

Régimen patrimonial del subsuelo en Andalucía

1. Concepto y naturaleza jurídica del subsuelo.
2. Régimen jurídico del uso del dominio público subterráneo. Consideración del carácter de dominio público del subsuelo de suelos de dominio público. Examen de la desafectación.
3. Utilización de los bienes de dominio público con referencia al subsuelo.

Isidro Nicolás Fernández-Pacheco
Oficial mayor del Ayuntamiento de Sevilla.
Técnico urbanista diplomado por el INAP

1. Concepto y naturaleza jurídica del subsuelo

El tratamiento del régimen patrimonial del subsuelo ha de comenzar por la definición del subsuelo, y a tal respecto el diccionario de la Real Academia de la Lengua proporciona un concepto básico que hasta cierto punto es ilustrativo y sirve de punto de partida para llegar al concepto que vamos a establecer a efectos de este estudio. Así, en esa definición se contienen dos acepciones, una primera según la cual el subsuelo es el terreno que está debajo de la capa labrantía o laborable, o en general debajo de una capa de tierra, y la segunda definición, puede decirse que física de la anterior, según la cual el subsuelo sería la parte profunda del terreno a la cual no llegan los aprovechamientos superficiales de los predios y en donde las leyes consideran estatuido el dominio público, facultando a la autoridad gubernativa para otorgar concesiones mineras.

Prescindiendo de la enunciación casi arcaica, lo que revela la definición es que en el subsuelo cabe apreciar una primera zona que estaría constituida por aquella en la que se producen o es susceptible de un aprovechamiento por parte del dueño y que es continuación inmediata del subsuelo, y otra más profunda a la cual no llegan los aprovechamientos superficiales de los predios y en donde las leyes determinan que esa parte del subsuelo forma parte del dominio público.

Dejando aparte, como hemos dicho, el que no se trata de un texto jurídico y que piensa en únicos aprovechamientos y usos referidos a los agrícolas y a los mineros, y sin considerar su aprovechamiento edificatorio, es claro que distingue entre un aprovechamiento o titularidad privada que se extiende a una zona inmediata con el suelo y una segunda zona a la que se adjetiva de profunda y a la que no llegan los aprovechamientos que denomina superficiales y que son los de la primera zona.

Sobre esta primera aproximación lingüística, hay que seguir añadiendo consideraciones ahora de tipo jurídico, y la primera es la que provenga del texto jurídico donde se regule de un modo originario la propiedad, pues lo que se nos ha evidenciado es que en el subsuelo hay en principio una contraposición del dominio o propiedad privada con el dominio público, y donde se contiene esa primera coexistencia por decirlo así es en el Código civil, y más concretamente en el artículo 350, que establece: "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 convengan, salvo las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre minas y aguas y en los reglamentos de policía."

En principio, y aunque no tan nítidamente como en la aproximación lingüística, aparece la distinción de dominios en cuanto el primero o privado no tiene carácter ilimitado, pues está sometido a unas normas de utilización derivadas de unas normas de policía y restringido por la aparición de un dominio público.

Profundizando en la dicción legal, de la misma se desprende en principio la atribución del subsuelo al propietario del suelo, apareciendo unas primeras limitaciones con respecto a su dominio y que son las derivadas de la legislación de minas y aguas, limitaciones tradicionales a las que hay que añadir la obligada sujeción a lo establecido en los reglamentos de policía.

Estos reglamentos de policía no son hoy sino la normativa urbanística, apareciendo ya la distinción de regulación del subsuelo, por una parte la representada por toda la legislación sectorial que abarca la de aguas, minas, transportes, gas, telecomunicaciones, electricidad, patrimonio histórico-artístico, etc., y que configura toda una serie de servidumbres, y por otro lado la que se deriva del uso urbanístico del subsuelo y que supone la determinación más esencial, importante y cualitativamente más extensa, a más de ser la económicamente más relevante, configurando lo que se denomina el *subsuelo urbanístico*, y su expresión de más reciente tratamiento cual es el derecho a la subedificación.

