte dels quals es constitueix una propietat temporal de 75 anys, amb cessió a l'Agència de l'Habitatge de Catalunya de la titularitat successiva. Al seu torn, la propietat compartida s'inspira, entre d'altres experiències, en la *shared ownership - new build home buy* de Londres. Aquest règim de tinença funciona com un híbrid de compra i lloguer –amb similituds amb l'arrendament amb opció de compra– adreçat a aquells col·lectius que no tenen suficient capacitat econòmica per assumir de cop la compra d'un habitatge. Es caracteritza per la coexistència de dos titulars diferents: el propietari material (que ha adquirit inicialment una quota de domini –la qual pot incrementar gradualment fins a adquirir-ne la plena propietat– i té la possessió i el gaudi de l'habitatge) i el propietari formal, que és el titular de la quota restant i rep una contraprestació dinerària en concepte d'ús d'aquesta, mentre el propietari material no adquireixi la totalitat de les quotes.

68 El Reial decret llei 6/2020, de 10 de març, pel qual s'adopten determinades mesures urgents en l'àmbit econòmic i per a la protecció de la salut pública, estableix que encara, que ha transcorregut un llarg període de temps des de l'aprovació de la Llei 1/2013, per la qual es van suspendre els llançaments sobre habitatges habituals de col·lectius especialment vulnerables, provinents de la crisi financera i immobiliària, considera d'“extraordinària necessitat des del punt de vista econòmic, social i conjuntural ampliar el termini de suspensió dels llançaments quatre anys més, fins a maig de l'any 2024”.

2 del Pla de Recuperació, Transformació i Resiliència estableix que, amb l'impuls de promocions d'habitatge de lloguer, s'aspira no tan sols a solucionar el dèficit estructural d'habitatges socials, sinó també, en paral·lel, a “implicar el sector empresarial en l'increment de l'oferta d'habitatge en lloguer a preu limitat en aquelles localitzacions amb demanda acreditada”. Els elevats ajuts que estableix aquest programa (fins a 700 €/m² útil) podrien fer pensar en errors pretèrits, però cal destacar que el Reial decret 853/2021, de 5 d'octubre, pel qual es regulen els programes d'ajut en matèria de rehabilitació residencial i habitatge social del Pla de Recuperació, Transformació i Resiliència, imposa diferències importants que haurien d'evitar ensopegar amb la mateixa pedra. Singularitats com el fet que el sòl hagi de ser sempre públic, que la totalitat dels habitatges s'hagin de destinar a lloguer o cessió d'ús, i que es limiti no només el preu del lloguer, sinó també els ingressos dels possibles beneficiaris, en marquen les diferències més notables. Segurament, l'exigència d'un mínim de 50 anys de lloguer social o assequible pot resultar insuficient, però cal destacar que les convocatòries d'algunes comunitats autònomes ja han fixat el caràcter permanent i indefinit del règim de la protecció oficial en lloguer dels habitatges que es financin amb aquest programa.

Són evidents les dificultats de les administracions públiques per impulsar polítiques d'estímul de la promoció, pròpia o d'actors aliens, a causa de la falta de recursos econòmics. Malgrat això, diferents administracions estan impulsant iniciatives de col·laboració públic-públic o publicoprivada per pal·liar aquest dèficit, i, si bé resulten encara excepcionals, existeixen experiències de col·laboració publicoprivada per a la promoció d'habitatge assequible amb la vocació d'una governança híbrida, permanent en el temps, com les societats de capital mixt en les quals els participants, públics i privats, assumeixen els possibles beneficis però també els possibles costos i riscos de la seva activitat. Però la col·laboració també s'ha portat al terreny del dret urbanístic i de la contractació, com a fórmules de compartició del risc. No s'ha pogut tractar en aquest treball per manca d'espai, però experiències com el *cohousing* i les propietats temporals i compartides també són bons exemples d'aquesta interacció entre sector públic i sector privat. En aquest sentit, s'han posat en marxa altres mecanismes de foment de la promoció d'habitatge amb una dimensió menys centrada en l'ajuda econòmica i més en l'estímul a la promoció de nous règims de tinença, on la col·laboració publicoprivada té un important protagonisme, en especial les cooperatives. A Catalunya, per exemple, a aquesta línia se li intenta donar un renovat impuls mitjançant el Decret llei 50/2020, de 9 de desembre, de mesures urgents per estimular la promoció d'habitatge amb protecció oficial i de noves mesures d'allotjament en règim de lloguer, que busca impulsar la construcció de nous tipus d'allotjaments amb espais comuns complementaris. La finalitat de la norma és fixar una base legal per incrementar la promoció, per part d'empreses o cooperatives o òrgans similars, d'edificis residencials que responguin al model de *cohousing* o *coliving*, especialment pensats per a la població jove o la població més gran, en relació amb el qual existeixen algunes experiències d'èxit en diversos països de la Unió Europea.

