

La creciente importancia del subsuelo y su tratamiento urbanístico

Francisco García Gómez de Mercado

Abogado

El subsuelo es hoy noticia en la prensa y también en los proyectos empresariales. Más allá de la consideración tradicional del subsuelo como contenedor de recursos naturales (aguas, minerales, hidrocarburos, etc.), el subsuelo es protagonista de las infraestructuras urbanas (como el metro o distintas canalizaciones) y también de las estructuras (fundamentalmente aparcamientos). No pretendo ahora entrar en la polémica, parece que ya superada, sobre El Carmel, ni en la todavía viva de los túneles que socavan algo más que el terreno físico, sino en la creciente importancia económica que el uso del subsuelo está alcanzando.

Efectivamente, con el desarrollo de la técnica unido a la escasez de suelo y el incremento dramático de su precio (pues la llamada burbuja no parece explotar nunca, si acaso crece un poco menos) es factible y rentable un uso del subsuelo cada vez más intensivo.

El valor del suelo sigue todavía legalmente centrado en su superficie y la edificabilidad que sobre ella es posible. Pero, al

mismo tiempo, el ordenamiento urbanístico permite un uso intensivo del subsuelo (hasta cuatro plantas bajo rasante en Madrid) sin consumir edificabilidad lucrativa. Y, por los motivos expuestos (escasez y carestía del suelo), esa parte del iceberg inmobiliario bajo la superficie puede llegar a tener, según las circunstancias, un valor considerable, mayor incluso, en algún caso, que la posible edificación en superficie.

No obstante, no todo el subsuelo es privado y, por ello, su explotación económica exige la intervención de la Administración. De hecho, superadas hace mucho doctrinas radicales que llevaban la propiedad del suelo hasta el centro de la tierra, se viene considerando el subsuelo como una especie de dominio público natural. Se impone, pues, la obtención de una concesión administrativa, como título jurídico que otorga al concesionario el uso de la propiedad pública. Pero también se permite hoy la desafectación del subsuelo público, conforme a las pertinentes normas urbanísticas y el oportuno expediente de desafectación. De esta manera, se

llega a concebir un subsuelo privado bajo la rasante de un suelo público (especialmente útil en aparcamientos bajo superficie privada pero que invaden, en parte, el subsuelo de las vías públicas).

La importancia del subsuelo y su valor independiente, y no como mero anejo del suelo, también se pone de manifiesto en supuestos de expropiación. Se admite, así, la expropiación del suelo, pero se reclama la reversión del subsuelo; o, de forma inversa, se limita el objeto de la expropiación al subsuelo, reclamando los propietarios mantener la propiedad del suelo y su aprovechamiento.

En definitiva, la técnica y la necesidad nos llevan, como siempre, a nuevas fórmulas jurídicas, superando dogmas anteriores. Ya no resiste el principio del único propietario desde el centro de la tierra al cielo. Podremos tener, así, distintas propiedades, y titularidades públicas y privadas, en sucesivas capas (1).

Falta, sin embargo, un nuevo marco que permita encauzar adecuadamente el progreso alcanzado. Aunque pronto este marco puede quedarse nuevamente antiguo. Es probable que el uso del subsuelo pueda intensificarse más aún, y, así, la tradicional limitación de su uso para aparcamientos y cuartos de servicio, excluyendo o limitando muy severamente otros usos, pierda sentido con el progreso técnico, en cuanto a la evacuación, recepción de luz natural, aireación, etc. De hecho, estos otros usos –sobre todo comerciales– son ya

frecuentes en subsuelo público (como las estaciones de metro y tren), por lo que nada impide técnicamente que se pudieran explotar en un subsuelo privado. Queda, quizá, un último reducto de exclusión: el uso residencial. Quién sabe, tal vez en el futuro tengamos viviendas modernas en el subsuelo (más allá de las casas-cueva que todavía existen en algunos lugares).

El subsuelo en la legislación y el planeamiento urbanístico: limitaciones de uso y aprovechamiento

El subsuelo en la legislación estatal del Suelo

Como señala GARCÍA-BELLIDO (2), “la consciencia jurídica de la importancia o, al menos, posibilidad de considerar el subsuelo como objeto jurídico específico, como situación posible de prolongación del cuerpo supresuelo, es relativamente muy reciente en la legislación urbanística (a excepción, claro es, del derecho minero, tesoros arqueológicos o de las obras públicas subterráneas). En efecto, en nuestro moderno Derecho urbanístico no aparece explícitamente hasta 1978. Las leyes del suelo de 1864 a 1895, ni de 1956 ni 1976 contuvieron ninguna referencia expresa a tal ocupación del subsuelo, dándose por sentado que lo que descendiese bajo la línea del suelo era una prolongación urbanísticamente despreciable del cuerpo visible (la cimentación o espacios de instalaciones auxiliares, trasteros, motores, etc.). Sería el *boom* (el gran auge) del automóvil (desde los 70) lo que suscitaría la necesidad de considerar este apéndice subterráneo como espacio lucrativo urbanísticamente relevante”.

(1) Cfr. GARCÍA-BELLIDO, JAVIER, “La ordenación urbanística del subsuelo”, *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, Vol. XXVIII, nº 109, *separata*. Así, el citado autor –pág. 431– pone de manifiesto que el subsuelo no se ha considerado tradicionalmente por las posibilidades de construir habitáculos humanos ya que, al no reunir las condiciones técnicas de habitabilidad y aireación externa, eran simplemente ignoradas. Sin embargo, “la generalización del aire acondicionado de los edificios de oficinas herméticamente cerrados vuelve a presentar en toda su potencialidad las posibilidades urbanísticas del subsuelo”.

(2) Ob. Cit., pág. 431.

Es el Reglamento de Disciplina Urbanística, de 23 de junio de 1978, el que especifica, por vez primera, el sometimiento de los actos de uso del subsuelo a licencia. Dice así su artículo 1:

“Estarán sujetos a previa licencia, sin perjuicio de las autorizaciones que fueren procedentes con arreglo a la legislación específica aplicable, los siguientes actos:...

15. Las instalaciones subterráneas dedicadas a aparcamientos, actividades industriales, mercantiles o profesionales, servicios públicos o cualquier otro uso al que se destine el subsuelo”.

Sin embargo, el subsuelo sigue sin ser contemplado específicamente ni en la vigente Ley 6/1998, de 13 de abril, del Suelo y Valoraciones (LSV), ni en la parte vigente del Texto Refundido de la Ley del Suelo 1992 (aprobado por el Real Decreto Legislativo de 26 de junio de 1992 y en gran parte declarado inconstitucional por STC 61/97, pero del cual algunos preceptos siguen vigentes según la propia LSV), ni tampoco la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE).

Eso no significa, por supuesto, que el subsuelo quede al margen de dicha legislación sino, más bien, que se considera, lógicamente, integrado en la regulación del suelo, al igual que los vuelos.

Será necesario, por tanto, obtener licencia para la realización de obras de urbanización o edificación, y contar con las titulaciones necesarias, en los términos establecidos por dicha legislación.