El derecho a la subedificación que sería la expresión actual del aprovechamiento más generalizado del subsuelo, a través de la extensión edificatoria de lo establecido en el suelo y que se manifestaba en los sótanos con utilidades de almacenamiento y más posteriormente en los aparcamientos de vehículos, concreta una utilización ahora ya independiente de la establecida en el suelo y en algunos casos de más relevancia económica que la existente en el suelo, y que rompe con la subordinación en la utilidad que ofrecía el subsuelo con respecto al suelo, y que hace que se configure con autonomía, ya no sólo de utilización, sino, lo que es más importante, con autonomía jurídica, aunque sigan persistiendo las obligadas comunidades de elementos arquitectónicos, pues el subsuelo sigue siendo un elemento esencial de la construcción en superficie a través de los cimientos de la edificación.

Siendo lo anterior la manifestación de la realidad física actual del subsuelo, establecida en la existencia de un soporte de la edificación, es posible una utilización edificatoria del subsuelo independizada o cuando menos en un aprovechamiento diferenciado y que puede ser autónomo del que se haga en el suelo y también puede el soporte de la ubicación de infraestructuras de carácter generalmente público, aunque también privadas pero de constitución obli-

gatoria por la existencia de servidumbres legales y de carácter público establecidas en las múltiples normativas sectoriales a que se ha hecho referencia y coexistentes con las normas de carácter urbanístico que disciplinan la utilización edificatoria del subsuelo.

Todo lo anterior configura un entramado de limitaciones al derecho del propietario del suelo y en principio titular de los aprovechamientos que pudiera realizar en el subsuelo y que dibujan y dan relieve y expresión, por decirlo así, final al primitivo derecho del propietario del suelo a expandir su dominio por el subsuelo.

Al respecto son múltiples las teorías que expresan la extensión de esa titularidad del propietario del suelo, en función de la consideración del subsuelo, bien dominio privado en toda la extensión vertical o bien dominio público por ser el subsuelo bien de esencia demanial, o bien parten de la coexistencia de esos dos dominios estableciendo las reglas de relación entre los mismos a partir de una cierta delimitación física.

De todas las teorías y de la aplicación prioritaria de unas u otras y de su recepción por la legislación, nos aparecerá la situación actual tanto de la extensión del dominio privado del suelo como de la configuración demanial del subsuelo, y que servirá para evidenciar cuál es el panorama actual del dominio primario del titular del suelo y que se contenía en el artículo 350 del Código civil, y al respecto se puede decir que es la denominada teoría del interés la que concita mayor adhesión en la doctrina y la que mayor recepción tiene en la legislación.

Al respecto, la teoría del interés proveniente de Isering es utilizada o sirve para establecer el límite de la propiedad del titular del suelo sobre el subsuelo, y que vendrá delimitada y definida por la extensión del interés en el aprovechamiento por parte del propietario y a su vez sometida a las posibilidades técnicas que permitirán la edificación en profundidad o, con mejor expresión, *subedificación*.

La teoría del interés sirve para establecer inicialmente los derechos y su extensión, del propietario con respecto al subsuelo, pero no es recepcionada o admitida legislativamente, pues en definitiva está configurando la propiedad con carácter ilimitado con respecto al ámbito del subsuelo en que tenga interés el propietario en aprovechar, y que le permita el empleo de la técnica constructiva desarrollada en cada momento, pues lo cierto y real es que la propiedad sobre el subsuelo está delimitada y configurada por la normativa y la ordenación urbanística, lo que hace que se tenga que establecer el concepto de subsuelo urbanístico, pues es dicho ordenamiento el que va a configurar la propiedad del subsuelo de una manera acabada y de la que van a provenir los dere-

chos y facultades sobre el subsuelo, pues tal ordenamiento es el que concreta en la actualidad los reglamentos de policía a que se tenía que someter el ejercicio de la propiedad sobre el subsuelo, tal como se determinaba y determina en el artículo 350 del Código civil, y que hace que junto con la limitación técnica expresada en la teoría del interés se tenga que añadir la limitación legal que también pone tope al interés o deseo del propietario, pues será el planeamiento quien determine finalmente hasta dónde puede extenderse ese interés del propietario del suelo en aprovechar el subsuelo, y que sirve también para fijar la frontera o delimitación entre los dos tipos de propiedades que en principio existían en el subsuelo. Por una parte, la propiedad privada emanación de la propiedad del suelo y, por otra parte, la demanialidad del subsuelo, en cuanto a ser una parte del mismo *res nullius* o bien elemento característico de un tipo de dominio público, como el contenido en la legislación de minas o aguas, o también, y esto es lo más actual, por ser establecido el carácter demanial por determinación legal.

