

XIX

LA PROMOCIÓN Y GESTIÓN PÚBLICA DE LA VIVIENDA

A. Problemática de la promoción y gestión pública de la vivienda en España

Enrique Bueso Gómez

*Abogado. Especialista en Derecho Administrativo,
Contratación Pública y Urbanismo*

Ana Silvestre Navarro

Técnica Jurídica y Coordinadora Grupos de Trabajo de AVS. Máster en Urbanismo y Ordenación del Territorio de la Universidad Politécnica de Valencia

Enrique Bueso Guirao

Asesor jurídico de la Asociación Española de Gestores Públicos de Vivienda y Suelo (AVS). Abogado. Máster en Urbanismo y Ordenación del Territorio y Doctor en Derecho por el Departamento de Derecho administrativo, Urbanismo y Ordenación del Territorio de la Universidad Politécnica de Valencia

Resumen: El presente capítulo, «La Promoción y Gestión Pública de la Vivienda» tiene como objetivo el realizar un estudio de cómo desde las administraciones públicas se ha venido promoviendo suelo y vivienda y, posteriormente gestionando y conservando los parques públicos de vivienda. A



través del siguiente análisis se aborda el régimen jurídico del gestor público de vivienda, así como las particularidades en la Promoción y Gestión Pública de la misma. Se basará esencialmente en los entes instrumentales públicos, especialmente las sociedades urbanísticas, pues es a través de ellos, organismos especializados y con autonomía de actuación y financiera se ha realizado tradicionalmente la referida promoción y gestión.

Se realizará una pequeña introducción histórica y actual de la situación del sector público institucional que gestiona la promoción pública del suelo y la vivienda. Se destacará su problemática actual así como su capacidad de actuación mediante el estudio de la competencia de vivienda de las administraciones y las específica problemática de las diversas relaciones de los entes instrumentales con su administración, sin perjuicio de un pormenorizado estudio en el apartado B.

Este estudio se basará en los distintos escritos, propuestas normativas y artículos que en los últimos años se han venido realizando por miembros de AVS Gestores Públicos ante las administraciones competentes y en las revistas especializadas durante los complicados años subsiguientes a la crisis económica, poniendo de manifiesto que la legislación surgida al amparo y fundamento en la misma es una normativa enormemente restrictiva y limitadora de sus posibilidades actuación. Dicha legislación, que actualmente se mantiene en gran medida, pudo tener sentido en esa grave situación económica, pero en la actualidad, no solo no tiene justificación quince años después, sino que hace difícil que el sector público de vivienda y suelo pueda desplegar su tradicional y eficaz actuación de promoción ante la gravísima situación de necesidad de vivienda, impidiendo a los poderes públicos garantizar el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada a las capas más desfavorecidas de la sociedad.

Palabras clave: Vivienda, Parques públicos de vivienda, Entes instrumentales públicos, Sociedades Urbanísticas, Gestión servicios públicos, Gestión pública de vivienda.

Abstract: The aim of this chapter, «Public Housing Promotion and Management», is to study how public administrations have been promoting land and housing and, subsequently, managing and conserving public housing stock. The following analysis deals with the legal regime of the public housing manager, as well as the particularities of public housing promotion and management. It will be based essentially on the public instrumental entities, especially the urban development corporations, as it is through them, specialised bodies with autonomy of action and financial autonomy, that the aforementioned promotion and management has traditionally been carried out.

A brief historical and an introduction to the current situation of the institutional public sector managing the public promotion of land and housing will be made. Its current problems will be highlighted, as well as its capacity for action through the study of the housing competence of the administrations



A. PROBLEMÁTICA DE LA PROMOCIÓN Y GESTIÓN PÚBLICA DE LA VIVIENDA EN ESPAÑA

and the specific problems of the relations of the instrumental entities with their administration, without prejudice to a detailed study in section B.

This study will be based on the various writings, regulatory proposals and articles that in recent years have been written by members of AVS Gestores Públicos to the various competent administrations and in specialised journals during the complicated years following the economic crisis, showing that the legislation that emerged under the protection and on the basis itself is an enormously restrictive and limiting regulation of its possibilities for action. This legislation, which still remains today, may have made sense in that serious economic situation, but today, not only have no justification fifteen years later; but it also makes it difficult for public housing and land sector to carry out its traditional and effective promotional activities in this extremely serious situation of housing in need, preventing the public authorities from guaranteeing the constitutional right to decent and adequate housing for the most disadvantaged sectors of society.

Keywords: *Housing, Public housing stock, Public instrumental entities, management of public services, Public housing management, Urban Planning Societies, Assignment of functions, Management assignment, Financing, Budgetary stability, Human resources, Replacement rate of staff, Wage bill.*

Sumario: 1. Previo: Una introducción histórica al Gestor Público. 2. Situación del Gestor Público tras la crisis económica de 2008. 2.1 Planteamiento. 2.2 Competencia de vivienda de los ayuntamientos y de sus entes instrumentales. 2.3 Las relaciones entre instrumental y administraciones en la LCSP 9/2017. 2.3.1 La decisión autoorganizativa de gestionar directamente por entes no se limita por la normativa europea de mercado interior. 2.3.2 Las relaciones entre la administración y su ente instrumental son habitualmente mediante la atribución de competencias o funciones. 2.3.3.- Los entes instrumentales públicos de vivienda y suelo son habitualmente un «medio propio» de su administración titular. 2.3.4 Desacertada interpretación del criterio de idoneidad.

