

## CAPÍTULO 9

### VIVIENDA SOCIAL EN SUELO DOTACIONAL: PLAN VIVE DE MADRID<sup>1</sup>

ANA LÓPEZ CARRASCAL

Directora de Regulatorio, Administrativo y Competencia en KPMG Abogados

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PLAN VIVE DE MADRID. 2.1. *El decreto de asignación y uso de viviendas en redes supramunicipales*. 2.2. *La concesión demanial de las 46 parcelas del Plan Vive*. 3. NATURALEZA DEL TÍTULO HABILITANTE. 3.1. *Planteamiento*. 3.2. *Naturaleza de los bienes*. 3.3. *Naturaleza del título según su causa*. 3.4. *Diferencias que suponen en la práctica la aplicación de uno u otro negocio jurídico*. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

#### I. INTRODUCCIÓN

La dificultad de financiar vivienda social es una de las principales razones que explican la carencia de vivienda de nueva construcción asequible en España pese a la disponibilidad de suelo público para este fin<sup>2</sup>.

Según el Observatorio de Vivienda y Suelo, España es uno de los países que dispone de una mayor proporción de vivienda total (25 millones aproximadamente), respecto al número de viviendas principales u hogares (un poco más de 18 millones). En cambio, según esta publicación, el parque de vivienda social en España es inferior a la media de los países de la Unión Europea<sup>3</sup>. Ello concuerda con el porcentaje de gasto público destinado a políticas de vivienda respecto de la media de la UE<sup>4</sup>.

Un mecanismo interesante para paliar dicho déficit consiste en la posibilidad de destinar el suelo dotacional a vivienda social pues este tipo de suelo no consume aprovechamiento lucrativo como regla general<sup>5</sup>. Se trata de un destino que se introdujo en la normativa estatal y en la de las comunidades autónomas en un momento relativamente reciente, a través de las correspondientes leyes de suelo y urbanísticas<sup>6</sup>. Sin embargo, la singularidad de este bien –de interés social pero no de uso general ni claramente vinculado a un servicio público– lleva a debatir acerca de la fórmula de colaboración público-privada idónea cuando su Administración titular pretende que el privado construya y explote las viviendas mediante su alquiler a precios asequibles.

El año 2021 arrancó con un ejemplo relevante sobre este tipo de actuaciones. Me refiero al caso del procedimiento de concurrencia competitiva incardinado en la primera fase del Plan Vive de la Comunidad de Madrid para construir 6.646 viviendas en 46 parcelas distribuidas en 14 municipios, mediante concesión de dominio público<sup>7</sup>. Los diversos informes jurídicos emitidos con ocasión de estos pliegos evidencian el debate sobre el tipo de instrumento –concesión de obras o concesión de dominio– al que me he referido.

Otra actuación destacable en la materia, con la que terminó el 2021, consiste en el Anteproyecto de ley por el derecho a la vivienda, sometido a información pública durante el último trimestre<sup>8</sup>. Este proyecto normativo pretende ampliar la oferta de vivienda social mediante su implantación en suelo dotacional, entre otros mecanismos.

Por último, el año 2021 culminó en la Comunidad de Madrid con el sometimiento a información pública del Anteproyecto de ley de medidas urgentes para el impulso de la actividad económica y la modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid, por el que se pretende modificar el régimen de las redes públicas para incluir viviendas públicas en suelos dotacionales vacantes<sup>9</sup>.

El debate sobre la aplicación de fórmulas de colaboración público-privada a la construcción y explotación de vivienda social no es ni novedoso ni escaso<sup>10</sup>. Hasta la fecha se ha centrado en encontrar la solución dentro de las figuras existentes en nuestro ordenamiento (concesión de dominio, concesión de obras y, en menor medida en suelo de dominio público, el derecho de superficie). Este capítulo pretende evidenciar las dificultades de encaje en las figuras clásicas a fin de que pueda aprovecharse la oportunidad del momento actual de cambio legislativo y de cierto consenso en los distintos gobiernos y Administraciones de nuestro país acerca de la necesidad apremiante de ampliar la oferta de vivienda a precios asequibles<sup>11</sup>.

#### 1. EL PLAN VIVE DE MADRID

##### 2.1. EL DECRETO DE ASIGNACIÓN Y USO DE VIVIENDAS EN REDES SUPRAMUNICIPALES

La concesión demanial objeto de este capítulo encuentra su antecedente inmediato en el Decreto 84/2020, de 7 de octubre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se regula el procedimiento de asignación y el uso de viviendas construidas al amparo de concesión demanial en suelos de redes supramunicipales.

La tramitación de esta norma es la que dio lugar al debate jurídico sobre la naturaleza del título habilitante para este tipo de actuación que explicaremos en un apartado posterior. En este apartado, basta con señalar los contenidos relevantes a efectos de comprender dicho debate.

En primer lugar, cabe subrayar la justificación dada a la iniciativa. Según la exposición de motivos, “*el fin público perseguido es el de lograr la utilización eficiente de un patrimonio público actualmente falto de uso, para lograr destinarlo a la finalidad prevista para el mismo, en concreto a la promoción de vivienda*”. Por tanto, la finalidad de la reforma se vincula a la gestión patrimonial. Sin embargo, seguidamente se reconoce también que “*la Comunidad de Madrid debe necesariamente intervenir en la actividad a desarrollar en dicho suelo, mediante la aplicación de sus políticas de vivienda para determinar quién puede acceder a una vivienda protegida en régimen de arrendamiento, promoviendo la efectividad del derecho constitucional a una vivienda digna*”. Se cita expresamente la competencia de la Comunidad de Madrid en materia de vivienda según

su Estatuto de Autonomía (artículo 26.1.4), en cuyo ejercicio se dictó la Ley 6/1997, de 8 de enero, de Protección Pública a la Vivienda de la Comunidad de Madrid, que es complementada y desarrollada por este Decreto 84/2020. Transcribimos estos razonamientos porque, como veremos, el fin público perseguido fue uno de los criterios utilizados por los órganos consultivos en el procedimiento de aprobación del Decreto para valorar la procedencia de la concesión demanial<sup>12</sup>.

Según el Decreto, su objeto es establecer el citado procedimiento para la asignación de viviendas que se promuevan en suelos de redes supramunicipales, “en ejecución de concesión demanial” (artículo 1). En particular, dicha ejecución supone que “el concesionario llevará a efecto la construcción, la explotación, el mantenimiento y la conservación de las obras”, de forma que el procedimiento de asignación previsto en este Decreto será de aplicación durante el plazo de duración de la concesión (artículo 2). Además de los requisitos vinculados a la asignación de las viviendas y a los contratos de arrendamiento, la norma establece los facultades de control de la Administración, que a su vez constituyen obligaciones para el concesionario, fundamentalmente de comunicación e información: de la lista de interesados, con periodicidad mensual; de la asignación inicial y de los cambios posteriores; de los contratos de arrendamiento suscritos, que incluyan las cláusulas ordenadas en el decreto; etc. (artículo 9).

Todas estas previsiones pueden considerarse constitutivas de una verdadera regulación del ejercicio de la actividad del concesionario, de forma que la Administración no se limita a permitir la ocupación privativa de terrenos públicos ni a sentar las bases que habiliten su explotación económica por parte del concesionario, sino que en realidad está fijando las condiciones de prestación de los servicios por este a los usuarios<sup>13</sup>.

## 2.2. LA CONCESIÓN DEMANIAL DE LAS 46 PARCELAS DEL PLAN VIVE

Según se ha adelantado en el epígrafe introductorio de este capítulo, el año 2021 se estrenó con el inicio del procedimiento de concurrencia competitiva para llevar a cabo una actuación emblemática en la Comunidad de Madrid. Dentro de la primera fase del Plan Vive de la Región, la Consejería de Vivienda y Administración Local convocó el procedimiento para elegir a los privados que van a construir y explotar 6.646 viviendas en régimen de arrendamiento a precio asequible en 46 parcelas distribuidas en 14 municipios, mediante concesión demanial<sup>14</sup>.

Los terrenos se dividieron en cuatro lotes a efectos de licitación. Cada uno tiene asignadas entre 11 y 12 parcelas repartidas en 5 o 6 municipios, de forma que algunos de ellos (Alcalá de Henares, Alcorcón, Colmenar Viejo, Getafe, Madrid, San Sebastián y Tres Cantos) coinciden en dos de los lotes. En cambio, llama la atención la disparidad en el reparto de los municipios atendiendo a su tamaño por número de habitantes. Así, los dos primeros lotes incluyen parcelas en Madrid, que representa una población de más de tres millones; el tercero está integrado por parcelas en municipios que en total suman casi 700 mil empadronados, mientras que el cuarto apenas supera los 150 mil<sup>15</sup>. Cabe apreciar una correlación entre este reparto y el resultado de la licitación pues lo cierto es que este lote quedó desierto, es decir, no suscitó el suficiente interés para el sector privado<sup>16</sup>.

El título jurídico elegido por la Administración para esta actuación consiste en la concesión demanial sobre las citadas parcelas que constituyen terrenos de dominio público integrantes de las redes supramunicipales de la Comunidad de Madrid. De acuerdo con ello, el régimen jurídico de aplicación será la legislación de patrimonio y no la de contratos<sup>17</sup>. Llamamos la atención sobre el Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda (RDL 26/2020), citado en el Pliego de Condiciones Particulares (PCP) rector (cláusula 2). Ello porque, como veremos, el artículo 31.1 de esta norma viene a declarar oneroso, “aunque en su título de constitución no se contemple el abono de canon o precio”, la “concesión demanial que tenga por finalidad la promoción del alquiler asequible o social”. Y esta previsión expresa de la concesión demanial en un precepto básico de una ley estatal es precisamente la que desbloquee el debate jurídico suscitado en la Comunidad de Madrid acerca de la naturaleza del título habilitante –concesión de dominio o concesión de obras–.