Lo más importante de todo lo anterior es que se nos aparece el subsuelo como continente de dos zonas, una privada y otra pública, y que en el plano físico hace que se pueda hablar de un subsuelo próximo y otro remoto como sustratos en principio y de una manera correlativa de un dominio privado y otro público, pero cuya expresión última y configuradora de facultades se efectúa en el ámbito jurídico a través de la legislación del suelo y a la cual nos vamos a referir, en cuanto que va a suponer el estatuto legal tanto del propietario del subsuelo susceptible de aprovechamiento privado como de la extensión del dominio público.

A tal efecto, las legislaciones urbanísticas de cada comunidad autónoma están estableciendo dicho estatuto y normativa del denominado *subsuelo urbanístico* y determinando en esencia hasta dónde se extiende el subsuelo próximo en el cual el propietario del suelo o del subsuelo, en su caso, podrá materializar los aprovechamientos que tenga asignados por el planeamiento y determinan, en su caso, la condición demanial con respecto al subsuelo remoto.

En la comunidad autónoma andaluza la norma que ha establecido la regulación del subsuelo ha sido la Ley de ordenación urbanística de Andalucía, que en su artículo 49.3 dispone lo siguiente:

“El uso urbanístico del subsuelo se acomodará a las previsiones del Plan General, quedando en todo caso su aprovechamiento subordinado a las exigencias del interés público y de la implantación de instalaciones, equipamientos y servicios de todo tipo. La necesidad de preservar el patrimonio arqueológico soterrado,

como elemento intrínseco al subsuelo, supondrá la delimitación de su contenido urbanístico y condicionará la adquisición y materialización del aprovechamiento urbanístico atribuido al mismo por el instrumento de planeamiento.

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el instrumento de planeamiento no precise el aprovechamiento atribuido al subsuelo, éste se presumirá público.”

Lo que se desprende del texto legal no supone una estricta novedad en cuanto que se atribuye a la Administración la potestad de regulación del subsuelo determinando los aprovechamientos y utilización en el planeamiento, y que se manifiesta también en la obligación de obtención de licencia para la edificación en el subsuelo, y en segundo lugar establece la diferenciación entre el suelo y el subsuelo a través de la atribución de un aprovechamiento distinto del que corresponda al suelo, aprovechamiento que estará subordinado a una serie de exigencias provenientes del sometimiento al interés público, en cuanto a la implantación de instalaciones, equipamientos y servicios, junto con la subordinación de la adquisición del aprovechamiento a la preservación del patrimonio arqueológico soterrado.

Pero la novedad sí aparece en cuanto que dispone que si el planeamiento no precisa el aprovechamiento atribuido al subsuelo, éste se considerará público, lo que significa en principio, si nos atenemos a la dicción literal en primer lugar, que si no se establece en el planeamiento el aprovechamiento atribuido al subsuelo no existirá aprovechamiento alguno, por así decirlo, y en segundo término que ante esta circunstancia esté que el subsuelo se presumirá público.

De ello se desprenden dos consecuencias extremas. Por una parte, que el aprovechamiento sólo puede provenir del planeamiento, y que si esa circunstancia no se produce, como hemos dicho, no existe posibilidad de aprovechamiento y en consecuencia, además, el subsuelo será de titularidad pública o, si se interpreta así, será dominio público.

Las consecuencias, por tanto, de un olvido del planificador urbanístico pueden ser eminentemente graves, pues tienen como consecuencia la privación de la propiedad sobre el subsuelo. Por ello esta disposición ha sido de las más controvertidas de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía y sobre la cual pende en casi total coincidencia de la doctrina la tacha de inconstitucional.

Con independencia de no ser sostenible de que en caso de no establecerse así en el planeamiento no existiría aprovechamiento alguno, ello entra en contradicción con la realidad, como se podría demostrar en los municipios sin planeamiento y en los cuales sí existe ese aprovechamiento del subsuelo.