1. PREVIO: UNA INTRODUCCIÓN HISTÓRICA AL GESTOR PÚBLICO

Tradicionalmente en nuestro país el disfrute de una vivienda digna ha sido un grave problema para las capas menos favorecidas de la sociedad ya que el mercado no ha satisfecho con carácter habitual sus necesidades de vivienda, problema que se ha agudizado de forma alarmante en nuestros días, tras crisis económicas y sanitarias y guerras en Europa. Por ello, ante



la falta de respuesta suficiente del sector privado, desde antiguo, las administraciones públicas han apostado de forma firme por procurar la oferta de una vivienda adecuada a las necesidades y asequible a recursos de estos ciudadanos.

Esta actuación pública ha sido diversa, pues bien por un lado, en el desempeño de su actividad de fomento, se han incentivado la actuación del sector privado con ayudas económicas y/o cesión de suelo para la promoción y construcción privada de viviendas a precios asequibles. Otras veces, por otro, han sido las propias administraciones las que han promovido las viviendas necesarias para dichas capas de población más desfavorecidas, en el ejercicio de su actividad de servicio público, tanto en venta como en alquiler dando lugar a los denominados «Parque Públicos de Vivienda». Actividad de servicio público en base a que tradicionalmente las distintas administraciones han tenido en mayor o menor medida la competencia de vivienda.

En esta segunda función, la de promoción de viviendas asequibles en ejercicio de su actividad de servicio público, se inició a principios del siglo xx, asumiendo la promoción directa de las viviendas necesarias, apareciendo la denominada «Promoción Pública», en la que la administración asumía el riesgo de la misma con sus propios fondos y en los suelos reservados para ello. La promoción pública de la vivienda, como posteriormente se acreditará, es una actividad típica de servicio pues desarrolla la competencia específica de las administraciones y garantiza el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada de los ciudadanos menos favorecidos.

Es conveniente, desde un primer momento, que se tenga claro que la administración por norma solamente promueve y no construye, actividad ésta última que se deja al constructor/contratista seleccionado mediante procedimiento de concurrencia pública. Es decir, la administración no entra en concurrencia con el sector privado, pues siendo los destinatarios de sus viviendas distintos, solamente se promueve, asumiendo los riesgos de la promoción y poniendo el suelo, dejando la ejecución material de las obras al sector privado que es el que realiza la urbanización y construcción y obtiene los beneficios inherentes a ello. Esta relación entre el sector público que promueve y el Privado que urbaniza y construye es lo que actualmente se denomina «colaboración Público/Privada».

Prueba de lo afirmado es que la asociación mayoritaria que reúne a los promotores privados a nivel nacional se denomina «Asociación de Promotores Constructores de España» (APCE), mientras que esta misma asociación de los públicos se ha denominado tradicionalmente «Asociación de Gestores/ Promotores Públicos de Vivienda y Suelo» (AVS) pues los públicos solamente promueven y no construyen, además de gestionar los Parques Públicos.



A. PROBLEMÁTICA DE LA PROMOCIÓN Y GESTIÓN PÚBLICA DE LA VIVIENDA EN ESPAÑA

Centrado ello, hay que indicar que ya desde el principio de esta asunción de promotor público de vivienda y suelo para los menos favorecidos, la administración igualmente ha considerado que para ello es elemento esencial que la misma se realice a través de un instrumento especializado y con cierta autonomía de actuación y financiera de la propia administración, apareciendo así, los denominados «*entes instrumentales* públicos». La razón de que la promoción pública de la vivienda y suelo se haya realizado a través de entes instrumentales privados es esencialmente por el hecho de que para esta actividad de servicio público se necesita un ente especializado y con régimen jurídico, más adecuado a las reglas de mercado que la administración ordinaria y régimen financiero independiente para poder asumir los costes y la específica financiación que requiere la vivienda.

Estos entes instrumentales en principio adoptaron fórmulas personificadoras sometidas al Derecho Público, pero posteriormente adoptaron la fórmula más práctica de sociedades mercantiles públicas, especialmente las llamadas sociedades urbanísticas, que posteriormente analizaremos. La justificación de ello, la deja perfectamente clara el profesor Eduardo García de Entrerría, que centrándose en este último tipo de sociedades, las urbanísticas, indicaba que era indispensable «*huir de las reglas restrictivas de una gestión pública ordenada por el derecho administrativo y financiero. La fórmula señalada fue la creación por las administraciones públicas de las sociedades urbanísticas sometidas a un derecho especial. Se trataba con ello de eliminar las reglas de la contabilidad pública, de financiación de entidades locales, de contratación administrativa, de procedimiento administrativo, de funcionarios públicos, del sometimiento a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, realizando sistemas de gestión empresarial*». Este planteamiento es en esencia válido pues, aunque en la actualidad el régimen jurídico de las sociedades públicas se encuentra mucho más sometido al derecho privado, en su actividad es imprescindible que su actuación se realice con criterios de gestión empresarial y sometida en gran medida a las reglas del mercado que imponen una evidente especialización.

Comenzaron inicialmente los entes instrumentales públicos de vivienda y suelo bajo la forma de «*Patronatos de Viviendas*» como el Patronato de Viviendas de Barcelona, constituido por el Ayuntamiento de dicha ciudad en la segunda decena del siglo xx, siguiendo muchos otros, el de Alicante, el de Salamanca el de Cádiz, en el ámbito local o el «*Obra Sindical del hogar*» (OHS) en el ámbito estatal, tras la guerra civil – o los denominados «*Institutos*» como el «*Instituto para la Promoción Pública de Vivienda*» (IPPV) o el «*Instituto Nacional de Vivienda*» (INV), constituidos todos ellos por el Estado y sometidos en gran medida al derecho público, pero respetando siempre su criterio de especialización y autonomía de gestión.