Dentro del objeto se incluye la obligación del concesionario de destinar los terrenos a la construcción de viviendas, así como su explotación, mantenimiento y conservación conforme a los pliegos. La construcción abarca los inmuebles residenciales, sus trasteros y plazas de aparcamiento, así como locales comerciales, la urbanización y ajardinamiento interior, y cualquier otra construcción aneja realizada sobre las parcelas objeto de concesión (cláusula 1 del PCP). Ahora bien, el pliego deja constancia expresa de que la Administración no contrata obra alguna a través de la concesión, sino que su intervención se limita a que el concesionario destine los terrenos a lo establecido en los pliegos, incluidas las características de la edificación (cláusula 20 del PCP). Esta afirmación, que es “a efectos aclaratorios” (cláusula 20, segundo párrafo), resulta un tanto paradójica si nos atenemos a las obligaciones para el concesionario y controles por parte de la Administración previstos en los pliegos. Así, según el PCP:

- El adjudicatario debe constituir una sociedad concesionaria, cuyas condiciones a su vez se regulan con amplio detalle (forma jurídica, objeto, domicilio, etc.) (anexo I, apartado 5). Esta sociedad deberá remitir anualmente las cuentas anuales auditadas y el informe de gestión; y disponer de la información de ingresos y gastos y cualquier otro dato de explotación que la Administración considere oportuno para conocer sus resultados financieros (cláusula 32). A su vez, las operaciones de financiación ajena de esta sociedad deben comunicarse a la Administración y algunas de ellas incluso autorizarse previamente por esta (cláusula 30).
- El concesionario debe presentar el proyecto básico de construcción y el de ejecución a la Administración en unos plazos máximos y esta tiene la facultad de aprobarlos. También las modificaciones de proyecto deben ser aprobadas por la Administración antes de ejecutarse (cláusulas 21 y 24).
- El concesionario debe terminar las obras en un plazo máximo a partir de la aprobación del proyecto de ejecución por parte de la Administración (cláusula 23 del PCP).
- La empresa que ejecute las obras –no solo el licitador de la concesión demanial– debe tener unas condiciones concretas de solvencia (cláusula 22 del PCP).
- A la finalización de las obras, se prevé la comprobación formal por parte de la Administración, que llevará implícita la autorización para el inicio de la explotación. El concesionario también debe dar traslado de la relación valorada final de las obras ejecutadas (cláusula 25).
- Se incluye la “cláusula de progreso”, de forma que el concesionario debe mantener la construcción según “el progreso de la ciencia” y lo que disponga la normativa de aplicación en cada momento (cláusula 32)<sup>18</sup>. Además, cada vez que la vivienda vaya a ser ocupada por un nuevo usuario, se detallan las actuaciones (limpieza, reparación, repintado, etc.) que el concesionario deberá acometer (cláusula 33).
- Se contemplan las prestaciones de servicios comunitarios mínimos (conserjería, mantenimiento, limpieza o suministros de las zonas comunes; algunas urbanizaciones incluyen gimnasios, zonas deportivas, piscinas y zonas ajardinadas), detallándose la periodicidad y forma de prestación de estos servicios; limitándose las cuantías de los gastos que el concesionario podrá repercutir a los inquilinos; y sujetándose estas cuantías a autorización por parte de la Administración (cláusula 31).

- La Administración se reserva el derecho de dictar instrucciones en relación con la construcción y su uso (cláusula 32).
- El concesionario deberá seleccionar a los usuarios de las viviendas conforme al Decreto 84/2020 referido en el apartado anterior o la norma que lo sustituya en cada momento, así como a lo previsto en el PCP (apartado 24 del ANEXO I). Toda la política de gestión de los alquileres por parte del concesionario debe respetar este decreto (cláusula 9.5 del Pliego de Prescripciones Técnicas de la concesión). Esta es la norma que, como decimos, suscitó el debate en torno a la figura jurídica idónea.
- El concesionario debe informar trimestralmente a la Administración acerca del grado de ocupación, perfil de los ocupantes, periodo medio para ocupar las viviendas, impagos, etc. (cláusula 32).
- Los ingresos del concesionario se limitan a los provenientes de la renta correspondiente. Se prohíbe expresamente cobrar importe adicional alguno por el mobiliario o las instalaciones existentes en la vivienda y en los locales comerciales (cláusula 28).
- La renta máxima por el alquiler de las viviendas, trasteros y plazas de garaje vinculadas a aquellas, se corresponde con los valores ofertados por el concesionario y deben revisarse conforme al mecanismo previsto en el PCP (el Índice General de Precios en España). El importe en concepto de alquiler de los locales comerciales y de las plazas de aparcamientos no vinculadas se fija libremente por el concesionario (cláusula 31).

Como veremos en el siguiente apartado, las previsiones anteriores evidencian una relación jurídica bilateral que va más allá del mero control por parte de la Administración en lo que respecta a las construcciones en sus terrenos demaniales y a su destino. La amplitud y detalle de las obligaciones del concesionario las sitúan más próximas a constituir prestaciones realizadas por encargo de la Administración, en ejecución de sus competencias en materia de vivienda y para la satisfacción de un fin público consistente en la puesta a disposición de alojamientos asequibles para determinados colectivos, a cambio del derecho a percibir unas rentas de los usuarios, en lugar de una actividad privada solicitada a aquella sobre un bien demanial.

Otro elemento ajeno a la legislación patrimonial de las Administraciones y propio de la legislación de contratos del sector público es el régimen de penalidades por los incumplimientos del concesionario. Sin embargo, el PCP contiene dicho régimen<sup>19</sup>.

En una de las cláusulas llega a afirmarse la “*ejecución del contrato*” a riesgo y ventura del concesionario (apartado s) de la cláusula 32), contenido este propio de la LCSP y no de la LPAP ni de la LPCM pues al no tratarse la concesión demanial de un contrato oneroso, tampoco es necesario afirmar esta transferencia del riesgo de ejecución al privado.

La explotación consiste principalmente, según lo expuesto, en el alquiler de las viviendas mediante contratos regidos por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Se obliga al concesionario a admitir la utilización de la construcción por cualquier usuario según principios de igualdad y no discriminación, pero lo cierto es que la selección de los inquilinos y la gestión de los alquileres debe atenerse al Decreto 84/2020 (cláusulas 2 y 32 del PCP).

La concesión no implica la cesión de las “*facultades dominicales*” sobre los terrenos a su titular sino que dichas facultades continúan perteneciendo a la Administración (cláusula 1). En este sentido, los terrenos son propiedad de la Administración de la Comunidad de Madrid y esta ejerce sus facultades a través de la Consejería competente en materia de vivienda, que los tiene adscritos (cláusula 7 del PCP)<sup>20</sup>.

Se contempla un plazo improrrogable de cincuenta años, transcurrido el cual los terrenos, las construcciones y las instalaciones fijas revertirán a la Administración y deberán hacerlo en buen estado (cláusulas 3 y 25 del PCP). Por tanto, se exceptúa la regla general según la legislación de patrimonio consistente en la demolición de las obras a la extinción de la concesión demanial (artículo 101.1 de la LPAP).

Se prohíbe la renuncia a la concesión, que se considera como un abandono e incumplimiento culpable (cláusula 32). Sin embargo, la LPCM tipifica, como causa de extinción de las concesiones sobre bienes de dominio público, “*la renuncia del concesionario a su derecho*” (artículo 33.4), por lo que cabe cuestionarse la legalidad de dicha previsión del pliego. La posible renuncia a la concesión demanial no es una cuestión accesoria sino que se deriva de la misma naturaleza jurídica de este título habilitante pues al no consistir este en un contrato, cabe la renuncia unilateral<sup>21</sup>. En cambio, si el título habilitante hubiera sido el contrato de concesión de obras, dicha prohibición tendría todo el sentido y de hecho la LCSP no contempla la renuncia del concesionario como causa de resolución anticipada del contrato, pues de lo contrario se estaría dejando su cumplimiento al arbitrio de una de las partes<sup>22</sup>.

Por lo demás, no se exige el abono de un canon por parte de la Administración al concesionario, ni se contempla la modificación ni el reequilibrio de la concesión, en consonancia con la naturaleza demanial que se predica del negocio jurídico<sup>23</sup>.

En lo que respecta al resultado de la licitación, el 21 de octubre de 2021 los dos primeros lotes se adjudicaron a una misma empresa y el tercero a otro; el cuarto quedó desierto<sup>24</sup>. Antes de acabar el año, las sociedades concesionarias constituidas por los adjudicatarios suscribieron con la Comunidad de Madrid el “*documento de otorgamiento de concesión demanial*”<sup>25</sup>.

## I. NATURALEZA DEL TÍTULO HABILITANTE

### 3.1. PLANTEAMIENTO

Según lo anunciado anteriormente, la naturaleza del título habilitante dio lugar a un interesante debate en los órganos consultivos e informantes de la Comunidad de Madrid con ocasión de la tramitación del Decreto 84/2020. En particular, destacamos los dos dictámenes de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid<sup>26</sup>. El primero de ellos se aprobó el 7 de julio de 2020, un día antes de la publicación en el BOE del RDL 26/2020. En él la Comisión concluyó que, en este caso, se trata de promover una obra pública consistente en la construcción de viviendas públicas o de integración social, destinada a un servicio público en sentido amplio –como competencia administrativa en materia de vivienda–, por lo que “*se considera que no es aplicable la figura de la concesión demanial y sí la de la concesión de obra pública*”<sup>27</sup>. Esta consideración se califica de esencial a efectos de la consulta que le había sido formulada sobre el proyecto normativo referido.

El RDL 26/2020 provocó una nueva consulta a la Comisión Jurídica Asesora consistente en la posible aplicación de la figura de la concesión demanial a la construcción de vivienda pública sobre suelos integrantes de las redes supramunicipales en la Comunidad de Madrid, según se proponía en el proyecto de decreto informado por la Comisión en su Dictamen de 7 de julio de 2020, al amparo de la aplicación del artículo 31 de dicha norma estatal. Recordemos que este precepto contempla la “*concesión demanial que tenga por finalidad la promoción del alquiler asequible o social*” incluso aunque no se prevea el abono de un canon o precio en su título de constitución.