Únicamente señalar, en punto a las titulaciones, que, por la restricción que luego señalaremos en cuanto a los usos del subsuelo, tendrá poca aplicación la exclusividad reconocida a los arquitectos en relación con los usos administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural (arts. 2 y 10 LOE).

Por lo demás, destacar que el borrador de la nueva Ley del suelo estatal, a diferencia de la legislación estatal anterior, sí contempla específicamente el subsuelo:

- 1.º La finca puede situarse en la rasante, el vuelo o el subsuelo.
- 2.º “Los instrumentos de ordenación urbanística podrán, de conformidad con lo previsto en su legislación reguladora, atribuir al vuelo o al subsuelo de un suelo con destino dotacional público un uso diverso de éste, previo informe de la Administración titular del dominio público, que será vinculante en lo referente al servicio y protección de dicho dominio”.

El subsuelo en la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, de 17 de julio de 2001

La Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, de 17 de julio de 2001 (LSCM), comienza por plasmar expresamente la reflexión que hemos señalado en relación con la legislación estatal del suelo, esto es, su aplicación al subsuelo.

Así, su artículo 2.1 dispone:

“A los efectos de la ordenación urbanística del suelo se entiende comprendida la superficie del terreno, así como el vuelo y el subsuelo, tanto en su estado natural como transformado”.

Y, por ello, las obras de urbanización incluyen la implementación la ejecución de instalaciones en el subsuelo queda sujeta a licencia, al igual que los actos de edificación y uso del suelo (art. 151.1 p) LSCM (3)).

(3) Cfr., en este sentido, art. 3 de la Ordenanza de Licencias de Madrid, de 28 de septiembre de 2004.

Como complemento a la LSCM, cabe citar la Ley de 17 de marzo de 1999, de calidad de la edificación, cuyo art. 1.2 dispone que “igualmente será de aplicación la Ley a las construcciones que se ejecuten en el subsuelo, al servicio de los edificios, con independencia de las que puedan existir sobre el vuelo de la misma finca, y cualquiera que sea su peculiar régimen jurídico”.

Por otro lado, el artículo 12 d) de la LSCM enumera entre los deberes de los propietarios “*respetar las limitaciones que deriven de la colindancia con bienes que tengan la condición de dominio público natural, en los que estén establecidos obras o servicios públicos o en cuyo suelo o subsuelo existan recursos naturales sujetos a explotación regulada*”.

Esto es, en relación con el subsuelo de propiedad privada, se hace la salvedad del respeto a:

- (i) las infraestructuras urbanas en el llamado dominio público natural del subsuelo, esto es, aquel subsuelo que va más allá del aprovechamiento posible, material y legalmente (urbanísticamente), por parte del propietario; e, igualmente, en relación con
- (ii) los recursos naturales contenidos en el subsuelo, como aguas, minas o hidrocarburos. La Ley, con un lenguaje que pretende ser moderno, habla de explotación regulada, aunque en nuestro estadio actual sigue partiéndose del dominio público de tales recursos.

Por otro lado, su artículo 50 incluye, entre los Planes Especiales aquellos que tienen por objeto la definición, ampliación o protección de cualesquiera elementos integrantes de las redes públicas de infraestructuras, equipamientos y servicios, así como la complementación de

sus condiciones de ordenación con carácter previo para legitimar su ejecución. Tales redes pueden ser aquellas contenedoras de estructuras o infraestructuras urbanas en el subsuelo (metro, saneamiento, etc.).

Pero ¿es necesario en todo caso el Plan Especial? El artículo 42 de la LSCM atribuye al Plan General la remisión a un Plan Especial, en particular en relación con redes generales o supramunicipales que, por tener notable dimensión y especial complejidad, requieran una ordenación pormenorizada a través de Plan Especial. Por ello entendemos que no puede oponerse la necesidad de Plan Especial, por principio, para la acometida de estas obras.

Ley del Urbanismo de Cataluña de 14 de marzo de 2002

Frente al modelo de la Ley madrileña, que, básicamente, sigue el esquema tradicional de regular el uso del subsuelo como parte del suelo pero sin un tratamiento específico, destaca la Ley del Urbanismo de Cataluña, de 14 de marzo de 2002 (LUC), que, por lo que se refiere al uso del subsuelo, dispone en su artículo 39 que “*el subsuelo está regulado por el planeamiento urbanístico y queda sometido a las servidumbres administrativas necesarias para la prestación de servicios públicos o de interés público, siempre que estas servidumbres sean compatibles con el uso del inmueble privado sirviente, de conformidad con el aprovechamiento urbanístico atribuido. De lo contrario, ha de procederse a la correspondiente explotación*”.

Ello es así pues ya no se trata de un uso que sea compatible con la delimitación vertical del dominio sino que lo restringe, y debe conllevar la tramitación del oportuno procedimiento acreditativo de utilidad pública o interés social y la correspondiente compen-

sación (art. 33.3 CE y Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (4)).

Añade el art. 39 LUC lo siguiente: “*el uso del aprovechamiento urbanístico y la implantación de infraestructuras en el subsuelo están condicionados en cualquier caso a la preservación de riesgos, así como a la protección de los restos arqueológicos de interés declarado y de los acuíferos clasificados, de acuerdo con la respectiva legislación sectorial*”.

Como sabemos, la doctrina moderna superó las consideraciones históricas (CINO DE PISTOIA) que extendían verticalmente el dominio, dado su carácter absoluto y “sacrosanto”, hasta el mismo centro de la tierra; y pasó a considerar que dicha extensión no podría superar el límite donde exista un interés razonablemente tutelable del propietario (5). Así, el citado precepto exige la compatibilidad con el uso del propietario, uso que viene delimitado por el planeamiento urbanístico. Quiere esto decir que el propietario no puede oponerse ni exigir indemnización alguna respecto de usos del subsuelo (p. ej. metro) que no afecten en modo alguno los usos e intensidades de que sea susceptible la finca conforme al plan urbanístico (p. ej. sótanos y cimientos de las construcciones permitidas).

En suma, puede decirse que la Ley catalana aborda un tratamiento específico del subsuelo, bien que consagrando el estado actual de la cuestión.

Ley de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Castilla-La Mancha, de 4 junio de 1998

La Ley de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Castilla-La Mancha, de 4

junio de 1998, con una orientación distinta, parece “nacionalizar” todo el subsuelo.

Dice, así, su Disposición preliminar: “*Cuando la ordenación territorial y urbanística no atribuya aprovechamiento urbanístico al subsuelo, éste se presume público*”.

Dado que, generalmente, el planeamiento no atribuye un uso específico al subsuelo y, es más, en ocasiones, como veremos más adelante, excluye del cómputo del aprovechamiento lucrativo determinados usos del subsuelo (p.ej. aparcamientos), podríamos afrontar, como se ha dicho, una auténtica nacionalización del subsuelo.