Posteriormente tras la Ley del Suelo del 56, la de 1975, su texto Refundido de 1976 y la amplia normativa reglamentaria de desarrollo, se da un paso en la idea de gestión empresarial y ya adoptan la forma societaria, especialmente bajo la forma de «Sociedades Urbanísticas». Proceso que se ve incrementado tras la constitución y la asunción de competencias en materia de vivienda y suelo y por la completa regulación que de este tipo de sociedades públicas realizada por la normativa urbanística de las Comunidades Autónomas y las leyes de régimen local, estatal y autonómica. Ello da lugar a que la mayor parte de las Comunidades Autónomas a partir de los años ochenta hasta la actualidad tengan sus propias sociedades instrumentales, como la Empresa Pública del Suelo de Andalucía (EPSA), el Instituto Valenciano de Vivienda S. A (IVVSA), el Instituto Gallego de Vivienda y Suelo (IGVS) Instituto Catalán del Suelo, el Instituto de la Vivienda de Madrid, etc. Igualmente grandes como pequeños municipios han ido constituyendo sociedades municipales de vivienda y suelo. Sin carácter exhaustivos se pueden citar la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid (EMVS), la sociedad Municipal de Viviendas de Zaragoza, Viviendas proyectos y obras municipales de Santa Cruz de Tenerife, S. A., Viviendas Municipales de Córdoba, S. A, Sociedad Urbanística Municipal de Vitoria, Sociedad Municipal de Suelo y Vivienda de Valladolid, S. L., Sociedad de Vivienda y Suelo de Santander, S. A., Empresa Municipal de la Vivienda de Jerez, S. A., Empresa Municipal de la Vivienda de Ceuta, S. A., Empresa de Gestión Urbanística y servicios de Alboraya S. L. U., Empresa Municipal de Suelo y Vivienda de Toledo S. A., etc.

Este desarrollo de los entes instrumentales especializados acredita que la promoción pública directa mediante dichos entes hace que durante todo el siglo xx y lo que va de este han sido dichos entes en sus distintas modalidades (organismos sometidos al derecho público o sociedades mercantiles) los que esencialmente han promovido los grupos de viviendas sociales que se han realizado en este país.

Hay que indicar que tras la crisis y la legislación que surge de la misma se ha iniciado una tendencia a modificar, en algunas Comunidades Autónomas a transformar la forma jurídica de sus entes instrumentales pasando de ser sociedades mercantiles a organismos autónomos sometidos en mayor medida al Derecho Público, las denominadas «agencias», pero esta tendencia no se ha generalizado. A título de ejemplo la Empresa Pública de Andalucía (EPSA) se ha transformado en la Agencia de la Vivienda y Rehabilitación de Andalucía (AVRA) o el instituto Valenciano de la Vivienda S. A., tras distintas modificaciones ha devenido en la Entidad Valenciana de Vivienda y Suelo (EVHA).

Este desarrollo instrumental de los entes públicos de vivienda dio lugar a la necesidad de la creación de una asociación que las agrupase y



A. PROBLEMÁTICA DE LA PROMOCIÓN Y GESTIÓN PÚBLICA DE LA VIVIENDA EN ESPAÑA

defendiese sus intereses de forma común. Así en 1988 se constituyó la Asociación Española de Gestores Públicos de Vivienda y Suelo (AVS), con la denominación inicial de Asociación Españoles de Promotores de Vivienda Social.

AVS Gestores Públicos (Asociación Española de Gestores Públicos de Vivienda y Suelo), se constituyó en febrero de 1988, por acuerdo de un amplio grupo de entes, empresas y administraciones públicas territoriales (Ayuntamientos, Diputaciones, CC. AA.) dedicadas a la promoción de vivienda y gestión de suelo, urbanismo, equipamientos y servicios públicos relacionados, movidas por la idea de aunar sus esfuerzos para una mejor defensa de los intereses comunes. Formado parte de la misma del orden de 160 en su mayoría entes públicos instrumentales Estatales, autonómicas y locales, aun cuando también son miembros de ella entes territoriales. Siendo AVS uno de los principales intervenientes en la defensa de la gestión pública instrumental en materia de vivienda y suelo, que han promovido desde principio de siglo 55.000 viviendas para la venta, 10.500 en alquiler en nueva construcción y 350.000 actuaciones de rehabilitación. Administrando, en la actualidad 452.000 viviendas sociales. Hay que destacar que más de 1.000.000 de personas viven en viviendas promovidas y administradas por asociados de AVS.

En el ámbito europeo AVS forma parte del «Comité Europeo del Hábitat Social - Housing Europe» que reúne a 45 federaciones nacionales y regionales que representan más de 39.000 organismos y empresas de 19 países europeos, de los sectores público, cooperativo y privado sin ánimo de lucro, que trabajan en el campo de la vivienda social. Estas organizaciones proveen de vivienda a más de 21 millones de familias en toda la Unión Europea.

