

Análisis y debate sobre la ordenación y gestión urbanística del subsuelo

Luis SAURA LLUVIÀ

Magistrado de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

RESUMEN: En la ponencia, fruto de una intervención en la mesa redonda, el autor, tras poner de relieve la inadecuación de la concepción civilista del derecho de propiedad inmobiliaria para resolver los problemas jurídicos derivados del aprovechamiento físico del subsuelo, expone la insuficiente regulación de esta materia por la legislación urbanística y la carencia de pronunciamientos jurisprudenciales lo suficientemente ilustrativos al respecto, que se centran, fundamentalmente, en el criterio del «interés» para medir la extensión vertical hacia abajo del derecho de propiedad. Expone la conveniencia de fijar cuantitativamente en textos normativos el alcance de lo que se debería considerar derecho sujeto a indemnización por debajo del suelo y se pone como ejemplo el proyecto de Carta Municipal de Barcelona.

Hasta momentos relativamente recientes, todo lo relativo a la ordenación y a la ejecución del planeamiento se ha circunscrito a lo que es el suelo propiamente dicho y por supuesto, el vuelo. Sin embargo, la cada vez mayor necesidad de aprovechar el espacio, particularmente en las aglomeraciones urbanas, junto a los enormes progresos de la técnica, permiten apostar en el futuro por un intenso aprovechamiento del subsuelo que irá más allá de sus usos convencionales, tales como aparcamientos de la propia vivienda, sótanos, etc. y tratará de satisfacer necesidades, no ligadas al aprovechamiento del suelo, sino autónomas. Me refiero a la posibilidad de que el subsuelo se destine a usos de equipamientos, comerciales, lúdicos o cualesquiera otros ordenados a satisfacer necesidades de la colectividad.

Este trabajo es una contribución a la mesa redonda final del Seminario sobre «La ordenación y gestión urbanística del subsuelo», organizado por el Centre de Política de Sol i Valoracions, ETSA-UPB, del 21 de febrero de 1994. [recibido el 12-01-1996].

El problema que esto comporta, desde el punto de vista legal, es el de la ausencia de normativa que regule la forma de hacerlo, ya que si bien en principio el uso del subsuelo finalísticamente vinculado a la propiedad del suelo estará regulado en los planes, los usos o aprovechamientos independientes del suelo no tienen por qué ir vinculados a dicha propiedad y por otra parte no estarán previstos en los instrumentos de ordenación urbanística originarios por lo que será preciso incorporarlos a la ordenación mediante planes derivados.

El amplio campo de intervención en el subsuelo no presentaría problema legal alguno si se tratara desde la óptica del Código civil, que en sus artículos 348 y 350 atribuye al dueño de un fundo la posibilidad de aprovechar no sólo el suelo y el vuelo sino también el subsuelo, sin limitaciones. Sin embargo, y a pesar de que esa forma de entender el derecho de propiedad está muy arraigada en la sociedad, no es éste el sentido actual del derecho sobre la propiedad inmobiliaria, que debe contemplarse desde la vertiente urbanística.

Hay que prescindir de la concepción civilista del derecho de propiedad, a los efectos relacionados con la ordenación urbanística, y partir de la concepción estatutaria de ese derecho. La propiedad inmobiliaria tiene un contenido y éste es el que da el plan, pero con la legislación estatal actualmente vigente, aquél derecho sólo se llena de realmente contenido mediante el cumplimiento sucesivo de los distintos deberes urbanísticos que describe la Ley, de manera que en una aplicación integral del sistema legal, el incumplimiento de dichos deberes condiciona negativamente la adquisición del derecho de propiedad sobre lo finalmente construido.

Desde esta perspectiva de legislación urbanística nos encontramos con que la Ley del Suelo de 1976 no trató del régimen jurídico del subsuelo, puesto que el artículo 3.1, al tratar de la competencia urbanística concerniente al planeamiento, decía que comprenderá, entre otras, la facultad de «limitar el uso del suelo y de las edificaciones» y desde este mismo punto de vista sólo se refiere al subsuelo con ocasión de los planes y proyectos de saneamiento, entendiéndose por tales (artículo 24.1) los que se refieran a obras en el suelo y en el subsuelo para mejorar las condiciones de salubridad, higiene y seguridad. Este silencio fue colmado inmediatamente después por el Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978 cuyo artículo 1.15, al relacionar los actos sujetos a previa licencia, se refiere a «las instalaciones subterráneas dedicadas a aparcamientos, actividades industriales, mercantiles o profesionales, servicios públicos o cualquier otro uso a que se destine el subsuelo».

