

Dictamen nº: **404/20**
Consulta: **Consejo de Gobierno**
Asunto: **Consulta Facultativa**
Aprobación: **22.09.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 22 de septiembre de 2020, aprobado por unanimidad, relativo a la consulta facultativa formulada por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, al amparo del artículo 5.4 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre a propuesta del consejero de Vivienda y Administración Local, sobre la aplicación del artículo 31 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.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, en su reunión de 26 de agosto de 2020 acordó: *“Solicitar a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la emisión de dictamen sobre si al amparo de la aplicación del artículo 31 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, procede la aplicación de la figura de la concesión demanial a la construcción de vivienda pública sobre suelos que integran las redes supramunicipales en la Comunidad de Madrid, tal y como se propone en el proyecto de decreto 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”.

SEGUNDO.- Dicha consulta tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora el día 31 de agosto de 2020, por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Laura Cebrián Herranz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberada y aprobada por unanimidad, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora, en su sesión de 22 de septiembre de 2020.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la certificación del acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno expedido por el secretario del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid; Memoria justificativa de la necesidad de solicitar el presente dictamen, firmada por el director general de Vivienda y Rehabilitación el día 18 de agosto de 2020 e informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid sobre la aplicabilidad en el ámbito de la Comunidad de Madrid del artículo 31 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, de fecha 24 de julio de 2020.

TERCERO.- La solicitud del presente Dictamen trae causa de los siguientes antecedentes:

1.- El día 18 de junio de 2020 tuvo entrada en este órgano consultivo solicitud de dictamen preceptivo procedente de la Consejería de Vivienda y Administración Local sobre el *“proyecto de decreto 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”* –en adelante, *“proyecto de decreto”*–.

2.- El día 7 de julio de 2020 el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora aprueba por unanimidad el Dictamen 278/20 sobre el proyecto de decreto de referencia.

La consideración jurídica quinta del citado Dictamen, de carácter esencial, previo análisis de la normativa aplicable, de la doctrina de distintos órganos administrativos, y de la jurisprudencia dictada sobre la materia señala que: *“En consecuencia y conforme a lo expuesto, tratándose en este caso de promover una obra pública –construcción de viviendas públicas o de integración social- destinada a un servicio público en sentido amplio equivalente a competencia administrativa (en este caso competencia en materia de vivienda), se considera que no es aplicable la figura la de concesión demanial y sí la de la concesión de obra pública”.*

3.- El día 8 de julio de 2020 se publica en el Boletín Oficial del Estado nº 187 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, cuyo artículo 31 regula 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.”*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Constitución Española, el Congreso de los Diputados, en su sesión del día 22 de julio de 2020, acordó convalidar este Real Decreto, procediendo a la publicación de este acuerdo en el BOE nº 204 de 28 de julio de 2020.

Toda vez que el Real Decreto Ley 26/2020, de 7 de julio, se publicó en el BOE de 8 de julio, es decir, con posterioridad a la emisión del Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de fecha 7 de julio, la Memoria justificativa que acompaña a la solicitud de Dictamen entiende que *“tal previsión normativa superaría el criterio establecido por la*

misma, que considera que, a la construcción de vivienda pública en suelos de redes supramunicipales le resulta de aplicación la figura de la concesión de obra pública y no la de la concesión demanial”.

4.- Previa solicitud formulada por el director general de Vivienda y Rehabilitación de la Consejería de Vivienda y Administración Local, sobre si el artículo 31 del Real Decreto-Ley 26/2020 era aplicable en esta Comunidad Autónoma, en fecha 24 de julio de 2020 el Servicio Jurídico en la Consejería de Vivienda y Administración Local emitió informe concluyendo que *“el artículo 31 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, es aplicable a la Comunidad de Madrid”.*

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora resulta facultativa, de acuerdo con lo estipulado en los artículos 5.4 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, y reguladora de la Comisión Jurídica Asesora, a cuyo tenor el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid o su Presidencia podrán recabar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora en aquellos otros asuntos que lo requieran por su especial trascendencia o repercusión.