Tal proclamación, sin embargo, queda mediatizada por la Disposición transitoria primera 2, a cuyo tenor: “*Hasta que los planes de urbanismo no se adapten a esta Ley, el régimen urbanístico del subsuelo será el que resulte de la ordenación por ellos establecida*”.

Otras leyes urbanísticas autonómicas

- a) La Ley de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana, de 15 de noviembre de 1994, sigue el esquema tradicional de mera sumisión del uso del subsuelo a la competencia y licencia urbanística, al igual que el uso del suelo.
- b) La Ley de Urbanismo de Castilla y León, de 8 abril de 1999, limita el aprovechamiento del subsuelo. Así, conforme al art. 38.3 b): “*En suelo urbano no consolidado y suelo urbanizable, el aprovechamiento del subsuelo no superará un 20 por 100 del permitido sobre rasante, salvo para aparcamiento o instalaciones*”.
- c) La Ley gallega, de 30 de diciembre de 2002, contiene especiales prescripciones sobre aprovechamientos y aparcamientos, públicos y privados, y planes especiales. En primer lugar, el artículo 46.6 dispone que “*para la determinación de la superfi-*

(4) Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, FRANCISCO: *Utilidad pública, ocupación y reversión de los bienes expropiados*, Ed. Comares.

(5) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho civil español, común y foral*, Ed. Reus, págs. 159 y ss.

cie edificable total deberán tenerse en cuenta las siguientes reglas: a) Se computarán todas las superficies edificables de carácter lucrativo, cualquiera que sea el uso al que se destinen, incluidas las construidas en el subsuelo y los aprovechamientos bajo cubierta, con la única excepción de las construidas en el subsuelo con destino a aparcamientos e instalaciones de calefacción, electricidad o análogas”.

Así, el artículo 54 g) remite a los Planes Generales la “previsión de aparcamientos de titularidad pública, que podrán ubicarse incluso en el subsuelo de los sistemas viarios y de espacios libres, siempre que no interfieran el uso normal de estos sistemas ni supongan la eliminación o traslado de elementos físicos o vegetales de interés”.

A su vez, según el artículo 47.8, “el plan que contenga la ordenación detallada podrá regular el uso del subsuelo de los espacios de dominio público con la finalidad de prever la implantación de infraestructuras, aparcamientos públicos y otras dotaciones de titularidad pública. Excepcionalmente será posible, con la única finalidad de posibilitar el cumplimiento de la reserva mínima para plazas de aparcamiento privadas establecidas en la presente Ley, y siempre que se acredite la imposibilidad de su cumplimiento en los terrenos de titularidad privada, la utilización del subsuelo por los propietarios del polígono mediante la técnica de la concesión del dominio público sin necesidad de concurso”.

- d) La Ley del Suelo de la Región de Murcia, de 24 de abril de 2001, contiene la típica referencia a que la competencia de la Administración urbanística se extiende a la regulación del uso del suelo y el subsuelo (art. 6).

Cabe destacar, sin embargo, que su artículo 106 no sólo determina que los Planes Parciales “contendrán la previsión de aparcamientos públicos...”, sino que, en particular, “los aparcamientos podrán localizarse incluso en el subsuelo de los sistemas viarios, áreas peatonales y espacios libres, siempre que no se menoscabe el uso de los mismos y sin perjuicio del régimen jurídico aplicable”.

PGOUM de Madrid revisado en 1997

No cómputo a efectos edificabilidad

El artículo 6.5.3 del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, revisado en 1997, excluye del cómputo de edificabilidad: “b) Las superficies destinadas a garaje-aparcamiento en las siguientes situaciones: i) En plantas bajo rasante incluidos los accesos desde la vía pública. c) En plantas baja, bajo rasante y en construcciones por encima de la altura reguladas en el art. 6.6.11, los locales destinados a alojar las instalaciones al servicio del edificio, cuyo dimensionamiento deberá justificarse, tales como cuartos de calderas, maquinarias de ascensores, basuras, contadores y otros análogos; así como aquellas otras instalaciones que sin ser de obligada instalación, contribuyen a mejorar el confort y habitabilidad del edificio”.

Máximo de plantas

Eso sí, la falta de cómputo a efectos de edificabilidad no supone una posibilidad ilimitada. Antes bien, el art. 6.6.1.5 apartado 3, en relación con las “Plantas inferiores a la baja” significa las siguientes limitaciones: “Son aquellas cuyo nivel de suelo está por debajo del nivel del suelo de la planta baja. El número máximo de plantas inferiores a la baja será de cuatro (4) con una profundidad máxima de doce (12) metros, medida desde la cota de nivelación de la planta baja. Podrá superarse este número de plantas y

profundidad previo informe favorable de los servicios municipales competentes.

Las plantas inferiores a la baja tienen la consideración de plantas bajo rasante.

No obstante, las plantas inferiores a la baja cuya cara superior del forjado de techo se encuentre a distancia mayor de ciento cincuenta (150) centímetros respecto de la rasante de la acera o terreno en contacto con la edificación, se considerarán a todos los efectos, plantas sobre rasante”.

Plan General Martorell (Barcelona) 1991

Podríamos citar numerosísimos planes urbanísticos. Su semejanza es muy acusada. A título de ejemplo, comentaremos el Plan General de Martorell, ciudad predominantemente industrial del entorno metropolitano de Barcelona, de 1991.

Su art. 182 trata de la planta subterránea o sótano, situadas baja la planta baja, tengan o no aberturas. No se permite el uso residencial ni habitaciones residenciales ni sanitarias. Los sótanos por debajo del primero sólo se pueden destinar a aparcamientos, instalaciones técnicas del edificio, cámaras acorazadas y similares. No obstante se pueden autorizar otros usos distintos de la casa habitación o residencial si se dota al local de medidas técnicas seguras que cubran los riesgos de incendio, explosión y otros, y se garanticen con seguridad el desalojo de las personas en tales casos.

Las plantas sótano no computan en los índices de edificabilidad si el uso es parking o de elementos técnicos propios del edificio.

Normas Urbanísticas de Petrel (Alicante) 1985

Una situación radicalmente distinta, por razones históricas, puede encontrarse en la revisión de las Normas Urbanísticas de Petrel (Alicante), de 1985, en la que se

incluye la denominada tipología edificatoria “hipogea”, desarrollada en una sección entera de las normas.

Efectivamente, como significa GARCÍA-BELLIDO (6), hay muchas casas-cueva que perviven por todo el territorio del centro, sur y levante peninsular, básicamente como habitáculos de fin de semana y ya no tanto como vivienda habitual.

Sus variables características y tipologías le permiten ser comprensiva de usos residenciales, comerciales, industriales, equipamientos, tanto para santuarios, iglesias, industrias, almacenes, centros cívicos y comerciales, espectáculos, e instalaciones de seguridad.

Se diferencian dos subgrupos por su accesibilidad: en ladera o semienterrada y vertical, con cuerpos de edificación adosados a su entrada de mu diferentes tamaños y tipologías.