Para terminar con esta pequeña introducción hay que destacar que esta amplia actuación de promoción de la vivienda por parte de los entes instrumentales que se ha analizado se ha podido desarrollar gracias al hecho de que las competencia de vivienda tradicionalmente ha estado atribuida a las distintas administraciones territoriales y por ente a los entes instrumentales creados por éstas para su desarrollo. Tras la Constitución de 1978 la competencia de vivienda, además del Estado y de las CC. AA. se residenciaba con buen criterio en los ayuntamientos que de acuerdo con el artículo 25 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local tenían una amplia competencia en materia de vivienda y para la programación y el desarrollo del suelo necesario para ello. Ese aspecto ha sido esencial para el desarrollo de las distintas políticas de vivienda pues son los ayuntamientos las administraciones más próximas al ciudadano y las que tienen un amplio conocimiento de la situación real de la problemática en sus términos municipales. Esto se encuentra perfectamente



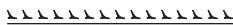
acreditado por el hecho de que gran parte de los municipios y no solo los más grandes, desde el principio han asumido sus competencias y, como ya se ha indicado, han constituido entes instrumentales que con un exacto conocimiento de la necesidad real de sus localidades han promovido y han desarrollado políticas de vivienda adecuadas a la realidad, bien con fondos propios a través de los Planes Municipales de Vivienda, bien aplicando los planes nacionales y/o autonómicos de vivienda, bien favoreciendo con oferta de suelo o beneficios en impuestos locales a los promotores privados. Esta implicación queda evidenciada por el hecho de que un porcentaje del orden del 80 por ciento de los entes pertenecientes a AVS dependen de la administración local.

Es muy importante que se indique este aspecto competencial, pues posteriormente se analizará la reciente problemática surgida en relación a la pretendida supresión inicial de dicha competencia de los ayuntamientos, que afortunadamente quedó en una confusa limitación, por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) que modificó Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LrBRL). Posteriormente se analizará.

2. SITUACIÓN DEL GESTOR PÚBLICO TRAS LA CRISIS ECONÓMICA DE 2008

2.1 Planteamiento

Este desarrollo continuo y constante de la promoción pública de vivienda y suelo se vio frenado bruscamente en 2008 por la terrible crisis económica mundial que obligó a las administraciones a frenar bruscamente su actividad, especialmente de aquellas como las sociedades urbanísticas y empresas de vivienda, pues no puede olvidarse que la crisis tiene su origen en una crisis inmobiliaria debida a la caída del mercado hipotecario. Esta situación impuso la aplicación de unas restrictivas medidas económicas muy duras y que con criterio, a nuestro entender, excesivamente economicista y liberal, suprimían la financiación de la mayor parte de las actuaciones de carácter social de las administraciones públicas, entre ellas la vivienda, lo que supuso un parón absoluto de la promoción de la vivienda pública. Paradójicamente, este parón se produce en un momento en el que el incremento de la necesidad de vivienda social aumenta exponencialmente, pues uno de los efectos esenciales de la crisis es que al perder un amplio sector de la población su trabajo pierde su vivienda. La



A. PROBLEMÁTICA DE LA PROMOCIÓN Y GESTIÓN PÚBLICA DE LA VIVIENDA EN ESPAÑA

causa de ello es que por la disminución drástica de los ingresos las familias no pueden hacerse cargo de los pagos de sus cuotas hipotecarias o de las rentas de alquiler, lo que dio lugar a la pérdida de su vivienda en propiedad o alquilada, produciéndose un excepcional aumento de los procedimientos de desahucio de vivienda habitual, produciéndose un incremento exponencial de la demanda de vivienda social.

Consecuencia de la referida crisis económica e inmobiliaria, como se ha indicado, se dictaron medidas que limitaron de forma drástica la actuación de la administración, en general, y de sus entes instrumentales en particular. En el ámbito local, se limita la competencia de vivienda de los entes locales, restringiendo la actuación la actuación e incluso llegándose a ordenar por la citada LRSAL la disolución de gran parte del sector público instrumental local.

El problema era que muchas de dichas medidas que pudieron tener un origen y finalidad razonable en dicho momento y que, en muchos casos, eran de carácter transitorio, casi 10 años después aún siguen vigentes y ante la excepcional crisis de vivienda que actualmente nos encontramos, especialmente para los menos favorecidos, impiden la actuación de los entes públicos instrumentales que, como se ha visto, son los únicos que pueden actuar con la necesaria contundencia para realizar actuaciones de choque en materia de promoción de vivienda bien directamente o mediante «colaboración pública/privada» para atenuarla y procurar su paulatina solución. Lo analizaremos.

Como ya hemos reiterado en distintas publicaciones y foros⁽¹⁾, la crisis y la normativa surgida de la crisis ha supuesto una travesía en el desierto de los gestores públicos de vivienda y suelo.

Para el sector local se inicia esta travesía con la publicación la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) que modificó Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LrBRL), que afecta directa y especialmente a los Gestores Públicos locales, la mayor parte de ellos como se ha visto, tanto en cuanto a su principal actividad, como en relación a su propia existencia. En primer lugar, limita la amplia competencia que en materia de vivienda que tenían los ayuntamientos y modifica de forma confusa la regulación tradicional del sector público local en orden a la decisión de la gestión directa instrumental, limitando no solo la creación de nuevos entes instrumentales, sino que, además, pretendía limitar su uso en beneficio de la iniciativa privada, volviendo en cierta medida a

(1) Se seguirá en la exposición histórica lo indicado en nuestro artículo «Los gestores públicos de vivienda y suelo problemática y actuación durante el estado de alarma por el COVID-19» publicado por la Revista de Derecho Urbanística y Medio Ambiente (RDU) AÑO LIV, núms. 337-338, Abril-Mayo-Junio 2020.



la supletoriedad de la gestión pública a la privada de regímenes anteriores preconstitucionales.

Pero la LRSAL no fue una excepción, pues la particular situación económica dio lugar a la publicación de otra normativa restrictiva de la actuación de los entes instrumentales. En esta línea se enmarca la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) en su artículo 86 que establece igualmente amplias limitaciones de las relaciones y creación del sector público instrumental con su restrictiva regulación del «*Medio propio y servicio técnico*».

