

## MECANISMOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA LA PROVISIÓN Y LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA DE VIVIENDA ASEQUIBLE: UN JUEGO DE SUMA POSITIVA\*

Judith Gifreu i Font\*\*

### Resumen

La colaboración público-privada en la promoción y construcción de vivienda sometida a algún régimen de protección pública resulta ser una fórmula idónea para lograr los retos derivados de la persistencia crónica de falta de vivienda para cubrir la demanda existente, especialmente en relación con los grupos sociales más vulnerables. La necesidad de incrementar la oferta, muy especialmente en régimen de alquiler asequible, ha hecho que las administraciones públicas implementaran diversas estrategias con esta finalidad, como la movilización de viviendas vacías, los programas de cesiones de grandes tenedores, el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, etc. No obstante, y a pesar del éxito de estas iniciativas, la medida estrella tiene que ser necesariamente la promoción de vivienda –nueva o rehabilitada– para garantizar un incremento acelerado y mantenido del parque residencial protegido. Pero las administraciones no pueden hacerlo solas. Esta colaboración, que se integra dentro del patrón de la gobernanza colaborativa, constituye una fórmula *win-win* a través de la cual las partes implicadas aúnan esfuerzos en beneficio común con el fin último de lograr la satisfacción del interés general. Las manifestaciones de esta colaboración son diversas y las más relevantes (configuración de una estructura institucionalizada, constitución de un derecho de superficie o de una concesión demanial, contratación pública, etc.) son objeto de análisis en este trabajo.

Palabras clave: colaboración público-privada; vivienda; derecho de superficie; contrato de concesión de obra; sociedades de economía 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.*

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de investigación de la Universitat Rovira i Virgili *Territorio, Ciutadania y Sostenibilidad*, reconocido como grupo de investigación consolidado y que cuenta con el apoyo del Departamento de Investigación y Universidades de la Generalitat de Catalunya (2021 SGR 00162).

\*\* Judith Gifreu i Font, profesora titular de Derecho Administrativo en la Universidad Autónoma de Barcelona. Facultad de Derecho, Edificio B2, c. de la Vall Moronta, s/n 08193 Bellaterra (Cerdanyola del Vallès). [Judith.Gifreu@uab.cat](mailto:Judith.Gifreu@uab.cat), [@GifreuJudith](https://www.instagram.com/GifreuJudith). [0000-0002-6893-3590](https://orcid.org/0000-0002-6893-3590).

Artículo recibido el 13.04.2023. Evaluación ciega: 05.05.2023 y 18.05.2023. Fecha de aceptación de la versión final: 22.05.2023.

**Citación recomendada:** Gifreu i Font, Judith. (2023). Mecanismos de colaboración público-privada para la provisión y la explotación económica de vivienda asequible: un juego de suma positiva. *Revista Catalana de Dret Públic*, 66, 56-85. <https://doi.org/10.58992/rcdp.i66.2023.3998>

## Sumario

- 1 El impulso de la colaboración público-privada en el ámbito de las políticas públicas de vivienda
- 2 Instrumentos urbanísticos para incrementar el parque residencial protegido
  - 2.1 La provisión de vivienda protegida en la legislación urbanística
  - 2.2 La versatilidad del derecho de superficie como instrumento de política urbanística para movilizar suelo de titularidad pública y ampliar el parque de vivienda asequible
    - 2.2.1 La constitución del derecho de superficie sobre suelo y edificaciones
    - 2.2.2 Las cargas fiscales: ¿un impeditivo para la plena operatividad del derecho de superficie?
- 3 La contratación pública y la concesión demanial como vías para materializar la colaboración público-privada
  - 3.1 El contrato de concesión de obra pública
  - 3.2 La concesión demanial para la promoción y explotación de alojamiento dotacional de alquiler en suelos dotacionales públicos
- 4 La colaboración público-privada institucionalizada: alianza con vocación de permanencia
- 5 Reflexiones finales
- 6 Referencias

## 1 El impulso de la colaboración público-privada en el ámbito de las políticas públicas de vivienda

La crisis de las democracias liberales y del estado del bienestar ha favorecido la aparición de nuevos modelos de gestión pública que han superado mitos instaurados en el imaginario colectivo, reorientando las formas de relación entre los *antagónicos* sectores público y privado hacia una colaboración proactiva y, progresivamente, de mayor calidad. Corrientes como la Nueva Gestión Pública, basada en la introducción de técnicas gerenciales y de mecanismos de mercado para mejorar la eficiencia y eficacia del sector público<sup>1</sup> han sido arrumbadas en favor de una visión orientada a la *gestión pública colaborativa* (McGuire, 2006) y la interrelación con otras organizaciones. La tradicional contraposición Estado versus sector privado, en la que el segundo –innovador, dinámico y competitivo– compensaba el papel más estático, burocrático y mínimamente intervencionista –solo en caso de disfunciones en el mercado– el primero, es sustituida por la nueva percepción de un Estado emprendedor, proactivo e innovador que asume riesgos y crea mercado y que fomenta un ecosistema simbiótico funcional entre ambas partes (Mazzucato, 2014). Paralelamente, crece la concienciación social hacia problemas como la sanidad, la educación o la vivienda; y, con ella, el activismo social y el tercer sector adoptan mayor visibilidad. También el sector empresarial interioriza estos cambios, acogiendo el concepto de responsabilidad social corporativa en sus actuaciones. Los cambios sociales y económicos producidos en los últimos años y que han afectado especialmente a las políticas sociales conducen a la búsqueda de nuevos patrones de actuación para superar la clásica dicotomía entre mayor burocracia o mayor mercado y reorientar la intervención social hacia la reconstrucción de los vínculos y las redes relacionales entre las personas (Cottam, 2019). El Estado relacional ofrece una base para abordar los retos actuales mediante un nuevo reparto de tareas y responsabilidades entre Estado, mercado y sociedad civil que se fundamenta en la implicación y colaboración activa de la sociedad (sector empresarial, tercer sector...) y en la constatación de la falta de autosuficiencia de las administraciones para proveer servicios. Frente a la separación radical entre Estado y sociedad, el establecimiento de entramados relacionales y la promoción de nuevas estructuras colaborativas redefinen los modelos de organización de tal manera que los servicios ya no son gestionados exclusivamente por las políticas protectoras del Estado, sino que concurren otras formas de relación que involucran al ciudadano, el cual asume un rol más activo, y al sector empresarial privado, que muestra una voluntad creciente de integrar la responsabilidad corporativa y el compromiso con la comunidad, preocupado por “la legitimación de su actuación en el ámbito social y por su función en la cimentación del bien común” (Conde y Bengoa, 2015, pp. 134-137). La corresponsabilidad obedece a esta lógica relacional propia de un modelo de gobernanza de nueva generación, sobre la base de que plantear la relación entre Estado y sociedad en estos términos comporta sustituir la desconfianza propia del estado del bienestar por una actitud decidida de diálogo y cooperación (Mendoza y Vernis, 2008, p. 52).

A pesar de no tratarse de una experiencia de nuevo cuño, la colaboración público-privada<sup>2</sup> en la promoción y construcción –con o sin explotación posterior por parte de la iniciativa privada– de las diversas modalidades de vivienda portegida o asequible (promoción para la venta, *built to rent*, sistema cooperativo, etc.) emerge con fuerza a raíz de la respuesta reactiva de las instituciones europeas a la crisis derivada de la covid-19 –que, en nuestro país, se sumaba a los estragos sociales y económicos provocados por el estallido de la burbuja inmobiliaria, en 2008–<sup>3</sup> como una fórmula idónea para lograr los retos derivados de la persistencia crónica

1 La privatización y externalización de servicios ha sido uno de los puntos débiles de esta corriente, lo que ha llevado a algún autor a referirse a la “privatización del Estado” o, en términos más duros, a la “captura del Estado” (Hellman, Jones y Kaufmann, 2000) en alusión a la excesiva influencia, directa e indirecta, del mercado sobre la actuación pública.

2 A los efectos de este trabajo, debemos hacer un par de precisiones. En primer lugar, que la mención al sector privado incluye, asimismo, a pesar de sus diferencias organizativas y de gestión con el sector empresarial, al tercer sector social (fundaciones, asociaciones, cooperativas y otras organizaciones privadas sin ánimo de lucro). Y, en segundo lugar, que el concepto “vivienda asequible” se emplea aquí para referirse a las viviendas construidas o rehabilitadas en condiciones que las hagan asequibles por las familias con dificultades para acceder al mercado. Hay que resaltar que los últimos planes de vivienda estatales han ido sustituyendo el adjetivo “protegido” por el de “asequible” y que, en esta mutación, tiene mucho que ver el giro que han dado las políticas de vivienda, al priorizar la vivienda en régimen de alquiler (alquiler asequible) y la rehabilitación edificatoria, visible ya en el Plan estatal 2009-2012 y mucho más explícito en los planes subsiguientes. Más concretamente, en la terminología contenida en la Ley estatal 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda (LDV) –que introduce una taxonomía de vivienda de protección oficial–, la vivienda asequible de este trabajo se identifica con la vivienda social y con la vivienda de protección oficial de precio limitado sobre suelo de titularidad pública (art. 3.º LDV).

3 Dentro de los Fondos Next Generation destaca el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, con un total de 723.800 millones de euros, repartidos entre préstamos y subvenciones. España aprobó su Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia como exigencia previa para la recepción de los fondos europeos que le corresponden. Entre los 10 ejes de actuación que forman parte del

del problema de la vivienda.<sup>4</sup> Las herramientas instrumentales para hacerla operativa no son de nueva factura, puesto que se contienen en el ordenamiento jurídico español desde hace décadas, especialmente en la normativa de régimen local. Son diversos los estudios que demuestran las ventajas de profundizar en los mecanismos de colaboración entre el sector público y el sector privado en la medida en que, con esta convergencia de intereses diversos (tradicionalmente representados por el interés público, el primero, y el beneficio empresarial, el segundo), en beneficio mutuo, se consigue crear nuevo valor público, encarnado en la mejora en la gestión y eficiencia de los servicios públicos.<sup>5</sup> Aun así, no existe en la literatura jurídica una definición que pueda involucrar las diferentes fórmulas susceptibles de canalizar esta colaboración en la producción de servicios,<sup>6</sup> que puede adoptar un carácter puntual o ser más estable y que puede ir desde la configuración institucionalizada de *partenariado multiactoral* –con la creación de nuevas estructuras organizativas–, la *externalización de servicios públicos* –donde la titularidad del servicio permanece en la Administración y la gestión se encomienda a un privado–, la *constitución de un derecho de superficie* –donde convive una doble propiedad, separada en función del objeto–, *proyectos estratégicos*,<sup>7</sup> *acuerdos o convenios de cogestión o de cesión de la gestión*, etc. En términos omnicomprendivos de las diferentes manifestaciones de esta colaboración, se puede afirmar que la colaboración público-privada se integra dentro del patrón de la *gobernanza colaborativa*, en la cual la participación de la ciudadanía y otros agentes sociales y empresariales en los asuntos públicos se ve incrementada;<sup>8</sup> y, más particularmente, en la que todas las partes implicadas (ya sean solo actores políticos –colaboración multinivel– o actores públicos y privados) trabajan conjuntamente para definir objetivos y comparten decisiones y riesgos operacionales (como podrían ser, en el caso que se analiza, los riesgos de construcción, la capacidad económica de los arrendatarios, la gestión operativa, etc.).<sup>9</sup> La “perspectiva policéntrica” de la gobernanza colaborativa se justifica en el hecho de que la acción de gobierno de las administraciones públicas se ve incapacitada para atender el conjunto de cuestiones que se enmarcan en sus funciones y competencias, de tal manera que los asuntos públicos dejan de ser responsabilidad exclusiva de las instituciones y se convierten en un espacio de interacción entre actores públicos y privados (Barandiaran, 2021, p. 82). Esta gobernanza se asienta en el trabajo en red para la mejora de los servicios, las características distintivas de la cual son la composición plural de los actores participantes; su interdependencia para poder realizar los objetivos de interés público; la definición de las formas y niveles de colaboración y corresponsabilidad; el compromiso de compartir los recursos, costes y riesgos que implica el logro de los objetivos; las normas de interacción que los miembros de la red seguirán en el diálogo, la negociación y el acuerdo sobre las decisiones que hay que tomar, y las normas para la toma de

---

Plan se encuentra la Agenda Urbana y Rural, que se concreta, entre otros componentes, en un Plan de rehabilitación de vivienda –centrada esencialmente en cuestiones de eficiencia energética– y regeneración urbana, que incluye la creación de un programa de vivienda social en alquiler de 10.000 millones de euros. En relación con las políticas de la UE en materia de eficiencia energética en viviendas, *vid.* Gifreu (2019, 2021, 2022a). En el marco del Plan también se prevé la aprobación de una ley estatal de vivienda (materializada en la reciente Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda) y la implementación de la Agenda Urbana Española, en relación con la cual se prevé la regulación de las políticas de vivienda como servicio público de interés general (en estos mismos términos se definen en el art. 4 LDV). *Vid.* el Real Decreto 853/2021, de 5 de octubre, por el cual se regulan los programas de ayudas en materia de rehabilitación residencial y vivienda social del Plan precitado.

4 La LDV apuesta palmariamente por las fórmulas de colaboración público-privada para la provisión de vivienda asequible. *Vid.* el Preámbulo y los artículos 2.j), 24.2.e) y 25 LDV.

5 *Vid.* Gifreu (2022b).

6 *Vid.* las definiciones de la Comisión Europea (2004) y del Banco Mundial (2020) sobre la colaboración público-privada.

7 El Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, recoge una nueva figura de colaboración público-privada: el Proyecto Estratégico para la Recuperación y Transformación Económica (PERTE), que se considera clave para la ejecución de este Plan; por su parte, la Orden HFP/168/2022, de 7 de marzo, regula el funcionamiento y estructura del Registro estatal de las entidades interesadas en los PERTE. Para un estudio detallado de esta figura, *vid.* López Mora (2021). La condición de PERTE se reconoce a aquellos proyectos de carácter estratégico con gran capacidad para impulsar el crecimiento económico, la ocupación y la competitividad de la economía española. El Consejo de Ministros ha aprobado varios PERTE (energías renovables, industria naval, digitalización del ciclo del agua, etc.) pero, de momento, ninguno en materia de vivienda.

8 Esta orientación de la gestión pública no se puede abstraer de conceptos como el gobierno abierto y, más recientemente, la gobernanza inteligente, con valores como la transparencia, la participación, la colaboración y la generación de nuevas tecnologías que permiten recopilar y procesar una cantidad ingente de información, necesaria para la toma de decisiones y la evaluación de las políticas públicas. Sobre la gobernanza inteligente, *vid.* Cerrillo (2019).

9 Por este motivo, la externalización de servicios no podría considerarse en puridad como una fórmula de colaboración público-privada porque la empresa adjudicataria de la gestión no basa su actuación en una toma de decisiones conjunta, sino que se sujeta a las condiciones impuestas previamente por la Administración.

decisiones y su ejecución (Aguilar, 2020, p. 112).<sup>10</sup> En suma, la colaboración público-privada se distingue de cualquier otra interacción que pueda existir entre los socios porque se articula en términos de *discrecionalidad compartida*, esto es, capacidad de codecisión en el diseño de la colaboración y aportación mutua de recursos (Alsina y González de Molina, 2019, pp. 125-126).