En las referidas Normas Urbanísticas para la tipología “hipogea” se establecen sus requisitos técnico-higiénicos que –salvo tener los mismos que cualquier edificio de oficinas actual con ventilación forzada– son sólo un problema de dimensiones de los patios centrales y secundarios de luces y ventilación exterior.

Lógicamente, respecto a las ordenanzas sobre la medición y contabilización de los aprovechamientos urbanísticos bajo rasante, el único criterio válido es el de la superficie útil lucrativa construida o pisable.

El llamado riesgo arqueológico

Vamos a hacer una última referencia al llamado riesgo arqueológico. A este respecto, GARCÍA-BELLIDO (7) pone de manifiesto que algunas legislaciones urbanísticas y planes municipales en España ya conside-

(6) Ob. Cit., pág. 431.

(7) Ob. Cit., pág. 433.

ran que, en determinadas zonas arqueológicas expresamente delimitadas por la Comunidad y por el plan municipal, la carga de la prueba de que bajo el suelo haya o no haya restos valiosos debe aportarla la propiedad, con prospección y excavaciones previas bajo la dirección de un arqueólogo profesional y por cuenta y cargo de la propiedad.

Para que esta actuación sea útil, deben realizarse las prospecciones arqueológicas antes de solicitar la aprobación del proyecto de urbanización o la licencia de edificación, precisamente para evitar que, una vez aprobado el proyecto o concedida la licencia e iniciadas las obras éstas tengan que paralizarse por la aparición imprevista de restos, con el consiguiente perjuicio de las mismas, lo que ha venido impulsando siempre la lógica ocultación e incluso destrucción de los hallazgos.

En este sentido, aparte de la previsión de Planes Especiales de protección arqueológica en diversas leyes autonómicas (p.ej. art. 109 de la LSRM), planes como el de Madrid delimitan ciertas áreas de protección arqueológica (en Madrid, las Terrazas del Manzanares, la Cantera del Trapero y el Centro Histórico), en que las obras exigen previos estudios arqueológicos.

GARCÍA-BELLIDO plantea la cuestión relativa al caso de que la cimentación se planteé menos profunda o cuando el estrato de los registros arqueológicos se encuentra mucho más profundo que el de la cimentación necesaria, ya sea sepultando el nivel arqueológico bajo la edificación urbana (p.ej. Huelva, Córdoba, Mérida, etc.) o profundizando hasta llegar a ese nivel. Pero, en opinión del citado autor, en esta segunda opción ya se estaría fuera del umbral hasta el que llega el interés de la propiedad por desvelar su subsuelo, debiendo considerarse que las obras de excavación por debajo del nivel de cimentación deberían correr a cargo de la Administración, por interés general.

El dominio público natural, la afectación del subsuelo por el planeamiento y su posible desafectación

Planteamiento legal y doctrinal

El artículo 344 del Código Civil detalla que “son bienes de uso público, en las provincias y los pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos o provincias. Todos los demás bienes que unos y otros posean son patrimoniales y se regirán por las disposiciones de este Código, salvo lo dispuesto en leyes especiales”. Sin embargo, a diferencia del Código, la legislación de régimen local no olvida los bienes demaniales de las entidades locales por afectación al servicio público. En efecto, a tenor del artículo 79.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, de 2 de abril de 1985, “son bienes de dominio público los destinados a un uso o servicio público” (8).

Pues bien, en principio, conforme al artículo 350 del Código Civil, “el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convenga, salvas las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los Reglamentos de Policía”.

Así, al igual que, por accesión (art. 353 CC y ss.), todo lo edificado en el suelo corresponde a la propiedad de éste, salvo que se constituya un derecho de superficie, se parte de igual unidad en el subsuelo.

(8) Téngase en cuenta también lo dispuesto por la Ley de Régimen Local, Texto Refundido de 18 de abril de 1986, y el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, de 13 de junio de 1986, así como la legislación autonómica de régimen local que, respetando las bases estatales, es de preferente aplicación.

En suma, en principio, el subsuelo de plazas, calles, paseos y parques públicos sería igualmente de dominio público.

Para la tesis tradicional, este subsuelo, así como el subsuelo bajo rasante de suelo privado más allá de las posibilidades, técnicas y legales, de explotación, tendría la consideración de dominio público natural, que está constituido por bienes insusceptibles de propiedad privada por su naturaleza.

Esta afirmación, sin embargo, es matizada por la doctrina moderna, por entender que ello supone una confusión entre lo natural y lo habitual y, en principio, un m² de cualquier bien (o del subsuelo añadiríamos ahora) es susceptible de apropiación por su naturaleza, aunque por Ley se impida o limite.

Por ello, la doctrina moderna considera como demanio natural aquellos bienes que son demaniales no por su propia naturaleza sino porque su afectación a una utilidad pública se establece legalmente y de forma general para todas las cosas pertenecientes a un determinado género (como las playas), en contraposición a los bienes demaniales por afectación singular, que requieren un acto concreto de afectación (que los diferencia de otros del mismo género), como un camino o un edificio.

Así, a los efectos que nos interesan, la afectación al dominio público de las entidades locales se produce automáticamente (i) por la aprobación definitiva de los planes de ordenación urbana y de los proyectos de obras y servicios, (ii) por la adscripción de bienes patrimoniales por más de 25 años a un uso o servicio público (art. 81.2 LBRL).

Por tanto, en principio, el subsuelo de plazas, calles, paseos y parques públicos queda afectado automáticamente al dominio público por la aprobación del planeamiento. Así, lo usual es que el uso de este subsuelo (p.ej. aparcamientos) se instruye a través de una concesión, título jurídico-administrativo que posibilita

dicho uso, manteniendo la Administración su titularidad (9).

Se plantea modernamente, sin embargo, la posible desafectación y enajenación a propietarios privados. Para ello, la mayoría de la doctrina entiende que es necesaria la previsión en el planeamiento, de suerte que esa afectación automática vendría limitada a la previsible desafectación, no siendo suficiente, aunque también necesario, el oportuno expediente de desafectación.

Así, conforme al art. 8 RBEL, “la alteración de la calificación jurídica de los bienes de las entidades locales requiere expediente en el que se acrediten su legalidad y oportunidad”, previa información pública por un mes y el voto favorable de la mayoría absoluta del número lega de miembros de la corporación local. Ciertamente, el precepto prevé la alteración de la calificación de los bienes directa, vía planeamiento, pero sólo parece aplicable, de forma automática, a la afectación, y no a la desafectación.