Por tanto, habría en principio que distinguir entre propiedad y aprovechamiento y entender que el propietario sigue detentando las facultades que sobre el subsuelo próximo le corresponden y de las que no puede ser privado por una ley de rango autonómico, so pena de incurrir en una abierta inconstitucionalidad, propósito que no cabe admitir que estuviese en la cabeza del legislador, y por otra parte partiendo de la distinción entre propiedad y aprovechamiento para interpretar con parámetros constitucionales, entender que cuando la Ley habla de aprovechamiento se estaría entendiendo el mismo como la atribución de un derecho a la subedificación de carácter extraordinario y que excediese del que corresponde al propietario del suelo y que le está atribuido por determinación legal, en concreto por el ordenamiento urbanístico que admite los usos del subsuelo necesarios para la edificación que sustenta y para los elementos edificatorios conectados a la edificación del suelo, y que cuando la Ley habla de que el subsuelo se presumirá público está estableciendo el límite entre el subsuelo próximo y el remoto, significando que con respecto al subsuelo que excede del límite del interés por decirlo así legal y puramente urbanístico del propietario y que se extiende al aprovechamiento habitual y usual del subsuelo en el municipio de que se trate, estaríamos ante el subsuelo remoto, en el cual al no existir titularidad privada ésta sería pública, con apoyo en las teorías que en base a razones diversas atribuyen carácter demanial al subsuelo remoto, y por lo tanto de este modo podría ser interpretada la Ley con un criterio acorde con la Constitución.

Otro modo de hacer compatible el párrafo del artículo 49 de la LOUA con la Constitución se habrá de producir en el momento en que entre en vigor la Ley del suelo, actualmente en tramitación en el Congreso de los Diputados, respecto de la cual hemos de decir que la regulación del subsuelo que efectúa resuelve alguno de los principales problemas que con respecto al mismo están planteados, a partir de que en su artículo 8.2 propugna que las facultades que se contienen en el derecho de propiedad alcanzan tanto al suelo como al subsuelo, pero sólo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público.

Habiendo procedido al examen de las enmiendas presentadas, sólo está presentada una, con relación al apartado 2 del artículo 8, por parte del Grupo Catalán, solicitándose su supresión por obvio, es decir, por estar contenida la determinación en otro artículo, por lo cual es posible que se mantenga el párrafo segundo en la redacción propuesta.

De dicha redacción no se desprende de una manera indubitada qué calificación jurídica tengan tanto el subsuelo próximo como el remoto, aunque cabe adelantar un criterio aproximativo y por el cual no ya la propiedad privada sino las facultades que estatutariamente vaya atribuyendo la Ley, en concreto entre otras la de edificar en el subsuelo, se extienda o se pueda materializar hasta donde se determine por el planeamiento, no ofreciendo en este aspecto innovación en cuanto que se había convenido que el derecho de propiedad privada de acuerdo con la teoría del interés sometida a las determinaciones legales alcanzaba hasta donde estableciese el planeamiento, suscitándose a continuación la pregunta sobre la naturaleza jurídica del resto del subsuelo, es decir, del subsuelo remoto, la cual no queda resuelta de una manera expresa en el proyecto de ley y sólo cabe atribuir el carácter demanial al mismo en base a la mención al dominio público, pues toda la actuación privada de subedificación tiene que hacerse con las limitaciones y servidumbres que provengan del dominio público, el cual al ser referido de un modo genérico y sin individualizar sólo puede referirse al subsuelo en su conjunto, en el cual se inserta la facultad de edificar, si se quiere como manifestación del derecho de propiedad y coexistente con el dominio público, a partir del límite inferior de la construcción privada.

De conformidad con esta interpretación, sería la legislación estatal la que atribuyese carácter demanial al subsuelo que hemos calificado de remoto, el cual comenzaría a extenderse a partir de lo edificado de conformidad con el aprovechamiento establecido en el planeamiento, con lo cual quedaría resuelto el problema de la inconstitucionalidad proveniente de la intromisión de las legislaciones autonómicas de urbanismo, en cuanto que excediéndose de sus competencias atribuían carácter demanial al subsuelo mediante leyes que delimitaban la propiedad privada y no procedían del poder legislativo estatal.