Este enfoque colaborativo entronca directamente con el paradigma de la Nueva Gobernanza Pública, auspiciada por la doctrina angloamericana (Osborne, 2010; Osborne et al., 2013), que se centra, igualmente, en la creación de estructuras y procesos colaborativos entre administraciones y actores sociales y privados en la formulación e implementación de las políticas públicas, bajo la coordinación de las primeras. Más recientemente, la crítica a la Nueva Gestión Pública ha estimulado la búsqueda de alternativas entre las cuales emerge la idea de que el sector público debe transformarse en un *espacio de cocreación* (y cogestión) en el cual los ciudadanos y los agentes privados participen activamente, desarrollando soluciones nuevas e innovadoras en la configuración del marco regulatorio, las políticas y los servicios públicos (Sorensen y Torfing, 2011). En este sentido, la cocreación complementa y sustituye a las formas tradicionales de concebir y ejercer la gobernanza y la gestión públicas y, por lo tanto, puede impulsar la producción de valor público mediante el fortalecimiento de la participación democrática, la producción de soluciones públicas más eficientes y eficaces y la mejora de la cohesión social y la resiliencia local (Torfing et al., 2019, p. 821).

A través de esta concertación y suma de esfuerzos, las administraciones apoderan a la iniciativa privada, que no queda relegada al mero papel de ejecutora de políticas públicas. Esto no significa que el liderazgo sea compartido, dado que el control y coordinación de la actividad, en cuanto que se mueve en la esfera de las competencias públicas, tiene que ser asumido por las administraciones. La búsqueda de la eficiencia económica en la gestión y la priorización de criterios de mercado por parte del socio privado forma parte de su ADN, pero no debe condicionar el precio ni la calidad del servicio. El elemento esencial, en todo caso, es que con esta colaboración se persigue una finalidad de interés público.

El cambio de paradigma que, en el ámbito de la vivienda, ha comportado la apuesta por la construcción de vivienda de alquiler en detrimento de las políticas tradicionales –que implicaban la construcción y posterior venta inmediata del producto resultante, la vivienda– ha llevado a un nuevo escenario en el que se prevé el incremento progresivo y no disruptivo del parque residencial protegido, mayoritariamente público, que requerirá un gran esfuerzo de gestión y de mantenimiento. La colaboración público-privada, ya sea intermediando fórmulas contractuales o patrimoniales, ya sea a través de sociedades mercantiles, entidades sin ánimo de lucro u otras fórmulas organizativas, constituye un mecanismo más ágil y flexible de gestión y supone un mejor uso de los recursos públicos disponibles. La promoción, construcción y explotación posterior del parque de viviendas de protección representa un reto de creciente complejidad que la Administración no puede asumir en exclusiva si pretende cubrir todas las necesidades existentes. Factores como el ahorro de recursos por ambas partes, la demostrada capacidad del sector de la construcción e inmobiliario para abordar una actividad que conoce sobradamente, la oportunidad de participar en actuaciones urbanísticas y de vivienda que suponen una buena oportunidad de negocio, la transferencia de conocimiento y *know-how* y la compartición de riesgos son algunas de las razones de peso para trabajar conjuntamente en esta gestión compartida y crear sinergias que pueden contribuir a la innovación y la transformación social en este ámbito.

## 2 Instrumentos urbanísticos para incrementar el parque residencial protegido

### 2.1 La provisión de vivienda protegida en la legislación urbanística

El acceso a la vivienda es una aspiración inaccesible para amplios segmentos de población con ingresos familiares limitados o en situación de vulnerabilidad, debido a la práctica inexistencia de un parque asequible y social.<sup>11</sup> De ahí la necesidad de ampliar el parque de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, ya sea de titularidad pública o privada, con priorización del régimen de alquiler y de la calificación permanente, para

<sup>10</sup> Según Ramió, las principales competencias de las administraciones públicas en el ámbito local serán la prestación de servicios públicos en red con la colaboración de organizaciones privadas, con o sin ánimo de lucro (Ramió, 2016, p. 120).

<sup>11</sup> España dispone de un parque de vivienda social del 2,5 %, muy alejado de las cifras de países como Países Bajos (30 %), Austria (24 %), Dinamarca (20,9 %) o Francia (16,8 %) (García Montalvo et al., 2022, p. 6).

mantener una dinámica ascendente de crecimiento de este parque. En este orden de cosas, resulta fundamental que el esfuerzo que supone la financiación y construcción de un parque protegido no se pierda por mor de una regulación inadecuada. Para evitar la “fuga” de viviendas en origen protegidas –sujetas a limitaciones temporales en el precio de venta, normalmente 30 años desde la calificación definitiva–, legislaciones como la vasca (arts. 8 y 9 del Decreto 315/2002, de 30 de diciembre, sobre régimen de viviendas de protección oficial y medidas financieras en materia de vivienda y suelo, y 29.1 de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda) y la catalana (art. 79 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda, LDH), así como la Ley estatal 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda [art. 16.1.d) LDV], prevén –como un instrumento de política de vivienda– la duración permanente del régimen de protección pública de las viviendas, que se vincula indisolublemente con la calificación urbanística del suelo. La calificación permanente afecta a las viviendas que se construyan en suelos destinados por el planeamiento a la reserva de vivienda de protección oficial y en suelos que formen parte de los patrimonios públicos de suelo y de vivienda.<sup>12</sup> En el resto de casos, este régimen de protección pública es temporal y se condiciona, entre otros aspectos, al hecho de haber contado con incentivos económicos para la promoción de las viviendas, entre los que se incluye la cesión gratuita del suelo o del vuelo, o su venta por un precio inferior a su valor. Dicha previsión asegura la pervivencia de la vivienda en este régimen<sup>13</sup> y garantiza que no se desvirtúen los principios de eficacia y eficiencia en el gasto público, a la par que evita el enriquecimiento especulativo de quien la adquirió a un precio topado legalmente.

Las políticas urbanísticas han estado tradicionalmente desconectadas de las políticas de vivienda, pero la constatación, a inicios de este siglo, de que la escasez de vivienda protegida se había convertido en un problema social de dimensión creciente que rebasaba el ámbito doméstico de las modestas políticas de vivienda de los primeros años de la democracia –restringidas a actividades de fomento– hizo que muchas comunidades autónomas introdujeran medidas urbanísticas para hacer crecer el parque residencial protegido, como paso previo para la aprobación de sus propias leyes de vivienda.<sup>14</sup> Esto no significa que la pretérita legislación de urbanismo no contemplara medidas para regularizar el mercado de suelo y de vivienda. Las primeras leyes estatales regularon mecanismos intervencionistas como la clasificación y calificación del suelo, la constitución de patrimonios públicos de suelo y de vivienda,<sup>15</sup> la habilitación legal al planeamiento para calificar terrenos para la construcción de vivienda protegida –en respuesta a una jurisprudencia contraria a considerar que los planes podían calificar suelo con este destino–, la expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad, el derecho de superficie y la sujeción a regímenes de venta o sustitución forzosa, entre los más destacados. Aun así, ninguna de estas figuras ha conseguido contener los precios del suelo y, por ende, de las viviendas,<sup>16</sup> a pesar de que, en la

---

12 Ningún fundamento jurídico se contiene en el hecho de que, en un suelo calificado por el planeamiento urbanístico como uso de vivienda de protección oficial, se construyan viviendas que tiempo después puedan escaparse de este régimen, a pesar de mantenerse la calificación urbanística del suelo. Se podrían aplicar aquí por analogía los principios propios de los derechos reales (*superficie solo cedit y accesorium sequitur principale*) para explicar que el régimen administrativo de la vivienda (accesorio) debe ceder ante el régimen urbanístico aplicable al suelo (principal). En este sentido, Porto considera que la descalificación de una vivienda protegida construida sobre un suelo con esta calificación debe considerarse en situación de fuera de ordenación (Porto, 2001, pp. 97-98).

13 La descalificación es una de las causas que explican el bajo porcentaje de vivienda protegida existente en España. Según Trilla y Bosch (2018, p. 22), del total de 12.583.692 viviendas principales construidas en España entre 1940 y 2011, el 53 % (6.653.510) se construyeron bajo un régimen de protección pública, y constatan que un 80 % de las familias que han accedido a una vivienda hasta el año 1991 y un 70 % hasta el 2001 lo han hecho mediante una vivienda protegida.

14 La pionera fue la LDH, que reconoce la provisión de viviendas destinadas a políticas sociales como servicio de interés general (art. 4).

15 Los patrimonios públicos de suelo son uno de los instrumentos de intervención administrativa más relevantes para incidir en el mercado inmobiliario. Se regulan por primera vez en la legislación de expropiación forzosa de 1879 y, posteriormente, en el Estatuto Municipal de 1924 y en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955, donde se hace un tratamiento más exhaustivo de la figura. En el ámbito urbanístico, es la Ley de Suelo de 1956 la que los establece, con la finalidad, entre otras, de destinarlos a la construcción de vivienda. Las leyes estatales posteriores incidieron en este objetivo al prever que los terrenos integrados en estos patrimonios quedaban primordialmente vinculados a la construcción de viviendas de protección oficial o a otras finalidades de interés social. A raíz de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas, el destino prioritario de los patrimonios públicos de suelo es la provisión de vivienda protegida. En cualquier caso, se trata de un patrimonio separado del patrimonio ordinario de la entidad local, que queda afectado al cumplimiento de las finalidades legalmente establecidas (para todas, STS de 7 de noviembre de 2005, Rec. 7053/2002, ECLI: ES:TS:2005:6802). *Id.* Gifreu (2012a).

16 El precio del suelo viene determinado por el precio final del producto, por cuanto los promotores acostumbran a restar del precio de venta potencial los costes de construcción, promoción y financiación (valor residual del suelo). Hay que decir que en el fracaso de las políticas públicas de intervención en el mercado inmobiliario han pesado más los condicionantes económicos que un mayor o menor acierto en la regulación urbanística. Como se ha advertido (Gifreu, 2012b, p. 668) “Por la parte pública, se puede hablar de un uso impropio de algún instrumento de intervención de gran potencial, como por ejemplo los patrimonios públicos de suelo y de vivienda, empleados para auxiliar la siempre comprometida situación financiera de las administraciones; por la parte privada, de una práctica persistente de retención indefinida y gestión especulativa de suelo.” En el mismo sentido de considerar que los bienes de estos

denominada década prodigiosa (1997-2006), y en un contexto normativo y económico muy favorable, se produjera un incremento intensivo de la actividad urbanística acompañada de un *boom* inmobiliario sin precedentes que, paradójicamente, generó una espiral inflacionista, alimentada por las expectativas de revalorización de los bienes inmuebles.<sup>17</sup> La percepción de la vivienda como un valor refugio para inversionistas incrementó considerablemente la demanda de ésta –y su precio–, que desbordó las posibilidades de la oferta, expulsando del mercado no solo a los colectivos con menos recursos sino también a las clases medias, una situación que se ha agudizado a raíz de la crisis financiera de 2008 y, en menor medida, con la pandemia de la covid-19. Ante escenarios de carencia de vivienda asequible, las diversas leyes urbanísticas se han afanado en pergeñar un entramado de medidas que impulsara la creación de esta tipología en sus diversas modalidades, en coordinación con la normativa de vivienda. Se pueden destacar, entre otras, el establecimiento de medidas de concertación interadministrativa; el reforzamiento del planeamiento urbanístico a fin de facilitar la programación de políticas supramunicipales de suelo y de vivienda para garantizar la solidaridad intermunicipal; el diseño de actuaciones estratégicas de interés supramunicipal para generar nuevas áreas residenciales con una alta presencia de vivienda de protección oficial (por ejemplo, las áreas residenciales estratégicas); el establecimiento de un derecho de tanteo y retracto sobre suelo y edificios de viviendas; la simplificación de los procesos de urbanización y edificación; la aplicación de medidas para movilizar el suelo inactivo;<sup>18</sup> la creación de un sistema urbanístico específico para cubrir la falta de vivienda (sistema de vivienda dotacional pública); la introducción de una memoria social en el conjunto documental del plan, y, muy especialmente, la fijación de una reserva de suelo residencial para la construcción de viviendas de protección pública. Esta reserva ha resultado ser, al menos sobre el papel, la “joya de la corona” de las técnicas urbanísticas focalizadas en la provisión de vivienda asequible: por un lado, porque supone un valiente paso adelante frente a la voluntariedad edificatoria del promotor –casi siempre condicionada a la obtención de beneficios económicos (exenciones fiscales, subvenciones, préstamos cualificados...); por otro lado, porque aboga por la construcción de espacios urbanos justos e inclusivos, respetuosos con los principios de cohesión e integración social, e intenta poner fin al patrón estigmatizado de concentración segregada en barrios periféricos que ha acompañado desde los inicios del siglo XX a las viviendas destinadas a las clases más modestas, en toda su tipología evolutiva (casas baratas, económicas, bonificables, de renta económica o limitada, de protección oficial, etc.). Para garantizar una oferta mínima de suelo para vivienda asequible, algunas comunidades autónomas, como Navarra, País Vasco, Madrid, Castilla y León o Cataluña,<sup>19</sup> establecieron que el planeamiento podría calificar suelo para el uso específico de vivienda de protección pública, una medida posteriormente incorporada a la legislación estatal –que ya contaba con precedentes al respecto en los textos refundidos de 1976 y 1992–, con carácter general y básico, mediante la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo. El legislador estatal, único competente para definir los derechos y deberes básicos de la propiedad urbana *ex artículo* 149.1 y .13 CE (STC 54/2002, de 27 de febrero) armonizó, con un tope de mínimos (reserva mínima del 30 % de la edificabilidad residencial en actuaciones de urbanización, esto es, en suelo urbano no consolidado y suelo no urbanizable),<sup>20</sup> los distintos porcentajes de reserva que coexistían en las normas urbanísticas autonómicas. Esta medida venía a cubrir la escasa virtualidad de los patrimonios municipales de suelo para destinar a la construcción de vivienda de protección oficial los terrenos residenciales con aprovechamiento urbanístico que los ayuntamientos recibían en concepto de cesión gratuita no susceptible

---

patrimonios fueron utilizados por los ayuntamientos para usos espurios tan alejados del interés social que les daba carta de naturaleza que, incluso, provocaron la aparición de una “jurisprudencia sancionadora” de la actuación municipal, *vid.* Picazo-Ruiz (2021, p. 236).

17 Entre 1997 y 2007 se iniciaron en España un total de 5.753.365 viviendas libres. A partir de aquel año se produce una caída en el número de unidades, que toca fondo en 2013 (con 29.232 viviendas), momento en el que vuelve a remontar, pero con cifras muy alejadas de los años de máxima intensidad urbanística; así, en 2022 se contabilizan 96.996 viviendas. En cuanto a las viviendas protegidas que se benefician de los planes estatales y los planes autonómicos, en este mismo periodo de 1996-2007, se otorgaron 843.208 calificaciones provisionales y 723.282 calificaciones definitivas. Se constata igualmente una tendencia a la baja a partir de este año, a pesar de ser menos acentuada que en el caso de la vivienda libre. Así, durante el periodo 2008-2012 el número de calificaciones definitivas se mantiene con diferencias sensibles (68.587; 67.904; 58.311; 58.304, y 53.332) pero después desciende de forma abrupta hasta las 4.938 en 2017. Los últimos datos, de 2022, muestran que se han concedido 10.510 calificaciones provisionales y 9.221 calificaciones definitivas (Datos obtenidos del [Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana](#). Última visita: 21.03.23).

