

Servei d'Habitatge

PROMOCIÓ HPO

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions
administratives

Aleix Canals Compan. Advocat

Contingut

1. Règim Legal dels contractes
2. Tipologies de sòls i peculiaritats dels diferents règims jurídics
3. Aspectes a tenir en compte en la tramitació de l'expedient i preparació del contracte
4. Aspectes a tenir en compte en la licitació del contracte
5. Especialitats Contracte Dret Superfície
6. Especialitats Concessió administrativa
7. Conclusions i reflexions finals

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives.

Règim Legal i tipologies.

Article 9 Llei 9/2017 (Llei de Contractes del Sector Públic)

Artículo 9. Relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial.

1. Se encuentran excluidas de la presente Ley las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 14, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley.

2. Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial.

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives.

Regim legal i tipologies.

Article 25 Llei 9/2017 (Llei de Contractes del Sector Públic)

Artículo 25. Contratos administrativos.

1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:

(...)

b) Los contratos declarados así expresamente por una Ley, y aquellos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.

2. Los contratos administrativos se registrarán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas.

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives.

Regim legal i tipologies.

Article 26 Llei 9/2017 (Llei de Contractes del Sector Públic)

Artículo 26. Contratos administrativos.

1. Tendrán la consideración de **contratos privados**:

a) **Los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo anterior.**

b) Los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas.

c) Los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador.

2. Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a su efectos, modificación y extinción, estos contratos se registrarán por el derecho privado.

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives

Art. 110,1 LPAT PERÒ AQUEST ARTICLE NO ÉS NORMATIVA BÀSICA (DA 2ONA LPAT):

Artículo 110. Régimen jurídico de los negocios patrimoniales.

1. Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por esta ley y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos de las Administraciones públicas. Sus efectos y extinción se regirán por esta ley y las normas de derecho privado.

2. En las entidades públicas empresariales y en los organismos públicos Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, la preparación y adjudicación de estos negocios, así como la competencia para adoptar los correspondientes actos, se regirán, en primer término, por lo establecido en sus normas de creación o en sus estatutos, con aplicación, en todo caso, de las previsiones recogidas en el artículo 147 de esta ley.

3. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan sobre estos contratos entre las partes. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con su preparación y adjudicación y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con su normativa reguladora.

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives

La normativa dels EELL reenvia a la normativa de contractació...

Real Decreto 1372/1986, Reglamento de Bienes de las Entidades Locales:

Art. 112.

1. Las enajenaciones de bienes patrimoniales se regirán en cuanto su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones locales.

Llei Municipal i de Règim Local:

Article 209. Alienació i gravamen

1. L'alienació de béns i drets patrimonials a títol onerós requereix el compliment de les normes sobre contractació de béns i drets de patrimoni local.

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives

Quin règim jurídic correspon?

En relació a les concessions demanials, hi ha la tesi (HUERGO LORA, ALEJANDRO, Revista Documentación Administrativa num. 6 de 2019), defensa que la vinculació a concessió demanial o a contracte administratiu vindria determinat per la naturalesa de l'activitat a desplegar en relació al bé demanial.

1.- Activitat privada -> Concessió demanial

2.- Activitat "pública" -> Contracte administratiu

Alfred LACASA: *Los contratos patrimoniales de las entidades locales. Algunos aspectos conflictivos.* El Consultor de los Ayuntamientos (15-03-2023)

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives

Quin règim jurídic correspon?

Informe de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa Aragó núm. 6/2015

Informe 10/2000, de 24 de novembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat (relatiu a la TRLCAP RDL 2/2000):

Podem concloure que la normativa patrimonial dels ens locals a Catalunya estableix que l'alienació dels béns patrimonials s'ha de fer per subhasta pública, però no regula quin ha de ser el procediment. Pel que fa a aquest punt, remet a les prescripcions de la normativa contractual dels ens locals, a la LCAP, la norma bàsica que regula la contractació de les administracions públiques.

Informe 6/2012, de 7 de juny de la JCCA de la Generalitat:

Atès que la consulta de l'Ajuntament de ... Fa referència a una concessió de domini públic, amb caràcter previ a l'anàlisi de cadascuna de les qüestions plantejades, cal precisar que els contractes regulats en la normativa patrimonial de les administracions públiques, d'acord amb l'article 4 del TRLCSP, queden exclosos del seu àmbit d'aplicació.