El texto catalán de 1990 se limitó, en este punto, a transcribir el estatal de 1976 y el estatal actualmente vigente de 1992, en su artículo 3, al regular la competencia urbanística concerniente al planeamiento, mantiene la misma fórmula que el texto de 1976 pero incluyendo al subsuelo, es decir, dando rango de ley al precepto reglamentario y armonizando, por tanto, el sistema normativo.

Estos preceptos, no obstante, no resuelven el problema de la extensión vertical del derecho sobre la propiedad inmobiliaria, tanto cuando se trata de propiedad privada como cuando se trata de terrenos de dominio público. En la actualidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen utilizando el criterio del «interés» para medir la extensión

hacia abajo de la propiedad. Esto significa que la titularidad del suelo se extiende, por el subsuelo, hasta donde el interés razonable del propietario alcance. Más allá de ese interés se considera que el titular del terreno no tiene derecho a oponerse a su utilización.

Como hemos visto, en el campo del urbanismo no se contienen disposiciones de enunciado general sobre la titularidad del subsuelo, lo que obliga a acudir a los conceptos generales y a lo que en cada caso establezcan los planes de ordenación urbana. No hay que olvidar, al respecto, que el Tribunal Constitucional ha dicho, con ocasión de la sentencia sobre la Ley de Aguas (sentencia 227/88) que el dominio público se caracteriza por el fin, es decir, hace prevalecer la tesis de la afectación como factor determinante de la titularidad. En concordancia con esa tesis, la legislación de régimen local considera bienes de dominio público los afectados al uso o a los servicios públicos de los entes locales.

En relación al subsuelo del dominio público local, carece de regulación específica, ya que ni la legislación estatal sobre bienes de las entidades locales (artículos 79 a 83 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985) ni el reglamento de bienes de las entidades locales, como tampoco la legislación catalana (artículos 183 a 217 de la Llei Municipal i de règim local de Catalunya de 1987 y Reglament de patrimoni dels ens locals de Catalunya de 1988) definen la extensión vertical de sus bienes inmuebles y la razón de ello puede deberse, como ha señalado la doctrina, a que una y otra legislación parten de la configuración general de la propiedad contenida en el Código civil.

Si bien la legislación general no soluciona las cuestiones apuntadas, la legislación sectorial sí contiene precisiones específicas al respecto, aunque hay que examinarlas desde el exclusivo ámbito a que se refiere esa legislación. Así, la Ley de Minas de 1973 considera bienes de dominio público todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional y para la Ley de Aguas de 1985 las aguas continentales (y por tanto las subterráneas renovables) constituyen un recurso unitario subordinado al interés general que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico. El planteamiento jurídico del que parten estas leyes puede ser interesante a la hora de comprobar la progresiva demanialización de

determinados bienes, en razón al interés público al que sirven, pero no son normas de naturaleza urbanística, por lo que tampoco nos sirven de referencia.

El proyecto de Carta Municipal de Barcelona (1991) sí aborda la problemática jurídica del subsuelo a cuyo ámbito de aplicación se extiende la Carta y dice en su artículo 124 que «El subsuelo se regulará por medio de planes de ordenación específicos que determinarán su titularidad y utilización, de acuerdo con las normas establecidas en esta Sección». Es de ver que con este planteamiento parece romperse la regla de que el subsuelo inmediato va ligado, en su aprovechamiento, al suelo, porque apunta la posibilidad de que por una decisión del planificador el subsuelo del suelo privado pueda ser de titularidad pública y permitiría una «municipalización» del subsuelo que de llevarse a la práctica con carácter general sería de discutible legalidad.

No obstante, y en relación con la falta de regulación jurídica del subsuelo, la Carta, «cuantifica», por así decirlo, el alcance del interés al que antes me refería y dice, en su artículo 127, que «En el supuesto de que el planeamiento afecte el espacio situado entre el suelo y la cota de menos 12 metros para usos o servicios públicos de cualquier tipo, el mencionado espacio deberá ser objeto de expropiación». Con ello parece darse a entender que desde la lámina del suelo hasta una profundidad de 12 metros existe una zona o columna física de la que no puede desposeerse al titular del suelo si no es por vía expropiatoria, pero más abajo de ese límite, y cuando se trate de implantar sistemas generales o locales, no será necesaria la expropiación, con lo que parece partirse de que a partir de esos 12 metros el interés del titular del suelo pierde la fuerza excluyente que constituye una de las facultades esenciales del derecho de propiedad como derecho de naturaleza real.