Si bé la rendibilitat d'explotar habitatge protegit en règim de lloguer es produeix a llarg termini, les rendes generades són un nínxol d'activitat més segur que la venda d'habitatge. El *built to rent* es col·loca com un sector emergent en el mercat de l'habitatge, sobretot tenint en compte la direcció que han emprès les polítiques públiques d'habitatge, centrades en la rehabilitació i la construcció d'obra nova amb destinació a lloguer, de manera que el sector pot aprofitar les iniciatives de les administracions adreçades a fomentar la col·laboració publicoprivada en un marc de forts ajuts públics. Tradicionalment, les promotores i les constructores s'han ocupat de produir habitatges i vendre'ls immediatament, però en un món on cada vegada hi ha més mobilitat laboral i una gran demanda de lloguer la tendència creixent del sector passa per reconvertir-se i centrar la seva activitat en la promoció i la construcció d'habitatge destinat al mercat de lloguer i en la gestió immobiliària professionalitzada dins d'aquest subsector. Segurament caldria diversificar esforços i la col·laboració publicoprivada s'hauria de centrar en la producció d'habitatge assequible per accedir al mercat, mentre les administracions ho han de fer en l'habitatge propi de les polítiques socials *stricto sensu* (això és, per als sectors més vulnerables).

Finalment, per tal que aquesta col·laboració sigui més àgil i efectiva, cal incidir en la simplificació de tràmits, especialment pel que fa a l'exigència de documentació i la tramitació de llicències, així com en la necessitat d'incrementar les partides pressupostàries relatives a les polítiques d'habitatge a fi de reforçar –i mantenir actius a llarg termini– els instruments de suport financer que han de permetre arribar a una xifra de parc protegit que atengui les necessitats de la població. Les bondats de la col·laboració publicoprivada són evidents, però a fi que compleixi adequadament la seva funció social es fa necessari ajustar la fiscalitat (IVA, impost de

societats), com s'ha vist amb el dret de superfície –o la concessió demanial–, i repensar si és idoni que les rendes de lloguer segueixin costejant el patrimoni públic revertit o bé si l'Administració se n'ha de fer càrrec o cal buscar altres fonts de finançament. També cal obrir un debat sobre si l'interès general i la millora de les condicions de vida de les famílies més desfavorides s'acompleix més adequadament amb polítiques de lloguer o de compravenda o amb fórmules mixtes, perquè no s'ha d'obviar que moltes famílies recorren al lloguer per la simple raó que no tenen capacitat econòmica suficient per accedir a un habitatge en propietat. Podria resultar un debat estèril en altres condicions, però adquireix sentit en el moment en què el règim jurídic de protecció pública de l'habitatge esdevé permanent⁶⁹ i s'elimina el component especulatiu que tradicionalment ha acompanyat les desqualificacions d'habitatge.