Pues bien, la Comisión Jurídica Asesora, en su Dictamen n.º 404/20, de 22 de septiembre de 2020, admite que esta previsión, que tiene carácter

de legislación básica estatal, permite aplicar la figura de la concesión demanial según prevé el proyecto de decreto anteriormente informado. Ello no obstante, advierte este órgano consultivo de que esa previsión estatal se aparta *“por completo de la doctrina y jurisprudencia reseñada”* en este Dictamen y en el anterior de 7 de julio y concluye que, pese a dicha posibilidad, *“la construcción de viviendas en las citadas redes encuentra su natural acomodo en el contrato de concesión de obra pública”*.

Sin embargo, el proyecto normativo fue aprobado mediante Decreto 84/2020 en los términos inicialmente planteados y las primeras 46 parcelas del Plan Vive fueron licitadas bajo un esquema de concesión de dominio.

A partir del razonamiento expuesto en estos dos dictámenes, se puede reflexionar acerca de la naturaleza de estos bienes públicos y del propio título habilitante, así como extraer consecuencias prácticas de la utilización de una u otra figura.

### 3.2. NATURALEZA DE LOS BIENES

Para que pueda darse el debate sobre si el negocio jurídico es la concesión de dominio o la concesión de obras, el bien objeto de construcción y explotación ha de ser de naturaleza demanial. De lo contrario, es decir, si se tratase de un bien patrimonial, abriríamos el análisis a otras figuras jurídicas<sup>28</sup>. Esto que resulta obvio, tiene su importancia y su interés pues precisamente en la naturaleza del bien y, en particular, en la causa o finalidad que motiva su carácter demanial, se encuentran las razones de su protección y el título habilitante para legitimar su uso privativo.

En el caso del suelo dotacional para vivienda social, la Comisión Asesora concluye que la red supramunicipal con este destino y las futuras viviendas construidas en ellos tienen carácter demanial porque necesariamente deben ser de titularidad pública y porque están destinadas a *“la prestación de un servicio público”*<sup>29</sup>. Para ello, además de la legislación urbanística y patrimonial estatal y autonómica, se invoca determinada jurisprudencia sobre la ausencia de aprovechamiento lucrativo en las dotaciones públicas, que están excluidas del tráfico jurídico-privado, así como un informe del Consejo de Estado sobre la finalidad de servir a un uso general o a la prestación de un servicio público que tienen las redes públicas de carácter dotacional.

Compartimos esta tesis como regla general para las redes o dotaciones pero no hemos de olvidar que este tipo de suelo se concibe para satisfacer las necesidades de sectores o áreas que tienen otros usos principales, como puede ser el residencial, el industrial o el terciario. Así, estas redes pueden estar integradas por bienes de uso general, como las carreteras o los parques y jardines, y por bienes de servicio público, como los hospitales o los centros educativos. En cambio, no estaba en su origen el uso residencial para colectivos con dificultades de acceso a una vivienda<sup>30</sup>.

El destino residencial, incluso aunque sea para satisfacer necesidades temporales de alojamiento, presenta ciertas singularidades que dificultan su encaje en la definición legal del dominio público<sup>31</sup>. Así, las viviendas sociales no están destinadas a un uso general, sino privativo por parte de sus futuros ocupantes y a través de un negocio jurídico de corte patrimonial, como es el contrato de arrendamiento.

Tampoco tienen un natural acomodo en la prestación de un servicio público a la ciudadanía, sino que su vocación es la de ser ocupadas mediante un contrato de alquiler a un precio asequible. No vemos, por tanto, la prestación de un servicio en sentido estricto, como sí ocurre en otros casos de bienes dotacionales (el servicio educativo, sanitario, de policía, administrativo, etc.). En este punto, nos apartamos de la consideración de la Comisión Asesora reflejada en sus apartados segundo y tercero y coincidimos con CASABONA BERBERANA en entender que la obligación para las Administraciones de promover las condiciones para hacer efectivo el derecho a una vivienda digna y adecuada recogida en el artículo 47 de la Constitución Española, no constituye un servicio público que aquellas deban prestar<sup>32</sup>. Asimismo, resulta de interés lo afirmado por VILLAR PALASÍ a propósito de la *“concesión industrial”*, recordándonos que *“en su sentido originario, el concepto de servicio público solo puede comprender la prestación de bienes inmateriales, de servicios propiamente dichos, excluyendo así la satisfacción de necesidades materiales de bienes”*<sup>33</sup>. Por tanto, vincular la naturaleza demanial al servicio público, supone aproximar su explotación a la realización de actividades que satisfagan necesidades distintas de la material de bienes. En cambio, la vivienda social, aunque sea en régimen de alquiler, está más próxima a satisfacer una necesidad material (bien inmueble para vivienda), que inmaterial de la ciudadanía. Los servicios anteriormente citados a modo de ejemplo de destino dotacional, relativos a los hospitalarios, educativos, de seguridad y de protección civil, junto con otros como los transportes, no satisfacen necesidades de bienes materiales sino inmateriales (la salud, la educación, la integridad física o la movilidad). Por tanto, resulta un tanto extraño, desde un punto de vista de su funcionalidad, asemejar la dotación pública para vivienda social, a los restantes equipamientos<sup>34</sup>.

Por otro lado, el hecho de considerar que las competencias de las Administraciones en materia de vivienda integran el elemento de *“servicio público”* en sentido amplio a efectos de la calificación del bien como de dominio según la legislación de patrimonio, situaría el título habilitante más próximo a la concesión de servicios. En efecto, los ciudadanos pueden utilizar los bienes públicos destinados al giro o tráfico administrativo en general como beneficiarios de servicios prestados por la Administración, directamente o a través de un concesionario. Sostener que el bien es demanial porque la Administración ejerce a través de él sus funciones en materia de vivienda regulando el detalle de las condiciones edificatorias y del alquiler, supone que el dominio pase a un segundo plano, sujetándose a las características del servicio exigido<sup>35</sup>. Ello no ocurre, como decimos, en el caso de actividades económicas privadas desplegadas en bienes de dominio público al amparo de concesiones demaniales. Así, por citar algunos ejemplos: la de cafetería en edificios administrativos o universitarios; la de logística en los puertos; la de quiosco en las vías urbanas o en la zona costera; o la agrícola de regadío a través de concesiones demaniales de aguas.

En lo que respecta a la categorización como demanial por parte de una ley, en el ámbito estatal, el TRLS no lo dispone. En la Comunidad de Madrid, el artículo 91.3 bis de la LSCM recoge lo contrario, es decir, que las redes supramunicipales son bienes patrimoniales salvo que una ley les otorgue expresamente el carácter de bienes de dominio público. Sin embargo, según el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad de Madrid de 28 de septiembre de 2011, ambas Administraciones coinciden en interpretar el referido precepto, *“en el sentido de que los suelos a que se refiere dicho apartado [suelos de las redes supramunicipales] tienen el carácter de demaniales siempre que así resulte de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y de su legislación específica”* (apartado 1.º del Acuerdo). Por tanto, la previsión legal nos devuelve al análisis conceptual de la naturaleza del bien en cada caso.

En las restantes comunidades autónomas, la mayoría de sus legislaciones de suelo o de urbanismo no califica el suelo dotacional ni como demanial ni como patrimonial<sup>36</sup>. Ahora bien, cabe apreciar y reconocer una tendencia legislativa a vincular dicho uso a la prestación de un servicio público<sup>37</sup>. De hecho, encontramos alguna sentencia que así lo declara expresamente<sup>38</sup>.

Por otro lado, cabe añadir el siguiente elemento a la reflexión: el legislador estatal articula la obtención de suelo para destino dotacional vinculado a la vivienda social a través de la figura de la cesión gratuita por parte de los propietarios de los terrenos sujetos a actuaciones de urbanización y las consideraciones anteriores se refieren a este supuesto. Sin embargo, cabría enriquecer más el debate si dicho suelo se obtuviera por expropiación en lugar de por cesión gratuita. Ello porque la LPAP dispone que, en caso de expropiación, *“la afectación del bien o derecho al uso general, al servicio público, o a los fines y funciones de carácter público se entenderá implícita en la expropiación”* (artículo 24.2).

Como puede apreciarse, se amplía el destino que legitima la afectación al dominio público de los bienes expropiados, a fines y funciones de carácter público; la vivienda social ciertamente persigue fines públicos. Ello llevaría a concluir, según CASABONA BERBERANA, que las viviendas construidas en los bienes expropiados serán demaniales<sup>39</sup>.

Por razones de extensión no podemos detenernos en esta cuestión pero baste indicar que dicha conclusión es matizable si nos atenemos a lo dispuesto en las leyes autonómicas de suelo o urbanísticas, pues estas incluyen en los patrimonios públicos de suelo los bienes obtenidos mediante expropiación y seguidamente permiten su gestión mediante negocios jurídicos de naturaleza privada, como su venta o la constitución de derechos de superficie sobre ellos<sup>40</sup>.

Cabe finalizar este apartado retomando la idea de la singularidad de este tipo de bien público, no destinado a un uso general ni a un servicio público en sentido estricto pero sí a un fin de interés social y no a la realización de una actividad meramente económica; y cuya explotación tiene encaje en figuras más próximas al ordenamiento privado, como el alquiler sujeto a la ley de arrendamientos urbanos. Singularidad esta que es entendida por algún autor como un ejemplo más de la necesidad de superar la división legal entre bienes de dominio público y bienes patrimoniales, avanzando hacia un concepto integrador de bienes públicos<sup>41</sup>.

En cualquier caso, lo cierto es que la importancia que tiene la puesta a disposición de los ciudadanos de vivienda asequible y la urgencia con la que se está reclamando atender a esta necesidad, llevan a demandar soluciones normativas *ad hoc* que permitan allanar el camino de este tipo de actuaciones.

### 3.3. NATURALEZA DEL TÍTULO SEGÚN SU CAUSA

La naturaleza de las concesiones de dominio ha sido ampliamente estudiada y debatida por la doctrina pero, según adelantábamos en el apartado 2.2 anterior, la concesión de dominio está más próxima a un negocio jurídico bilateral de carácter no contractual, que a los contratos onerosos objeto de la legislación de contratos del sector público<sup>42</sup>. Entre otras razones, por la diferencia que cabe apreciar entre la causa de uno y otro negocio.