Entre ellas se destaca especialmente la citada LCSP 9/2017 que con la extensa, restrictiva y contradictoria regulación de los encargos a medio propio, de las condiciones del mismo y a la especial regulación del criterio de su idoneidad, lograba comprometer su actuación y entorpecía las tradicionalmente fáciles y fluidas relaciones con sus administraciones titulares. La entrada en vigor de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP) se produce en un contexto socio político ciertamente excepcional que se caracteriza por una crisis económica profunda y una percepción errónea e interesadamente exagerada de la existencia de una corrupción generalizada que produjo una palpable desconfianza en el actuar del sector público.

Y lo peor de todo ello, es que en todas las citadas normas se pretende justificar estas limitaciones e imposiciones en la normativa europea del «Mercado Interior», especialmente pretendiendo que con ellas se adapta el ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Ello no es cierto pues, como veremos posteriormente, se establecen limitaciones ajenas a la legislación europea y se le imponen al medio propio una serie de requisitos formales (entre otros, denominaciones y reconocimientos estatutarios) radicalmente ajenos a la realidad del derecho de la Unión Europea en los que el concepto de medio propio y el de poder adjudicador es un criterio esencialmente funcional, criterio radicalmente ajeno a los criterios formales tan imperantes en los derechos administrativos latinos.

A esta confusa e interesada regulación se le sumó el hecho de que desde su entrada en vigor las normas fueran interpretadas con un criterio exagerada e interesadamente restrictivo por ciertos sectores de la Doctrina, con afirmaciones en relación a sus requisitos que no solo carecían de la más mínima justificación en nuestra normativa tradicional, sino que iban frontalmente en contra de los criterios claramente establecidos por la normativa y jurisprudencia europea.

El resultado de esta situación es que durante unos años la misión del Sector Público Instrumental de realizar su función esencial que no es sino la de gestionar de forma directa los servicios públicos se convirtiera en



A. PROBLEMÁTICA DE LA PROMOCIÓN Y GESTIÓN PÚBLICA DE LA VIVIENDA EN ESPAÑA

una auténtica travesía en el desierto en la que se perdieron muchas sociedades y entes instrumentales que habían acreditado su valía durante muchas décadas, especialmente en materia de la generación de vivienda social y suelo para la misma.

Esta situación fue denunciada reiteradamente por AVS en cuantos foros y reuniones participó, incluso en las sugerencias y alegaciones durante el proceso de información pública de la normativa anteriormente citada y, menos mal, que en muchas de dichas normas se logró atenuar el efecto de las mismas al conseguir que se admitieran algunas de las propuestas de AVS como el mantenimiento de la competencia de vivienda de los ayuntamientos o la exclusión del criterio de idoneidad cuantitativa para determinados gestores públicos.

Enumeraremos y analizaremos de forma breve distintas aspectos que por ser esenciales para la actuación del gestor público y sin perjuicio de un posterior estudio más amplio de algunos aspectos, separadamente la eventual limitación de la competencia de vivienda de los ayuntamientos realizada por la LRSAL y las limitaciones a la actuación y relaciones de los entes instrumentales / medios propios con sus administraciones titulares impuestas por la LCSP.

2.2 Competencia de vivienda de los ayuntamientos y de sus entes instrumentales

Como se ha indicado tradicionalmente las distintas administraciones territoriales de nuestro país han tenido competencia en materia de vivienda y urbanismo lo que ha servido para que sus entes instrumentales especializados en dichas materias puedan desarrollar suelo y posteriormente promover gran número de viviendas especialmente para el sector de población que no podía acceder a la misma. En el nuevo orden social y jurídico surgido tras la Constitución Española de 1978 esta competencia se ha mantenido y potenciado.

En relación a las CC. AA, claramente determina el artículo 148 de la actual Constitución Española que éstas podrán asumir competencias en «*Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda*» y todas ellas, en sus Estatutos de Autonomía han asumido dichas competencias.

Por lo que respecta a los Ayuntamientos su competencia era igualmente clara en el nuevo orden democrático, así claramente lo establecía la redacción original de la LRBRL que en su artículo 25 que determina que es competencia de los municipios el urbanismo en sentido muy amplio (Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, parques y jardines, pavimentación de las vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías



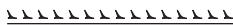
rurales) y de vivienda con la misma amplitud pues al indicar solamente «*promoción y gestión de viviendas*», daba lugar a la interpretación tanto doctrinal como jurisprudencial que comprendía tanto a la promoción de nueva vivienda sin distinguir entre viviendas libres o protegidas ni de régimen de compraventa o alquiler, como para la rehabilitación de las existentes y la administración de los parques públicos existentes. Esta competencia de vivienda se complementaba con el artículo 28 del mismo texto que incluía la vivienda entre las actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas que podían realizar los municipios.

Estando así las competencias de los municipios los primeros Anteproyectos de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), desconociendo la realidad de la promoción municipal de vivienda, eliminaban dicha competencia como propia, pudiendo tan solo obtenerse por delegación de las CC. AA. Tras distintas alegaciones y reuniones en las que participó activamente AVS se logró que la Ley aprobada introdujese a la vivienda como competencia propia, si bien de forma restrictiva pues se limitaba el nuevo artículo 25 a la «*Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación*(2).

Tras ello, se ha pretendido constreñir la competencia municipal de vivienda exclusivamente a las protegidas y con estricta garantía de los criterios de sostenibilidad financiera, lo que no deja de ser paradójico pues en las viviendas protegidas de Promoción Pública o de Régimen Especial, esencialmente las de alquiler, es difícil incluso cubrir los costes y los únicos beneficios que se obtienen son sociales al estar destinadas a las capas sociales más desfavorecidas.