18 Como, por ejemplo, la obligación que se impone en los municipios catalanes de más de 50.000 habitantes, así como en los comprendidos en el ámbito metropolitano de Barcelona, de subscribir, en el plazo máximo de dos años desde la entrada en vigor de la norma, un programa de actuación concertada para movilizar los patrimonios públicos de suelo y de vivienda con el fin de promover vivienda protegida de alquiler, ya sea mediante una gestión directa o indirecta.

19 Ley Foral 7/1989, con reserva del 15 % en municipios de más de 2.000 habitantes; Ley vasca 17/1994, con reservas del 20 % en suelo urbano y 65 % en suelo urbanizable; Ley madrileña 9/1995, con reserva del 50 % en suelo urbanizable en municipios con un mínimo de 25.000 habitantes; Ley castellanoleonesa 5/1999, con reservas de entre el 30 % y el 80 % en suelo urbano no consolidado y suelo urbanizable, y Ley catalana 2/2002, con reserva del 20 % en suelo urbano y urbanizable.

20 Previsión validada por las SSTC 141/2014, de 11 de septiembre, y 75/2018, de 5 de julio, que consideran que el Estado no se ha excedido en sus competencias.

de apropiación privada. En la actualidad, a raíz de la modificación que la disposición final cuarta de la LDV ha introducido en la legislación estatal de suelo, el planeamiento urbanístico general tiene que reservar, en todos los municipios –con ciertas excepciones fijadas en la normativa urbanística autonómica, vinculadas generalmente a la escasa dinámica urbanística o a la poca población–, una parte proporcionada de suelo para destinarlo a la construcción de viviendas que cuenten con algún tipo de protección pública –ya se trate de las tipologías de los programas estatales o de las concretas categorías creadas por los diversos programas autonómicos– en una proporción mínima del 40 % de la edificabilidad residencial prevista por el plan en suelo rural incluido en actuaciones de nueva urbanización (suelo urbanizable) y del 20 % en suelo urbanizado sometido a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización (suelo urbano no consolidado) [art. 20.1.b) y disposición transitoria primera del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, TRLSRU]; no obstante, ninguna alusión se hace a las actuaciones de edificación, que se ejecutan en el suelo urbano consolidado. En atención a este marco, la legislación urbanística ha circunscrito la reserva al suelo urbano no consolidado y al suelo urbanizable. En Cataluña, la medida se ha extendido también al suelo urbano consolidado,<sup>21</sup> a instancias del Ayuntamiento de Barcelona, muy afectado por el déficit de vivienda asequible, situación que tenderá a agravarse en los próximos años a causa del fenómeno de la descalificación del régimen de protección pública.<sup>22 23</sup> A esto hay que añadirle que la ciudad ha agotado prácticamente las posibilidades

21 Sin embargo, la reserva en suelo urbano consolidado ya se preveía en la normativa urbanística catalana (art. 66.4 del Decreto 305/2006 y Decreto Ley 1/2007) y de vivienda (art. 17 y disposición adicional sexta de la Ley 18/2007), a pesar de que los planeamientos generales municipales no lo habían incorporado a sus determinaciones.

22 Por edicto de 12 de diciembre de 2018, la Subcomisión de Urbanismo del municipio de Barcelona aprobó una modificación puntual del Plan General Metropolitano para incluir una reserva en suelo urbano consolidado vinculada a las actuaciones de nueva construcción y de gran rehabilitación en parcelas con un techo potencial de vivienda plurifamiliar superior a 600 m<sup>2</sup>. La medida se extendió por efecto contagio a otras poblaciones catalanas y, finalmente, fue elevada a rango legal mediante el Decreto Ley 17/2019, de 23 de diciembre, de Medidas Urgentes para Mejorar el Acceso a la Vivienda. Esta norma fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso por entender que el legislador catalán se había excedido en el uso de sus competencias. La STC 16/2021, de 28 de enero, concluye la constitucionalidad de esta medida, sin perjuicio de que su aplicación pueda legitimar una reclamación de responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico de conformidad con el artículo 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 deban 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 mismo sentido de declarar conforme a derecho esta reserva se manifiesta la STSJCat, Sala Contencioso-Administrativa, Sección Tercera, de 1 de diciembre de 2021.

La disposición final cuarta del proyecto de Ley estatal por el Derecho a la Vivienda se hizo eco de este pronunciamiento y modificó el artículo 20.1.b) del TRLSRU, en la parte que aquí interesa, en los siguientes términos: “[...] 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 obstante, esta previsión ha desaparecido de la LDV, que ha obviado prudentemente la cuestión.

La Sentencia del Tribunal Constitucional ha dejado abierta la posibilidad de que el propietario del solar o edificio afectado por la reserva pueda ser indemnizado por la vía del artículo 48 del TRLSRU, sin precisar la causa. Una posibilidad sería argumentar la existencia de una limitación o vinculación singular sobre la finca (art. 48, letra d), en la medida que podría existir una restricción de aprovechamiento y la imposibilidad de distribución equitativa en este suelo. Aun así, esta previsión requeriría un análisis profundo, que desgraciadamente no es posible abordar en estas páginas, sobre si efectivamente la reserva parcial de techo residencial para destinarlo a vivienda protegida supone una vinculación singular o, por el contrario, es una tipología de uso que forma parte de la calificación urbanística establecida por el plan y, por lo tanto, no lesiona el contenido esencial del derecho; supuesto este último que no daría lugar a indemnización por formar parte, la calificación, del propio contenido de la propiedad estatutaria sobre suelo urbano consolidado, de acuerdo con la configuración legal de la función social de la propiedad –posición que parecería defender el Tribunal Constitucional en la histórica STC 61/1997 (FJ24)–. Sobre el alcance de las vinculaciones singulares que supongan una restricción de la edificabilidad o limiten los usos y sobre el rechazo al “supuesto” principio de equidistribución universal, hoy plenamente consolidado en la jurisprudencia contencioso-administrativa, *vid.* López Ramón (2020). En contra del carácter de carga urbanística limitadora del derecho de propiedad, *vid.* Ponce (2020, p. 398). Para un estudio de las posibles responsabilidades derivadas de la reserva, *vid.* Aguirre (2019, pp. 115-119).

23 Un estudio realizado en noviembre de 2022 muestra que en los próximos años se producirá una pérdida de vivienda protegida en la provincia de Barcelona debido a las descalificaciones y su traspaso al mercado libre: de las 72.501 viviendas con protección que había en 2021 en la provincia de Barcelona, solo quedarán 36.031 en 2030 y 18.830 en 2040, con una reducción del 49,7 % y 74 %, respectivamente (Observatorio Metropolitano de la Vivienda de Barcelona, Observatorio DESC y IERMB, 2022, p. 8).

de crecimiento en suelo urbanizable, con lo cual la provisión de vivienda asequible procedente de obra nueva y gran rehabilitación se fía primordialmente a esta posibilidad.<sup>24</sup>

Si bien sería interesante profundizar en todas las medidas mencionadas, la que mejor representa la concertación de intereses entre los sectores público y privado es el derecho de superficie, por cuanto la mayoría de las medidas precitadas no son ejemplos de concertación o interacción entre sectores, sino mandatos legales de obligado cumplimiento. Como instrumento de intervención en el mercado del suelo, el derecho de superficie se dirige al fomento de la construcción en suelos de naturaleza patrimonial, se integren o no dentro del patrimonio municipal de suelo y de vivienda.

## 2.2 La versatilidad del derecho de superficie como instrumento de política urbanística para movilizar suelo de titularidad pública y ampliar el parque de vivienda asequible

### 2.2.1 La constitución del derecho de superficie sobre suelo y edificaciones

Junto con los patrimonios públicos, la delimitación de áreas donde las transmisiones onerosas de terrenos y edificaciones quedan sujetos al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto y los supuestos de edificación forzosa, el derecho de superficie constituye un instrumento de intervención en el mercado de suelo y de vivienda. Se trata de una figura contemplada tradicionalmente por la normativa urbanística, pero poco aplicada en la práctica. Sin embargo, últimamente las administraciones públicas incentivan su uso con el fin de reforzar la operatividad de los patrimonios públicos de suelo y de vivienda, que no han sido capaces de cubrir las necesidades de vivienda por haberse desviado de sus finalidades institucionales.

El derecho de superficie es un derecho real regulado en los artículos 53 y 54 del TRLSRU y en los preceptos de la legislación urbanística autonómica correspondiente.<sup>25</sup> Se rige, asimismo, por su título constitutivo y, en aquello no previsto, por la legislación civil.<sup>26</sup> Este derecho real autónomo faculta al superficiario para realizar construcciones o edificaciones en la rasante, suelo y subsuelo de una finca ajena, trocando en propietario temporal de lo que ha construido o edificado, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.<sup>27</sup> Igualmente, el derecho de

---

24 La reserva en promociones de obra y rehabilitaciones a partir de 600 m<sup>2</sup> de techo no ha resultado tan efectiva como se esperaba y solo ha generado 52 viviendas portegidas desde la aprobación de la medida en 2018 (APCE-Fomento del Trabajo Nacional, 2022, p. 25).

25 Han regulado el derecho de superficie las siguientes normas urbanísticas: Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio de Andalucía (art. 131); Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón (art. 113); Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias (art. 226); Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de Urbanismo de las Islas Baleares (art. 106); Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria (art. 239); Decreto Legislativo 1/2023, de 28 febrero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha (arts. 80-82); Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León (art. 130); Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña (art. 171); Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de Ordenación Territorial y Urbanística Sostenible de Extremadura (art. 138); Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (arts. 179-181); Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra (arts. 239-241); Decreto Legislativo valenciano 1/2021, de 18 de junio, del Consejo, de aprobación del texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje (art. 105); Ley vasca 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo (arts. 128-130); Ley 13/2015, de 3 de marzo, de Ordenación Territorial y Urbanística de la Región de Murcia (art. 232), y Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja (art. 185).

26 A falta de una regulación expresa de este derecho en el Código civil –que se limita a mencionarlo en el artículo 1611 *in fine*– hay que remitirse al régimen civil foral o especial, allí donde exista. La jurisprudencia ha destacado el carácter administrativo y civil del derecho de superficie, afirmando la existencia de dos modalidades o regímenes normativos sobre el derecho de superficie en los términos siguientes:

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 Lo que diferencia al derecho de superficie de otros derechos reales como el censo enfiteútico es la existencia de dos propiedades separadas que recaen sobre objetos diferentes: la propiedad que recae sobre la finca (salvo el derecho de vuelo, donde hay una cotitularidad), que corresponde al concedente y la propiedad sobre la edificación, que constituye la propiedad superficiaria (STS, Sala Civil, de 30 de junio de 2009, Rec. 315/2004, ECLI:ES:TS:2009:5094).

superficie puede constituirse sobre construcciones o edificaciones existentes o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyéndose al superficiario la propiedad temporal. La constitución del derecho se formaliza en escritura pública, la cual debe inscribirse en el Registro de la Propiedad.<sup>28</sup> Salvo que en el título constitutivo se establezca otra cosa, este derecho es transmisible *inter vivos* y *mortis causa* y susceptible de gravamen (hipoteca, arrendamiento...).<sup>29</sup> Si las características de la construcción o edificación lo hacen posible, el superficiario puede constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno y puede transmitir y grabar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin que se exija el consentimiento previo del propietario del suelo.

El derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo convenido en el título constitutivo y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho, que, según el artículo 53.2 del TRLSRU, no podrá exceder de 99 años –con esta regulación se supera la distinción que se establecía en el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y que se hacía depender de la naturaleza jurídica del concedente: 99 años si se constituía entre particulares y 75 años si quien lo concedía era una Administración pública–, sin perjuicio de su carácter reconstituible. Transcurrido el plazo pactado se produce la reversión de lo que se ha edificado al titular del solar,<sup>30</sup> sin derecho a indemnización para el superficiario, excepto pacto en contrario. La extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración comporta también la de los derechos reales o personales concedidos por el superficiario.

La legislación urbanística establece a todos los efectos que las administraciones autonómicas, los municipios y los otros entes públicos o sus entidades instrumentales pueden constituir derechos de superficie en terrenos de su propiedad o que formen parte de los patrimonios públicos de suelo respectivos, con destino a la construcción de viviendas protegidas, preferentemente de alquiler, así como a otros usos de interés social previstos en el planeamiento urbanístico. Particularmente, la constitución del derecho habilita al superficiario para la promoción y construcción de uno o diversos edificios de viviendas, con los permisos y licencias correspondientes, y su explotación en régimen de alquiler con protección oficial (cesión en arrendamiento a los usuarios), además de la conservación y mantenimiento de las instalaciones. La concesión administrativa del derecho de superficie permite al adjudicatario disfrutar de los beneficios derivados de la legislación de viviendas de protección pública, siempre que se cumplan los requisitos que ésta establezca.

El derecho de superficie constituye una fórmula intermedia entre la promoción por la propia Administración y la venta de suelos públicos. Esta figura jurídica resulta muy ventajosa en términos de capacidad financiera para las administraciones de cara a la construcción de viviendas en régimen de protección oficial en suelo público, dado que les supone una inversión nula en los proyectos de promoción inmobiliaria y les permite, una vez finalizado el periodo pactado, recuperar la posesión del suelo con el incremento de valor derivado de la construcción que se ha realizado sobre rasante; asimismo, al tratarse de vivienda protegida, las rentas de alquiler se sujetan a las limitaciones establecidas legalmente.<sup>31</sup> También para el promotor, el recurso al derecho de superficie facilita la reducción de los costes de la promoción en la medida en que no tiene que hacer frente al precio del suelo, muy

28 A diferencia otros supuestos, como por ejemplo las declaraciones de obra nueva o los actos de segregación de fincas, la inscriptibilidad registral del derecho de superficie constituido en escritura pública no exige la obtención previa de licencia urbanística de obras ni la aportación de declaraciones o evaluaciones de impacto ambiental, que son requisitos que el superficiario tiene que cumplir para poner en funcionamiento la actividad en cuestión pero que no se tienen que confundir con los requisitos legalmente exigibles para la constitución del derecho. *Vid.* al respecto la Resolución de 21 de junio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Jerez de la Frontera núm. 2 a inscribir un derecho de superficie.

29 Los derechos de superficie pueden hipotecarse (art. 107 de la Ley Hipotecaria). Aun así, no se admiten en garantía de préstamos o créditos hipotecarios en la medida que no tienen un carácter estable o perdurable. *Vid.* el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, y la ECO 805/2003, de 27 de marzo, en relación a la valoración de inmuebles sobre los que existe un derecho de superficie. En cuanto al propietario del suelo, puede transmitir y grabar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad de que éste preste su consentimiento.

30 Sobre la posibilidad de transformar el título jurídico de utilización de la vivienda de protección oficial construida (de superficie a plena propiedad), vinculando la consolidación del pleno dominio a la calificación permanente de la vivienda, *vid.* la STS de 10 de junio de 2015 (Rec. 2451/2012, ECLI:ES:TS:2015:2833).