En efecto, si nos atenemos a una definición de la causa del negocio como el “*propósito del resultado empírico*” que quieren alcanzar las dos partes a modo de “*presupuesto básico de negocio*”, concluiremos que la concesión de dominio no tiene por causa las prestaciones recíprocas de las partes, como ocurre en el caso de los contratos onerosos<sup>43</sup>. Así, en los contratos la causa –que es un elemento esencial sin el cual no producirán efecto alguno<sup>44</sup>–, cuando son onerosos, se entiende que es, para cada parte, la prestación comprometida por la otra<sup>45</sup>.

En cambio, en la concesión de dominio, la causa se vincula a la puesta a disposición de un bien para un uso privativo consistente en una actividad económica. Siguiendo a LÓPEZ RAMÓN, en este tipo de concesiones, lo que se transmite es el derecho al uso privativo del bien y “*difícil será hablar de transferencia posterior de ninguna parte de función pública o de esfera originariamente administrativa en favor del concesionario*”<sup>46</sup>. De lo contrario, al tratarse de una actividad competencia de la Administración, el bien pasaría a constituir el soporte de una relación prestacional en la que el privado lo utilizaría para edificar una obra y prestar el servicio correspondiente (concesión de obras o de servicios). Sobre esta cuestión, resulta interesante traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado en la consulta n.º 6683, de 14 de noviembre de 1950, comentado por VILLAR PALASÍ, según el cual las concesiones de dominio y de gestión de servicios públicos tienen en común la “*cesión al particular de una esfera de actuación originariamente administrativa*”; en la concesión de dominio, la esfera transferida se refiere al orden real, mientras que en la de servicios se trata del orden de la actividad y la gestión<sup>47</sup>.

Los órganos consultivos de la Comunidad de Madrid se refieren al fin público perseguido por la vivienda social como causa del negocio, que a su vez lleva a concluir que este es contractual<sup>48</sup>. En realidad, el uso privativo de un bien demanial también debe guardar cierta conexión con un fin público, pues de lo contrario tampoco tendría sentido que el bien fuera de esa naturaleza. La diferencia radica, en nuestra opinión, en si las partes coinciden en situar ese fin como el resultado que va a proporcionarse a la Administración a cambio de la utilización del bien, o si por el contrario el uso del bien es una habilitación para una actividad económica privada que coadyuva a la consecución de un fin público en sentido amplio.

En efecto, la concesión de dominio es un título habilitante concebido para realizar obras o instalaciones permanentes de dominio público y para desarrollar una actividad privada solicitada a la Administración; no encargada o contratada por esta para satisfacer fines públicos de su competencia<sup>49</sup>. En este título concesional, no hay traslación de funciones públicas al concesionario, lo cual sí acontece en las concesiones de obra y de servicio<sup>50</sup>.

Prueba de lo anterior es la parquedad con la que la legislación de patrimonio y la legislación sectorial (de puertos, por ejemplo) regulan la construcción y explotación a través de concesiones de dominio, frente al desarrollo de dichos aspectos en la legislación de contratos del sector público. Ciertamente, esta actividad estará controlada por la Administración y deberá satisfacer intereses públicos, pero sin constituir, como decimos, una prestación realizada por encargo de la Administración<sup>51</sup>. De hecho, algún autor pone de manifiesto que la concesión de dominio público para vivienda social no permitiría tanto control de la Administración como en el caso de una concesión de obras<sup>52</sup>.

Retomando los ejemplos de las concesiones de dominio público para la explotación de cafeterías en edificios públicos (universitarios, administrativos, hospitalarios, etc.), o las de explotación privativa de aguas, hidrocarburos o minas, ninguna de ellas pretenden un resultado que constituya una prestación a favor de la Administración, por consistir la actividad en una función pública, sino que el derecho de ocupación del bien y en su caso de edificación, es una habilitación para una actividad privada y, por tanto, no definida con un grado de detalle análogo al de una prestación contractual.

Si trasladamos estas consideraciones a la concesión del Plan Vive, observamos cómo el “*resultado empírico*” pretendido no es la mera utilización privativa de unos terrenos para una actividad económica sino la construcción y explotación de vivienda con arreglo a unas condiciones concretas de cada edificio y de su alquiler, a cambio de la cesión de uso gratuita de dichos terrenos. El apartado 2.2 anterior evidencia, según adelantábamos, que la Administración no se está limitando a permitir el uso privativo del suelo dotacional, sino a contratar unas determinadas prestaciones de edificación y de alquiler, reservándose la supervisión y validación de los diferentes hitos de ejecución e incluso la penalización en caso de desviaciones respecto a lo pactado.

Sobre la inclusión en una norma básica estatal de la precisión relativa a que las concesiones de dominio pueden considerarse onerosas pese a no llevar aparejadas el cobro de un canon al concesionario por parte de la Administración, la exposición de motivos del propio RDL 26/2020 justifica esta modificación en que “*su nota diferenciadora [de estas concesiones] será el compromiso del adjudicatario de esos derechos de ofrecer viviendas con rentas asequibles o sociales, en todo caso limitadas*”. Sin embargo, esta precisión legal nos parece un tanto intrascendente a efectos de la valoración jurídica sobre qué figura aplicar<sup>53</sup>, por cuanto la onerosidad es un elemento ajeno a las concesiones de dominio<sup>54</sup>. Además, en este tipo de negocio jurídico la tasa o canon no es obligatorio de acuerdo con la legislación estatal y autonómica, por lo que la aclaración introducida por el RDL 26/2020 no era estrictamente necesaria<sup>55</sup>.

En el siguiente apartado exponemos algunas diferencias prácticas de la diferencia entre uno y otro vínculo.

### 3.4. DIFERENCIAS QUE SUPONEN EN LA PRÁCTICA LA APLICACIÓN DE UNO U OTRO NEGOCIO JURÍDICO

Del apartado anterior ya hemos extraído unas primeras diferencias entre uno y otro negocio jurídico inherentes a su naturaleza. En este expondremos otras adicionales derivadas del distinto régimen jurídico, que ponen de manifiesto la importancia de elegir adecuadamente el negocio para la construcción y explotación de vivienda social en suelo dotacional. Por razones de extensión, nos limitaremos a enumerar las que *a priori* se presentan como las más significativas.

La primera de ellas se extrae directamente de la diferente naturaleza del vínculo que une a la Administración y al privado en uno y otro caso, expuesta en el apartado anterior. Así, la concesión de obras, como contrato administrativo oneroso, implica establecer un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas. En este marco, la modificación de las prestaciones por razones de interés público o el reequilibrio del contrato por circunstancias sobrevenidas que acontecerán irremediamente en una relación jurídica establecida por un plazo de cincuenta años, son medidas de preservación del contrato para acomodarlo a las nuevas realidades, que parecen imprescindibles a fin de evitar su extinción anticipada. En cambio, la concesión de dominio, como título habilitante de naturaleza no contractual, no implica a la Administración del mismo modo en el *aleas* de la ejecución pues aquella se limita a permitir usos privativos con instalaciones permanentes. Quizá por ello observamos que el PCP no contempla ni la modificación ni el reequilibrio de la concesión<sup>56</sup>. Se trata de una carencia significativa no solo por el largo plazo - cincuenta años- fijado para este negocio jurídico, durante el cual previsiblemente ocurrirán circunstancias que obliguen a modificar los términos inicialmente pactados, sino también porque como las concesiones resultantes del Plan Vive -a través de los pliegos o del contenido mínimo exigido a la oferta- contemplan con amplio detalle cómo han de ejecutarse las distintas prestaciones, el citado riesgo de desviación se ve acentuado.

El uso de los bienes objeto de concesión también difiere. Según lo expuesto en este capítulo, la concesión demanial se concibe para un uso privativo con obras o instalaciones fijas, mientras que el concesionario de obras está obligado a *“admitir la utilización de las obras por todo usuario”* y las condiciones que se establezcan al efecto deben respetar el principio de universalidad -junto con el de igualdad y no discriminación-<sup>57</sup>. Además, en el contrato de concesión de obras, el pago por parte de los usuarios consiste en *“la correspondiente tarifa”*, mientras que en la concesión demanial su titular percibe precios privados<sup>58</sup>. Vemos nuevamente cómo la vivienda social, concebida para ser utilizada en régimen de alquiler de conformidad con una norma de derecho privado -la Ley de Arrendamientos Urbanos- por un único usuario por finca registral de manera estable -los contratos de arrendamiento tienen una vocación plurianual-, no encaja con la explotación obligada para un concesionario de obra.

Otra diferencia afecta al precio y su revisión. El contrato de concesión de obras está sujeto a lo dispuesto por el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (artículo 103.2 de la LCSP). Según esta norma de desarrollo, el periodo de recuperación de la inversión tomará una tasa de descuento *“cuyo valor será el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a diez años en los últimos seis meses incrementado en un diferencial de 200 puntos básicos”* (artículo 10). La revisión de los precios no podrá extenderse más allá del periodo de recuperación ni aplicarse antes de dos años desde la formalización del contrato ni antes de su ejecución en al menos el 20% de su importe (apartados 2 y 5 del artículo 9). Todos estos requisitos y limitaciones aplican a los contratos y, por tanto, no a la concesión demanial. El propio plazo máximo es diferente: para la concesión de dominio, 75 años; para la concesión de obras, 40 años<sup>59</sup>.

En lo que respecta al régimen de reversión, la regla general en el caso de la concesión de obra es que los activos reviertan en perfecto estado, mientras que en las concesiones demaniales las obras, construcciones e instalaciones fijas deben demolerse salvo que el título concesional o la Administración prevea expresamente o decida su mantenimiento (artículo 101.1 de la LPAP).

Por último, hemos de referirnos a la renuncia del concesionario: en la concesión demanial constituye una de las causas de su extinción, mientras que en la LCSP no se contempla como causa de resolución, según lo explicado anteriormente<sup>60</sup>.