Podrá ser más o menos discutible la regulación de la Carta Municipal que resumidamente expongo, pero no cabe duda de que con ella se trata de objetivizar el régimen jurídico del subsuelo urbano y se compagina bien con el concepto constitucional de la propiedad cuyo artículo 33 (en relación con los artículos 128 y 132) formula el contenido esencial de la propiedad teniendo en cuenta su función social (tal como se formulaba en la Ley del Suelo de 1976) y con el texto estatal

vigente de 1992 cuyo artículo 5 dice que «La función social de la propiedad delimita el contenido de las facultades urbanísticas susceptibles de adquisición y condiciona su ejercicio».

El subsuelo del dominio público local reviste particular importancia porque vemos, cada vez con mayor frecuencia, que los ayuntamientos tratan de aprovechar el subsuelo de las plazas o parques públicos para construir aparcamientos subterráneos, con el objeto de solucionar el déficit de plazas que sufren todas las ciudades. Ante la expuesta falta de normas sobre la propiedad del subsuelo, el artículo 350 del Código civil será también aplicable al dominio público local y por ello regirá la regla de que el propietario de la superficie del suelo será también, con los límites expuestos, propietario de lo que está debajo de aquél.

El Tribunal Supremo, aunque no ha creado un cuerpo de doctrina aplicable con carácter general a esta materia sí ha tenido pronunciamientos puntuales. De ellos merece comentarse la sentencia de 22-may-79 (Ar. 2879) que con ocasión de la impugnación de una licencia municipal de construcción de un aparcamiento subterráneo admitió implícitamente su situación bajo una zona verde y la de la Sala 3ª de 13-dic-88 (Ar. 9384) dictada en un recurso sobre la reversión de unos terrenos que había expropiado el Ayuntamiento de Santander para remodelar la superficie de una plaza. Realizada la expropiación, el ayuntamiento adjudicó la ejecución y explotación de un aparcamiento subterráneo en el subsuelo mediante concesión. Como la expropiación se había realizado para remodelar la superficie y no para el aparcamiento solicitaron la reversión del subsuelo. Aunque en primera instancia triunfó la tesis de los particulares el Tribunal Supremo no les dio la razón diciendo que «el aprovechamiento del subsuelo de la plaza por parte de la corporación municipal es una facultad que le asiste como titular del dominio público sobre la misma, en aplicación, mutatis mutandis, del artículo 350 del Código civil, por lo que en tanto la superficie ocupada por los inmuebles expropiados siga cumpliendo la misma finalidad que determinó su adquisición coactiva y subsista, por tanto, la afectación, no puede haber derecho alguno de reversión».

En relación a estas cuestiones, por lo que parece, es frecuente en la actualidad tratar de solucionar la escasez de plazas de

aparcamiento aprovechando el subsuelo que se halla bajo suelo calificado de zona verde o de equipamientos de uso público. Debido a que las técnicas concesionales, en estos casos, no acostumbran a producir los efectos deseados, ya que los potenciales usuarios de las plazas prefieren adquirirlas en propiedad, los ayuntamientos tratan de colocarlas en el mercado, para lo que es preciso desafectar el suelo, mediante el pertinente acuerdo corporativo, y proceder a la enajenación, bien directamente, bien a través de una empresa municipal, con lo que obtienen ingresos económicos al tiempo que sirven a la finalidad pretendida. No parece que exista obstáculo jurídico alguno para que esto pueda hacerse, si bien lo más correcto sería modificar puntualmente el planeamiento en lugar de desafectar mediante un simple acuerdo municipal.

Anteriormente exponía que los avances tecnológicos permiten aprovechar el subsuelo para la satisfacción más o menos permanente de necesidades humanas. Así, es posible no sólo construir aparcamientos en él sino también galerías comerciales, con todo el conjunto de actividades que ellas se desarrollan, e instalaciones deportivas. Estos aprovechamientos se intentarán ubicar, ordinariamente, en suelo urbano ya consolidado o acaso con el planeamiento ya agotado, pero pueden intentarse en suelo no urbanizable. Recordemos, por ejemplo, la pista de patinaje sobre hielo de que se ha dotado la ciudad olímpica de Lillehammer, instalada literalmente dentro de una montaña. Si en España se pretendiera algo igual en una localidad de alta montaña cuyas normas urbanísticas clasificaran el suelo como no urbanizable ¿sería posible la instalación?. La falta de previsión en el planeamiento impone la denegación del uso, y el hecho de que los planes se refieran al «suelo» todavía refuerza más la idea de que para autorizar usos como el expuesto en el subsuelo es precisa una norma habilitante que expresamente los admita.