Doctrina de la Dirección General de Registros y el Notariado

La cuestión es objeto de estudio en la *Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 5 de abril de 2002* (Ar. 8121), que, frente a la negativa del Registrador a inscribir un complejo subterráneo privado bajo suelo público, razona, en primer lugar, que “lo cierto es que el principio de accesión del dominio (artículo 363 del Código Civil) tiene excepciones, que pueden tener su origen en la voluntad del propietario (caso de la constitución de

(9) Concesión que se otorga, ordinariamente, mediante concurso (arts. 74 y ss. RBEL), si bien, como hemos visto, la Ley gallega del suelo prevé la adjudicación directa a los propietarios del polígono cuando el n.º de aparcamientos preceptivo no fuera localizable en terrenos de propiedad privada.

un derecho real de superficie, de un derecho real de vuelo o de subedificación) o en la propia Ley (limitaciones derivadas de las Leyes de Minas, de Navegación Aérea y del Patrimonio Histórico). No cabe interpretar los preceptos del Código Civil relativos a la propiedad y a la accesión, según el viejo aforismo romano «usque ad sidera usque ad infero». Esta concepción liberal del dominio se ha visto extensamente modulada por la legislación especial y no se corresponde a la actual configuración del derecho de propiedad en nuestra Constitución. El dominio no se configura como un derecho ilimitado y unitario, en el que sólo por vía de ley cabe restricciones a su contenido sino que por el contrario la función social de la propiedad delimita intrínsecamente su extensión (cfr. artículo 33 de la Constitución). El aforismo «usque ad sidera usque ad infero» referido a los derechos del propietario, cede frente al superior principio de la función social de la propiedad, de manera que además de las leyes especiales limitativas deben tenerse en cuenta aquellas otras cuyo objeto es la delimitación de las facultades del propietario, como ocurre en materia urbanística (cfr. artículo 2 de la Ley del Suelo)».

Considera así el Centro Directivo que “las normas urbanísticas pueden permitir así un uso diverso para el subsuelo distinto del correspondiente al suelo. Para ello será premisa indispensable, que *tal posibilidad no sea contradictoria con el planeamiento, y que si los terrenos inicialmente eran dotacionales públicos se cumplan los requisitos legales en orden a la desafectación como bien demanial del subsuelo* para su configuración como bien patrimonial. Por supuesto será precisa además la correspondiente licencia urbanística, que no es sino el acto administrativo mediante el cual adquiera efectividad la posibilidad de ocupación, aprovechamiento o uso de un suelo determinado, previa concreción de lo establecido al respecto por las leyes, planes de ordenación y demás normativa urbanística (cfr. artículo

1 de la Ley 3/1987, de 8 de abril, que regula la disciplina urbanística en el Principado de Asturias)».

Añade que “registralmente deberá abrirse folio autónomo a la unidad subterránea constituida por el volumen de subsuelo desafectado como bien demanial”; y expone que “no puede alegarse en contra de la admisión de la figura que nos ocupa la Resolución de este Centro Directivo de 26 de junio de 1987 referido a un supuesto bien distinto. En aquel caso se pretendía segregar de un edificio de dos plantas, no constituido en Propiedad Horizontal, un local de planta baja con la correspondiente porción de solar, para su agrupación a otro local perteneciente a un edificio colindante; es decir, el local que se pretendía segregar no constituía por sí solo una construcción autónoma, ni era parte del edificio colindante al que se quería agrupar, sino que estaba integrado en el edificio matriz formando con él un todo inescindible físicamente. En definitiva, se violentaban las exigencias estructurales del sistema registral y los límites derivados de la trascendencia «erga omnes» del status jurídico de los bienes. No sucede así en este caso, ya que un determinado volumen edificable del subsuelo puede ser objeto autónomo de relaciones jurídicas, sin que exista edificación alguna a la cual este inescindiblemente unido”.

De hecho, “por el contrario, la Resolución de 13 de mayo de 1987, tras señalar que los marcos registrales no deben coartar las soluciones exigidas por las necesidades de las relaciones económicas, siempre que se respeten las normas fundamentales que estructuran el régimen inmobiliario, admitió la apertura de folio autónomo a una unidad subterránea destinada a local de aparcamiento, formado por la agrupación de diversas porciones de subsuelo segregadas de otras fincas, por ser objeto unitario de derechos”.

“Pero esta apertura de folio autónomo no implica desconexión total con la finca

de procedencia, ya que en el folio abierto a ésta se hará constar la configuración independiente del subsuelo desafectado, en forma hasta cierto punto análoga a la inscripción del dominio útil”.

En especial, nos ilustra la transcrita resolución que “la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de un uso privativo del subsuelo, sin que por ello se perjudique el carácter demanial del suelo (cfr. Sentencias de 1 de diciembre de 1987 y 23 de diciembre de 1991, aunque referidas a un supuesto de concesión administrativa, negaron la condición de sobrante en una expropiación de terrenos al subsuelo existente bajo aquéllos y reconocen que el aprovechamiento del subsuelo de una plaza pública por parte de la Corporación Municipal es una facultad que asiste a ésta como titular del dominio público sobre la misma, por lo que en tanto la superficie ocupada por los inmuebles expropiados siga cumpliendo la misma finalidad que determinó su adquisición coactiva y subsista su afectación, no puede haber derecho alguno de reversión). En efecto, ya sea por vía de concesión administrativa, ya sea por vía de desafectación de la unidad subterránea destinada a aparcamiento, no se aprecia ninguna limitación al destino demanial público del suelo, ningún perjuicio o merma al servicio o uso público al que éste estuviera destinado. En definitiva, concurre para la admisión de la figura la existencia de una causa justificativa suficiente (la explotación adecuada de los subterráneos existentes en zonas públicas) y no se distorsionan los principios registrales. No se trata en el presente caso de segregar un volumen edificable en el subsuelo, desconectándolo totalmente de la superficie terrestre. Por el contrario, precisamente porque sigue existiendo vinculación con la superficie, deben quedar claramente reguladas las relaciones derivadas de la coexistencia entre un suelo y vuelo público, con un volumen edificable en el subsuelo de carácter patrimonial. En nuestro caso, esta regulación se realiza a través de la constitución

de un complejo inmobiliario; registralmente en el folio abierto al suelo público constará la configuración como bien patrimonial de parte del subsuelo, en el folio abierto a éste constará cuál es la finca matriz de procedencia y en ambos las reglas del complejo inmobiliario articulado”.

Jurisprudencia

a) La *Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2002* (Ar. 7895) contempla un supuesto en que la sociedad recurrente adquirió mediante contrato de permuta unas parcelas perfectamente delimitadas y concretadas en su cabida, a cambio de ceder la propiedad de veinte viviendas y cuarenta plazas de aparcamiento, a construir en esas parcelas y no en otra ubicación. “Sobre esta base –declara la sentencia–, si la constructora no adquirió la propiedad por permuta de la calle peatonal –ni consiguientemente de su subsuelo– no podía hacer entrega de unas plazas de garaje sobre las que no ostentaba ninguna titularidad dominical”.

“Ciertamente, el acuerdo municipal de concesión de la licencia individualizaba algunas de esas cuarenta plazas de garaje entre las ubicadas justamente en la zona controvertida, pero dicha circunstancia no permite atribuir a la recurrente el derecho de disposición sobre las mismas pues es reiterada la doctrina jurisprudencial que recuerda que no se pueden crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O, dicho en otros términos, la doctrina de los «actos propios» sin la limitación que

acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta (STS de 1 de febrero de 1999, Ar. 1633, entre otras)”.