## I. CONCLUSIONES

El debate en torno al instrumento jurídico idóneo para articular la construcción y explotación de viviendas sociales en terrenos de redes supramunicipales titularidad de la Comunidad de Madrid nos lleva a una primera conclusión general consistente en que la aplicación de la concesión de dominio no es pacífica<sup>61</sup>. Revisados los términos en que se configuró esta concesión para las primeras 46 parcelas del Plan Vive, apreciamos contenidos divergentes de la naturaleza propia de este negocio jurídico, tales como las numerosas y detalladas obligaciones de diseño, construcción y explotación impuestas al concesionario, así como las facultades de supervisión, control y autorización reservadas a la Administración, propias todas ellas más de un contrato que de una concesión de dominio. En definitiva, parece que la causa de este negocio está más próxima a las recíprocas prestaciones de las partes en un contrato que a la ocupación privativa de unos terrenos para edificar sobre ellos y realizar una actividad económica privada.

Lo anterior nos situaría en una figura más próxima a la concesión de obras, que sí tiene naturaleza contractual y que integra en su objeto la construcción y explotación de obras sobre bienes inmuebles, con arreglo a unas prestaciones de obligado detalle a través de los pliegos correspondientes, según ordena nuestra legislación de contratos del sector público, y que están sujetas a la supervisión y control de la Administración contratante.

Sin embargo, esta figura tampoco está exenta de dificultades, como pueden ser la obligación legal de universalidad respecto de los usuarios que pueden utilizar la obra pública, o de cobro de una tarifa por parte de estos (no de una renta conforme a la Ley de Arrendamientos Urbanos), o en un ámbito más práctico, las limitaciones al plazo máximo y a la revisión de precios.

La consecuencia práctica no es baladí pues cuestiones como la posibilidad de renunciar o no a la concesión; de tener derecho o no a su reequilibrio; o de poder revisar los precios con flexibilidad según las circunstancias del momento o por el contrario con arreglo a las fórmulas y condiciones reglamentariamente fijadas; todo ello como decimos depende del tipo de instrumento -concesión de obras o concesión de dominio- por el que se opte.

En el origen del debate entre una y otra figura vemos la singularidad del suelo dotacional como bien demanial: se trata de unos terrenos destinados satisfacer una necesidad social, pero no a un uso general ni a un servicio público (con los matices comentados). Además, su utilización se basa en negocios de corte claramente patrimonial (alquileres sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos), no jurídico-administrativo. A esta dificultad intrínseca al uso residencial -alquiler asequible- en suelo dotacional, se une la circunstancia de que la legislación estatal y la mayor parte de las legislaciones autonómicas de suelo o de urbanismo no califican el suelo dotacional ni como demanial ni como patrimonial, ni contemplan una regulación propia ni completa sobre los elementos necesarios para implantar este uso. Con ello nos referimos, como mínimo, a

las previsiones en materia de planeamiento, detallando cómo concretar la obligación genérica de cesión de terrenos para uso dotacional de vivienda social en actuaciones de urbanización para uso predominantemente residencial; al establecimiento de un estatuto jurídico de este tipo de bienes; y a la regulación del instrumento de colaboración público-privada idóneo.

En realidad, este debate entronca con el cuestionamiento doctrinal de la división de bienes públicos en dos categorías –demaniales y patrimoniales– y lleva a recomendar que las próximas reformas legales no solo permitan y fomenten a modo de declaración de intenciones que el suelo dotacional se utilice para vivienda social, sino que aprovechen la oportunidad para incluir un estatuto jurídico de este tipo de bienes, que proporcione seguridad y certidumbre en los instrumentos para su construcción y explotación mediante colaboración público-privada.

En ausencia de dichas reformas, quizá una revisión del carácter demanial atribuido al suelo dotacional para vivienda social pueda llevar a la conclusión de que este tipo de uso y por tanto de bien no cumple las condiciones para ser calificado como de dominio público, por no estar afectado a un uso general ni a un servicio público propiamente dicho. Este planteamiento sería posible al menos en aquellas Comunidades Autónomas cuyas legislaciones no declaran expresamente las dotaciones como bienes demaniales ni afectos a un servicio público o que, como en el caso de la Comunidad de Madrid, remiten a las definiciones generales de la legislación de patrimonio de las Administraciones, y en suelos no obtenidos por expropiación. Ello dejaría el camino expedito para el uso de figuras propias del derecho privado, como el derecho de superficie o contratos de explotación, que se regirían por la legislación patrimonial y no por la de contratos del sector público, de forma que se conjugaría la necesaria flexibilidad en la configuración del instrumento, con la adecuación de este a la naturaleza –a nuestro modo de ver contractual– del negocio jurídico pretendido. En última instancia, se trata de proporcionar seguridad jurídica a unas operaciones que requieren movilizar elevados volúmenes de inversión recuperables mediante pactos de plazos amplios y que, de verse frustradas, impedirían paliar la urgente necesidad de vivienda social.

En las Comunidades Autónomas donde, con arreglo a su legislación, la vivienda dotacional constituya un bien afecto a un servicio público, el negocio jurídico idóneo estará más próximo a la concesión de servicios –verdadero contrato en virtud del cual el operador económico recibe el encargo de prestar un servicio de tal naturaleza– que a la concesión de dominio, que por definición se concibe para desplegar actividades privadas sobre bienes demaniales.

## **i. BIBLIOGRAFÍA**

- CASABONA BERBERANA, M. A., “Cambios en la gestión del patrimonio público. análisis a partir del caso de la vivienda social”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 54, 2019, págs. 255-297.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “El concepto de causa en el negocio jurídico”, *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 1, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 1963.
- ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., “La nueva regulación de los derechos y deberes urbanísticos. La reforma de la Ley de suelo operada en junio de 2013”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2013 (BIB 2013, 1955).
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas de dominio público*, Civitas, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, R., *Colaboración público-privada para la provisión de vivienda pública, asequible y de ocupación temporal. El caso particular de la vivienda en suelo dotacional*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2012.
- FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. A., *La valorización del dominio público*, tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2014.
- LÓPEZ RAMÓN, F., “Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 24, 1989.
- MENÉNDEZ GARCÍA, P. y FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública” en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2010.
- MENÉNDEZ REXACH, A., “Contra la privatización del dominio público. La naturaleza demanial de los sistemas generales. Comentario a la STSJ de Madrid de 6 octubre 2004 (Ciudad del Fútbol de Las Rozas)” *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, n.º 13, 2005 (BIB 2005, 419).
- VAQUER CABALLERÍA, M., “Planes urbanísticos y planes de vivienda: la extraña pareja”, *REALA. Nueva Época*, n.º 7, 2017.
- VILLAR EZCURRA, J. L., “Nuevas orientaciones en el régimen de protección pública a la vivienda”, *Revista de Administración Pública*, n.º 91, 1980.
- VILLAR PALASÍ, J. L., “Concesiones administrativas”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, IV, Seix, Barcelona, 1952.

---

(1) El contenido de este trabajo refleja exclusivamente el parecer de su autor y no constituye opinión profesional ni asesoramiento jurídico alguno.

(2) VILLAR EZCURRA afirma que el objeto de su estudio es precisamente poner de manifiesto que la inadecuación de los sistemas de financiación es uno de los factores que impiden la efectividad del acceso a la vivienda (“Nuevas orientaciones en el régimen de protección pública a la vivienda”, *Revista de administración pública*, n.º 91, 1980, pág. 348).

(3) En concreto, en España la vivienda social constituye sólo el 2,5% con respecto a las viviendas principales, frente a un 9% de la media de los países de la Unión Europea. Datos extraídos del Observatorio de Vivienda y Suelo. Boletín especial Vivienda Social 2020, Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, septiembre 2020.

(4) Según VAQUER CABALLERÍA, en 2013 el gasto público en vivienda fue del 31% de lo que lo hacen los de la media de los Estados de la UEM. Asimismo, según este autor, concebir la vivienda social como una dotación, esto es, como un equipamiento urbano, en lugar de como un “producto inmobiliario más” tendría la doble ventaja de contribuir a la formación de un parque público estable y a evitar la doble carga que supone la cesión obligatoria y gratuita de suelo dotacional y lucrativo para un uso de alojamiento (VAQUER CABALLERÍA, M., “Planes urbanísticos y planes de vivienda: la extraña pareja”, *REALA. Nueva Época*, n.º 7, 2017, pág. 76 y pág. 84).

(5) Hasta 1993, el artículo 31.6 del Reglamento de Planeamiento preveía expresamente que los terrenos destinados a implantar sistemas generales según el Plan General, se considerarían de “aprovechamiento nulo”. El razonamiento de esta regulación podemos encontrarlo, por ejemplo, en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 8 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8817), que explica que dicha previsión es “lógica consecuencia de estar destinados a toda la población y ser público su uso” (fundamento jurídico cuarto). Posteriormente este precepto fue derogado por el Real Decreto 304/1993, de 26 de febrero, por el que se aprueba la tabla de vigencias de los Reglamentos de Planeamiento, Gestión Urbanística, Disciplina Urbanística, Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares y Reparcelaciones, en ejecución de la disposición final única del texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Sin embargo, algunas legislaciones autonómicas respectivas se han ocupado de incluir dicha previsión. Así, en Madrid, su ley de suelo liga directamente “los terrenos destinados por el planeamiento urbanístico a edificaciones o instalaciones para las redes públicas” a su “carácter dotacional” y a la conclusión inmediata de que “no serán tenidos en cuenta a efectos del cálculo de los aprovechamientos lucrativos” (artículo 91.6 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid; en lo sucesivo LSCM). En Castilla y León, no se tendrá en cuenta la edificabilidad destinada a dotaciones urbanísticas públicas, por lo que no tendrán aprovechamiento

lucrativo (artículo 36.1.f.2.º de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León). En Cataluña, los alojamientos dotacionales integrados en el sistema urbanístico de equipamientos comunitarios no computan como techo residencial a efectos del cumplimiento de los estándares de reserva mínima para vivienda protegida (en suelo no dotacional) y de otras dotaciones (artículo 57.5 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la ley de Urbanismo de Cataluña). En País Vasco, la edificabilidad física de las dotaciones públicas existentes o previstas queda excluida de la edificabilidad física lucrativa (artículo 35.3 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, del Suelo y Urbanismo del País Vasco). En Las Islas Baleares a los alojamientos dotacionales, por su carácter dotacional público, no les aplican las reservas y estándares legalmente establecidos para los suelos con aprovechamiento lucrativo (artículo 2 Decreto-ley 3/2020, de 28 de febrero, de medidas urgentes en materia de vivienda de Las Islas Baleares). Ahora bien, en Canarias, por ejemplo, los equipamientos tienen aprovechamiento lucrativo (artículo 2.3 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias).