Frente a esta postura restrictiva AVS ha defendido el criterio de amplia competencia municipal en materia de vivienda. Ello en base a que la competencia de los municipios en general y en especialmente la de vivienda, establecidas por la normativa Estatal, la LRBRL, es el mínimo competencial y para determinar el exacto alcance de las mismas hay que acudir a la normativa de las CC. AA. que la complementan y desarrollan. Siguiendo los

(2) La Competencia de vivienda de los entes locales y, en general, los efectos de la LRSAL al Gestor Público, se analiza con mayor profundidad en el libro «*Efectos en el sector público local de la nueva Ley para la Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL)*» de BUESO GUIRAO, E., y PÉREZ MIRA, J. M., editada por AVS en 2015.



A. PROBLEMÁTICA DE LA PROMOCIÓN Y GESTIÓN PÚBLICA DE LA VIVIENDA EN ESPAÑA

criterios Jurisprudenciales y especialmente lo establecido en la normativa de las distintas CC. AA. en relación a las competencias en general, y en especial a la de vivienda, hay que considerar que la normativa Estatal, la LRBRL, es el mínimo competencial, como se ha indicado en apartados anteriores y que para determinar el exacto alcance hay que acudir a la normativa de las CC. AA. que la complementa y desarrolla.

Hoy día el tema ya lo dejó perfectamente claro el Tribunal Constitucional en su sentencia de 3 de marzo de 2016, al resolver un recurso contra la LRSAL formulado por la Asamblea Extremadura. Parte la sentencia de que afirmar que los municipios «solo» pueden obtener competencias propias en las materias enumeradas en el artículo 25.2 LRBRL es erróneo, pues éste determina las materias que en «todo caso» el municipio debe tener como competencias propias. Este artículo, indica el T. C., no atribuye competencias; introduce condiciones a la legislación que las confiere. Por ello las competencias propias se atribuirán a los municipios de modo específico a través de ley sectorial estatal y de CC. AA., cada cual en el marco de sus competencias. Consecuentemente dichas leyes pueden atribuir competencias propias en materias distintas de las enumeradas en el artículo 25.2 LRBRL, de acuerdo con lo previsto en los apartados 3, 4 y 5 del mismo.

Como consecuencia de ello se puede concluir que los ayuntamientos y por ende sus sociedades urbanísticas tendrán las competencias de vivienda que determine la normativa de régimen local y sectorial en materia de urbanismo y especialmente de vivienda, que en la mayor parte de las CC. AA. es muy amplia y excede a lo previsto en el artículo 25 de la LRBRL. No obstante ello, consideramos que para evitar los problemas que han venido teniendo las empresas públicas municipales, debería volverse a la redacción originaria del artículo 25 (solamente «*promoción y gestión de viviendas*»), pues con esta clara regulación se facilitaría la actuación de éstas una vez superada la crisis económica y ante la acuciante necesidad de vivienda, además se de hacer coherente con la regulación de las CC. AA. que siendo competentes en materia de vivienda dan una amplia competencia a los ayuntamientos imponiéndoles incluso algunas la obligación de formular «Planes Municipales de Vivienda», además de adecuar la normativa a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

2.3 **Las relaciones entre instrumental y administraciones en la LCSP 9/2017**

La confusa redacción de los artículo 22 y 23 LCSP 9/2017 con la formulación poco clara de limitaciones a la actuación y relaciones de los



entes instrumentales / medios propios con sus administraciones titulares impuestas ha provocado graves problemas a la actuación de los entes instrumentales públicos al introducir limitaciones y condiciones ajenaas al derecho administrativo tradicional y a la normativa europea. Además, se ha producido una particular interpretación de la normativa, ya de por sí restrictiva, por fuentes aparentemente solventes y acreditadas se llegaron a sentar algunos criterios interpretativos que sorprendieron a los encargados del gestionar esos entes instrumentales que no salían de su asombro. Analizaremos algunos de ellos, acreditando lo erróneo de su planteamientos en base a la normativa, Doctrina y Jurisprudencia.

2.3.1 La decisión autoorganizativa de gestionar directamente por entes no se limita por la normativa europea de mercado interior

Se afirmaba que la gestión directa de los servicios públicos por entes instrumentales debía de ser admitida con grandes restricciones pues iba en contra de la normativa europea de mercado interior y contra las citadas directivas, debiendo ser supletoria de la gestión indirecta, es decir, la contratación externa a un sujeto privado. Afirmando que esta imposición provenía no solo de las Directivas europeas de cuarta generación, sino también que así había sido claramente establecido en la Jurisprudencia europea pues se consideraba la gestión directa de los servicios como un competencia desleal al sector público y contraria al mercado interior.

Por el contrario, la normativa Europea considera que el hecho de que una administración en su potestad de autoorganización considere que determinadas actuaciones, especialmente de gestión de servicios o actividades económica, la deba realizar un ente instrumental público, en nada contradice la normativa de contratación o mercado interior. Esta decisión es organizativa que no afecta a la normativa de mercado interior, que la Directiva 2014/24/UE la excluye expresamente. Además, por otro lado, dicha Directiva en ningún momento entra en criterios organizativos que impongan la preferencia de la gestión indirecta o externa frente a la interna o directa. Dicho de otro modo, no obliga a la administración a contratar fuera lo que puede hacer medios propios o »de casa», tengan estos o no personalidad jurídica distintas o no de dicha administración. Lo que sí impone es que si este ente instrumental al que se le atribuye la competencia de ciertas actividades realiza contrataciones externas con terceros, esta relación se realice con los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación que determinan las Directivas.