31 La constitución del derecho de superficie se sujeta al impuesto de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana. El sujeto pasivo es la Administración cedente, propietaria del terreno, y el devengo se produce en la fecha de otorgamiento de la escritura pública de constitución del derecho.

elevado en determinadas zonas del municipio. Aun así, la restitución del dominio de lo que ha sido edificado sin ninguna compensación o nivelación de cargas puede generar un perjuicio al superficiario, lo cual puede constituir un hándicap para la utilización más generalizada de este derecho real.<sup>32</sup>

En el ámbito urbanístico, ha sido tradicional el uso del derecho de superficie sobre solares, pero su aplicación sobre construcciones existentes para destinarlas a vivienda protegida es prácticamente inexistente por varias razones. Por un lado, a causa de la elevada inversión inicial que requieren las operaciones de gran rehabilitación y adecuación de estos inmuebles, a pesar del acceso a financiación bancaria que puede aligerar la carga de tesorería del superficiario, debido a la posibilidad legal de grabar el derecho; por otro lado, porque a menudo estos inmuebles se encuentran en la centralidad urbana, donde los precios son muy altos y, si son de titularidad privada, no compensa destinarlos a vivienda protegida si no se cuenta con ayudas públicas de cierta consideración. Por eso, la constitución de este derecho en inmuebles ubicados en zonas céntricas se reserva para actividades privadas susceptibles de generar una alta rentabilidad económica como hoteles, locales de negocio, residencias, etc. Aun así, si el inmueble es de titularidad pública, su conversión en viviendas de protección oficial mediante la constitución del derecho de superficie puede ser una buena apuesta en favor de la cohesión social y para evitar la segregación territorial de los ciudadanos por razón de su nivel de renta. Sin embargo, no se puede obviar la complejidad derivada de la gestión de los edificios de viviendas protegidas en régimen de arrendamiento, a causa de posibles litigios con arrendatarios, deterioro físico del inmueble, trámites administrativos relativos a licencias y usos urbanísticos, etc., cuestiones que pueden lastrar la constitución de un derecho de superficie sobre viviendas preexistentes si no se consigue un equilibrio económico que haga viable la operación.

Las subvenciones a fondo perdido del programa Next Generation para la construcción de viviendas en alquiler social están impulsando la figura jurídica del derecho de superficie. Este modelo, que debería erigirse como pauta principal para poder ampliar el parque público de vivienda en alquiler, cuenta con una regulación que favorece la colaboración público-privada en el ámbito local mediante este negocio jurídico patrimonial. A pesar de que la normativa urbanística establece que el derecho de superficie se puede constituir a título gratuito u oneroso –mediante el pago de un canon periódico o de un precio, o la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento sobre estos–, entre las múltiples medidas que el Estado ha dictado en el contexto de la pandemia, y con la mirada puesta en los fondos europeos de recuperación, se aprobó el Real Decreto Ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto de la covid-19 en los ámbitos de transporte y vivienda, que estableció especialidades en el derecho de superficie –y la concesión demanial– para la promoción del alquiler asequible o social mediante la colaboración entre administraciones públicas y la iniciativa privada. En estos casos, se establece que el canon a abonar a la Administración no sea preceptivo (art. 31), a pesar de que, a efectos fiscales, esta operación continúa teniendo la consideración de onerosa. Lo que se quiere garantizar con la medida es que el superficiario pueda ofrecer una renta de alquiler o de cesión de uso social, de forma que la imposición de un canon no suponga una barrera a la presentación de ofertas competitivas en los concursos convocados.<sup>33</sup>

En cuanto a su transmisión, hay que atender a lo que establece la legislación urbanística, así como a los preceptos de carácter básico de la Ley estatal 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), y a la normativa sectorial autonómica. Aquí se observa otro estímulo para recurrir a esta fórmula de colaboración público-privada, la cesión directa de suelo, a título gratuito,<sup>34</sup> o por alienación, como una excepción a la regla general de transmisión de los derechos reales por subasta o concurso público. La adjudicación directa mediante el derecho de superficie para promover la construcción de viviendas de protección pública o social se podrá hacer en favor de promotores públicos, cooperativas de viviendas y entidades de carácter benéfico y social. Así se prevé, por ejemplo, en el artículo 105 del Decreto Legislativo valenciano 1/2021, de 18 de junio, del Consejo, de aprobación

32 En realidad, la restitución del dominio de lo que ha sido edificado supone un coste adicional que repercutirá en el precio del alquiler, excepto que se estableciera el pago, por parte de la Administración beneficiaria, del valor de la construcción recibida.

33 También se regulan las especialidades de los instrumentos de colaboración interadministrativa para ampliar el parque de viviendas en régimen de alquiler asequible o social, en cuanto a la duración de estos acuerdos (máximo de 80 años) y al sistema de determinación de responsabilidad. Atendida la interdependencia entre estos acuerdos administrativos y el derecho de superficie o concesión demanial, se prevé que el título de constitución del derecho de superficie o de la concesión demanial deberá respetar lo que se disponga en el acuerdo administrativo.

34 Es discutible que se pueda afirmar que la cesión es gratuita si no hay canon, porque en cualquier caso a la Administración se le devolverá el solar –que recibió gratuitamente en concepto de cesión de la propiedad en el marco de una operación de transformación urbanística– pero con una construcción encima; esta construcción vendría a ser el precio real del derecho de superficie.

del texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje. La LDH contempla esta posibilidad para los promotores sociales homologados, condición que puede otorgarse, entre otros, a aquellos promotores que tengan por objeto la promoción de viviendas con protección construidas bajo la fórmula de derecho de superficie o de concesión administrativa (arts. 17 y 51), resultando especialmente relevante para la colaboración público-privada porque en la mayoría de los casos dichos promotores sociales homologados tienen esta naturaleza privada. Esta regulación ha propiciado, en estos últimos años, que diferentes promotores sociales hayan accedido de manera directa y gratuita a suelo público municipal para la edificación de viviendas en régimen de alquiler o de cesión de uso.

Así pues, el modelo más habitual en la práctica es que el municipio (actor público) encuentre o seleccione al superficiario (actor privado) encargado de impulsar la promoción y explotación de las viviendas, las cuales serán cedidas en régimen de uso o arrendadas a los cooperativistas o adjudicatarios (García et al., 2022, p. 15).<sup>35</sup> Hay que destacar que el modelo es imperfecto, puesto que la viabilidad de la promoción en derecho de superficie se consigue en contextos territoriales con una alta demanda; por ello, para conseguir que la construcción y gestión sea viable con unas rentas dentro de los límites previstos en los módulos de protección oficial, se hace necesario ofrecer importantes ayudas a fondo perdido para compensar las pérdidas que supone ajustarse a los topes de los módulos.

### 2.2.2 Las cargas fiscales: ¿un impeditivo para la plena operatividad del derecho de superficie?<sup>36</sup>

Cada vez es más frecuente que las administraciones opten por constituir un derecho de superficie sobre el patrimonio de suelo público para la construcción de viviendas en régimen de protección de alquiler, más aún cuando forma parte de las exigencias de la normativa estatal en ejecución de los fondos Next Generation que el suelo sea de titularidad pública. No obstante, el acceso a la vivienda en régimen de alquiler en derecho de superficie presenta una fuerte carga fiscal. El derecho de superficie devenga el impuesto de valor añadido (IVA)<sup>37</sup> y el impuesto sobre sociedades o el impuesto sobre la renta de las personas físicas, en función de si el titular de la finca es una persona jurídica (el importe del ingreso para el titular del suelo consiste en el valor actual de la construcción o edificación más el pago del canon superficiario periódico o precio) o una persona física (rendimiento del capital inmobiliario).

En este sentido, se hace necesario analizar las diferentes formas de acceso a la vivienda y los diferentes agentes que intervienen en el mercado para determinar qué fórmula puede lograr en mayor medida el objetivo de facilitar a la ciudadanía el acceso a la vivienda en óptimas condiciones económicas. Con esta finalidad, seguidamente se hace un análisis del impacto de las políticas fiscales aplicadas a los diferentes regímenes de tenencia (propiedad, arrendamiento u otros regímenes de cesión de uso, como sería el derecho de superficie) y a los agentes que intervienen, dado que pueden hacer variar sustancialmente el precio del acceso según sea la figura por la cual se opte o pueda estar disponible en función de las decisiones políticas en la materia.

La adquisición, en régimen de compraventa, de la plena propiedad de una vivienda es la fórmula tradicional de acceso. En el caso de la vivienda protegida, el precio está regulado y se forma multiplicando la superficie útil de la vivienda por el precio del módulo.<sup>38</sup> La compra del derecho de superficie de la vivienda es una fórmula incorporada recientemente como forma de acceso a la vivienda, en la que no se adquiere la plena propiedad de la vivienda, sino únicamente por el tiempo de duración del derecho de superficie, al término del cual la vivienda regresa a la propiedad del cedente. Cuando se trata de vivienda protegida, el precio tiene que ser el previsto en el módulo con un descuento de hasta el 20 %, puesto que el valor del suelo no puede exceder del 20 % del precio del módulo. Si

35 La tendencia aún predominante del acceso en propiedad ha propiciado nuevas variaciones del derecho de superficie para acceder a una vivienda. Así, la Administración pública, además de ser la titular del suelo, asume el papel de promotor, y el adjudicatario lo que adquiere es la titularidad de una vivienda en derecho de superficie por un periodo de tiempo determinado. En este supuesto, no existe colaboración público-privada, puesto que solo intervienen dos actores, al desaparecer la participación del tercero que, en la idea original, sería el titular del edificio. Aun así, se favorece la disminución del esfuerzo que supone la amortización por parte del promotor público de la construcción de las viviendas de alquiler.

36 Quiero expresar mi agradecimiento a los Sres. Donato Muñoz y Antonio Gil por su amable contribución a resolver las dudas que me ha generado la redacción de este apartado.

37 Sobre la aplicación del IVA al derecho de superficie, *vid.*, entre otras, las SSTS de 13 de abril de 2011 (Rec. 1107/2006, ECLI:ES:TS:2011:265) y 3 de mayo de 2017 (Rec. por unificación de doctrina 1575/2016, ECLI:ES:TS:2017:1677).

38 El precio máximo de venta o alquiler de una vivienda protegida viene determinado por su tipología y ubicación y difiere en función del plan de vivienda al que se acoja y del momento en el que se calificó. *Vid.*, en Cataluña, el Decreto Ley 50/2020, de 9 de diciembre de 2020, de medidas urgentes para estimular la promoción de vivienda con protección oficial y de nuevas modalidades de alojamiento en régimen de alquiler, que modifica los precios establecidos por el Decreto 75/2014, de 27 de mayo.

se opta por el alquiler, otra de las fórmulas tradicionales, el precio de la vivienda protegida también está regulado en forma de porcentaje sobre el precio del módulo. Si lo que se alquila es el derecho de superficie, se mantiene el mismo régimen de precios que en el alquiler de vivienda. Finalmente, debe mencionarse la cesión de uso de la vivienda, una figura aplicada habitualmente por las cooperativas que consiste en la cesión del uso de la vivienda propiedad de la cooperativa en favor de sus propios cooperativistas a cambio de un precio que permita cubrir los costes y gastos corrientes –básicamente los gastos de comunidad y los gastos financieros–, sin imputar los gastos de capital ni el margen de beneficios de los propietarios, puesto que los cooperativistas son, a la vez, los usuarios. En realidad, es una forma de compra colectiva, en la que existe una corresponsabilidad en el cumplimiento de los compromisos.

En cuanto a los agentes que pueden intervenir en cada una de las formas de acceso a la vivienda, se identifican los siguientes: por un lado, los promotores, que operan mediante la adquisición de suelo y la construcción de las viviendas, que posteriormente son objeto de alienación a los particulares. Estos promotores pueden ser públicos (administraciones o sociedades públicas), privados (que pueden utilizar diferentes formas jurídicas y figuras impositivas –sociedades anónimas, sociedades de inversión inmobiliaria, fondo de inversión, socimis, etc.–, si bien el tratamiento fiscal varía sensiblemente en función de la figura societaria y de si el domicilio social se sitúa dentro o fuera del territorio español) y en régimen de cooperativa (a diferencia de los promotores públicos y privados, quien asume la promoción es el conjunto de compradores finales de las viviendas, por lo cual ellos son los responsables de la calidad de las viviendas y de fijar el precio final de conformidad con la normativa de aplicación a las viviendas protegidas; en estos casos, suelen intervenir los “gestores” de cooperativas, que son los que realizan el conjunto de gestiones por cuenta de la cooperativa a cambio de una retribución). También debe tenerse en cuenta a los propietarios de las viviendas, ya sean propietarios privados que hayan promovido o comprado las viviendas destinadas a alquiler –si se trata de vivienda protegida habrá que aplicar las rentas de alquiler resultantes de la normativa vigente–, públicos (los cuales acostumbran a ser los promotores de las viviendas destinadas a alquiler, ya sea a los precios máximos previstos en la normativa o a precios sociales, en función de la política de la Administración pública propietaria; suelen beneficiarse de la cesión de suelo gratuito en los nuevos planeamientos urbanísticos de tal manera que su coste será, por este concepto, un 20 % inferior a cualquier otro tipo de propietario) o sociedades mixtas, es decir, sociedades con capital público y privado vinculadas a las políticas públicas de vivienda, que operan con las mismas limitaciones y condiciones económicas que un operador privado y, además, con las limitaciones adicionales impuestas por las administraciones públicas que forman parte del capital (en general son sociedades constituidas como fruto de un proceso de licitación pública). En cuanto a las fundaciones, operan con las mismas obligaciones de precios que cualquier otro operador, pero con un tratamiento fiscal más favorable y en el marco de sus estatutos. Finalmente, también hay que tener en cuenta a las cooperativas de propietarios y de arrendatarios. Una manera de comprar una vivienda o un derecho de superficie es hacerlo en forma colectiva, de manera que cada cooperativista, en vez de ser propietario de una vivienda, lo es de una parte del conjunto de viviendas con reconocimiento de un derecho de uso exclusivo de una vivienda. Es una forma de compra que tiende a asimilarse a un alquiler a efectos de recibir ayudas públicas destinadas a alquiler, aunque la única diferencia con la compra es que, en este caso, se hace de manera colectiva y no individual. En cuanto a las cooperativas de arrendatarios, conviene aclarar que a menudo se tiende a asimilarlas a las anteriores (cooperativas de propietarios), pero en realidad se trata de una figura diferente. En este caso, la cooperativa negocia con el propietario un precio por el alquiler de todo un edificio de viviendas, que será una fracción del precio máximo legal correspondiente. Este descuento incluirá todos los gastos que, en general, asume el propietario (mantenimiento, gestión, impagados, etc.), de manera que el conjunto de cooperativistas gestiona el edificio, tanto social como económicamente, y asume los costes del conjunto. A diferencia de la cooperativa de propietarios, no se exige ninguna entrada o pago inicial ni existen derechos acumulados para los herederos o en las transmisiones.

En adelante, se realiza un análisis comparativo entre la compra de una vivienda en plena propiedad –la opción mayoritaria hasta hace pocos años– frente a los nuevos modelos de acceso basados en el derecho de superficie, tanto en lo que se refiere a la compra como al alquiler de este derecho real. El análisis se focaliza en el coste para el ciudadano, la carga impositiva y el beneficio patrimonial para el ciudadano y para la Administración. Asimismo, debe tomarse en consideración el carácter público o privado del promotor y si el suelo sobre el cual se desarrolla la promoción es propiedad de la Administración, puesto que en los nuevos planeamientos urbanísticos de las grandes ciudades (donde se concentra el problema de acceso y los precios son más elevados) el aprovechamiento urbanístico de cesión a la Administración actuante (habitualmente, los ayuntamientos) acostumbra a concretarse

en la totalidad de la vivienda protegida de régimen general y, por lo tanto, el suelo será un coste que repercutirá en beneficio de la Administración.<sup>39</sup>

### 1- Coste de promoción

<b>Coste de promoción de una vivienda en alquiler por m<sup>2</sup> construido</b>						
Suelo público de cesión						
Concepto	Ref.	Coste real	Administración pública	Impuesto	Propiedad Coste total	Derecho superficie Coste total
Coste del suelo	21 %		300	63	363	0
Construcción	10 %	1.200		120	1.320	1.320
Licencia (bonificación 90 %)	0,05 %		1		1	1
Costes indirectos	10 %	120		25	145	145
<b>Total por m<sup>2</sup> construido</b>		<b>1.320</b>	<b>301</b>	<b>208</b>	<b>1.829</b>	<b>1.466</b>
<b>Total por m<sup>2</sup> útil</b>	<b>75 %</b>	<b>1.760</b>	<b>401</b>	<b>278</b>	<b>2.438</b>	<b>1.954</b>

Nota. Elaboración propia.