(6) La disposición final duodécima, apartado 10, de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas modificó el artículo 16 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, introduciendo la referencia a la “*dotación pública de viviendas sometidas a algún régimen de protección*” como destino al que debía reservarse una parte del suelo en caso de transformación mediante actuaciones de urbanización para uso predominantemente residencial. Esta previsión no era novedosa, pues algunas comunidades autónomas ya se habían adelantado, como lo constata por ejemplo FERNÁNDEZ BAUTISTA, R. en su tesis doctoral: *Colaboración público-privada para la provisión de vivienda pública, asequible y de ocupación temporal. El caso particular de la vivienda en suelo dotacional*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2012, pág. 165. Asimismo, ENÉRIZ OLAECHEA comenta con ocasión de la reforma de 2013 que se trata de una solución del legislador estatal que da cobertura a las leyes urbanísticas aprobadas por algunas CCAA y cita expresamente a Navarra, que se habían adelantado en imponer la reserva de terrenos dotacionales de uso residencial para incluirlos en los patrimonios públicos de suelo y, posteriormente, destinarlos a viviendas sujetas a protección pública (“La nueva regulación de los derechos y deberes urbanísticos. La reforma de la Ley de suelo operada en junio de 2013”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2013 (BIB 2013, 1955). Igualmente, en la STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 4 de octubre de 2012 (700/2012) (JUR 2013, 178381) recuerda que la Ley 10/2004, de 24 de diciembre, de modificación de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña, para el fomento de la vivienda asequible, de la sostenibilidad y de la autonomía local (DOGC 30 diciembre 2004) impuso a la Administración “*la obligación de promover vivienda dotacional pública a nivel de sistema*” (fundamento jurídico cuarto).

(7) El anuncio de la Orden por la que se aprueba el inicio del procedimiento para el otorgamiento de la concesión demanial (expediente n.º CD-01/2020) fue publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid n.º 15 de 19 enero 2021. La declaración sobre su incardinación en el Plan Vive puede encontrarse en la siguiente noticia publicada en el portal oficial de la Comunidad de Madrid: <https://www.comunidad.madrid/noticias/2021/01/18/licitamos-primeras-46-parcelas-plan-vive-construir-6646-viviendas-14-municipios>.

(8) Nos referimos a la versión tomada en consideración en primera lectura por el Consejo de Ministros celebrado el 26 de octubre de 2021 y sometida a información pública por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana hasta el 18 de noviembre de 2021. Así, por ejemplo, se reconoce expresamente a las comunidades autónomas y a los municipios la facultad que les asiste de incorporar al planeamiento territorial y urbanístico las viviendas dotacionales públicas como uso compatible de los suelos dotacionales (artículo 15.1.a). Se citan el derecho de superficie y la concesión administrativa como posibles títulos habilitantes para la edificación y gestión del parque público de vivienda (artículo 28.b), por lo que sigue dejándose abierto el análisis y configuración del instrumento idóneo. Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.mitma.gob.es/el-ministerio/buscador-participacion-publica/anteproyecto-de-ley-estatal-por-el-derecho-la-viv>.

(9) En particular, esta previsión se introduce en la nueva versión del artículo 36.2.c) de la LSCM, según el cual el uso de viviendas públicas sujetas a un régimen de protección podrá implantarse en suelos vacantes de la red de servicios o de la red de equipamientos, procedentes de sectores de suelo urbanizable o ámbitos de suelo urbano no consolidado que cuenten con ordenación pormenorizada, siempre que la edificabilidad del citado uso sea inferior al 5 por 100 de la edificabilidad residencial establecida por el planeamiento para el ámbito o sector y que se mantenga el cumplimiento de la dotación de redes públicas exigibles al computar la edificabilidad resultante como residencial. Se concedió un plazo para recibir alegaciones del 24 de diciembre de 2021 al 7 de enero de 2022. El texto consultado se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://www.comunidad.madrid/transparencia/anteproyecto-ley-medidas-urgentes-impulso-actividad-economica-y-modernizacion-administracion>.

(10) El uso de concesiones de dominio público para la construcción y explotación de vivienda social en suelo dotacional en la Comunidad de Madrid se comenta por FERNÁNDEZ BAUTISTA, R. en su tesis doctoral *op. cit.* nota de pie de página n.º 5, págs. 212-213. Este autor cita el estudio realizado sobre este tipo de concesiones por parte de GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. en “*Algunas experiencias prácticas de colaboración público-privada en España*”, La Colaboración Pública Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esta Modalidad Contractual, VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.) y DE ÁLVARO MONTERO, Ángel (Coord.), editorial Aranzadi y General Dynamics, 2011. FERNÁNDEZ BAUTISTA, R. constata que GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. “*no ve problema en que se puedan otorgar concesiones demaniales (esto es, como figura patrimonial y no contractual-pública, o lo que es lo mismo, como concesión alejada de las previstas en la TRLCSP) para la construcción de viviendas asequibles sobre suelo público incluyendo el dotacional, entendiéndose que la Administración en este caso puede intervenir sobre la actividad a desarrollar*” (pág. 697). Sin embargo, en este capítulo cuestionamos esta figura, en línea con los dictámenes de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

(11) Como ejemplo de esta manifestación de necesidad podemos citar la exposición de motivos del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda, según la cual “*la necesidad de regulación urgente de las especialidades del derecho de superficie o concesión demanial para la promoción del alquiler asequible o social mediante la colaboración entre Administraciones Públicas y la iniciativa privada responde a circunstancias reales, actuales y de difícil previsión, que son subsumibles en la “extraordinaria y urgente necesidad”*”. Asimismo, se constata la “*necesidad creciente de incrementar el parque de viviendas destinadas al alquiler asequible o social para responder a la necesidad de amplios grupos de población que se encuentran en situación de vulnerabilidad, y las medidas articuladas para combatirla y revertirla*”. Posteriormente explicaremos el contenido y la utilización de esta reforma.

(12) Véase por ejemplo el Dictamen n.º 278/20 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado el 7 de julio de 2020, en respuesta a la consulta formulada por el Consejero de Vivienda y Administración Local sobre el Proyecto de Reglamento que posteriormente se aprobaría mediante el Decreto 84/2020, págs. 38, 43, con cita, a su vez, de resoluciones de tribunales administrativos de contratación pública de Madrid y de otras comunidades autónomas, así como de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, confirmada por el Tribunal Supremo.

(13) El criterio sobre la regulación de la actividad del concesionario como elemento característico de los contratos administrativos frente a la mera autorización del uso privativo de bienes demaniales en el caso de las concesiones demaniales, se emplea por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 13/2018, de 30 de mayo, según explica el Dictamen n.º 278/20 referido en la nota a pie de página anterior.

(14) *Op. cit.* en nota a pie de página n.º 6.

(15) Según cifras oficiales de población resultantes de la revisión del Padrón municipal a 1 de enero de 2021 publicadas por el Instituto Nacional de Estadística: <https://www.ine.es/jaxi3/Datos.htm?t=2881>.

(16) Se trata de un indicador muy elemental sobre el interés de la parcela para un privado y obviamente hay circunstancias más pertinentes para medir dicho interés. Por ejemplo, la edificabilidad y el precio máximo de cada lote. En este sentido, coincide que el cuarto lote es el que menor edificabilidad máxima tiene reconocida para el cálculo de la renta según el pliego (100.432,61 m<sup>2</sup> frente a 125.872,86 m<sup>2</sup> del tercer lote, a partir del cual la edificabilidad se incrementa en los otros dos lotes) y también es el que menor precio máximo por módulo (€/m<sup>2</sup>) tiene asignado: el producto total de la edificabilidad máxima, por el precio máximo del módulo y por el coeficiente máximo de alquiler (este último constante en todos los lotes) arroja un resultado de 8.709.033,86 € para el cuarto lote frente a los 12.833.189,83 € del siguiente. Todo ello según el Anexo V del PCP. En definitiva, parece un lote pensado para atraer una inversión más moderada pero que, por la limitación del precio y por las características de la demanda (municipios de menor población y más alejados del núcleo de Madrid), no suscitaron el suficiente interés. Y ello a pesar de que la Administración aclaró durante la fase de licitación, en respuesta a una pregunta sobre la edificabilidad máxima, que “*no existe límite para la edificabilidad al no resultar computable. Tampoco se limita el número de viviendas*” (p. ej. en relación con la parcela catastral Ref. Cat. 1910406VK2911S0001QX de Torreledones, lote 1. 2, según el documento de “*información facilitada del 23 al 26 de febrero de 2021, sobre consultas planteadas por posibles licitadores e interesados*” en el procedimiento de otorgamiento).

(17) Nos referimos fundamentalmente, en línea con lo que dispone el propio pliego rector de la licitación en su cláusula 2, a la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid (“LPCM”) y a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (“LPAP”). En cambio, desde el punto de vista contractual, la citada cláusula 2 excluye esta concesión de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, de acuerdo con sus artículos 4 y 9.1.

(18) La “cláusula de progreso” constituye una obligación para el concesionario de obra según el artículo 259.4 de la LCSP mientras que la legislación patrimonial no la contempla, lo cual es lógico, pues el mantenimiento de las obras no es una cuestión sustancial, considerando que como regla general deberán demolerse al término de la concesión demanial.

(19) Véanse los artículos 192 y 193 de la LCSP frente al silencio de la LPAP y de la LPCM.

(20) Durante la fase de licitación, en respuesta a la pregunta sobre la posibilidad de adquisición en propiedad por parte del concesionario, la Administración contestó que “*las parcelas integrantes de las redes supramunicipales tienen la consideración de bienes de dominio público, por lo que, de conformidad con la legislación patrimonial, no es posible su enajenación*”. Asimismo, se preguntó a la Administración si una determinada parcela pertenecía a una u otra Consejería de la Comunidad de Madrid y esta respondió que “*la titularidad de todas las parcelas objeto de la licitación corresponde a la Comunidad de Madrid, con independencia de que puedan estar adscritas a una Consejería concreta*” (documento de “*información facilitada a fecha 17 de febrero de 2021 sobre consultas planteadas por posibles licitadores e interesados*” en el procedimiento de otorgamiento, publicado en el perfil del contratante de la Comunidad de Madrid). Esta última respuesta entendemos que es coherente con la personalidad única de cada Administración territorial, de forma que la organización en distintas Consejerías no conlleva la distinta titularidad de los bienes pertenecientes a dicha Administración.