A. PROBLEMÁTICA DE LA PROMOCIÓN Y GESTIÓN PÚBLICA DE LA VIVIENDA EN ESPAÑA

Estas afirmaciones las ha dejado claro la doctrina más autorizada como Julio Tejedor Bielsa que al analizar la Directiva 2014/24/UE indica que «*El artículo 1.4 DC establece que «la presente Directiva no afecta a la libertad de los Estados miembros de definir, de conformidad con el Derecho de la Unión, lo que consideran servicios de interés económico general, cómo deben organizarse y finanziarse dichos servicios con arreglo a las normas sobre las ayudas estatales y a qué obligaciones específicas deben estar sujetos. Del mismo modo, la presente Directiva no afectará a la decisión de las autoridades públicas de decidir si desean asumir ellas mismas determinadas funciones públicas, en qué forma y en qué medida, en virtud del artículo 14 del TFUE y del Protocolo no 26». El artículo 1.6 DC establece, por su parte, que «los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva»*⁽³⁾.

La Jurisprudencia Europea igualmente desde antes del inicio de esta discusión ya dejaba claro el tema, entre otras, en la sentencia de 11 de enero de 2005 (asunto C-26/2003, Stadt Halle) deja claro que una administración no tiene que acudir a medios externos (gestión indirecta) cuando que puede hacerlo con sus propios medios instrumentales (gestión directa) afirma que «*Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligado a recurrir a entidades externas y ajena a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratación pública*»⁽⁴⁾.

(3) TEJEDOR BIELSA, J., «*Una cosa es decidir cómo gestionar y otra, bien distinta, encargar...*» EsPúblico, 12 de diciembre de 2018.

(4) La sentencia de 11 de enero de 2005 (asunto C-26/2003, Stadt Halle) indica: «*Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligado a recurrir a entidades externas y ajena a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratación pública*».



2.3.2. *Las relaciones entre la administración y su ente instrumental son habitualmente mediante la atribución de competencias o funciones*

Igualmente se pretendía que la legislación europea y su desarrollo normativo en nuestro país imponían que la única forma de relación entre el sector instrumental y sus administraciones fuera mediante las formas específicas que regulaba la normativa de contratación, las tradicionales «encomienda de gestión» o el actual «encargo a medio propio».

Estas afirmaciones olvidaban que es la normativa general administrativa la que establece las distintas formas de gestión de los servicios públicos y que la normativa de contratación y que esta normativa no afecta y es posterior a la normativa que permite la autoorganización de las administraciones y es a ella a la que hay que acudir para establecer los tipos y formas de relaciones como claramente establece la Directiva 2014/24/UE.

Indicado ello, la forma habitual u ordinaria de relacionarse entre las administraciones y sus entes instrumentales es una relación de dependencia al haberle atribuido aquella una serie de competencias y actividades fijadas durante el procedimiento administrativos de constitución y determinada por su objeto social, atribución de competencias que se determina con carácter general y sin plazo concreto o específico.

Por el contrario, a través del encargo a medio propio se le encargarán, confiarán o encomendarán actividades o actuaciones concretas y puntuales con un contenido específico y plazo de realización y determinado como exige claramente el normativa contractual.

En este sentido y teniendo en cuenta la especialidad, la normativa de las CC. AA. competentes para regular las Sociedades Urbanísticas que son los entes instrumentales públicos que promueven suelo y viandas sociales, han dejado meridianamente claro ello, sirva de ejemplo el Texto Refundido de la ley 5/2014, de 25 de julio, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, de la Comunitat valenciana⁽⁵⁾, que en su Disposición Adicional Tercera (Entidades urbanísticas de capital público) indica: «*Estas sociedades tendrán la consideración de entes instrumentales para la gestión directa de los servicios públicos y actividades para los que ha sido constituida y, en su caso de medio propio de la administración, para la ejecución de actuaciones específicas que se le encarguen o encomienden...*». Igualmente distintos instrumentos normativos como la

(5) Aprobado por el Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunitat valenciana.



A. PROBLEMÁTICA DE LA PROMOCIÓN Y GESTIÓN PÚBLICA DE LA VIVIENDA EN ESPAÑA

«Instrucción relativa a la descentralización funcional y los medios propios del Ayuntamiento de Barcelona. Publicada en la Gaceta Municipal de 30 de julio de 2018».

2.3.3 *Los entes instrumentales públicos de vivienda y suelo son habitualmente un «medio propio» de su administración titular*

En tercer lugar, dando un paso más, si se parte de la errónea concepción de que las relaciones son exclusivamente mediante el encargo a medio propio, con una interpretación exageradamente limitativa y restrictiva de las condiciones para adquirir este carácter de medio propio de los entes instrumentales se consigue que sean todavía más difícil actuar con los mismos haciendo desistir de su uso a las administraciones que se valen de ellos. Así, se ha venido realizando una interpretación muy restrictiva (muchas veces carente de sentido jurídico) de la caótica regulación del artículo 32 de la LCSP 2017 en relación a los requisitos para el reconocimiento del referido carácter de medio propio, lo que ha dado lugar a que haya llegado a considerarse que tener dicha condición es excepcional y que obtener dicho reconocimiento es una suerte de lotería.

Nada más lejos de la realidad, pues es la propia esencia del ente instrumental ser un medio del que la administración se vale para ejecutar determinados cometidos que le son propios, siendo este el carácter esencial y no al contrario como se ha pretendido.

Así se ha querido pretender que el requisito de que *«más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo»* se refería a que para poder ser medio propio más del 80% debería provenir de actividades provenientes de específicos «encargos a medio propios» del artículo 32 de la LCSP, olvidando «confiados» siguiendo la normativa europea es que la mayor parte de la actividad de la sociedad se realice para su administración matriz, es decir, en el desarrollo de las prestaciones y actividades que son de propia competencia de su administración titular.