SEGUNDA.- La consulta efectuada trae causa de lo dispuesto en el artículo 31 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, que bajo la rúbrica *“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.” cuyo tenor literal es el siguiente:

- 1. Se considerará oneroso, aunque en su título de constitución no se contemple el abono de canon o precio, el derecho de superficie o 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.*
- 2. En los casos en que colaboren diferentes Administraciones Públicas, o sus entidades dependientes o vinculadas, ya se rijan por el derecho público o privado, para la constitución del referido derecho de superficie o concesión demanial, el instrumento administrativo de colaboración que se formalice, que se ajustará a la normativa autonómica de vivienda y suelo, podrá tener una duración de hasta 80 años.*
- 3. El acuerdo delimitará entre sus firmantes los derechos y obligaciones que cada uno ostenta frente al superficiario o el concesionario durante las fases tanto de construcción del edificio como de alquiler de las viviendas, así como el tipo y el alcance de los mismos.*
- 4. En ningún caso, la Administración General del Estado o sus entidades dependientes o vinculadas con competencia en materia de suelo y vivienda podrán ostentar responsabilidades derivadas del derecho de superficie posteriores al inicio del arrendamiento de vivienda en régimen de alquiler asequible o social. En todo caso, el título de constitución del derecho de superficie o de la concesión demanial respetará lo dispuesto en el citado acuerdo administrativo.*

5. De acuerdo con la normativa autonómica de aplicación, las viviendas destinadas al alquiler asequible o social podrán tener la consideración de viviendas con protección pública, de conformidad con los requisitos y características establecidas en el instrumento administrativo de colaboración. Los terrenos pertenecientes a la Administración General del Estado o a sus entidades dependientes o vinculadas que, en virtud del instrumento administrativo de colaboración, puedan quedar adscritos temporalmente a la promoción del alquiler asequible o social, lo harán de manera preferente sobre cualquier otro destino que convencionalmente se hubiera acordado sobre los mismos, revirtiendo a aquéllas, una vez extinguido el acuerdo por el vencimiento de su plazo de duración, libres de condiciones o cargas modales.

6. La participación de la Administración General del Estado en los acuerdos administrativos para la promoción del alquiler asequible o social podrá realizarse a través de SEPES Entidad Pública Empresarial de Suelo (SEPES) mediante la formalización de un convenio entre el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y dicha entidad pública. Dicho convenio establecerá los ámbitos geográficos de actuación, las modalidades de participación de SEPES, y estimará las aportaciones a realizar por el Estado y garantizará la sostenibilidad económica de SEPES por cualquier obligación o incidencia derivada de la ejecución de los acuerdos administrativos o los derechos de superficie constituidos sobre terrenos de su titularidad. La vigencia se extenderá hasta el cumplimiento completo de las obligaciones asumidas por SEPES en el acuerdo administrativo”.

No obstante, antes de pronunciarnos sobre la cuestión planteada, conviene poner de manifiesto una serie de consideraciones sobre la aplicación de la figura de la concesión demanial a la construcción de

vivienda pública sobre suelos que integran las redes supramunicipales en la Comunidad de Madrid.

En este sentido, tal y como se expuso en la consideración jurídica quinta del Dictamen 278/20 de 7 de julio -con cita de los artículos 85, 86 y 87 de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) y 128 de la Ley 3/2001 de 21 de junio de Patrimonio de la Comunidad de Madrid-, teniendo en cuenta el carácter demanial de los terrenos que integran la red supramunicipal de viviendas públicas o integración social así como de las futuras viviendas construidas en los mismos, la construcción de las viviendas cuya regulación constituye el objeto del proyecto de decreto goza de la naturaleza de obra pública para cuya ejecución la Administración cuenta con los instrumentos previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 – en adelante LCSP/17-, esto es, el contrato de obras y el contrato de concesión de obra pública, definidos respectivamente en los artículos 13 y 14 de la citada Ley.

En este sentido, la citada consideración jurídica precisaba que *“para discernir cuando nos encontramos ante un contrato regulado por la LCSP y cuando ante un negocio jurídico patrimonial hay, por lo tanto, que acudir a la finalidad que se persigue debiendo señalarse que cuando la Administración actúa dentro de su giro o tráfico específico, como es este caso con la promoción de viviendas públicas el resultado no puede ser el empleo de la concesión demanial”*.