“Por otra parte, es clara la condición de bien de dominio público del vial bajo el que se construyeron esas plazas de garaje, tal y como con acierto explica la sentencia de instancia. Partiendo de ese dato legal, esta Sala ha declarado en Sentencia de 27 de febrero de 1987 (Ar. 3381), en relación con un sótano ordenado construido sin licencia y en el subsuelo de un terreno previsto como vía pública, que «por su condición de dominio público no admite un uso privativo sin tener otorgada la pertinente concesión, artículo 62.1 a) del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27-5-1955; uso público de los bienes de esa naturaleza que impide el particular y privativo aunque este efecto al subsuelo ya que la propiedad pública o privada comprende a la superficie y a lo que está debajo de ella artículo 350 del Código Civil»”.

“Aun cuando en este caso sí que existía esa licencia, debe recordarse, primero, que el documento contractual y anexos al mismo no realiza esa enajenación del subsuelo de la vía pública (que habría requerido antes la tramitación del expediente previsto en el artículo 8 del reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, lo que no consta que se haya hecho) ni individualiza plazas de garaje concretas a entregar por el contratista en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, por lo que con base en dicho contrato no puede realizarse ninguna atribución dominical sobre aqué-

llas en su favor; y, segundo, que según consolidada jurisprudencia, las autorizaciones y licencias se conceden salvo el derecho de propiedad (artículo 12.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales) y no pueden equivaler a un título traslativo del dominio, que además se habría adoptado en este caso por órgano incompetente (la Comisión de Gobierno, que expidió la licencia, cuando la traslación patrimonial debería haberse verificado por el Pleno)”.

“Consiguientemente, fue correcta la decisión de la Corporación demandada al rechazar la entrega de plazas de garaje, en cumplimiento del contrato de permuta, de entre las ubicadas bajo esa vía pública y reclamar la individualización de esas cuarenta plazas entre las situadas en el subsuelo de las parcelas 16 y 17, a elección del contratista”.

“Puede ser que la actuación de la Corporación demandada haya originado unas expectativas que, en la medida que le ocasionaran daños económicos reales y no hipotéticos y no imputables a su propia y errónea actuación, puedan merecer una indemnización compensatoria, pero tal cuestión no permite atribuirle los derechos pretendidos de disposición sobre esas plazas y en todo caso es ajena a lo debatido en este proceso”.

b) La *Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2002* (Ar. 10819) confirma la negativa a reconocer que la licencia de obras amparaba la construcción de garajes bajo la calle pública, pero lo hace “ya que no se había producido desafectación del uso público, ni había precedido concesión administrativa para el uso de bienes de dominio público, como considera el subsuelo de una calle de uso público”.

Esta Sentencia parte de que “la regulación administrativa del subsuelo muestra que el mismo es, por regla general, demanio público natural, salvo en los casos de accesoria normal de su uso respecto de suelo que sea de titularidad privada, circunstancia que no concurre obviamente en el presente

caso. El artículo 1, apartado 15 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978 somete a la necesidad de previa licencia las instalaciones subterráneas dedicadas a aparcamientos, actividades industriales, mercantiles o profesionales así como cualquier otro uso a que se destine el subsuelo. En el presente caso la ejecutoria ha venido a exigir no sólo que el Ayuntamiento resuelva sobre la procedencia o improcedencia de la concesión administrativa correspondiente para el uso privativo del dominio público, sino sobre la licencia o autorización que es también necesaria conforme al último precepto citado, toda vez que la licencia de obras que en su día se obtuvo no podía alcanzar a autorizar un aparcamiento sobre una parte del subsuelo accesoria al dominio público local”.

La sentencia mantiene que “la propiedad quirritaria romana, que sigue inspirando nuestro primer Cuerpo legal, se fundamentaba precisamente en la conexión de las dos capas susceptibles de apropiación, que integran el sobresuelo o sobrevuelo y el subsuelo, en una relación de instrumentalidad con el suelo, de forma tal que la susceptibilidad de apropiación de aquéllas depende de la titularidad de éste en la medida en que sea accesoria de él, ejerciéndose así las facultades dominicales «usque ad sidera et usque ad inferos». Las modulaciones que impone la regulación jurídico-administrativa sobre esta concepción no excluyen que debamos llegar conclusiones parecidas cuando de la titularidad de bienes de dominio público se trata, al tomar en consideración el artículo 74 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local de 18 de abril de 1986 y el artículo 3 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de julio del mismo año (RBEL) cuando consideran bienes de uso público local –que integran el dominio público– los caminos, plazas, calles y paseos”.

Así pues, “conforme a lo dispuesto en el artículo 47.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978, la

Administración actuante está obligada a afectar, a los fines previstos en el Plan, el suelo que adquiera como consecuencia del cumplimiento de los deberes de cesión obligatoria que recaen sobre los propietarios. Así la sentencia de esta Sala de 27 de julio de 1994 (Ar. 6522) llegó a la conclusión –con doctrina que confirmamos en el presente caso– de que el subsuelo de un terreno cedido con destino a calle de uso público forma parte del dominio público local, con la obvia consecuencia de que cualquier intervención privada que implique su uso privativo está sujeta necesariamente a concesión administrativa, conforme al artículo 78 del RBEL”.

Disociación del uso del suelo y el subsuelo en caso de expropiación

El subsuelo en la valoración del terreno

La valoración en la expropiación de inmuebles atiende al valor del suelo (arts. 26-28 LSV), por su aprovechamiento rústico o urbanístico, así como las construcciones, plantaciones, etc. No, en principio, a expectativas del subsuelo (p.ej. yacimientos) salvo que estuvieran en explotación, según resulta del art. 21.2 de la Ley de Minas (STS 23-4-2003).

En las concesiones administrativas, especialmente en las de explotación de un caudal hidráulico, la jurisprudencia tradicional atendía al derecho concedido (STS 20 de diciembre de 1976, Ar. 5633; y 15 de febrero de 1978, Ar. 349), pero, posteriormente, el Tribunal Supremo ha declarado que “la realidad del aprovechamiento de que se le priva [al expropiado] según el uso que venía realizando... es lo indemnizable en toda expropiación (STS 8 de mayo de 1987, Ar. 3317). El primer criterio es confirmado por la más reciente Sentencia de 28 de julio de 2001 (Ar. 9170), según la cual “se debe valorar no

sólo el caudal realmente aprovechado sino el susceptible potencialmente de utilización”. *Pero siempre que esté concedido.*

Caso distinto es el de la valoración del suelo por tener en cuenta determinadas instalaciones, como un pozo, que permite traer agua del subsuelo. Advierte GONZÁLEZ PÉREZ (10) que “los elementos distintos del suelo pueden haberse tenido en cuenta a efectos de la determinación del valor... correspondiente al suelo ... por ejemplo ... en atención a la existencia de un pozo construido en el terreno ... [o] la existencia de un acceso rodado construido por el propietario, etc. Cuando así ocurra, cuando unos elementos ya han jugado a efectos de tasación del suelo, no existe razón alguna para que se justiprecien con independencia, abonándose al propietario tal justiprecio, además del que corresponda al suelo”.