6 Referències

- Aguilar Villanueva, Luis F. (2020). *Democracia, gobernabilidad y gobernanza*. Instituto Nacional Electoral, 25.
- Alemany Garcías, Juan. (2019a). *El contrato de concesión de servicios. Un estudio jurídico*. Iustel.
- Alemany Garcías, Juan. (2019b). Los encargos a sociedades mixtas en la actual Ley de Contratos del Sector Público. *Revista de Estudios de la Administración Local*, 12, 111-125.
- Aguirre Font, Josep Maria. (2019). La reserva d'habitatge de protecció pública en sòl urbà consolidat: el cas de Barcelona. *Revista Jurídica de Catalunya*, 1, 101-122.
- Alsina Brugués, Victoria, i González de Molina, Eduardo. (2019). La colaboración público-privada como vector de innovación: casos de éxito en España. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 3, 122-139.
- Associació de Promotors Constructors d'Edificis de Barcelona i Foment del Treball Nacional. (2022). *L'habitatge i la seva importància econòmica i social*. Barcelona.
- Banc Mundial. (2020). *Public-private partnerships for investment and delivery of affordable housing in emerging market economies*.
- Barandiaran, Xabier. (2021). Gobernanza colaborativa para la innovación pública y social: el caso de Gipuzkoa, País Vasco. *European Public & Social Innovation Review*, 6(2), 78-96.
- Bernal Blay, Miguel Ángel. (2010). La colaboración público-privada institucional. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 37, 93-138.
- Brunete de la Llave, María Teresa. (2010a). El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (I). Configuración y actuaciones preparatorias del contrato de CPP. *Contratación Administrativa Práctica*, 96, 32-51.
- Brunete de la Llave, María Teresa. (2010b). El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (II). Selección del socio privado y condiciones del contrato. *Contratación Administrativa Práctica*, 97, 39-57.
- Carlón Ruiz, Matilde. (2008). El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 140, 653-684.
- Cerrillo i Martínez, Agustí. (2019). [Reptes i oportunitats de l'ús de la intel·ligència artificial a les administracions públiques](#). *Oikonomics. Revista d'Economia, Empresa i Societat*, 12.
- Comissió Europea. (2004). *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*. Documentos COM, ISSN 0257-9545, 327, 1-24.

69 Mentre subsisteixi el règim urbanístic del sòl i l'habitatge hagi estat promogut en sòl destinat pel pla a habitatge de protecció o en sòl dotacional públic. Com s'ha dit, en altres tipus de sòl la qualificació serà temporal –limitada a un determinat període de temps comptabilitzat a partir de la qualificació definitiva de l'habitatge.

- Conde, Begoña, i Bengoa, Rafael. (2015). El Estado relacional. De la teoría a la práctica. *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, 155, 128-143.
- Cottam, Hillary. (2019). *Radical help: How we can remake the relationships between us and revolutionise the welfare state*. Virago.
- Gifreu Font, Judith. (2012a). Els reptes dels governs locals i la política local d'habitatge. Perspectives de futur dels patrimonis municipals de sòl i habitatge. Dins *Governos locals i polítiques d'habitatge. Balanç i reptes (juny 2012)* (p. 1-8). Observatori Local d'Habitatge, Diputació de Barcelona.
- Gifreu i Font, Judith. (2012b). *L'ordenació urbanística a Catalunya*. Marcial Pons.
- Gifreu Font, Judith. (2018). Pròleg. Dins Juan Alemany Garcías, *La colaboración público-privada institucionalizada en el ámbito urbanístico local* (p. 11-19). Reus Editorial.
- Gifreu Font, Judith. (2019). [La integración de medidas de eficiencia energética en el sector de la edificación en España a la vista de los objetivos de la UE para los horizontes 2020-2030. El district heating and cooling](#). *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 10(1).
- Gifreu Font, Judith. (2021). Vivienda: nuevos avances en materia de rehabilitación energética, autoconsumo y pobreza energética. Dins Gerardo García-Álvarez García, Jesús Jordano Fraga, Blanca Lozano Cutanda y Alba Nogueira López (coord.), *Observatorio de políticas ambientales 2021* (p. 949-997). CIEDA-CIEMAT.
- Gifreu Font, Judith. (2022a). Vivienda: una oportunidad extraordinaria para impulsar la transición energética del parque inmobiliario residencial merced al instrumento de recuperación Next Generation EU. Dins Gerardo García-Álvarez García, Jesús Jordano Fraga, Blanca Lozano Cutanda y Alba Nogueira López (coord.), *Observatorio de políticas ambientales 2022* (p. 811-852). CIEDA-CIEMAT.
- Gifreu i Font, Judith. (2022b). La gestió de la qualitat a l'Administració local. Dins Judith Gifreu i Font i Josep Ramon Fuentes Gasó (dir.), *Règim jurídic dels governs locals de Catalunya* (2a ed. ampliada). Tirant lo Blanc.
- García Montalvo, José, Raya, Josep Maria, i Sala, Carles. (2022). *Col·laboració público-privada en el mercat de l'habitatge a Catalunya*. Càtedra APCE-UPF *Habitatge i futur*, 2.
- González García, Julio V. (2010). *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte*. Marcial Pons.
- Hellman, Joel S., Jones, Geraint, i Kaufmann, Daniel. (2000). Seize the State, Seize the Day: State Capture, Corruption and Influence in Transition. *Policy Reserarch Working Paper*, 2444, 1-10.
- Hernando Rydings, María. (2012). *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*. Civitas.
- Huergo Lora, Alejandro. (2017). El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. *Documentación Administrativa*, 4, 31-51.
- López Mora, María Eugenia. (2021). Las formas de colaboración público-privada del Real Decreto-ley 36/2020 para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y resiliencia: los PERTE y la sociedad de economía mixta. *Contratación Administrativa Práctica*, 172, 40-56.
- López Ramón, Fernando. (2020). *Las vinculaciones singulares*. Atelier.
- Mazzucato, Mariana. (2014). *The Entrepreneurial State*. Anthem Press.
- McGuire, Michael. (2006). Collaborative Public Management: Assessing What We Know and How We Know It. *Public Administration Review*, 66(1), 33-43.