Resolució del Tribunal Català de Contractes de 25 d'octubre de 2022 (Resolució 262/2022)

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives

Quan es tracti de contractes exclosos de l'àmbit de la LCSP, caldrà aplicar les normes imperatives de la LPAT i normativa de desenvolupament i les disposicions de la LCSP, amb caràcter dispositiu

1. Contractes *patrimonials* (sotmesos a la normativa de patrimoni):
 1. Real Decreto Legislativo 781/1986: articles 74 a 87
 2. Llei 7/1985 LBRL: articles 79 a 83
 3. RD 1372/1986, Reglamento de Bienes de las Entidades Locales: articles 74 a 93 i 109 a 119
 4. DL 2/2003 Text Refós de la Llei Municipal i de Règim Local: articles 199 a 233
 5. Llei 33/2003: articles amb caràcter bàsic, Disposició Final Zona
 6. Llei 9/2017: principis, articles 71 a 73 (Prohibicions de contractar), DA Zona (competències).
2. Contractes administratius i contractes *privats*:
 1. Llei 9/2017
 2. Real Decreto 1098/2001
 3. Real Decreto 817/2009
 4. Decret Llei 3/2016

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives

Els contractes de concessió demanial i dret de superfície, son...

1. Contractes administratius especials. En principi, sí, perquè hi ha disposicions legals que específiques que en regulen el seu règim jurídic (TRLUC, en relació al dret de superfície)
2. Contractes *patrimoniales*. Ho són si entenem com a tals els contractes subjectes a la Llei de Patrimoni, encara que semblaria que el Dret de Superfície estaria més a prop de ser un contracte administratiu especial
3. Contractes privats. Aquells contractes patrimonials que tenen per objecte la explotació d'un bé patrimonial, així com els definits com a tals a l'art. 26 LCSP

Sigui com sigui s'aplica el règim jurídic que hem indicat

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives

1. Licitacions no sotmeses a la LCSP:
 1. Concessions demaniales (LPAT, arts. 91 a 103). Termini màxim 75 anys (art. 93,3 LPAT, que és bàsic).
 2. Dret de superfície (TRLSRU arts. 53 i 54 i TRLUC arts. 165 a 171 i normativa civil complementària). Termini màxim 99 anys (art. 53,2 TRLSRU, que és bàsic).
 3. Altres drets reals (arrendament, usdefruit, etc.).

2. Sotmeses a la normativa de contractació
 1. Concessió d'obra (LCSP arts. 14 i 247 a 283). Termini màxim 40 anys (art. 29 LCSP).
 2. Contracte d'obra (LCSP arts. 13 i 231 a 246).

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives

En relació al Dret de superfície, també cal tenir en compte art. 31 RD-Ley 26/2020, de 7 de juny:

Artículo 31. 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.

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.

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives

Es possible el dret de superfície en sòls demaniais?

En principi, **no**

1. El dret de superfície pressuposa la existència de dos propietaris sobre un mateix sòl (STS 28-04-1992)
2. Es un dret de naturalesa essencialment civil

Hi ha postures doctrinals contradictòries (Ponce Solé, Juli)

Art. 18 Llei 18/2007. Altres normes també ho preveuen (Lleis de Galícia, País Basc, Navarra, etc.).

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives

1. Sòls de domini públic (arts. 5 i 6 LPAT).

Sòl d'equipament sistema públic d'allotjament dotacional

Principals característiques: inalienabilitat, inembargabilitat, imprescriptibilitat.

Concessió demanial

2. Sòls patrimonials (arts. 7 i 8 LPAT).

1. Patrimonials "ordinaris"

Eficiència i economia de gestió. Eficàcia i rendibilitat.

Cal adequar aquests principis a l'interès públic

2. Patrimoni municipal de sòl i habitatge (arts. 51 i 52 TRSLRU, i arts. 160 a 171)

Sòls patrimonials amb un règim específic i amb vinculació finalista dels ingressos.

Possible alienació, però sotmesos a condició resolutòria (art. 170 TRLUC).

En general, és possible l'alienació (amb restriccions si es PMSH) a través de concessió administrativa (LCSP), però més favorable dret de superfície.

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives

Tramitació de l'expedient

1. Delimitar el solar i el seu l'aprofitament. Certificació registral i urbanística
2. Càlcul de rendibilitats a través de l'informe econòmic. Valoració del cànon i del dret que es objecte d'alienació
3. Termini màxim de durada
4. Ajuts i subvencions
5. Necessitats municipals (tipologia, règim de preus, registre de sol·licitants, etc.)
6. Possibilitat de dur a terme consultes prèvies
7. Solvència tècnica i econòmica de l'adjudicatari
8. L'expedient d'alienació ha de ser conforme a la normativa (en particular, arts. 209 i ss LMRL).