(21) A favor de esta tesis sobre la renuncia a la concesión como elemento que demuestra la naturaleza no contractual de la concesión demanial se pronuncia FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas de dominio público*, Civitas, Madrid, 2007, pág. 124. En la cita a pie de página n.º 271 transcribe a GALLEGO ANABITARTE, A. en referencia a que esta posibilidad de renuncia en el ámbito de las concesiones de dominio público hidráulico es “*contraria a cualquier esquema contractual, y mucho más, a la férrea sujeción a la lex contractus a que es sometido el contratante particular en la contratación administrativa*”. Esta transcripción se vincula a la siguiente obra: GALLEGO ANABITARTE, A., “*Concesiones*

de aguas continentales”, en *Dominio público: aguas y costas, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 93, tomo 3, CGPJ, 1993, pág. 58.

(22) Nos referimos al artículo 279 de la LCSP, regulador de las causas de resolución del contrato de concesión de obras.

(23) Durante la licitación, en respuesta a una pregunta sobre esta cuestión, la Administración aclaró que *“el pliego no incluye la obligación del pago de la Tasa por ocupación o aprovechamiento de los bienes de dominio público a la Comunidad de Madrid por los terrenos pertenecientes a las redes supramunicipales”* (según el documento de *“información facilitada del 26 de febrero al 5 de marzo de 2021, sobre consultas planteadas por posibles licitadores e interesados”* en el procedimiento de otorgamiento).

(24) Así se desprende de la Orden n.º 1270/2021 de la Consejera de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura dictada con fecha 21 de octubre de 2021 y publicada en el perfil del contratante: [http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM\\_ConvocaPrestac\\_FA&cid=1354862386452&definicion=Contratos%20Publicos&language=es&op2=PCON&pagename=PortalContratacion/Page/PCON\\_contratosPublicos&tipo](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_ConvocaPrestac_FA&cid=1354862386452&definicion=Contratos%20Publicos&language=es&op2=PCON&pagename=PortalContratacion/Page/PCON_contratosPublicos&tipo)

(25) La Comunidad de Madrid suscribió: el lote 1, con MADRID AFFORDABLE HOUSING 2021, S. A. y el lote 2, con MADRID AFFORDABLE HOUSING DEVELOPMENT 2021, S. A. el 29 de noviembre de 2021; y el lote 3, con TARVOS ACTIVOS INMOBILIARIOS, S. A. U. el 2 de diciembre de 2021. Los tres documentos de concesión figuran en la misma página web referenciada en la nota a pie de página anterior.

(26) Dictamen n.º 278/20 referido en la nota a pie de página n.º 11 y Dictamen n.º 404/20, de 22 de septiembre de 2020, relativo a la consulta facultativa formulada por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid sobre la aplicación del artículo 31 del RDL 26/2020.

(27) Consideración de derecho quinta, pág. 43 del Dictamen n.º 278/20.

(28) En concreto, la LPAP se refiere a *“cualquier negocio jurídico, típico o atípico”* en su artículo 106 que regula los *“contratos para la explotación de bienes patrimoniales”*. Por su parte, la LCSP no limita las obras a bienes demaniales -sino a bienes inmuebles-, aunque buena parte de estos constituyan su objeto.

(29) Pág. 30 del Dictamen n.º 278/20 referido en la nota a pie de página n.º 11.

(30) Ya vimos en el epígrafe introductorio y en la nota a pie de página n.º 5 que el destino del suelo dotacional a vivienda social en el caso de actuaciones de urbanización para uso predominantemente residencial se introdujo hace apenas nueve años en la ley estatal de suelo.

(31) Si atendemos al listado de bienes que integran el dominio público según el artículo 132.2 de la Constitución Española (la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental), observamos que comparten causas comunes de protección y que están vinculadas al medio ambiente y a la preservación de estos espacios, de forma que la regulación de su uso privativo tenderá primordialmente a su protección y no tanto a los distintos servicios que la Administración puede prestar a los ciudadanos a través del uso privativo concedido a un particular. En este sentido, MENÉNDEZ REXACH comenta respecto de los terrenos calificados como zonas verdes por el planeamiento, que su destino de uso público *“no excluye el otorgamiento de concesiones para usos privativos que no lo alteren en sustancia (por ejemplo, kioscos, clubs deportivos, instalaciones de ocio), siempre que estén previstos en el planeamiento. Pero, por razones obvias, es incompatible con el otorgamiento de una concesión que afecte a la práctica totalidad de los terrenos sustrayéndolos al uso público”* (MENÉNDEZ REXACH, A., *“Contra la privatización del dominio público. La naturaleza demanial de los sistemas generales. Comentario a la STSJ de Madrid de 6 octubre 2004 (Ciudad del Fútbol de Las Rozas)” Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, n.º 13, 2005 (BIB 2005(419) pág. 16). Sin embargo, estos bienes presentan características muy diferentes de los terrenos destinados a vivienda social.

(32) CASABONA BERBERANA, M. A., *“Cambios en la gestión del patrimonio público. análisis a partir del caso de la vivienda social”*, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 54, 2019, pág. 281. En contra de este criterio, MENÉNDEZ REXACH considera que *“a partir de la legislación estatal de 1990-92, la distinción entre las dotaciones públicas y privadas se hizo mucho más nítida”* porque las primeras tienen aprovechamiento nulo y por ello se obtienen, en principio, en virtud de los deberes de cesión impuestos legalmente a los propietarios, mientras que los segundos tienen aprovechamiento lucrativo. Con apoyo en los artículos 96.1 y 2 y el art. 98.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y, en particular, según este último, *“los terrenos destinados por el planeamiento urbanístico a edificaciones o instalaciones de uso o servicio público tendrán carácter dotacional, por lo que no serán tenidos en cuenta a efectos del cálculo de los aprovechamientos lucrativos”*. Ello le lleva al autor a concluir que *“los equipamientos de titularidad pública, aunque no sean de uso público, están destinados al servicio público, en la amplia acepción de esta expresión que se identifica con la prestación de servicios administrativos. Parece, pues claro que las dotaciones públicas son siempre de dominio público, lo que no ocurre, obviamente, con las de titularidad privada”* (op. cit. nota a pie de página anterior; págs. 9-10). Ahora bien, los citados preceptos legales no declaraban el carácter demanial de las dotaciones y en todo caso este autor no está analizando el caso concreto de las viviendas en suelo dotacional.

(33) VILLAR PALASÍ, J. L., *“Concesiones administrativas”*, Nueva Enciclopedia Jurídica, IV, Seix, Barcelona, 1952, págs. 691-692.

(34) Cuestión diferente sería si la obligación para el concesionario no solo consistiera en alquilar un bien inmueble, junto con sus zonas comunes, sino que este además tuviera que prestar una serie de servicios (asistenciales, comedores, etc.) a favor de sus inquilinos.

(35) Encontramos esta reflexión en FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., op. cit. nota a pie de página n.º 20.

(36) Como excepción figuran (por orden alfabético):

- Aragón, donde el suelo dotacional para sistemas generales o locales se considera dominio público (artículos 25.d) y 127.4.b) del Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón);

- Castilla-La Mancha, donde los sistemas generales y locales tienen la condición de bienes de dominio público (apartado 11 de la disposición preliminar del Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Castilla-La Mancha);

- Galicia: *“Los sistemas generales y locales son siempre de uso y dominio público”* (artículo 112.a) del Decreto 143/2016, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del Suelo de Galicia);

- Extremadura, donde tanto los sistemas generales urbanos o supramunicipales como los locales *“tienen la condición de dominio público”* (artículo 5.3.c) y d) de la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de Ordenación Territorial y Urbanística Sostenible de Extremadura);

- Murcia, donde se fijarán reservas para equipamientos de dominio y uso público (artículo 124.f) de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de Ordenación Territorial y Urbanística de Murcia.

Sin embargo, excepto en el caso de Islas Baleares, estas legislaciones autonómicas no contemplan la vivienda social como uso en suelo dotacional.

En Navarra, los terrenos que integren la red de dotaciones públicas del municipio *“deberán ser de dominio y uso públicos”* (artículo 55.3 del 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) pero la reserva de suelo con el carácter de dotación supramunicipal para la construcción de viviendas protegidas en régimen de arrendamiento se regula en otro apartado del mismo precepto (el apartado 6), sin calificarse como demanial. Adicionalmente, en el ámbito de la legislación autonómica de vivienda social, en Cataluña encontramos una referencia a *“las viviendas dotacionales en suelo de dominio público”* respecto de los titulares de autorizaciones y concesiones sobre ellas (art. 81 Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña). En las Islas Baleares, *“los alojamientos dotacionales se desarrollarán en suelos calificados por el planeamiento urbanístico vigente como dotacionales o residenciales de uso y dominio públicos o en edificaciones o locales destinados por el plan a equipamientos o residenciales de titularidad pública y afectos al servicio público”* (artículo 7.1 del Decreto-ley 3/2020, de 28 de febrero, de medidas urgentes en materia de vivienda)-

(37) En País Vasco, tendrán la condición de *“bienes demaniales afectos a un servicio público”* los terrenos y la edificación calificados por el planeamiento municipal como dotación pública con destino a alojamientos dotacionales (art. 24.2 Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda del País Vasco). En Asturias y en Murcia, la norma vincula expresamente los alojamientos dotacionales al servicio público. En la primera, dichos alojamientos se ubican en *“equipamientos de titularidad pública y afectos al servicio público”* (Anexo 3, apartado de definiciones, del Decreto 73/2018, mientras que en la segunda el uso dotacional de vivienda pública se define *“entendida esta como bien de servicio público”* (art. 36 de la Ley 6/2015, de 24 de marzo, de la Vivienda de la Región de Murcia).