Como podemos observar, el coste de promoción por m<sup>2</sup> útil de vivienda asciende a un total de 1.760 euros, que se incrementa hasta los 1.954 euros como consecuencia de la aplicación del IVA sobre el valor de construcción y los costes indirectos en el caso del derecho de superficie. Si el promotor tiene que comprar el suelo, el coste total asciende a un total de 2.438 euros por m<sup>2</sup> útil como consecuencia de añadir a los costes anteriores el coste del suelo y el IVA asociado a este.

### 2- Coste de adquisición (compraventa de la plena propiedad y compraventa del derecho de superficie)

Una vez finalizada la construcción, se pueden plantear dos opciones: la venta de la plena propiedad de la vivienda o del derecho de superficie. En el supuesto de que la construcción se haya realizado sobre un suelo en derecho de superficie, la venta del derecho de superficie por el tiempo que medie hasta su vencimiento será la única opción.

#### 2.1- Compraventa de la vivienda en plena propiedad

Venta de una vivienda de protección oficial (régimen general)				
Precio máximo del módulo 2.459 euros/m <sup>2</sup> útil				
Concepto	Precio venta	IVA 10 %	Impuesto s/ beneficio	Total
<b>Coste por el comprador</b>	2.666	267		2.933
IVA soportado en la promoción		-278		-278
Margen del promotor, 15 % s/ PVP			100	100
<b>Total por m<sup>2</sup> construido</b>	<b>2.666</b>	<b>-11</b>	<b>100</b>	<b>2.755</b>

Nota. Elaboración propia.

Para el promotor, la venta de una vivienda de protección oficial constituye una operación que le reporta un margen económico suficiente para seguir ejerciendo su actividad, dado que, como se puede ver en el cuadro anterior, le supone un coste total de 2.161 euros por m<sup>2</sup> útil (1.760 euros de coste de construcción + 401 euros de coste de suelo), por cuanto el IVA no representaría un mayor coste para el promotor. Por su parte, el comprador asume un pago que incluye el precio de la vivienda más el IVA correspondiente (10 %). En el precio de venta se encuentra implícito el beneficio del promotor, que se puede estimar en un 15 % (considerando otros gastos como los costes generales o los gastos financieros) del precio de venta y sobre el que pagará un 25 % de impuesto sobre sociedades. Así, la operación de compraventa generará un coste en impuestos de 278 euros a cargo del comprador en concepto de IVA y de 100 euros en concepto de impuesto sobre sociedades a cargo del promotor.

<sup>39</sup> La simulación se hace de acuerdo con el precio máximo vigente en Cataluña por vivienda protegida de régimen general y que actualmente se establece en 10,01 euros por m<sup>2</sup> útil de vivienda y mes.

## 2.2- Compraventa del derecho de superficie<sup>40</sup>

### Venta del derecho de superficie de una vivienda de protección oficial (régimen general)

Precio máximo del módulo	2.666	euros/m <sup>2</sup> útil		
Precio máximo teórico venta	90 % 2.399	euros/m <sup>2</sup> útil		
Concepto	Precio venta	IVA 21 %	Impuesto s/ beneficio	<b>Total</b>
<b>Coste por el comprador</b>	2.399	504		2.903
IVA soportado en la promoción		-215		-215
Margen del promotor, 15 % s/ PVP			90	90
Costes indirectos				
<b>Total por m<sup>2</sup> construido</b>	2.399	289	90	<b>2.779</b>

Nota. Elaboración propia.

En la venta del derecho de superficie no se considera el posible canon a abonar a la Administración titular del suelo, dado que el precio ya incluye todos los componentes. En este escenario, la operación de venta del derecho de superficie generará un coste en impuestos de 504 euros a cargo del comprador y un coste de 90 euros en concepto de impuesto sobre sociedades a cargo del promotor.

## 3- Adquisición del derecho de superficie y construcción de las viviendas por cooperativa

### Adquisición del derecho de superficie y construcción de vivienda de protección oficial de manera colectiva con cesión de uso individual (régimen general) por m<sup>2</sup> construido (cooperativa y similares)

Canon total derecho de superficie		100 euros por m <sup>2</sup> construido			
Concepto	ref	Coste real	Administración pública	Impuesto	<b>Derecho superficie Coste total</b>
Coste del suelo	21 %		100	21	121
Construcción	10 %	1.200		120	1.320
Licencia (bonificación 90 %)	0,05 %		1		1
Costes indirectos	10 %	120		25	145
Subtotal m <sup>2</sup> construido		1.320	101	166	1.587
Subtotal m <sup>2</sup> útil	75 %	1.760	134	222	2.116
Gastos de gestión	10 %	212		44	256
<b>Total por m<sup>2</sup> útil</b>		1.972	134	266	<b>2.372</b>

Nota. Elaboración propia.

Esta forma de promoción es típica de las cooperativas y las comunidades de propietarios (y, aunque no es habitual, también sería válida para otras figuras societarias diferentes), los promotores de las cuales se convertirán en propietarios de las viviendas (del derecho de superficie) de manera colectiva. En puridad, lo que se transmite individualmente no es el derecho de propiedad o de superficie, sino la participación en la cooperativa o la

<sup>40</sup> Para entender cómo funciona la venta del derecho de superficie conviene señalar que, desde una perspectiva fiscal, la cesión del derecho de superficie no se considera una venta sino una prestación de servicios. El ayuntamiento repercutirá al promotor un IVA al tipo del 21 % sobre una base imponible difícil de determinar. Según la Dirección General de Tributos, esta base se corresponde con el valor de mercado de la edificación a la fecha de la reversión. El IVA debe repercutirse a lo largo de la duración del derecho de superficie; así, si la duración del derecho de superficie es de 75 años, el ayuntamiento repercutirá anualmente 1/75 parte del valor del bien a la fecha de la reversión. Si el superficiario-promotor transmite, ya sea un edificio de viviendas de protección oficial a una empresa o ya sea una de las viviendas a un particular, la operación se considera una entrega de bienes, sujeta a IVA, al tipo del 10 % o bien del 4 % si la empresa adquirente aplica el régimen especial de alquiler de viviendas o si se trata de una vivienda de protección oficial de régimen especial o de promoción pública.

Una cuestión harto compleja es determinar si en las transmisiones de viviendas afectas a un derecho de superficie coexisten diferentes componentes económicos: (a) el valor de la vivienda y (b) el valor del derecho de superficie. En función de las valoraciones de ambas operaciones (derecho de superficie y valor de transmisión de las viviendas), se podría producir una superposición no deseable.

participación societaria. Esta participación es la que acumula la pérdida o el beneficio patrimonial que pueda haber causado la promoción de la vivienda o su futura explotación. En este caso, y en la teoría, no existe beneficio en la transmisión, dado que el promotor coincide con el propietario y también con el posterior usuario (arrendatario), y el equivalente al beneficio del promotor (público o privado) suelen ser los honorarios de gestión que perciben las entidades gestoras de las cooperativas.

Una vez que las viviendas están operativas, para atender los gastos asociados a la propiedad, estas entidades (cooperativas en general) cobran a los cooperativistas, personas físicas y en su condición de usuarios de la vivienda, una cuota mensual en concepto de cesión de uso para hacer frente a los gastos corrientes de la comunidad o incluso para el pago de la hipoteca, en caso de que se hubiera constituido. La normativa de vivienda asimila la figura de la cesión de uso al alquiler, con lo cual habitualmente estas entidades se benefician de las ayudas que los planes públicos destinan a las viviendas en alquiler, así como de otras facilidades vinculadas a la financiación y las garantías frente a terceros. Actualmente, a excepción de la compra de la total propiedad de la vivienda, es la modalidad de acceso más ventajosa para los ciudadanos, puesto que se trata de una forma de compra que evita el pago de todos los impuestos asociados al alquiler, pero, a la vez, se beneficia de las ayudas que le son inherentes. Es habitual también que las entidades gestoras se mantengan vinculadas a estas cooperativas gestionando los gastos corrientes y la transmisión de participaciones.

En este escenario, la operación de adquisición del derecho de superficie y construcción de la propia vivienda genera un coste en impuestos de 266 euros a cargo del comprador y un pago a la Administración pública de 134 euros en concepto de derecho de superficie –este último dependerá del precio que establezca la Administración que otorga el derecho–.

A la vista de los cuadros anteriores, hay que determinar a continuación qué forma de adquisición resulta más beneficiosa para el comprador: la total propiedad o el derecho de superficie. Desde el punto de vista del *coste de adquisición*, se puede observar que la compra del derecho de superficie respecto a la compra de la total propiedad de la vivienda supone para el ciudadano un ahorro de 30 euros por m<sup>2</sup> útil que, en términos relativos, representa *una diferencia de un 1 %* respecto al precio de la total propiedad. En todo caso, este ahorro dependerá del precio que aplique el propietario de la edificación y que, en buena lógica, tendría que estar entre el 80 % (si se descuenta el valor del suelo, establecido en un máximo del 20 % del precio del módulo) y el 100 % del precio del módulo.<sup>41</sup> En definitiva, el coste de adquisición del derecho de superficie viene a ser el mismo que el coste de adquisición de la plena propiedad. La diferencia de coste que representaría este 20 % de reducción de precio queda absorbida por una mayor carga fiscal y la propia valoración de la concesión del derecho de superficie. Sin embargo, para entender adecuadamente el impacto en el comprador, en el ciudadano, se tiene que considerar también el valor residual de la vivienda adquirida, puesto que es un valor esencial en este tipo de operaciones y la que justifica la preferencia por la compra de la mayoría de los ciudadanos.<sup>42</sup> El concepto de valor residual como valor futuro refuerza el concepto de compra de vivienda como forma de ahorro para la vejez, no solo porque ofrece la seguridad de poder mantener la vivienda sin necesidad de pagar un alquiler futuro sino también por la posibilidad de venderla en el futuro y obtener, de este modo, ingresos para financiar otras necesidades básicas o complementar la pensión.

El resumen de las dos formas de acceso a la vivienda, considerando que la propietaria originaria del suelo es la Administración pública, y dependiendo de factores como la duración del derecho de superficie y el estado de mantenimiento de la vivienda, sería un modelo parecido al siguiente:

#### 4- Síntesis

	Compra	Derecho de superficie	Promoción derecho de superficie (*)
Coste de adquisición	2.933	2.903	2.372
Valor residual	-1.866	0	0
Coste efectivo para el ciudadano	1.066	2.903	2.372

41 En el cuadro, se ha optado por aplicar un precio intermedio, el 90 % del precio del módulo, por ser el porcentaje más frecuente observado en operaciones similares promovidas por los entes locales.

42 Valor residual del derecho de superficie al vencimiento: 0; valor residual de la vivienda en plena propiedad (70 % s/PVP): 1.866.

	Compra	Derecho de superficie	Promoción derecho de superficie (*)
Beneficio de la promoción	184	422	195
Impuestos	338	548	246
<b>Balance patrimonial de la Administración</b>	<b>401</b>	<b>1.722</b>	<b>1.856</b>

*Nota.* Elaboración propia. (\*) No se consideran costes generales ni financieros.

En el balance patrimonial de la Administración se considera que el suelo procede de cesiones gratuitas y, por lo tanto, la venta permite monetizar este valor, igual que al vencimiento del derecho de superficie, momento en el que la vivienda ingresa en el patrimonio público de acuerdo con su valor de mercado, que se ha considerado que sería el equivalente al 70 % del precio de una vivienda de nueva construcción (precio del módulo).

### 5- Alquiler de vivienda (plena propiedad y derecho de superficie)

Debe diferenciarse el alquiler de una vivienda en plena propiedad del alquiler de una vivienda cuando el propietario lo es únicamente del derecho de superficie. Aunque aparentemente puede parecer que se trata de la misma figura jurídica, en realidad el tratamiento fiscal que tendrá el pleno propietario de la vivienda será muy diferente del aplicable al propietario del derecho de superficie, el cual repercutirá este coste en el precio del alquiler, de tal manera que será el arrendatario quien acabará soportando la carga fiscal impuesta a la actividad.

Como se ha visto en el cuadro 1, se parte de costes diferentes según se trate de la promoción de una vivienda en plena propiedad o en derecho de superficie. Más adelante se verá el efecto conjunto, pero, para analizar el alquiler, en primera instancia se parte del precio máximo de alquiler por m<sup>2</sup> que determina la normativa catalana para las viviendas protegidas de régimen general –y que, como ya se ha dicho, se establece en 10,01 euros por m<sup>2</sup> útil de vivienda y mes–.

#### 5.1- Alquiler de la total propiedad

Explotación s/ precio máximo módulo régimen general					
Alquiler de la total propiedad		Real	Administración pública (*)	Impuestos	Total
		Ingresos anuales alquiler	10,01	120,12	
Gastos mantenimiento y gestión		-20,00			-20,00
Amortización	1,39 %	-27,14			-27,14
Impuesto sociedades	15 %			-10,95	-10,95
Doble imposición	12,5 %			-7,75	-7,75
<b>Resultado</b>		<b>72,98</b>	<b>0,00</b>	<b>-18,70</b>	<b>54,28</b>
<b>Carga impositiva s/ precio alquiler</b>				<b>-15,57 %</b>	

*Nota.* Elaboración propia. (\*) Se ha considerado que no hay canon anual.

Por otro lado, teniendo en cuenta la carga impositiva en la promoción –que, como se ha visto, asciende a un total de 287 euros en costes de promoción sobre una inversión real de 1.760 euros en concepto de construcción y de 401 euros por la compra del solar–, el porcentaje que el coste del IVA representa respecto a los costes reales de promoción es del 13 %, es decir, que el IVA representa una mayor inversión de 13 %.<sup>43</sup>

43 Coste por el IVA no deducible en la promoción: 278 euros/m<sup>2</sup> útil

Costes de promoción excluido el IVA: 2.161 euros/m<sup>2</sup> útil

% de IVA sobre costes de promoción: 12,85 %

Si el incremento de coste de alquiler por mayor inversión por IVA es del 12,85 % y la carga impositiva en la explotación de alquiler, según el cuadro de simulación, es del 15,57 %. En consecuencia, el impacto en el precio de alquiler de la carga impositiva es del 28,42 %.

Si lo que se alquila es una vivienda sobre derecho de superficie, además de la carga fiscal habrá que incorporar el precio del derecho de superficie, que estará constituido por el posible canon anual que se haya pactado y por el valor de reversión del edificio al finalizar el periodo de concesión del derecho al superficiario y, por descontado, el impacto fiscal de estas figuras. Para entender el impacto económico de la reversión, a falta de medidas compensatorias, hay que imaginar que es como si el edificio se pagara dos veces, por cuanto las rentas de alquiler –entendidas como el beneficio obtenido por la explotación de la edificación– no solo tienen que permitir al inversor amortizar la inversión realizada en la construcción, sino también tienen que contribuir a pagar el edificio que revierte a la Administración pública; por eso, sería aconsejable que la Administración competente tomara medidas para aminorar el impacto de esta carga.