- Mendoza, Xavier, i Vernis, Alfred. (2008). El Estado relacional y la transformación de las administraciones públicas. Dins Francisco Longo i Tamiko Ysa (ed.), *Los escenarios de la gestión pública del siglo XXI* (p. 37-62). Generalitat de Catalunya.
- Muñoz, Donato. (2022). Vivienda protegida en alquiler: la carga fiscal en la colaboración público-privada. *Finançar i promoure el parc d'habitatge assequible metropolità*. Observatori DESC.
- Observatori Metropolità de l'Habitatge de Barcelona, Observatori DESC i Institut d'Estudis Regionals i Metropolitans de Barcelona. (2022). *El parc d'habitatge protegit a la metròpoli de Barcelona: estoc existent i la seva evolució*. O-HLCol.
- Osborne, Stephen P. (ed.). (2010). *New public governance*. Routledge.
- Osborne, Stephen P., Radnor, Zoe, i Nasi, Greta. (2013). A new theory for public service management? *American Review of Public Administration*, 43, 135-158.
- Picazo-Ruiz, Francisca. (2021). Porcentajes de reserva de suelo para vivienda de protección pública. *Ciudad y Territorio* (vol. LIII, monogràfic, p. 217-238).
- Ponce Solé, Juli. (2020). La reserva para vivienda de protección oficial en suelo urbano consolidado en Barcelona. Nuevas perspectivas en las relaciones entre derecho urbanístico y derecho a la vivienda. Dins Natalia Paleo Mosquera (ed.), *Políticas y Derecho a la vivienda. Gente sin casa y casas sin gente* (p. 377-439). Tirant lo Blanch.
- Porto Rey, Enrique. (2001). Técnicas urbanísticas que pueden facilitar la promoción de viviendas de protección pública. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 185, 83-109.
- Ramió Matas, Carles. (2016). Una Administración pública de futuro sostenible económicamente e innovadora en el contexto de la globalización. *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, 3(2), 103-122.
- Ridao i Martín, Joan. (2014). La colaboración entre el sector público y el sector privado en proyectos complejos de infraestructuras y servicios públicos. Una revisión crítica del marco legal en España. *Revista Española de Ciencia Política*, 34, 89-117.
- Sorensen, Eva, i Torfing, Jacob. (2011). Enhancing collaborative innovation in the public sector. *Administration & Society*, 43, 842-868.
- Torfing, Jacob, Sorensen, Eva, i Roiseland, Asbjorn. (2019). Transforming the public sector into an arena for co-creation: Barriers, drivers, benefits, and ways forward. *Administration & Society*, 51(5), 795-825.
- Trilla Bellart, Carme, i Bosch Meda, Jordi. (2018). *El parque público y protegido de viviendas en España: un análisis desde el contexto europeo*. Document de treball 197/2018. Fundació Alternativas.