Otra de las aportaciones de la Ley en cuanto a la solución de los problemas planteados por la consideración del subsuelo como finca independiente, es que siguiendo la doctrina contenida en la importante resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril de 2002 y por la cual se establecía el tratamiento como finca independiente del subsuelo de un dominio público, y que se expresa de igual modo en el proyecto de ley, en el artículo 17 cuando se define a la finca como aquella “unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en pro indiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando conforme a la legislación hipotecaria pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral”. Y en idéntico sen-

tido la definición de parcela, por la cual se entiende “la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o el subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso o solo uso urbanístico independiente”, siguiendo la Ley y estableciendo también esa diferenciación e independencia del subsuelo cuando regula el derecho de superficie y la expropiación.

Con ello y aplicando la Ley una vez entre en vigor, las cuestiones que plantea el subsuelo quedarán solventadas en parte, pues su carácter de finca o de parcela independientes del suelo hace que deba tener el mismo tratamiento del suelo.

2. Régimen jurídico del uso del dominio público subterráneo. Consideración del carácter de dominio público del subsuelo de suelos de dominio público. Examen de la desafectación

Dentro de la revisión del tratamiento jurídico del subsuelo que se está operando en la actualidad y que va a suponer una depuración con respecto a las ideas admitidas de un modo general sobre el subsuelo, una de las que va a ser afectada es la consideración de público del subsuelo de los suelos de dominio público, y así aplicando la afección se entiende que ésta se extiende tanto al suelo como al subsuelo por afectarles, valga la redundancia, una afección común o global, por cuanto que se considera que la afectación del subsuelo es necesaria para que el suelo pudiera cumplir las funciones para las cuales fue afectado, siendo más conveniente que estén sometidos al mismo régimen jurídico para evitar disfunciones en la aplicación de dicho régimen, añadiéndose a esa justificación la proveniente de la aplicación de la accesión por la cual se confiere la misma naturaleza a la unidad secundaria respecto de la que se considera finca principal, e igualmente la jurisprudencia producida hasta la actualidad se muestra constante en la atribución del carácter demanial con respecto al subsuelo próximo del suelo de dominio público, habiéndose pronunciado inequívocamente sobre ello principalmente en las sentencias que resolvían reclamaciones solicitando y sosteniendo el carácter sobrante del subsuelo de bienes expropiados.

Esta concepción del subsuelo próximo del suelo de dominio público como dominio público tiene que ser revisada, en cuanto que la nueva Ley del suelo al considerar al subsuelo como finca independiente o como parcela y ambas como la unidad de suelo que se ubique con carácter exclusivo y separado tanto en la rasante como en el vuelo o en el subsuelo por tener atribuida edificabilidad y uso o solo uso con carácter independiente, suponen que desde el inicio, y lo que es más importante, desde su individualidad, son unidades independientes y autónomas de la

finca o parcela que correspondan a la rasante, predicándose también esa independencia de las correspondientes al vuelo.

Esta determinación legal, que como hemos dicho constituye la recepción en un texto normativo de la doctrina de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado citada y por la cual el subsuelo tiene la condición de finca o de parcela independientes y que se concreta en el texto de esa resolución y cuya dicción es la siguiente: “Las normas urbanísticas pueden permitir así un uso diverso para el subsuelo distinto del correspondiente al suelo distinto del correspondiente al suelo. Para ello será 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”, añadiéndose en otro párrafo de la resolución –que como se sabe examina la desafectación y constitución como finca independiente de un aparcamiento situado en el subsuelo de un parque público municipal, en concreto el denominado Parque de Invierno–, para justificar la nueva doctrina y comparándola con otra resolución que: “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 todo lo expresado puede deducirse, en primer lugar, que partiendo de una habilitación legal previa contenida en las normas urbanísticas, que posibilite la atribución de un uso distinto para el subsuelo del señalado para el suelo, ese uso distinto tendrá que ser determinado en el planeamiento, y que si inicialmente ese uso ordenado urbanísticamente supusiese un carácter demanial, se tendría que producir la desafectación, lo que implica que a contrario sentido si el uso no es de dominio público no sería necesaria la desafectación.

Esta posición que en el momento presente es de muy difícil admisión por la inercia a considerar siempre el subsuelo próximo del suelo de dominio público como bien demanial, tendrá que revisarse como consecuencia, como hemos dicho, de la entrada en vigor de la nueva Ley del suelo, en la cual, como hemos reiterado, el subsuelo es finca o parcela independiente con usos distintos de los que se determinen para la rasante o el vuelo, lo cual implica que si se lleva a la consecuencia obligada, supone la no-necesidad de desafectación si la parcela o la finca situadas en el subsuelo no tienen previsto en el planeamiento un uso público o están destinados a un servicio público, aunque estén situadas debajo de un suelo o rasante si destinados a un uso o servicio públicos.