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives

Competències per a acordar l'alienació

1. Alcalde (DA Zona 9 LCSP). En general si es tracta de contractes de <10% recursos ordinaris del pressupost i/o de <3M€
2. Ple (DA Zona 10 LCSP, art. 221,1 LMRL). Fora dels anteriors supòsits.
3. Majoria absoluta Ple (art. 221,2 LMRL). Concessions demanials de més de 5 anys i de quantia superior al 10% dels recursos ordinaris del pressupost. Cessions gratuïtes (art. 110 RD 1372/1986)

Problema: com valorem?

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives

Procediment d'alienació concessions demanials i dret de superfície:

1. Procediment d'alienació ordinari: concurs (art. 107 LPAT, art. 209,2 LMRL, art. 166 TRLUC).
2. Possible adjudicació directa en determinades circumstàncies (art. 93 LPAT, concessions demanials, art. 209,2,c) LMRL i art. 168 TRLUC).
3. Possible alienació gratuïta complint requeriments addicionals com info. Pública (art. 211 LMRL arts. 166 i ss TRLUC)
4. Possible reserva a favor de promotors socials (art. 17,7 i 17,8 LDH)*
5. Alienació directa en casos de concurs desert (art. 168,2,b) TRLUC)

*Atenció

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives

1. Principis aplicables: publicitat, transparència i lliure concurrència (LCSP). Ens dona molta flexibilitat quan estem licitant contractes patrimonials.
2. Publicitat
3. Procediment d'adjudicació
4. Composició i detall dels Plecs
5. Criteris a tenir en compte. Ambientabilització

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives

1. Fase construcció – Fase explotació

2. Finançament de la construcció
 1. Hipoteca concessió demanial (art. 98 LPAT, que és bàsic).

 2. Hipoteca i clàusula de posposició en dret de superfície (art. 1.255 Codi Civil). Pot presentar problemes en relació al PMSH (art. 170 TRLUC).

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives

Fase construcció

1. Definir terminis no subjectes a l'activitat administrativa.
2. Definir termini màxim de posada en marxa
3. Definir condició resolutòria per a l'incompliment d'aquests terminis
4. Control d'execució segons paràmetres plecs o oferta

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives

Fase Explotació

1. Es pot establir mecanisme de manteniment de la construcció, amb possibilitat de realitzar auditories periòdiques a càrrec del contractista
2. Es pot establir mecanisme de resolució d'incidències amb els usuaris
3. Comissió de seguiment

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives

Fase Explotació

1. Establiment de condició resolutòria als plecs per incompliments greus del contractista
2. Establiment de penalitats en cas d'incompliments menys greus del contractista
3. Règim de modificació del contracte no sotmès a LCSP. Es recomanable fer una previsió o remissió als plecs
4. Possibilitat de cessió del contracte no sotmès a la LCSP.
5. Conveniència d'establir una comissió de seguiment o un responsable del contracte

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives

Fase Explotació

1. Actualització de preus. Possible aplicabilitat de la Llei 2/2015 desindexació. Solucions possibles
2. Aspectes fiscals. Alerta en dret superfície.
3. Garantia. Criteris i possibilitat de reduir-la un cop executada la construcció

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives

Fase Reversió

1. Es recomanable fer una revisió exhaustiva de la construcció uns anys abans de la reversió
2. Cal pensar en els efectes en els contractes en vigor en el moment de la reversió

Viabilitat i licitació de Drets de superfície i concessions administratives

Conclusions

1. Complexitat normativa, tant en relació als procediments de mobilització (per aplicació de normativa contractació i normativa patrimonial), com en relació als HPO.
2. Caldrà tenir en compte la capacitat del mercat per a assumir la inversió. Disseny contemplant ajuts i marge per al contractista.
3. Cal ser ambiciosos amb el plantejament dels criteris i incorporar ambientalització de criteris i mètodes de construcció
4. Cal que l'exploració d'HPO sigui rendible per a tots els operadors, no només aquells sense afany de lucre. Ull amb licitacions reservades
5. Estem començant. Cal assumir lògica de prova-error

Gràcies!

Aleix Canals Compan. Advocat





Diputació de Girona