Sí se constituye una sociedad urbanística que se dedica exclusivamente a desarrollar competencias de urbanismo y la política de vivienda de un municipio, es evidente que su actividad desarrolla el cien por cien de su actividad proviene de cometidos confiados o delegados por su Ayuntamiento. Pretender lo contrario carecería de sentido jurídico.

Este requisito exige distintos aspectos o elementos que se han puesto de manifiesto a través de la Jurisprudencia del TJCE, en concreto que la



actividad de dicha empresa esté destinada principalmente a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal (Sentencia TEKAL), y para su apreciación deben considerarse todas las circunstancias del caso, tanto cualitativas como cuantitativas (STJCE Carbotermo y Consorzio Alisei, apartados 63 a 64). A tal fin, el volumen de negocios determinante es el que la empresa realice en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por el ente territorial que la controla.

2.3.4 Desacertada interpretación del criterio de idoneidad

Con un criterio claramente contrario al sector público instrumental se ha exigido en la norma española un requisito de idoneidad basada en la porcentaje de ejecución la denominada «idoneidad cuantitativa», no solo ajena al derecho europeo sino que va en contra frontalmente de la normativa reguladora de las sociedades urbanísticas, que han sido un motor de los municipios para la promoción de suelo y viviendas asequibles y la gestión de los servicios adecuados para el ordenado desarrollo de la ciudad (aparcamientos, equipamientos sociales y culturales y mantenimiento de los elementos necesarios de la urbanización, alumbrado, viario, abastecimiento y evacuación de aguas, etc.) que, como se ha visto, tienen expresamente prohibido ejecutar materialmente las obras.

Por ello, hay que entender que la idoneidad del medio propio es esencial, pues es necesario para poder ser considerado idóneo que el ente instrumental pueda efectivamente realizar la actividad para la que se ha constituido o que se le ha encargado o encomendado. Pero que el ente instrumental sea un medio idóneo significa que debe de tener los recursos humanos, económicos o técnicos que le permitan dirigir, realizar o gestionar el servicio o la prestación, pero no significa, en modo alguno, que deba de ejecutar personal y materialmente la prestación en su mayor parte (criterio del 50 %).

Como se ha indicado anteriormente, en materia de vivienda y suelo los entes instrumentales y sociedades urbanísticas somos «promotores», es decir que proyectamos, financiamos, dirigimos y administramos o enajenamos las viviendas o el suelo resultante. Pero no somos constructores o urbanizadores de las viviendas o suelo que desarrollamos, eso lo realiza el sector privado (contratista) que se selecciona mediante la concurrencia pública necesaria. Actividades que como ya se ha visto tienen prohibidas las sociedades urbanísticas.

Previendo el problema que se plantearía, en el trámite legislativo en el Congreso de los Diputados, se introdujo una previsión en el 32.7 que tras



A. PROBLEMÁTICA DE LA PROMOCIÓN Y GESTIÓN PÚBLICA DE LA VIVIENDA EN ESPAÑA

exigir el *importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo*» Indica que no obstante ello no será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios. «*Igualmente no será de aplicación en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública*».

Dicha precisión introducida por sendas enmiendas presentadas por el Grupo Socialista y por la Senadora Mercedes Oramas González-Moro del Grupo Mixto⁽⁶⁾, fundamentaba claramente su inclusión por el siguiente motivo:

«*Se confunde el encargo de una obra o servicio concreto con el encargo de “gestionar un servicio” que es lo que hacen habitualmente los entes instrumentales, ya que son una forma de gestión directa de los servicios públicos, especialmente los locales (art. 85 de la Ley 7/1985, LRBRL)». De acuerdo con el Proyecto si se pretende encargar una promoción urbanística concreta o de un grupo de viviendas, por mucho que sea en valor del conjunto de las actuaciones de gestión que hay que realizar (elaboración de proyectos, licencias, dirección de obras, acogimiento a la protección oficial, solicitud de ayudas y créditos de los planes de vivienda, selección de adjudicatarios, planes de seguridad y salud, contratación de obras de urbanización y/o edificación, etc.), nunca puede ser comparado económicamente con el valor de la obra a ejecutar (el valor de la obra edificada o urbanizada) que paradigmáticamente es lo más simple de realizar. Además va en contra de la normativa específica de las Sociedades Urbanísticas, competencia de las CC. AA., que le imponen la obligación de ser solo promotoras y no constructoras, al prohibirle la ejecución material de las obras y obligarlas a ofertarlas públicamente*».

La consecuencia de estas interpretaciones es que durante estos últimos años el sector público instrumental ha realizado una verdadera «travesía en el desierto» para poder realizar su imprescindible función, en muchos de sus cometidos habituales, especialmente en materia de vivienda social y suelo para las mismas. Y todo ello, con la falsa justificación de que era algo impuesto por Europa.

(6) Las enmiendas con un idéntico sentido y redacción son la Enmienda núm. 482, del G. P. Socialista y la Enmienda núm. 9, de la Sra. Oramas González-Moro (GMx). Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 16 de marzo de 2017.



No obstante ello, esta situación de bloqueo ha cambiado tras la pandemia en el que se ha echado en falta un sector público más potente y con la necesaria implementación de los fondos europeos, Next Generation UE, se está volviendo a un criterio de interpretación más conforme con el espíritu de la norma y con nuestra tradición, lo que está facilitando las relaciones de nuestros entes instrumentales, gestores públicos, con sus administraciones. Pero ello no se producirá hasta que la citada normativa confusa y restrictiva que se ha indicado sea modificada para impedir estas trabas artificiales que aún existen y hagan fluida la dicha relación, especialmente la LCSP 2017 y devuelva la LRBRL a su redacción originaria en muchos de los aspectos en que fue modificada por la LSAL.