Situándonos en el momento presente y partiendo de la consideración del subsuelo próximo como bien demanial, vamos a analizar el tema de su desafectación y enajenación posterior, pues este es un tema central en las preocupaciones de los ayuntamientos y se trata ahora de orientar y establecer los requisitos de los procedimientos de desafectación de subsuelo para proceder a continuación a su enajenación, circunstancia que exige un esfuerzo de interrelación de las normativas de bienes de las corporaciones locales de Andalucía y la de urbanismo representada por la Ley de ordenación urbanística de Andalucía, en cuanto que en los procedimientos citados son de aplicación conjunta ambos ordenamientos, lo que procedemos a efectuar partiendo de lo dispuesto en la Ley de bienes de las entidades locales de Andalucía y de su Reglamento, aprobado por el Decreto número 18 del 2006 de la Consejería de Gobernación, y que entró en vigor puede decirse que recientemente, por lo cual todavía no se ha aplicado con la suficiente práctica que haya posibilitado su asimilación completa.

Respecto a esa exposición, en el artículo 5 de la Ley se establece la necesidad de expediente para alterar la calificación de los bienes, expediente en el que habrá de acreditarse su oportunidad o necesidad, añadiendo la Ley que la alteración se produce de un modo automático, es decir, sin necesidad de expediente, en los siguientes casos: a) aprobación definitiva de planes de ordenación urbana y proyectos de obras y servicios, siempre que en este segundo supuesto así se manifieste en el correspondiente acuerdo plenario; b) adscripción de bienes patrimoniales por más de veinticinco años a un uso o servicio público o comunal, y c) adquisición por usucapión, con arreglo al Derecho Civil, del dominio de una cosa que viniere estando destinada a un uso o servicio público o comunal.

El apartado más relevante es el relativo a la aprobación definitiva de planes de ordenación urbana, por cuanto que esa determinación a favor de la operatividad automática establecida en la Ley ha sufrido una alteración en la regulación contenida en el artículo 9 del Reglamento de bienes de las entidades locales de Andalucía referido anteriormente, y que establece en su párrafo 3: “No podrá modificarse, mediante la alteración de su calificación jurídica, el destino de los bienes de dominio público afectados por los instrumentos de planeamiento general, sin realizarse previamente una innovación de esos instrumentos, de conformidad con la legislación urbanística.”

De conformidad, pues, con el Reglamento de bienes, la desafectación de un bien de dominio público, cuya afectación o calificación demanial se haya producido en virtud de una determinación del planeamiento general, no se podrá producir mediante la utilización

de un expediente de desafectación, sino que se exige que previamente se haya producido la modificación de lo establecido en el planeamiento, pasando a examinarse de qué modo se puede producir esa innovación del planeamiento, pues en principio al tratarse de una determinación contenida en un instrumento de planeamiento general, se tendrá que llevar a cabo con los mismos trámites que para su aprobación.

Lo anterior supone que en todo expediente de desafectación debamos previamente examinar si la afectación se ha producido mediante determinación del plan general de ordenación urbanística, en cuyo caso tendremos que dar aplicación a lo dispuesto en la Ley de ordenación urbanística de Andalucía, significando que, en principio, se parte de que es mediante la figura de los planes especiales como se afrontan todas las actuaciones de ordenación urbanística referidas o que tienen por objeto el subsuelo, siguiendo una antigua determinación que se contenía en el artículo 84 del Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana de 26 de junio de 1992, y por el cual se contemplaba la posibilidad de ordenar mediante plan especial el subsuelo, por lo cual tendremos que plantearnos previamente y estar obligados a examinar previamente la regulación de esa figura de planeamiento, pues va a incidir en la aplicación de los planes especiales para innovar el planeamiento general y para ser instrumento de la desafectación del subsuelo, y a tal respecto en relación con los mismos en la LOUA se establece lo siguiente:

A) En cuanto al concepto. Según Porto Rey, son los instrumentos urbanísticos para la ordenación pormenorizada, de carácter no integral sino sectorial o temática, de una materia urbanística concreta y específica, en desarrollo de planes de ordenación del territorio, planes generales o intermunicipales o en determinados supuestos en ausencia de ellos, pudiéndose añadir, que junto con los planes parciales, en su consideración de planeamiento de desarrollo, son todos aquellos planes que derivando de los planes generales desarrollan las determinaciones estructurantes de los mismos, en razón a la relación jerárquica establecida, y siendo su característica principal y primordial el que, en principio, están condicionados a la existencia previa de un plan general al que desarrollan y del que derivan y al que están subordinados, aunque pueden existir planes especiales que no desarrollen planeamiento general, y de lo que se desprende la otra característica esencial, y que es la de ser el planeamiento que va a legitimar la actividad de ejecución jurídica y física del planeamiento.

Junto con la definición anterior es necesario tener en cuenta otras dos notas caracterizadoras de los planes especiales. Una es la de que los planes especia-

les forman un conjunto heterogéneo y esencialmente variado de planes de desarrollo en cuanto que tienen por objeto un conjunto múltiple de finalidades no sometidas a un número clausus y al mismo tiempo no se limitan a desarrollar los planes generales, sino también el planeamiento territorial, y la otra nota esencial y hasta cierto punto contradictoria con su carácter de planeamiento de desarrollo es que se pueden formular en ausencia de planeamiento general y, por tanto, no desarrollaran plan alguno, así como también establecer determinaciones si el plan general no las contuviera en una determinada materia, añadiendo que al igual que sucedía con los planes parciales también pueden modificar las determinaciones de los planes generales, siempre que las mismas pertenezcan a la ordenación pormenorizada potestativa

B) En cuanto a las clases, del contenido del epígrafe anterior se desprende que la clasificación esencial de los planes especiales es en planes especiales que desarrollan el planeamiento general, que desarrollan planes de ordenación territorial y planes especiales establecidos en ausencia de planeamiento territorial o general.

C) En cuanto a los principios que les son aplicación es de destacar a los efectos de este estudio el principio de competencia específica. Según este principio, se ha de tener en cuenta el ámbito propio de cada plan y el que sus determinaciones tienen carácter específico y referido al ámbito territorial determinado que ha de regular, actuando las funciones y competencias propias, y es por ello que cuando en un plan general existan determinaciones propias del planeamiento de desarrollo, por parte de éste se puedan producir modificaciones en esas determinaciones –que se pueden calificar de impropias–, produciéndose con ello la modificación de un plan general por el planeamiento de desarrollo, siempre y cuando se trate con esa modificación de lograr una mejora en las condiciones ambientales y en las dotaciones públicas. Es por ello que también pueden existir planes de desarrollo que establezcan, innovando, la ordenación pormenorizada de la estructura urbana de un ámbito territorial determinado, pudiendo también modificar excepcionalmente la ordenación establecida en el planeamiento general.

D) Con referencia a las características y objeto, se establecen con carácter enunciativo las siguientes:

a) La primera característica es la que afecta al carácter, y así el artículo 14 establece que los planes especiales pueden ser municipales o supramunicipales, entendiendo los mismos no como ámbito sino como titularidad en la formulación, en cuanto que puede existir una administración pública supramunicipal que lo formule, como puede ser la Administración

autonómica, no pudiéndose referir al ámbito en cuanto que los planes especiales no pueden abarcar la totalidad del término municipal, sino determinados espacios del mismo.

b) La otra característica que es determinante y esencial, como dijimos más arriba, es la pluralidad de finalidades y objetos a que se pueden referir y determinar los planes especiales, y así según el artículo 14 tienen los siguientes objetos, desarrollados con carácter exclusivo.

1º. Establecer, desarrollar, definir y, en su caso, ejecutar o proteger infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos.

2º. Implantar actividades caracterizadas como actuaciones de interés público en suelo no urbanizable.

3º. Conservar, proteger y mejorar el medio urbano y específicamente el patrimonio urbanístico, arquitectónico, histórico y el cultural.

4º. Establecer la ordenación detallada de reforma interior de las áreas sujetas a la misma.

5º. Vincular el destino de terrenos o construcciones a viviendas de protección oficial o a otros usos sociales.

6º. Conservar, proteger y mejorar el medio rural.