Dicho criterio, en el que esta Comisión se ratifica, es a su vez el mantenido por las distintas Juntas Consultivas de Contratación y Tribunales de Contratación Administrativa, tal y como se hizo constar en el Dictamen emitido con referencia expresa a las resoluciones

49/2017 de 15 de febrero, 316/2017, de 2 de noviembre, y 153/2017, de 17 de mayo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid; resolución 2/2018 de 17 de enero del Tribunal Administrativo de Recursos de Castilla y León; resolución 203/2019 de 25 de junio del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía; resolución 223/2019 de 8 de marzo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; e informe 13/2018, de 30 de mayo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

Desde un punto de vista jurisprudencial se pronuncian en el mismo sentido la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, entre otras, en su Sentencia de 11 de julio de 2001 (Recurso 235/98), confirmada por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2005.

Es lo cierto que la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, con fecha 21 de mayo de 2020 informó favorablemente el proyecto de decreto 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. Sin embargo, toda vez que el citado informe no se pronuncia sobre esta cuestión, no nos ha sido posible conocer y analizar los argumentos en virtud de los cuales dicho órgano considera jurídicamente viable la concesión demanial en los términos planteados en el proyecto de decreto.

Por otro lado, la Memoria justificativa sobre la necesidad de solicitar la emisión de este dictamen afirma, sin fundamentarlo jurídicamente, que la formalización de un contrato de concesión de obra pública no implicaría la disposición de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas construidas para el ejercicio de la

actividad autorizada por el título de la concesión, ni otorgaría al concesionario los derechos del propietario.

A su vez, en contestación a las observaciones formuladas por la Dirección General de Patrimonio y Contratación Pública acerca de la calificación de las actuaciones como propias de un contrato de concesión de obra pública, la Memoria de Análisis de Impacto Normativo del proyecto de decreto exponía que *“En definitiva la actividad de promoción de viviendas protegidas para su posterior arrendamiento tendría difícil encaje en la figura de la concesión de obra, puesto que la obra no parece que pueda ser explotada a través de un arrendamiento”*.

Frente a dichas consideraciones, el Dictamen 278/20 de 7 de julio, en su consideración jurídica sexta concluye que el concesionario de obra pública tiene derecho a la utilización privativa de los bienes demaniales precisos para ejecutar la concesión y que dicha concesión supone que ostente, durante el plazo de la misma, un derecho real que le otorga los mismos derechos y obligaciones que corresponden al propietario. En resumen, el concesionario de obra pública, lo es también implícitamente de una «concesión demanial» por aplicación de lo dispuesto —con carácter de legislación básica— por el artículo 91.4 de la LPAP. En la misma consideración jurídica sexta se verifica un análisis del artículo 18 del texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre -TRLSyRU-, del que resulta que las viviendas ejecutadas en suelo dotacional público y por lo tanto demaniales, puedan ser objeto de arrendamiento.

En definitiva y sin perjuicio de que el órgano consultante no comparta el criterio de esta Comisión cuyos informes no tienen carácter vinculante, los dos argumentos que constan en el expediente como obstáculos para recurrir a la concesión de obra pública no impiden a

juicio de esta Comisión la utilización de esta figura para la consecución de los fines que se persiguen.

No obstante lo anterior, centrándonos en la consulta efectuada y en contestación a la misma, resulta indiscutible de acuerdo con el tenor literal del artículo 31 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, que dicho precepto, apartándose por completo de la doctrina y la jurisprudencia reseñada, contempla la concesión demanial como instrumento para la promoción y construcción de vivienda pública en régimen de alquiler.

Resulta a su vez evidente el carácter de legislación básica del citado precepto, de acuerdo con la disposición final decimotercera del propio Real Decreto-Ley.

A la vista de lo expuesto, esta Comisión Jurídica Asesora emite las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Al amparo del artículo 31 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, es posible la aplicación de la figura de la concesión demanial a la construcción de vivienda pública sobre suelos que integran las redes supramunicipales en la Comunidad de Madrid, tal y como se propone en el proyecto de decreto 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. No obstante, esta

Comisión Jurídica Asesora entiende que la construcción de viviendas en la citadas redes encuentra su natural acomodo en el contrato de concesión de obra pública.

SEGUNDA.- Toda vez que 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 LPAP; y que el artículo 18 del TRLSyRU permite que las viviendas ejecutadas en suelo dotacional público y por lo tanto demaniales, puedan ser objeto de arrendamiento, la concesión de obra pública permitiría la consecución de los fines contemplados en el proyecto decreto.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 22 de septiembre de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 404/20

Ilmo. Sr. Secretario del Consejo de Gobierno

C/ Puerta del Sol, nº 7 - 28013 Madrid