Con todo, la jurisprudencia ha admitido la tasación independiente de elementos que pudieron tenerse en cuenta para la calificación de la finca, distinguiendo entre la existencia misma de esos elementos, que determinó la valoración del suelo, p.ej. la existencia de un sistema de riego para valorar una finca como de regadío, y el valor de las instalaciones correspondientes (STS 10 de marzo de 1973, Ar. 1041; 14 de noviembre de 1979, Ar. 3985; y 9 de junio de 1980, Ar. 2335).

En esta línea, la Sentencia de 2 de marzo de 1993 (Ar. 1612) declara, en su fundamento jurídico tercero, que “de acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala en SS. 26-9-1969, 3-2-1972 (Ar. 383), 27-12-1974 (Ar. 4981), 31-1-1977 (Ar. 269) y 9-6-1980 (Ar. 2335), para que se cumplan las finalidades legales y éticas inherentes a la institución de la expropiación forzosa, ha de tasarse por separado e independientemente el pozo y demás instalaciones de riego, respecto de la indemnización derivada de la pérdida de la

condición de regadío en la totalidad de la finca y de la parte estricta de suelo expropiado, porque el valor de tales instalaciones de riego supone un concepto indemnizable por sí mismo que ha de ser satisfecho al propietario para así lograrse el justo equilibrio entre el bien expropiado y su valor de reposición”.

Expropiación del suelo y uso del subsuelo no previsto: aparcamiento en plaza pública

La expropiación de un terreno y el uso de parte del mismo para una finalidad distinta puede dar lugar a la reversión. Vamos a examinar esta situación en relación con el caso de que ese uso no previsto venga referido al subsuelo, supuesto que se planteó en la expropiación de un terreno para plaza pública y posterior construcción de un aparcamiento.

Conforme al artículo 54.1 LEF: “En el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados o desapareciese la afectación, el primitivo dueño o sus causahabientes podrán recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado, mediante el abono a quien fuera su titular de la indemnización que se determina en el artículo siguiente”.

Con tales normas concuerda el artículo 40.1 LSV, que parte de la regla de que “los terrenos de cualquier clase que se expropian por razones urbanísticas deberán ser destinados al fin específico que se estableciese en el plan correspondiente”, de forma que, en principio, procederá la reversión en los supuestos ya señalados, en que se incumple, de forma inicial, parcial o posterior dicho fin.

Procede también la reversión cuando de los bienes expropiados queden parcelas sobrantes, que no han sido empleadas para la ejecución de la obra o el establecimiento del servicio, ya sea porque la Administración notifica al interesado el exceso de

(10) *Comentarios a la Ley sobre régimen del Suelo y Valoraciones*, Ed. Civitas, pág. 527.

expropiación o bien porque lo pide el interesado por propia iniciativa siempre que se haya producido dicho exceso y, en principio, no hayan transcurrido veinte años desde la toma de posesión de los bienes o derechos (art. 54, apartados segundo y tercero, LEF, redactados por la Ley 38/1999).

Según GIMENO FELIU (11), “debe tenerse en cuenta que cuando se expropian inmuebles y no se prevea otra cosa, habida cuenta que el aprovechamiento del subsuelo por parte de la Administración pública es una facultad que le asiste como titular del dominio público sobre los mismos en aplicación del artículo 350 CC, mientras se siga cumpliendo la misma finalidad que determinó su adquisición coactiva y subsista, por tanto, la afectación, no puede nacer derecho alguno de reversión sobre esta parte que no es en modo alguno sobrante”. Este fue el caso del aparcamiento construido en una plaza de Santander, supuesto estudiado por diversas Sentencias del Tribunal Supremo.

Así, en primer lugar, la Sentencia de 1 de diciembre de 1987 (Ar. 9268) significa “a tal efecto [que] es preciso decir que aunque el aprovechamiento del subsuelo de la Plaza del Generalísimo, en Santander, no fue la causa de la expropiación..., sino la ejecución del Proyecto de Reforma y Ensanche de aquélla, no puede anudarse a este dato la existencia de una porción sobrante de los bienes en su día expropiados y que pretende identificarse con el derecho de propiedad o de aprovechamiento del subsuelo de dicha plaza. Cuando se ejecutaron las obras de remodelación de ésta no quedó porción sobrante alguna y que así lo entendieron los hoy actores, o la persona de quien traen causa, la patentiza el hecho de que durante casi veinte años no sintieron la necesidad de ejercitar derecho de reversión alguno sobre el subsuelo de la

superficie ocupada por los edificios expropiados en 1962; sólo cuando tuvieron conocimiento de que se iba a proceder o que se había adjudicado la ejecución y explotación de un aparcamiento subterráneo en régimen de concesión, anunciaron y ejercitaron seguidamente su pretendido derecho enderezado a obtener la retrocesión de la propiedad del subsuelo en franca contradicción con la tesis que sostienen, ya que de existir una porción sobrante, el subsuelo, y no es así, su existencia era independiente del eventual aprovechamiento de aquél por la Administración expropiante”.

A ello añade la misma sentencia, en su fundamento cuarto, que “el aprovechamiento del subsuelo de la tan repetida plaza por parte de la Corporación municipal es una facultad que asiste a ésta como titular del dominio público sobre la misma en aplicación *mutatis mutandis* del art. 350 del Código Civil por lo que en tanto la superficie ocupada por los inmuebles expropiados en 1962 siga cumpliendo la misma finalidad que determinó su adquisición coactiva y subsista, por tanto, su afectación, no puede nacer derecho alguno de reversión. Carece igualmente de relación con el derecho ejercitado la invocación que se hace del art. 66 del Reglamento de Expropiación, pues como ya se dejó constancia este precepto es complementario del caso contemplado en el art. 63, a) del propio Reglamento, no del previsto en el 63, b) en el que pretende apoyarse infructuosamente la petición dirigida a la Corporación municipal”.

Esta doctrina es reiterada, para las mismas obras, por las Sentencias de 13 de diciembre de 1988 (Ar. 9384), 23 de diciembre de 1991 (Ar. 9223) y 5 de abril de 1994 (Ar. 2763).

GONZÁLEZ PÉREZ (12) critica esta doctrina jurisprudencial, ya reiterada (aunque referida a un solo supuesto y no extendida

(11) *El derecho de reversión en la Ley de Expropiación Forzosa*, Ed. Civitas, 1996, págs. 29 y ss., pág. 123.

(12) *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Ed. Aranzadi, págs. 538 y 539.

a casos diferentes), al considerar que “si la expropiación... ha de extenderse a lo estrictamente necesario para el fin que la justifica; si está prohibida la destinación del bien expropiado a un fin distinto, no puede compartirse la radicalidad con que el Tribunal Supremo se manifiesta en esta sentencia”, siendo especialmente criticable –a juicio del citado autor– que se invoque como argumento la facultad dominical, pues “repugna al ordenamiento jurídico positivo ese supuesto derecho del expropiante de actuar con la inmensa libertad con que puede hacerlo el propietario privado”. Con todo, conviene en el fallo desestimatorio de la reversión, “porque el uso de aparcamiento subterráneo constituye un uso del subsuelo de una plaza pública, coherente con el destino urbanístico. Que el subsuelo de una plaza pública –nos dice el maestro– se destine para aparcamiento es un uso natural de aquél en perfecta congruencia con la finalidad de ésta. No se aprecia en ello, si las cosas se miran con rigor, desviación de la utilidad pública que justificó la expropiación”.