Los actos de ejecución del planeamiento que afecten al subsuelo y consistan en aprovechamientos autónomos (dejando de lado la ejecución de vías de comunicación subterránea) requerirán de licencia específica, que únicamente podrá concederse si el planeamiento prevé el uso solicitado en el lugar pretendido pues el otorgamiento de las licencias es reglado por lo que únicamente pueden darse cuando el proyecto presentado

se acomoda a las determinaciones del planeamiento aplicable. La resolución que concediera una licencia sin ajustarse al planeamiento podría ser anulada por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, al efectuar el control de estricta legalidad en que consiste su función.

Este control jurisdiccional, que es objetivable con relativa facilidad cuando de un acto administrativo aislado se trata (por ej.: una licencia) se hace difícil cuando hay lo que se impugna es un instrumento de planeamiento o de ejecución (la valoración de un afectado por una reparcelación, por ej.) pues en estos casos hay que analizar la pretensión impugnatoria desde el interés del impugnante, al que no se le puede dar satisfactoriamente una respuesta independiente y aislada del interés de los restantes afectados, cuyos derechos pueden resultar afectados, aunque no hayan litigado, por la nueva definición del derecho que da el Tribunal a quien sí litigó y venció en juicio. En definitiva, quiero poner de evidencia la dificultad que en muchas ocasiones representa para un Tribunal ejercer un control de legalidad sobre un aspecto muy puntual, que es el que se le somete a consideración, sin acometer un análisis global de todo un instrumento de planeamiento que sólo se impugna en parte y sin poder analizar la forma en que la decisión, de ser estimatoria, incidirá en la ejecución del plan y en los derechos de los afectados por él.

Como he venido indicando, partiendo de las coordenadas jurídicas generales expuestas muy sintéticamente, será el plan el instrumento jurídico a tener en cuenta para guiarnos sobre los posibles usos del subsuelo. Pero todo el sistema, que se articula en un conjunto de instrumentos de planeamiento originario y derivado, quiebra, actualmente, a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que a partir de 1990 ha extendido la necesidad de publicar las normas urbanísticas de los planes ya no sólo a los de aprobación municipal sino también a aquellos cuya aprobación definitiva corresponde a la comunidad autónoma (artículo 70.2 de la ley de Bases de régimen local). La cuestión que apunto es de tal importancia que creo merece un comentario final.

Ocurre que, por lo menos en Cataluña, las normas urbanísticas de los planes cuya aprobación corresponde a la Generalitat no se publican, y en consecuencia, los planes

urbanísticos, aunque sean válidos, no son eficaces porque la eficacia sólo se alcanza con la publicación en la forma exigida por el artículo 70.2 de la Ley de bases del régimen local. Así, en tanto no se publiquen las normas de los planes (originarios o derivados) no son oponibles a terceros, ni por la Administración ni por los particulares, sencillamente porque esas normas no existen en el mundo del Derecho.

Es evidente que esta situación está provocando graves conflictos porque desde 1985 estamos ante un total vacío jurídico de planeamiento, a pesar de lo cual, las normas de los planes que se vienen aprobando se aplican, como es lógico, pero cuando se pretende la no aplicación por falta de publicación los tribunales deben considerar que realmente las normas no existen, dando lugar a la paradoja de que si nadie impugna un acto de ejecución de un plan por falta de

norma aplicable el plan está vigente pero cuando alguien alega falta de vigencia por ausencia de publicación el mismo plan no está vigente y hay que aplicar el planeamiento anterior a la Ley de 1985, en que las leyes no exigían más que la publicación del acuerdo de aprobación, y no hacían necesaria la publicación de las normas.

Esto es así actualmente, y no parece que exista otra solución que, o bien modificar la Ley de 1985 eliminando la exigencia de publicar las normas urbanísticas, o bien publicarlas al aprobar los instrumentos de ordenación. Entre tanto seguiremos inmersos en esta situación de esquizofrenia jurídica que en la práctica genera un tratamiento desigual de difícil justificación que, a la larga, puede involucrar a la Administración que no publicó las normas como era su obligación, por la vía de la responsabilidad patrimonial.