En la simulación, se parte de la hipótesis de que la Administración recibe el inmueble en condiciones óptimas de uso y mantenimiento, de forma que este se valora en el 70 % del coste de construcción (un valor inferior al valor residual que se ha visto en el apartado anterior, puesto que no incluye el valor del suelo).

En este escenario consideraremos el coste fiscal y el coste de la Administración, entendiendo por coste de la Administración el valor del canon y el valor de la reversión:

### 5.2- Alquiler del derecho de superficie<sup>44</sup>

<b>Explotación s/ precio máximo módulo régimen general</b>					
<b>Derecho de superficie (75 años)</b>		Real	Administración pública	Impuestos	Total
Ingresos anuales alquiler	10,01	120,12			120,12
Gastos de mantenimiento y gestión		-18,61			-18,61
Reversión anual	70 %		-19,00 <sup>45</sup>	-3,99	-22,09
Canon, 100 € vivienda/año	100		-1,43	-0,30	-1,73
Amortización		-8,14			-8,14
Impuesto sociedades	15 %			-10,30	-10,30
Doble imposición	12,5 %			-7,29	-7,29
<b>Resultado</b>		93,37	-20,43	-21,88	51,06
<b>Carga impositiva y patrimonial</b>			<b>-17,01 %</b>	<b>-18,22 %</b>	

*Nota.* Elaboración propia.

Como en el supuesto anterior, se toma en consideración la carga impositiva en la promoción –que asciende a un total de 194 euros sobre una inversión real de 1.760 euros en concepto de construcción, sin que tenga que imputarse en este caso la compra del solar–. El porcentaje que el coste del IVA representa respecto a los costes reales de promoción es de un 11 %, de forma que el IVA supone en este caso una mayor inversión del 11 %.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> Como ya se ha apuntado, en el precio de la cesión del derecho de superficie la Administración tiene que repercutir el IVA correspondiente al valor de reversión del edificio, generando un IVA al tipo del 21 % que no sería deducible por el promotor, como tampoco lo es el IVA soportado en la promoción. Por ejemplo, en un derecho de superficie a 75 años, si el valor de reversión es de 1 millón de euros, la Administración tendría que hacer una factura por el derecho de superficie equivalente a 1/75 cada año (1M/75: 13.333 €). Sobre este importe devengaría un IVA del 21 % (2.800 € anuales) que no sería fiscalmente deducible por el promotor que se dedica al alquiler de las viviendas. En todo caso, la cuestión más controvertida es determinar cuál es el valor de reversión.

<sup>45</sup> Esta cifra se corresponde con el 70 % del valor del edificio, puesto que se considera que es lo que valdría una vivienda de segunda mano en buen estado de conservación respecto a lo que costaría una vivienda de obra nueva. Repartido entre los años de explotación de la concesión (75 años), al resultado (-19,00) se le aplica el 21 % de IVA (-3,99). En cuanto al IVA soportado en la construcción, se considera aplicar el 11 % por cuanto al promover directamente el edificio que será objeto de explotación, se soporta un 10 % de IVA en la construcción y un 21 % en el resto de costes, de forma que la media ponderada resulta ser el 11 %.

<sup>46</sup> Coste por el IVA no deducible en la promoción: 194 euros/m<sup>2</sup> útil

Costes de promoción excluido el IVA: 1.760 euros/m<sup>2</sup> útil

% de IVA sobre costes de promoción: 11 %

Si el incremento de coste de alquiler por mayor inversión por IVA es del 11 % y, según el cuadro de simulación, la carga impositiva en la explotación de alquiler es del 18,22 % y la carga patrimonial es del 17,01 %, el impacto en el precio de alquiler de la carga impositiva y patrimonial es del 46,22 %.

A la vista de estos cálculos, se pueden establecer conclusiones sobre el análisis del impacto fiscal y el coste final que deben asumir los ciudadanos en las diferentes opciones de acceso a la vivienda.<sup>47</sup> Se observa que hay una clara contradicción entre las manifestaciones de las instituciones públicas, generalmente orientadas a enfatizar las acciones destinadas a *facilitar el acceso* a las familias más vulnerables (en el sentido de favorecer que el coste relativo sea más bajo que para el conjunto de la población), y la realidad normativa, presupuestaria y fiscal. Habitualmente, el acceso a la vivienda en régimen de alquiler se reserva para las familias más vulnerables, fundamentalmente bajo la fórmula de derecho de superficie, mientras que el resto de la población puede optar a otras formas de acceso basadas en la compra de la plena propiedad, que es aparentemente más cara pero que ofrece otros incentivos económicos como son la revalorización y el mantenimiento del componente ahorro, por lo cual el coste efectivo equivaldrá a la inversión efectivamente realizada menos el valor residual o valor de mercado de la vivienda en el futuro. Además, paradójicamente, podría suceder que esta revalorización comporte que el coste efectivo tenga un resultado negativo, de forma que la compra de la total propiedad de la vivienda generaría un beneficio en vez de representar un coste. En cuanto a la compra del derecho de superficie sobre vivienda protegida, destinada a familias con menor poder adquisitivo, la regulación de precios a los que se sujetan las viviendas de protección anula cualquier posibilidad de revalorización (el valor final de la cual será cero), por lo tanto, el valor residual de la vivienda será decreciente, menor cuanto más próxima sea la fecha de vencimiento del derecho de superficie. El coste efectivo de esta alternativa se corresponderá con la inversión que realice la familia en la compra del derecho de superficie.

Ambas fórmulas anteriores se pueden materializar mediante la compra directa al promotor o bien mediante la constitución de figuras de propiedad colectiva como la cooperativa; en tal caso, estas sociedades serán las que actuarán como promotoras y asumirán cualquier incidencia que se produzca en la producción de las viviendas. El coste final de la compra directa o de la compra mediante la cooperativa o fórmulas similares acostumbra a ser equivalentes, puesto que el beneficio del promotor suele ser equivalente a los honorarios de los gestores de las cooperativas. Hay que destacar que la compra del derecho de superficie en régimen de cooperativa en muchos casos se beneficia del mismo régimen de ayudas que el alquiler.

Finalmente, no se puede dejar de hacer referencia al tratamiento fiscal de las diferentes fórmulas de acceso a la vivienda. Si las políticas de vivienda reservan el alquiler como forma de acceso para las familias más vulnerables, sorprende que fiscalmente sea la fórmula más penalizada, es decir, que las familias más vulnerables sean las que tengan que asumir una mayor carga fiscal implícita en el precio del alquiler.

En síntesis, la problemática fiscal es lo que provoca que el derecho de superficie no sea un instrumento más utilizado. Si la reversión tiene un valor, la promoción para alquiler se encarece en un 21 % sobre el valor asignado al derecho de superficie, si bien es cierto que el devengo no se produce ni al principio –como sucedería en la compra– ni al final, sino a medida que se devengue el derecho de superficie, por tratarse de una operación de trato sucesivo. El análisis realizado recoge el incremento de coste del derecho de superficie respecto a otras opciones e incluye no solo el IVA soportado, sino también el coste por impuesto sobre sociedades o el propio valor de la reversión, que el propietario pierde como valor residual, algo esencial en cualquier operación inmobiliaria. En conjunto, estamos hablando de una carga fiscal y patrimonial que representa un 45 % del precio del alquiler, siendo, como se ha dicho, la forma de acceso a la vivienda más onerosa para el ciudadano y, paradójicamente, la forma de acceso que se reserva para las familias más desfavorecidas, que dependerán permanentemente de subvenciones públicas para poder hacer frente a las rentas del alquiler.<sup>48</sup>

### **3 La contratación pública y la concesión demanial como vías para materializar la colaboración público-privada**

#### **3.1 El contrato de concesión de obra pública**

Dentro de las diferentes fórmulas jurídicas existentes, la normativa sobre contratación pública puede ser también una herramienta para instrumentar la colaboración público-privada en la medida en que la prestación objeto de

47 Las simulaciones económicas que se han realizado en este apartado son aproximaciones y, lógicamente, pueden variar en función del escenario específico, pero no alteran las conclusiones que resultan de ellas.

48 *Vid.* Muñoz (2022).

la colaboración acostumbra a ser contractual.<sup>49</sup> Entre las técnicas contractuales susceptibles de esta colaboración se pueden citar el contrato de obra –con abono total del precio, esto es, con financiación previa del contratista y pago aplazado por parte de la Administración–, el contrato de concesión de obra pública, el contrato de gestión de servicios públicos y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Este último, que ha desaparecido de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) –al igual que el contrato de gestión de servicios públicos–, resulta ser aparentemente el más específico e idóneo para la interacción entre los sectores público y privado, especialmente en proyectos de alta complejidad técnica, jurídica o económica, pero en la práctica no ha tenido mucho éxito, circunstancia que puede responder a diferentes factores (carácter residual del contrato, complejidad del procedimiento, excesiva implicación de las empresas, etc.). En este sentido, podía haber sido una figura adecuada para formalizar la promoción, construcción y explotación de viviendas, en la medida en que se trata de una operación a largo plazo que requiere una gran inversión. Mediante este contrato, de carácter subsidiario (para el caso de que otras fórmulas alternativas de contratación no permitieran la satisfacción de los intereses públicos), la Administración encargaba a una entidad de derecho privado, por un tiempo determinado –variable en función del plazo previsto de amortización de las inversiones o de la financiación prevista–, la realización de actuaciones globales e integradas que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados servicios, tenían que incluir alguna de las prestaciones del artículo 11 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (entre ellas, la construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión).<sup>50</sup> La utilización del diálogo competitivo como forma procedimental de adjudicación del contrato favorecía la negociación entre la Administración y las empresas seleccionadas para la definición y el establecimiento de los requisitos de licitación. Debe destacarse que, a diferencia de la contratación tradicional, en la que la Administración “compra” una obra o un servicio al sector privado, con el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, este último se convierte en inversor en la financiación del proyecto y, en consecuencia, se corresponsabiliza del riesgo operacional,<sup>51</sup> requisito que distingue la colaboración *stricto sensu* de la simple interacción subjetiva.

Con el nuevo marco normativo, el contrato administrativo de concesión de obra pública (arts. 14 y 247-283 LCSP y Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas) es el más adecuado para enmarcar la colaboración entre sector público y privado, a pesar de que tampoco ha gozado hasta ahora de un especial reclamo entre el sector empresarial, dada su sujeción al principio de asunción del riesgo operacional por el concesionario,<sup>52</sup> por lo que sería deseable que la Administración concedente valorara la posibilidad de establecer medidas complementarias que hagan atractivo el recurso a esta fórmula contractual, como, por ejemplo, la cesión gratuita de suelo. El contrato tiene por objeto la ejecución por parte del concesionario de una obra (*vid.* art. 13 LCSP), incluida la restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y el mantenimiento de los elementos construidos, a cambio del derecho a explotar la obra o bien de este derecho acompañado de la percepción de un precio abonado por la entidad contratante.<sup>53</sup>

49 El Libro Verde sobre la colaboración público-privada (2004) clasifica las fórmulas de colaboración público-privada en dos tipologías: contractuales e institucionalizadas.

50 Esta figura contractual se regía por las disposiciones específicas del contrato típico el objeto del cual se correspondía con la prestación principal del contrato. Para profundizar en el estudio de esta cuestión, *vid.*, entre otros, Brunete de la Llave (2010a y 2010b), Carlón (2008), González (2010), Hernando (2012) y Ridao (2014).

51 *Vid.* Alemany (2019a, pp. 121-134).

52 La Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea 2000/C121/02 se refiere al riesgo concesional y al alcance de la explotación en estos términos:

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 este el derecho a recibir las rentas resultantes de la utilización de las obras realizadas.

53 En la proyección de la obra debe tenerse en cuenta la disposición adicional 15.6 de la LCSP en relación con la penetración en el ámbito urbanístico –y, por lo tanto, en la vivienda– del uso de la tecnología digital en los proyectos constructivos. *Vid.*, en el caso de

Las obras objeto de concesión son financiadas, total o parcialmente, por el concesionario, si bien cuando existan razones de rentabilidad económica o social, o concurren exigencias singulares derivadas del fin público o interés general de las obras, la Administración también puede aportar recursos públicos para su financiación, que tiene que adoptar la forma de financiación conjunta de la obra, mediante subvenciones o préstamos reintegrables, con o sin interés (art. 265 LCSP). La forma más habitual de financiación privada es la hipoteca de la concesión (son hipotecables tanto la propia concesión como los bienes y derechos que incorpora). La ejecución de las obras debe llevarse a cabo de acuerdo con el proyecto aprobado y en los plazos fijados. El concesionario puede subcontratar todo o parte de la obra a terceros, y también es posible que la Administración ejecute una parte. Acabadas las obras, el órgano de contratación debe levantar acta de comprobación, momento en el que se inicia la fase de explotación.

Como se acaba de decir, el contrato se articula basándose en el riesgo operacional, de acuerdo con lo que establece la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión (art. 5.1).<sup>54</sup> Así, el contrato se ejecuta a riesgo y ventura del concesionario adjudicatario que, adicionalmente, asume el riesgo operacional de la concesión (art. 14.4 LCSP):

El derecho de explotación de las obras [...] deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

No se trata, por lo tanto, de un contrato de obras o servicios ordinarios, puesto que el concesionario asume el riesgo derivado de la ejecución de la obra pública y de la explotación en *proporción sustancial*. La concesión ya no se define únicamente por la forma de remuneración del contratista, sino que se exige expresamente que este asuma el riesgo operacional (Huergo, 2017, p. 32). El concesionario realiza los trabajos de gestión vinculados a la explotación, pero la Administración no lo retribuye económicamente, sino que cobra a través de las rentas de alquiler que abonan los usuarios; aun así, se puede dar el caso de que la Administración quiera asumir parcialmente el coste de explotación para disminuir el precio que paga el usuario (precio social).

En cuanto a la duración, esta es lógicamente más prolongada que el simple contrato de obra, pero no puede exceder del tiempo que requiera la amortización de las inversiones –y se puede prorrogar a tal fin, para restablecer el equilibrio económico del contrato (art. 270.3 LCSP)–, y, en todo caso, de los 40 años (art. 29.6 LCSP). Finalizado el plazo de la concesión, o bien si se produce su resolución, el servicio revierte a la Administración y el contratista debe entregar las obras e instalaciones a las que esté obligado de acuerdo con el contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados (art. 291.1 LCSP).

---

Cataluña, el Acuerdo GOV/81/2023, de 4 de abril, por el cual se determinan los contratos en que debe aplicarse la metodología de trabajo colaborativa y virtual llamada *Building Information Modelling* (BIM) y la forma y las condiciones para llevarlo a cabo, y se deja sin efecto el Acuerdo del Gobierno de 11 de diciembre de 2018.

54 Según 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.

*Vid.* el Informe 9/2016, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, que analiza el concepto de riesgo operacional en relación con los contratos de concesión y otras categorías contractuales (riesgo de suministro y riesgo de demanda).