(38) Así por ejemplo la STSJ País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 20 de abril de 2010 (276/2010) (JUR 2010, 414281), según la cual *“a diferencia de las viviendas sometidas a algún régimen de protección pública, la dotación de alojamientos rotacionales o temporales, constituye un servicio público, de titularidad de la Administraciones autonómica o locales, y reviste por el ello el carácter de dotación pública, lo que impide confundir la superficie que a ella corresponde con la que se habilita como uso residencial sea de vivienda libre o protegida”* (fundamento jurídico primero). Ello lleva al tribunal a concluir que la superficie de techo para este tipo de alojamientos no computa como edificabilidad residencial (fundamento jurídico segundo).

(39) Op. cit. en pie de página n.º 31, pág. 283.

(40) Como ejemplos de comunidades autónomas que incluyen los terrenos adquiridos mediante expropiación dentro del elenco de bienes que integran los patrimonios públicos de suelo y que permiten su enajenación podemos citar (orden alfabético): Andalucía (artículos 119.1.c) y 129.3 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía); Castilla-La Mancha (artículo 77.c) y 79.3 del Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha); Madrid (artículo 174.1.e) de la LSCM); o Navarra (artículos 235 y 237 del 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). De hecho, en el caso de Navarra, dichas dotaciones se integrarán en el Banco Foral de Suelo (artículos 234 y 236.5 del Decreto Legislativo 1/2017). Además, cabría plantearse si la integración, en los patrimonios públicos de suelo, de los bienes obtenidos mediante cesión, no llevaría también a incluir los de las propias redes dotacionales para vivienda social, salvo que la ley expresamente disponga lo contrario. Tal es el caso

de Aragón, que incluye los bienes cedidos y expropiados en los patrimonios públicos del suelo, pero exceptúa los "terrenos cedidos [que] estén afectos al establecimiento de sistemas generales o dotaciones locales públicas en tanto se mantenga la afectación" (artículos 104.b) y 107 del Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón). Sobre esta cuestión, me parece esclarecedora la siguiente reflexión de MENÉNDEZ REXACH acerca de que la incorporación al patrimonio municipal del suelo "no puede prevalecer frente a la consideración como dominio público, que supone la aplicación de un régimen jurídico de especial protección, caracterizada por la sustracción al tráfico jurídico privado (STC 227/1988, FJ 14). La conclusión es, pues, que se incorporan al PMS los terrenos procedentes de cesiones urbanísticas que no pasen a ser de dominio público en función del destino que les asigne el planeamiento. La diferencia se aprecia muy bien si se compara la situación jurídica de los terrenos cedidos para la implantación de dotaciones públicas ("redes públicas" en la terminología de la LSCM) con la de los cedidos para la localización del porcentaje de aprovechamiento lucrativo que corresponde legalmente a la Administración. Los primeros son de dominio público y no tienen aprovechamiento lucrativo (aunque sean edificables, en mayor o menor medida), mientras que los segundos (obviamente, lucrativos) se incorporan al PMS y, en esa condición, son enajenables" (op. cit. nota a pie de página n.º 31, pág. 11).

(41) CASABONA BERBERANA op. cit. en nota a pie de página n.º 31, págs. 290-291, que cita a MOREU CARBONELL. Asimismo, FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. A., *La valoración del dominio público*, tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2014, pág. 55, cita a CHINCHILLA MARÍN, C., en *Bienes patrimoniales del Estado (concepto y formas de adquisición por atribución de Ley)*, Marcial Pons, Madrid, 2001, para afirmar que esta autora explica "la aproximación mutua del régimen jurídico de los bienes patrimoniales y de los bienes demaniales, y el consecuente debilitamiento de la separación rígida existente entre ambas categorías", concluyendo que esta autora "argumenta que la dualidad demanio-patrimonio es inútil por la excesiva simplificación de conlleva".

(42) En LÓPEZ RAMÓN, F., "Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 24, 1989, pág. 568, encontramos la referencia a que si bien la afectación del dominio público mediante concesión demanial requiere de la aceptación del particular para establecer el vínculo concesional, "no es de ese acuerdo de voluntades, sino del acto administrativo unilateral de donde surge propiamente el vínculo concesional", con cita de VILLAR PALASI, J. L., "Concesiones administrativas", en la obra identificada en la nota a pie de página n.º 32. Asimismo, en FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. op. cit. nota a pie de página n.º 20, págs. 108-126 y la posición adoptada por este autor a partir de la pág. 116. En ella se constata el "desasosiego" ante la falta de consenso respecto a la naturaleza jurídica de la concesión demanial y concluye a favor de su caracterización como "relación nacida de un acto administrativo unilateral necesitado de la colaboración del particular destinatario" en atención a la ausencia de relación causal entre la puesta a disposición del bien demanial y la actividad privada sobre dicho bien, entre otras consideraciones. En el mismo sentido, MENÉNDEZ GARCÍA, P. y FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., "Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública" en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pág. 91, para quienes las concesiones demaniales "carecen del carácter contractual es se predica de las concesiones de obra pública".

(43) Díez-Picazo y Ponce de León, L., "El concepto de causa en el negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 1, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 1963.

(44) Artículo 1275 del Código Civil.

(45) Artículo 1274 del Código Civil.

(46) Op. cit. nota a pie de página n.º 40, pág. 571.

(47) Op. cit. nota a pie de página n.º 32, pág. 700.

(48) Dictamen n.º 278/20, op. cit. en nota a pie de página n.º 11, págs. 38-42 sobre los pronunciamientos de otros órganos consultivos.

(49) Sobre la actividad privada desplegada por el concesionario de dominio y la necesaria satisfacción del interés público véase FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., op. cit. nota a pie de página n.º 20 *Las concesiones administrativas de dominio público*, Civitas, Madrid, 2007, págs. 216-217.

(50) Este razonamiento puede encontrarse en FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., nota a pie de página n.º 20, pág. 107, y en MENÉNDEZ GARCÍA, P. y FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., "Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública" en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pág. 79. En el mismo sentido, MENÉNDEZ REXACH apunta que "es evidente que la utilización privativa (por la RFEF) de terrenos de dominio público municipal, por estar destinados al sistema general de espacios libres, hubiera debido instrumentarse mediante una concesión demanial. La posibilidad de configurarla como concesión de servicio público debe descartarse, porque los fines que persigue la RFEF son, en principio, privados, como señala la sentencia, ante la imprecisión de la Ley del Deporte" (pág. 15).

(51) Sobre el control genérico de la Administración en el caso de la concesión demanial, a diferencia de la concesión de obras, se pronuncia por ejemplo el Departamento de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial de Toledo, en su Informe de 19 de agosto de 2013 (núm. R. E. L. 0245000), según el cual "la figura de la concesión demanial sobre bienes de dominio público es más sencilla y menos gravosa para el Ayuntamiento, pues, mientras a través de ésta la vinculación de éste con la actividad de que se trate se limitaría a establecer un control genérico del cumplimiento de las obligaciones que se impongan al concesionario, iniciar un expediente de concesión de obra pública supondría la realización de toda una serie de actos previos preparatorios de la posterior adjudicación, así como la obligación posterior del Ayuntamiento de restablecer el equilibrio económico del contrato".

(52) FERNÁNDEZ BAUTISTA, R., op. cit., nota a pie de página n.º 5, págs. 697-698.

(53) Nos apartamos en este punto del Dictamen 404/20 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en la conclusión relativa a la posibilidad de aplicar la figura de la concesión demanial con base en este precepto estatal básico, según explicamos en el apartado 3.1.

(54) En FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. op. cit. nota a pie de página n.º 20, págs. 255-264 figura el análisis del canon en las concesiones de dominio, con las conclusiones apuntadas de (i) no ser un elemento esencial ni causa de la concesión, dado que la finalidad de esta, para la Administración, no es obtener una rentabilidad (pág. 256-257), (ii) no es una compensación contractual, para lo cual cita la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 1991 (pág. 258), y (iii) la posibilidad de otorgar concesiones gratuitas (pág. 257).

(55) Así lo dispone la LPAP en su artículo 93.4 al afirmar, por un lado, la posibilidad de que las concesiones de dominio sean gratuitas y, por otro, al impedir la exigencia de una tasa "cuando la utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público no lleve aparejada una utilidad económica para el concesionario, o, aun existiendo dicha utilidad, la utilización o aprovechamiento entrañe condiciones o contraprestaciones para el beneficiario que anulen o hagan irrelevante aquélla" (precepto básico según la disposición final segunda, apartado quinto, de esta norma). Por su parte, el artículo 33.2 de la LPCM ordena que las concesiones devenguen la tasa correspondiente pero la misma imposibilidad de exigir la tasa cuando la ocupación no genere utilidad prevista en el artículo 93.4 de la LPAP, se contempla en el artículo 355.2 del Decreto legislativo 1/2002, de 24 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid.

(56) Esta reflexión sobre el derecho del concesionario de servicios -y de obras- al mantenimiento del equilibrio financiero en ejecución del contrato, frente a la inexistencia de tal derecho en el caso del concesionario de dominio público se recoge por FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., op. cit. nota a pie de página n.º 20, en la pág. 188.

(57) Artículo 258.c) de la LCSP.

(58) Op. cit. en nota a pie de página anterior. Por otro lado, no debe confundirse la tasa o canon que abona, en su caso, el concesionario de dominio a la Administración concedente, con los precios que constituyen la remuneración por su actividad económica vinculada a la explotación del bien concesionado. Sobre esta cuestión, VILLAR PALASI, op. cit. en nota a pie de página n.º 32, pág. 740, nos recuerda que la tarifa es "comprobación de cómo en la concesión de servicio público la utilidad primaria servida es para el usuario; por ello, en las concesiones demaniales, no sólo no pueden darse lógicamente tarifas, sino que, por el contrario, es el propio concesionario quien debe abonar el canon concesional".

(59) Artículo 93.3 de la LPAP, artículo 33.1 de la LPCM y artículo 29.6.a) de la LCSP.

(60) Artículo 33.4.b) de la LPCM y artículo 279 de la LCSP.

(61) De hecho, la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la desaconseja, según expusimos en el apartado 3.1 anterior.