Expropiación para uso del subsuelo y posible reversión del suelo

Podemos ahora plantear el supuesto inverso: la posible reversión del suelo como parcela sobrante en una expropiación del subsuelo.

No reversión por expropiación como un todo

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1990 (Ar. 10047) niega la reversión en cuanto que “la Administración planteó la expropiación del terreno como un todo, con una finalidad única e indivisible, [de modo] que la reversión de sólo una parte del terreno, y no de otra, carece de fundamento jurídico, y de ser así, y no hay por qué dudar, intrascendente es

que una parte de lo expropiado no se afecte a prospecciones arqueológicas”, que constituían la finalidad de la expropiación.

Posible reversión por expropiación para uso sólo del subsuelo

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2002 (Ar. 8632) contempla un supuesto de reversión del aprovechamiento urbanístico al ser necesario sólo el subsuelo para la expropiación: “SEGUNDO.- Por razones metodológicas procede examinar en primer lugar el segundo de los motivos de casación aducidos, en el que se reprocha a la Sala de instancia haber infringido por inaplicación lo dispuesto concordadamente por los artículos 54 de la Ley de Expropiación Forzosa y 63 b) de su Reglamento, debido a que, en contra de lo que se declara en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida, la reversión se pidió también por la causa prevista en estos preceptos, consistente en que quedó, después de ejecutar la obra de la canalización, parte sobrante del suelo expropiado.

Este motivo debe prosperar porque resulta patente que tanto en la vía previa como en la demanda los recurrentes basaron su pretensión en que quedaron terrenos sobrantes, y así alegaron expresamente en el apartado tercero de los fundamentos de derecho de ésta que «de la naturaleza de dicha obra se deduce claramente que el terreno expropiado, de forma alargada para permitir el paso del ingenio hidráulico, fue ocupado con exceso en sus dimensiones, ya que el sobrante está siendo aportado por el Canal de Isabel II a una Junta de Compensación», y más adelante se aduce que «es claro que éste (Canal de Isabel II) no puede aportar terreno sobrante, no necesario para el servicio público, a la Junta de Compensación para obtener lucro», invocando doctrina jurisprudencial, que transcribe, en la que se declara que «cuando hubiese una parte sobrante de los bienes expropiados ..., el

dueño o sus causahabientes puede recobrar la parte sobrante de lo expropiado».

Al pedir la reversión a la Administración (documento obrante en el expediente administrativo), aludieron también los recurrentes a la falta de uso dotacional de los terrenos y, al contestarse esa solicitud desde el Departamento Jurídico del Canal de Isabel II, se manifestó que no procedía atender la petición por no darse ninguno de los supuestos de hecho ni de derecho necesarios para su estimación.

No cabe duda, pues, que la solicitud de reversión se basó también en que hubo suelo expropiado que no se utilizó para establecer el servicio público de la conducción de agua, lo que la propia Sala de instancia declara probado en el apartado F del fundamento jurídico primero, al expresar literalmente que «consta en el informe pericial realizado en estos autos que existe canalización en los terrenos cuya reversión se solicita, aunque no abarca la totalidad de la extensión de las fincas expropiadas»...».

Por su parte, el fundamento quinto de la propia sentencia aborda “una cuestión de gran trascendencia, cual es, si la beneficiaria de una expropiación puede aportar a una Junta de Compensación unos terrenos ocupados para implantar un servicio público, obteniendo a cambio unas parcelas de reemplazo con un determinado aprovechamiento lucrativo, debido a que el suelo expropiado en su día continúa afecto a la prestación de ese servicio público que, en el caso enjuiciado, es una conducción de agua para abastecimiento de la población”. A este respecto se expone lo que sigue en su fundamento sexto: “SEXTO.- Es cierto que la conducción del agua sigue transcurriendo por el mismo lugar, pero también lo es que a la empresa pública beneficiaria de la expropiación de los terrenos le han asignado unas parcelas de reemplazo al haber aportado en el sistema de compensación la superficie por donde sigue transcurriendo la tubería, lo que demuestra que esa extensión superficial no habrá de estar destinada exclusivamente a albergar dicha tubería de agua...”.

Sigue la sentencia en su fundamento séptimo diciendo: “el destino de la parcela que se haya adjudicado por la aportación de esos mil ochenta metros cuadrados que dicha empresa pública ha efectuado a la Junta de Compensación, en el caso de que se comprobare que tal destino no está vinculado al servicio público del abastecimiento de agua, quedaría abierta a los causahabientes del primitivo dueño la vía para ejercitar entonces el derecho de reversión sobre la parcela de reemplazo de acuerdo con el ordenamiento jurídico en ese momento vigente, teniendo en cuenta que el que rige en la actualidad es el contenido en los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa en la redacción dada por la disposición adicional quinta de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999), y en el artículo 40 de la Ley 6/1998, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones”.

Por todo ello, la meritada sentencia concluye en su fundamento octavo: “...de modo que, restando de ésta el suelo que continúa ocupado por la tubería de agua y corchetes de apoyo, resulta una superficie de...m², que la empresa pública beneficiaria, previo pago de su precio, deberá restituir a los reversionistas recurrentes, o bien la parcela que, a cambio de esa superficie, hubiese recibido por el sistema de compensación en ejecución de la Unidad de Actuación...”.

Finalmente, por lo que se refiere a las excepciones a la reversión (arts. 54.2 LEF y 40.2 LSV), la propia Sentencia de 20 de julio de 2002 expone que “el discurso o razonamiento contenido en la sentencia recurrida acerca de la legislación aplicable carece de significado y trascendencia respecto del terreno sobrante, ya que el artículo 75 de la Ley 8/1990, sobre reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones de Suelo, recogido después en el artículo 225 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio y actualmente el

ciado art. 40.2 LSV], contempla exclusivamente las alteraciones del uso del suelo expropiado o su desafectación, pero no se refiere al supuesto de terrenos sobrantes, que está regulado en los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa y 63 b), 65 y siguientes de su Reglamento, de manera que el suelo, que no fue ocupado para el abastecimiento de agua, debe revertir a los causahabientes del primitivo dueño, que lo

han solicitado expresamente tanto en la vía previa como en sede jurisdiccional, y, por consiguiente, al no haber accedido la Sala de instancia a tal reversión, ha conculcado por inaplicación lo establecido concordadamente en los artículos 54 de la Ley de Expropiación Forzosa y 63 b) de su Reglamento, citados como infringidos en el segundo motivo de casación aducido, que por ello debe ser estimado”. ■