La construcción y la explotación económica de la obra edificatoria –bien inmueble de interés público creado por la actividad del concesionario– en régimen de concesión posibilitan la cesión de suelo de titularidad pública. El concesionario de obra pública es implícitamente titular de un derecho de superficie o de una concesión demanial que le permite construir y explotar las viviendas, convertidas en apoyo instrumental de la actividad.<sup>55</sup> Entre los derechos que se le reconocen, figura el de poder instar ante la Administración la incoación de procedimientos de desahucio, si fuese necesario (art. 257 LCSP). Por su parte, la Administración puede secuestrar o intervenir la concesión (art. 263 LCSP).<sup>56</sup>

### 3.2 La concesión demanial para la promoción y explotación de alojamiento dotacional de alquiler en suelos dotacionales públicos

La promoción del alquiler asequible mediante la colaboración entre la Administración y la iniciativa privada también puede realizarse sobre suelo de dominio público, obtenido por expropiación o cesión obligatoria y gratuita para destinarlo a un uso o servicio público.<sup>57</sup> Este uso privativo sobre bienes inalienables, inembargables e imprescriptibles debe instrumentalizarse mediante una concesión administrativa en beneficio de la empresa adjudicataria, que es quien cobrará las rentas de los arrendatarios. Ciertamente, la retribución del adjudicatario de la concesión no consiste en un precio abonado por la Administración, sino en el rendimiento derivado de la actividad particular de explotación económica del bien demanial, rendimiento que, hasta la aprobación del Real Decreto Ley 26/2020, de 7 de julio, devengaba el cobro de un canon o tributo a favor de la Administración. Un ejemplo es el Plan Vive implementado por la Comunidad de Madrid para la construcción, explotación, mantenimiento y conservación de 25.000 viviendas en régimen de alquiler sobre suelo demanial sobre la base de un modelo de concesión administrativa de carácter contractual que garantiza el alquiler asequible por un periodo de 50 años, momento en el que las viviendas revertirán a la Administración.<sup>58</sup> Asimismo, puede citarse el ejemplo de Cataluña, que creó un sistema urbanístico ajeno a la tríada clásica (comunicaciones, espacios libres y equipamientos de titularidad pública) que no generaba cesión gratuita de suelo, el sistema de viviendas dotacionales públicas, el cual se integró, mediante el Decreto Ley 17/2019, de 23 de diciembre, de Medidas Urgentes para Mejorar el Acceso a la Vivienda, en el sistema de equipamientos comunitarios, con la nueva denominación de equipamiento comunitario de alojamiento dotacional.<sup>59</sup> Estos equipamientos son una tipología más adaptable a las necesidades de residencia temporal de colectivos diversos (ya sea por razón de dificultades de emancipación, de requerimientos de acogida o asistencia sanitaria o social, de trabajo

55 El artículo 91.4 de la LPAP, que tiene carácter básico, dispone que no será necesario obtener autorizaciones y concesiones que habiliten para la ocupación de bienes demaniales requeridos para la ejecución del contrato si el propio contrato habilita para su ocupación. *Vid.*, para todos, los dictámenes 278/2020 y 404/2020, de 7 de julio y 24 de septiembre de 2020, respectivamente, de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid. Se 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 le 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 –TRL-SyRU–, del que resulta que las viviendas ejecutadas en suelo dotacional público y por lo tanto demaniales, puedan ser objeto de arrendamiento.

56 El pliego de cláusulas económico-administrativas puede prever la imposición de penalidades, y también regula multas coercitivas en caso de que el concesionario persista en el incumplimiento de sus obligaciones. *Vid.* el artículo 192 LCSP.

57 La concesión demanial se rige por las disposiciones de carácter básico de la LPAP, la LBRL y el texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, así como por la normativa autonómica de régimen local y de patrimonio. Las concesiones demaniales quedan excluidas del ámbito de aplicación de la LCSP, salvo en los casos en que se haga una remisión expresa en los pliegos de cláusulas contractuales (art. 9.1 LCSP).

58 *Vid.* el Decreto 84/2020, de 7 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula el procedimiento de asignación y uso de viviendas construidas al amparo de concesión demanial en suelos de redes municipales. Los dictámenes antes mencionados (278/2020 y 404/2020) concluyeron que la figura jurídica aplicable no era la concesión demanial sino la concesión de obra pública, si bien en el último dictamen se justificaba la aplicación de la concesión demanial por la cobertura legal que ofrecía el artículo 31 del Real Decreto Ley 26/2020, de 7 de julio, ya mencionado.

59 En todo caso, conviene distinguir el suelo demanial afectado a sistema urbanístico de los suelos de cesión reservados a la construcción de vivienda protegida y del conjunto de suelos que forman parte de los patrimonios públicos de suelo y vivienda que, a pesar de ser de titularidad pública, son suelos calificados por el planeamiento urbanístico como zona (suelos de naturaleza patrimonial) y no como sistema. *Vid.*, por todas, la STS de 1 de octubre de 2003 (Rec. 7253/1999, ECLI:ES:TS:2003:5901), que rechaza la constitución de un derecho de superficie sobre un bien de dominio público.

o estudio, o de afectación por una actuación urbanística) y pueden gestionarse en régimen de uso compartido con otros usuarios de todos o una parte de los elementos del alojamiento o en régimen de uso privativo de una vivienda completa. Los municipios que están obligados a prever reservas para la construcción de viviendas protegidas tendrán que hacerlas extensivas al sistema urbanístico de equipamientos comunitarios de alojamiento dotacional de titularidad pública, de acuerdo con la memoria social. En aplicación de la legislación urbanística, los ayuntamientos pueden obtener suelo de titularidad privada destinado a este sistema por cesión obligatoria y gratuita, por expropiación o por cesión onerosa acordada con el propietario a cambio, en este último caso, de la constitución de una concesión administrativa a favor del cedente para construir y explotar los equipamientos comunitarios de alojamiento dotacional.<sup>60</sup> La duración de la concesión demanial es de un máximo de 75 años, incluidas las prórrogas (art. 93.3 LPAP).

Igual que sucede con los suelos de naturaleza patrimonial (patrimonios públicos de suelo, *ex articulo* 17.3 LDH), el otorgamiento de las concesiones demaniales se efectúa en régimen de concurrencia, si bien cuando el adquirente sea una Administración o entidad que forme parte del sector público o bien una entidad sin ánimo de lucro declarada de utilidad pública, se puede acordar la adjudicación directa; posibilidad que se amplía a un supuesto que puede tener aplicación en el campo de las políticas de vivienda, como es que el inmueble resulte necesario para cumplir una función de servicio público o la realización de un fin de interés general por persona diferente de las anteriores (arts. 93.1 y 137.4 LPAP), lo cual abre la puerta a la adjudicación directa en beneficio de personificaciones societarias con fines lucrativos.

Una cuestión que, como se ha avanzado respecto del Plan Vive, ha generado una cierta polémica doctrinal y jurisprudencial ha sido la determinación del régimen aplicable a la explotación por terceros de suelos demaniales, en el sentido de si resultaba aplicable la legislación de contratos (concesión de obra o servicio) o la de patrimonio (concesión demanial). La jurisprudencia y la doctrina de las juntas consultivas de contratación han considerado que, para concluir si el negocio jurídico es un contrato administrativo o una concesión demanial, hay que atender *ad casum* a la finalidad pública perseguida por la Administración, para determinar si lo que prevalece es la obtención de una finalidad o interés público en el servicio que se presta (contrato) o bien el interés privado de la instalación de un negocio o actividad que requiera la ocupación privativa del dominio público en beneficio del adjudicatario que ocupa el espacio cedido (concesión administrativa de dominio público). Esta postura ha sido necesariamente matizada por razón de la aprobación del ya citado Real Decreto Ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas para hacer frente a la pandemia, que modifica el régimen de las concesiones demaniales y los derechos de superficie al admitir explícitamente “[la] concesión 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. 31). Resulta interesante llevar a colación, como expresiva de esta modificación de la doctrina consultiva, la Resolución núm. 104/2021, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 4 de marzo de 2021, en la que se 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–

60 Artículos 3, 17 y 18 de la LDH. A pesar de que el artículo 18.3 de esta Ley permite constituir un derecho de superficie sobre el suelo que forma parte del sistema de equipamiento comunitario de alojamientos dotacionales, conviene destacar que la legislación de patrimonio no prevé esta posibilidad, más bien al contrario, establece que el uso privativo de bienes demaniales se sujeta a concesión administrativa (art. 78 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio). Resulta difícil admitir esta posibilidad en la medida que los bienes demaniales son inalienables y la constitución de un derecho de superficie, en tanto que derecho real limitativo del dominio supone, ni que sea parcialmente, una transmisión que afecta a las facultades dominicales de la Administración titular del suelo, como sería el caso del *ius aedificandi* que se traspaasa al superficiario.

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.

Aun así, se admite que estas operaciones también se puedan articular mediante una concesión demanial, y concluye 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.

La virtualidad de la concesión demanial para la construcción y gestión de vivienda protegida en un suelo calificado de sistema de vivienda dotacional es admitida también por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (Resolución núm. 262/2022, de 25 de octubre de 2022). El Tribunal parte de la doctrina según la cual en la concesión demanial prevalece el interés privado de construir viviendas en un bien demanial mediante su utilización privativa en beneficio de la adjudicataria que lo ocupa, y considera que los contratos patrimoniales, y las concesiones demaniales en particular, aunque procuren la obtención de una rentabilidad económica, no son ajenos a la existencia y persecución de un interés público, en la medida que es una característica inherente de la Administración pública (resoluciones 311/2021 y 95/2021):

De la lectura de los pliegos y las actuaciones que los acompañan, no se aprecia, propiamente, la delimitación de un negocio jurídico típico o nominado en la LCSP contra ninguna retribución a cargo de la entidad contratante, dado que la constitución de la concesión demanial queda justificada tanto por la propia rentabilidad social derivada de la actuación a desarrollar, que favorecerá a unos sectores que se encuentran alejados del mercado de alquiler libre, como por el hecho de que la promoción de viviendas queda delimitada dentro de las competencias municipales. Por el contrario, en las condiciones de la licitación impugnada, se observa todo un conjunto de determinaciones propias de las condiciones generales de uso de los bienes demaniales que establece la normativa patrimonial aplicable, para las finalidades que les son propias de construcción y dotación de vivienda protegida, y que comportan una utilización privativa y aprovechamiento especial del dominio público que, como tal y por las características de las viviendas, quedan sujetas a las condiciones técnicas de edificación y construcción marcadas por el Ayuntamiento en los pliegos. Así, la finalidad de la concesión definida en el pliego es la propia y específica del destino de los bienes objeto de cesión y esta finalidad de interés público no se puede confundir ni tiene que significar necesariamente un contrato público sujeto a la LCSP –como tampoco el hecho de que su publicidad se instrumente a través del perfil de contratante del Ayuntamiento (por todas, las resoluciones 95/2021 de este Tribunal y 603/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales)–, sino que se trata de una regulación del uso del espacio público para la construcción y dotación de vivienda de protección oficial, susceptible de explotación económica privada. [traducción propia]

#### **4 La colaboración público-privada institucionalizada: alianza con vocación de permanencia**

Como se ha dicho, la UE ha determinado que la concertación público-privada se puede instrumentar en términos contractuales o institucionales. Según el Libro Verde de 2004, la segunda comporta articular la cooperación de ambos sectores en el seno de una entidad diferente, con dos posibles variantes: ya sea mediante la creación de una entidad en la que participan conjuntamente o bien a través de la toma de control de una empresa pública por parte del sector privado (Bernal, 2010, p. 104). La opción es diversa (sociedades mercantiles de economía mixta, consorcios, cooperativas, etc.). La finalidad, beneficiarse de la experiencia y conocimientos técnicos y de gestión del socio privado y repartir el esfuerzo financiero, sin perder el control sobre el servicio de su titularidad a pesar de que, como se ha dicho, la toma de decisiones es conjunta, dada la participación de ambos socios en el capital y en los órganos de dirección de la sociedad.

Las sociedades mercantiles locales de carácter mixto constituidas por empresas de capital público y socio privado se han convertido en una solución alternativa a la prestación directa de servicios públicos por parte

de las sociedades de capital íntegramente público. Su constitución se puede producir mediante adquisición por el ayuntamiento de participaciones o acciones de sociedades ya constituidas, en proporción suficiente para compartir la gestión social; mediante la fundación de una nueva sociedad con intervención del ayuntamiento y aportación de los capitales privados –bien por suscripción pública de acciones, bien por concurso de iniciativas–, y por convenio con una sociedad existente.

Estas sociedades se han regulado tradicionalmente en la normativa local como una modalidad de gestión indirecta de servicios a escala local (arts. 102 y siguientes del Decreto de 17 de junio de 1955 por el cual se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y art. 85.2.b de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local), habiendo desarrollado en el pasado una tarea relevante en la ejecución del planeamiento urbanístico y la construcción de vivienda protegida,<sup>61</sup> especialmente a raíz de la aprobación del Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre Creación de Sociedades Urbanísticas por el Estado, los Organismos Autónomos y las Corporaciones Locales, de conformidad con el artículo 115 del texto refundido de la Ley de Suelo de 1976. Aun así, factores como la carencia de una legislación clara en materia de colaboración público-privada institucional y las restricciones impuestas por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, han frenado la inversión privada y han impedido su expansión. Hay que señalar también que no son un modelo perfecto, habiéndose puesto en relieve su “funcionamiento opaco” en el pasado (Gifreu, 2018, p. 13).

Las sociedades mixtas son también objeto del espacio jurídico-contractual cuando la ejecución de la prestación se tiene que calificar de contrato público.<sup>62</sup> La disposición adicional 22.<sup>a</sup> de la LCSP prevé la posibilidad de que las administraciones y otros poderes adjudicadores otorguen determinados contratos públicos sin licitación previa a sociedades de economía mixta en las que tengan participación mayoritaria, al disponer que:

1. Las concesiones de obras y de servicios podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta al seleccionar el socio privado.<sup>63</sup>

Así pues, en el caso de que un ayuntamiento quiera constituir una sociedad de economía mixta para construir y explotar vivienda de alquiler dentro de su municipio se le exime de tramitar un doble procedimiento de licitación: la selección de socio o socios privados y la selección de adjudicatario. Según Alemany (2019b, pp. 113-114), esta ausencia de licitación en la contratación, contraria a los artículos 43 y 49 CE y a los principios de igualdad de trato y no discriminación, se podría salvar si, en la selección del socio privado, se exige que los candidatos demuestren tanto su capacidad para convertirse en accionistas, como la capacidad técnica para prestar el servicio y las ventajas económicas y de otro tipo que comporta su 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.

61 En relación con la construcción de vivienda de protección oficial por parte de sociedades municipales de naturaleza mixta, *vid.*, por todas, la STS de 26 de febrero de 2002 (Rec. 3050/1996, ECLI:ES:TS:2002:1347).

62 *Vid.* al respecto las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-573/07, Sea Srl. Commune di Ponte Nossa) y de 15 de octubre de 2009 (Asunto C-196/08, Acoset Spa vs. Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa y otros).

63 *Vid.*, en términos similares, el artículo 28.3 de la LCSP y, con una regulación más flexible, el artículo 69 del Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que contempla los requisitos exigibles para la adjudicación directa del contrato por parte de administraciones y poderes adjudicadores no administraciones públicas (PANAP) en función de si el contrato está sujeto o no a regulación armonizada.

En cualquier caso, la adjudicación directa lo es para un contrato concreto, pero no para los posibles contratos futuros, de forma genérica e indeterminada (Informe 2/2012, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón).

En Cataluña, despuntan dos acciones de colaboración público-privada institucionalizada. La más veterana y primera en España es SBD Alquiler Social S.A., constituida en 2004 y vinculada territorialmente al municipio de Sabadell.<sup>64</sup> La más reciente, Habitatge Metròpolis Barcelona S.A, ha iniciado su actividad el 2021 y aglutina un territorio más extenso, el del área metropolitana de Barcelona. En los dos ámbitos territoriales existen promotores públicos vinculados a las respectivas administraciones, pero se ha considerado oportuno dar un impulso a la promoción diversificando las actuaciones a través de la constitución de estas empresas mixtas. En ambas sociedades, aunque con significativas variaciones en el modelo de dirección, existe una discrecionalidad compartida que rebasa las simples relaciones contractuales. En cuanto a la sociedad Habitatge Metròpolis Barcelona,<sup>65</sup> en un primer momento se licitó la incorporación de un socio privado, procedimiento que superaron cuatro empresas constructoras, y posteriormente se llevó a cabo un proceso de negociación, procediéndose finalmente a formalizar la adjudicación final. La aportación inicial del socio privado (NiCrent Residencial) ha sido de 12 millones de euros, la misma cantidad aportada por el socio público. La previsión de la sociedad es construir 4.500 viviendas protegidas de alquiler, la mitad en la ciudad de Barcelona y la otra mitad en el resto del área metropolitana.<sup>66</sup>

## 5 Reflexiones finales

Las dificultades para acceder a un préstamo para comprar una vivienda y la escalada continuada de los precios del alquiler impiden el acceso a la misma a un gran número de personas. La promoción de vivienda, especialmente de vivienda destinada a alquiler social o asequible con algún tipo de protección oficial, es el gran reto pendiente de las administraciones públicas y del propio sector privado. El déficit estructural más preocupante se produce en relación con el volumen del parque público de vivienda en España (2,5 %), una cifra muy alejada de la media europea e insuficiente para atender la demanda actual. Con la crisis de 2008, la promoción privada –y también la pública– quedó reducida a la mínima expresión. El desplome de su actividad y unos pésimos resultados provocaron la desaparición de multitud de empresas y organizaciones. La protección oficial, en otro tiempo refugio de la actividad constructora residencial, no actuó esta vez de salvavidas del sector. La carencia de vivienda se ha querido cubrir con otras estrategias (movilización de viviendas vacías, derecho de tanteo y retracto, programas de cesión de viviendas de grandes tenedores y particulares, fórmulas alternativas de acceso –cesión de uso, tenencias intermedias,<sup>67</sup> cooperativas–, etc.) pero a nadie se le escapa que hay que promover nueva oferta de vivienda protegida, mayoritariamente en régimen de alquiler, ya sea para los segmentos de población con capacidad

64 Esta sociedad está participada por el Ayuntamiento de Sabadell en un 40 % (mediante la empresa pública municipal VIMUSA, que aporta el suelo y construye las viviendas), la empresa privada CEVASA en un 40 % (responsable de la gestión –alquiler– de las viviendas y de su mantenimiento) y Caja de Sabadell en un 20 % (mediante PROVASA, que financia la operación).

65 Sociedad de economía mixta impulsada por el Ayuntamiento de Barcelona y focalizada en la promoción de vivienda de alquiler asequible (con calificación permanente, para evitar la desprotección). Está participada en un 50 % por capital público (25 % aportado por el Ayuntamiento de Barcelona y 25 % por el Área Metropolitana de Barcelona) y en un 50 % por capital privado. El Consejo de Administración está formado por nueve miembros: cuatro nombrados por el accionista público y 4 por el privado, más un consejero independiente nombrado por unanimidad.

66 Actualmente, se están promoviendo actuaciones en Sant Boi de Llobregat (110 viviendas), Montgat (130 viviendas) y Sant Adrià de Besòs (112 viviendas). La sociedad trabaja también en la redacción de los proyectos ejecutivos para poner en marcha cuatro promociones en los distritos de Sants-Montjuïc y Sant Andreu de la ciudad de Barcelona, con un total de 338 viviendas de alquiler a precio asequible, que se adjudicarán de acuerdo con los criterios del Registro de solicitantes de vivienda de protección oficial de Barcelona. Las promociones se construirán en suelos de titularidad municipal que han sido cedidos en derecho de superficie por un periodo de 75 años.

67 Vid. los artículos 54 del Decreto catalán 75/2014, de 27 de mayo, del Plan para el derecho a la vivienda y 547-1 a 547-10 y 556-1 a 556-12 de la Ley 19/2015, de 29 de julio, por la cual se incorpora el régimen de la propiedad temporal y la propiedad compartida en el Libro Quinto del Código Civil de Cataluña. El derecho de propiedad temporal confiere a su titular el dominio de la vivienda durante un plazo concreto, vencido el cual dicho dominio pasa al titular sucesivo. Este régimen de tenencia intermedia ha sido fomentado por la Generalitat para facilitar la adquisición por ayuntamientos y entidades del tercer sector de viviendas destinadas a fines sociales, que son adquiridas en ejercicio de los derechos de tanteo y retracto y respecto de las cuales se constituye una propiedad temporal de 75 años, con cesión a la Agencia de la Vivienda de Cataluña de la titularidad sucesiva. A su vez, la propiedad compartida se inspira, entre otras experiencias, en la *shared ownership - new build home buy* de Londres. Este régimen de tenencia funciona como un híbrido de compra y alquiler –con similitudes con el arrendamiento con opción de compra– dirigido a aquellos colectivos que no tienen suficiente capacidad económica para asumir de golpe la compra de una vivienda. Se caracteriza por la coexistencia de dos titulares diferentes: el propietario material (que ha adquirido inicialmente una cuota de dominio –la cual puede ir incrementando gradualmente hasta adquirir la plena propiedad– y tiene la posesión y el goce de la vivienda) y el propietario formal, que es el titular de la cuota restante y recibe una contraprestación dineraria en concepto de uso de esta, mientras el propietario material no adquiriera la totalidad de las cuotas.

económica insuficiente para acceder a una vivienda en el mercado libre (vivienda asequible en sentido estricto), ya sea para los más vulnerables (vivienda social).

Después de más de una década en la que la promoción de vivienda protegida en España ha sido irrisoria y en la que se han tenido que implementar –y mantener en el tiempo– medidas de salvaguardia de las personas y unidades familiares afectadas por la crisis,<sup>68</sup> la aprobación de los Fondos de Recuperación y Resiliencia es vista como una oportunidad de relanzar la promoción de vivienda protegida y de recuperar las cifras anteriores a la crisis. Y este impulso se quiere articular mediante el recurso a la fórmula de la colaboración público-privada. En este sentido, la componente 2 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia establece que, con el fomento de promociones de vivienda de alquiler, se aspira, no tan solo a solucionar el déficit estructural de viviendas sociales, sino también, en paralelo, a “implicar al sector empresarial en el incremento de la oferta de vivienda en alquiler a precio limitado en aquellas localizaciones con demanda acreditada”. Las elevadas ayudas que establece este programa (hasta 700 €/m<sup>2</sup> útil) podrían hacer pensar en errores pretéritos, pero hay que destacar que el Real Decreto 853/2021, de 5 de octubre, por el cual se regulan los programas de ayuda en materia de rehabilitación residencial y vivienda social del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, impone diferencias sustanciales que deberían evitar el tropezar con la misma piedra. Singularidades como el hecho de que el suelo tenga que ser siempre público, que la totalidad de las viviendas deban destinarse a alquiler o cesión de uso, y que se limite no solo el precio del alquiler, sino también los ingresos de los posibles beneficiarios, marcan las diferencias más notables. Seguramente, la exigencia de un mínimo de 50 años de alquiler social o asequible puede resultar insuficiente, pero hay que destacar que las convocatorias de algunas comunidades autónomas ya han fijado el carácter permanente e indefinido del régimen de la protección oficial en alquiler de las viviendas que se financien con este programa.

Son evidentes las dificultades de las administraciones públicas para impulsar políticas de estímulo a la promoción, propia o de actores ajenos, a causa de la falta de recursos económicos. A pesar de ello, diferentes administraciones están impulsando iniciativas de colaboración público-público o público-privada para reforzar este déficit, y si bien resultan todavía excepcionales, existen experiencias de colaboración público-privada para la promoción de vivienda asequible con la vocación de una gobernanza híbrida, permanente en el tiempo, como las sociedades de capital mixto en las cuales los participantes, públicos y privados, asumen los posibles beneficios, pero también los posibles costes y riesgos de su actividad. Pero la colaboración también se ha llevado al terreno del derecho urbanístico y de la contratación, como fórmulas de compartición del riesgo. No se ha podido tratar en este trabajo por falta de espacio, pero experiencias como el *cohousing* y las propiedades temporales y compartidas también son buenos ejemplos de esta interacción entre sector público y privado. En este sentido, se han puesto en marcha otros mecanismos de fomento de la promoción de vivienda con una dimensión menos centrada en la ayuda económica y más en el estímulo a la promoción de nuevos regímenes de tenencia, donde la colaboración público-privada tiene un importante protagonismo, en especial las cooperativas. En Cataluña, por ejemplo, a esta línea se le intenta dar un renovado impulso mediante el Decreto Ley 50/2020, de 9 de diciembre, de medidas urgentes para estimular la promoción de vivienda con protección oficial y de nuevas medidas de alojamiento en régimen de alquiler, que busca impulsar la construcción de nuevos tipos de alojamientos con espacios comunes complementarios. La finalidad de la norma es fijar una base legal para incrementar la promoción, por parte de empresas o cooperativas u órganos similares, de edificios residenciales que respondan al modelo de *cohousing* o *coliving*, especialmente pensados para la población joven o la tercera edad, del cual existen algunas experiencias de éxito en diversos países de la Unión Europea.

Si bien la rentabilidad de explotar vivienda protegida en régimen de alquiler se produce a largo plazo, las rentas generadas son un nicho de actividad más seguro que la venta de vivienda. El *built to rent* se coloca como un sector emergente en el mercado de la vivienda, sobre todo teniendo en cuenta la dirección que han emprendido las políticas públicas de vivienda, centradas en la rehabilitación y la construcción de obra nueva con destino a alquiler, de forma que el sector puede aprovechar las iniciativas de las administraciones dirigidas a fomentar la colaboración público-privada en un marco de fuertes ayudas públicas. Tradicionalmente, las promotoras y constructoras se han ocupado de producir viviendas y venderlas inmediatamente, pero en un

68 El Real Decreto Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, señala que, aunque ha transcurrido un largo periodo de tiempo desde la aprobación de la Ley 1/2013, por la que se suspendieron los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables, provenientes de la crisis financiera e inmobiliaria, considera de “extraordinaria necesidad desde el punto de vista económico, social y coyuntural ampliar el plazo de suspensión de los lanzamientos cuatro años más, hasta mayo del año 2024”.

mundo donde cada vez hay más movilidad laboral y una gran demanda de alquiler, la tendencia creciente del sector pasa por reconvertir y centrar su actividad en la promoción y construcción de vivienda destinada al mercado de alquiler y en la gestión inmobiliaria profesionalizada dentro de este subsector. Seguramente habría que diversificar esfuerzos y la colaboración público-privada tendría que centrarse en la producción de vivienda asequible para acceder al mercado, mientras que las administraciones deberían focalizarse en la vivienda propia de las políticas sociales *stricto sensu* (esto es, para los sectores más vulnerables).

Finalmente, para que esta colaboración sea más ágil y efectiva, hay que incidir en la simplificación de trámites, especialmente en cuanto a la exigencia de documentación y la tramitación de licencias, así como en la necesidad de incrementar las partidas presupuestarias relativas a las políticas de vivienda con la finalidad de reforzar –y mantener activos a largo plazo– los instrumentos de apoyo financiero que tienen que permitir llegar a una cifra de parque protegido que atienda las necesidades de la población. Las bondades de la colaboración público-privada son evidentes, pero al objeto de que cumpla adecuadamente su función social se hace necesario ajustar la fiscalidad (IVA, impuesto sobre sociedades), como se ha visto con el derecho de superficie –o la concesión demanial– y repensar si es idóneo que las rentas de alquiler sigan costeando el patrimonio público revertido, o bien si es la Administración quien debe hacerse cargo de ello o hay que buscar otras fuentes de financiación. También hay que abrir un debate sobre si el interés general y la mejora de las condiciones de vida de las familias más desfavorecidas se cumple más adecuadamente con políticas de alquiler, de compraventa o con fórmulas mixtas, porque no puede obviarse que muchas familias recurren al alquiler por la simple razón de que no tienen capacidad económica suficiente para acceder a una vivienda en propiedad. Podría resultar un debate estéril en otras condiciones, pero adquiere sentido en el momento en que el régimen jurídico de protección pública de la vivienda deviene permanente<sup>69</sup> y se elimina el componente especulativo que tradicionalmente ha acompañado a las descalificaciones de vivienda.

## 6 Referencias

- Aguilar Villanueva, Luis F. (2020). *Democracia, gobernabilidad y gobernanza*. Instituto Nacional Electoral, 25.
- Alemany Garcias, Juan. (2019a). *El contrato de concesión de servicios. Un estudio jurídico*. Iustel.
- Alemany Garcias, 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, y 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 y 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*.
- Barandian, 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.

69 Mientras subsista el régimen urbanístico del suelo y la vivienda haya sido promovida en suelo destinado por el plan a vivienda de protección o en suelo dotacional público. Como se ha dicho, en otros tipos de suelo la calificación será temporal –limitada a un determinado periodo de tiempo contabilizado a partir de la calificación definitiva de la vivienda–.

- 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. (2014). *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*. Documents COM, ISSN 0257-9545, 327, 1-24.
- Conde, Begoña, y 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 sol i habitatge. En *Governos locals i polítiques d'habitatge. Balanç i reptes (juny 2012)* (pp. 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) Prólogo. En Juan Alemany Garcias, *La colaboración público-privada institucionalizada en el ámbito urbanístico local*. Reus Editorial (pp. 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. En Gerardo García-Álvarez García, Jesús Jordano Fraga, Blanca Lozano Cutanda y Alba Nogueira López (coord.), *Observatorio de políticas ambientales 2021* (pp. 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. En Gerardo García-Álvarez García, Jesús Jordano Fraga, Blanca Lozano Cutanda y Alba Nogueira López (coord.), *Observatorio de políticas ambientales 2022* (pp. 811-852). CIEDA-CIEMAT.
- Gifreu i Font, Judith. (2022b). La gestió de la qualitat a l'Administració local. En Judith Gifreu i Font y Josep Ramon Fuentes Gasó (dirs.), *Règim jurídic dels governs locals de Catalunya* (2a ed. ampliada). Tirant lo Blanch.
- García Montalvo, José, Raya, Josep Maria, y 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, y 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. Formulas 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, y Vernis, Alfred. (2008). El Estado relacional y la transformación de las administraciones públicas. En Francisco Longo y Tamiko Ysa (eds.), *Los escenarios de la gestión pública del siglo XXI* (pp. 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 y 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, y 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, monográfico, pp. 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. En Natalia Paleo Mosquera (ed.), *Políticas y derecho a la vivienda. Gente sin casa y casas sin gente* (pp. 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.
- Sørensen Eva, y Torfing, Jacob. (2011). Enhancing collaborative innovation in the public sector. *Administration & Society*, 43, 842-868.
- Torfing, Jacob, Sorensen, Eva, y Roiseland, Asbjorn. (2019). Transforming the public sector into an arena for co-creation: Barriers, drivers, benefits, and aays forward. *Administration & Society*, 51(5), 795-825.
- Trilla Bellart, Carme, y Bosch Meda, Jordi. (2018). *El parque público y protegido de viviendas en España: un análisis desde el contexto europeo*. Documento de trabajo 197/2018. Fundación Alternativas.