7º. Conservar, proteger y mejorar el paisaje y los espacios y bienes naturales.

8º. Establecer reservas de terrenos para la constitución o ampliación de los patrimonios públicos del suelo.

De todos los objetos anteriores, como es advertible, es el primero de ellos el que interesa a los efectos de la exposición, pues es el que va a justificar el empleo de los planes especiales como el instrumento adecuado, según dicción literal de la norma, para establecer, desarrollar, definir infraestructuras, servicios, dotaciones y equipamientos situados tanto en el suelo como en el subsuelo.

c) Todas esas finalidades no están sometidas a *numerus clausus*, en cuanto que los planes especiales podrán tener cualquier otra finalidad análoga con las anteriores, y en cuanto que también pueden tener por objeto finalidades relacionadas con materias sectoriales relacionadas con el urbanismo.

d) Jerarquía, pues aun cuando como hemos dicho el plan especial puede modificar el planeamiento general pormenorizado potestativo, la relación esencial es de subordinación con relación a lo establecido en el plan general.

e) Contenido y determinaciones. Con respecto al contenido, éste no se especifica en la Ley y únicamente se establece que tendrá el necesario y adecuado a su objeto, debiendo redactarse con el mismo grado de desarrollo que los instrumentos de planeamiento que complementan o, en su caso, modifican. En cuanto a los elementos que han de comprender,

son la memoria, que incluirá el contenido informativo y de diagnóstico, normas urbanísticas que contengan las determinaciones de ordenación y los planos. Cabiendo añadir que se habría de incluir el estudio económico-financiero y la expresión de la justificación de la relación de sus determinaciones con las de carácter vinculante establecidas en el planeamiento de carácter superior.

De todo ello se desprende que los planes especiales pueden innovar el planeamiento general, pero tenemos que exponer cómo pueden hacerlo atendiendo a que específicamente la LOUA para la modificación del planeamiento general y para la desafectación establece lo siguiente.

En cuanto al régimen de innovación de la ordenación establecida por los instrumentos de planeamiento, el artículo 36 dispone que cualquier innovación de los instrumentos de planeamiento deberá ser establecida por la misma clase de planeamiento observando iguales determinaciones y procedimiento regulados para su aprobación, publicidad y publicación y teniendo idénticos efectos, exceptuándose de esta regla las innovaciones que puedan operar los planes parciales de ordenación y los planes especiales conforme a lo dispuesto en los artículos 13.1.b) y 14.3 con respecto a la ordenación pormenorizada potestativa.

En cuanto a la desafectación, la LOUA en el mismo artículo 36, en su párrafo 2.a).2 dispone que en todo caso y sin perjuicio de las competencias de las administraciones públicas, en el supuesto de desafectación del destino público de un suelo será necesario justificar la innecesariedad de su destino a tal fin, previo informe, en su caso, de la consejería competente por razón de la materia y prever su destino básicamente a otros usos públicos o de interés social.

A partir de esta regulación nos plantearíamos el modo de articular la desafectación de un subsuelo de un parque público para destinarlo a un aparcamiento privado y la tramitación subsiguiente en aplicación de los artículos citados, para lo cual en principio nos plantearíamos la posibilidad de efectuar la obligada y previa innovación del planeamiento mediante un plan especial a los efectos de evitar una modificación del planeamiento, mediante la modificación del plan general, dada la complejidad de tal trámite, buscando la simplicidad de los procedimientos y la eficacia administrativa, dado que el objeto y finalidad del cambio, una simple desafectación de una parte ínfima del subsuelo, no justificaría desde la óptica de la eficacia administrativa acudir a un procedimiento tan complejo como es la modificación de un plan general.

Para establecer las bases de la solución a aplicar es necesario en principio distinguir entre ordenación estructurante y ordenación pormenorizada, corres-

pondiendo en principio la primera a los planes generales de ordenación y la pormenorizada a los planes parciales y a los especiales, y a su vez la pormenorizada se puede distinguir entre preceptiva y potestativa, correspondiendo la preceptiva a los planes generales, aunque también pueden contener determinaciones correspondientes a los planes especiales, en cuyo caso tendrían la consideración de potestativas y se habrían producido exorbitando las competencias propias de un plan general y abarcando las de un plan especial.

En este último caso, según vimos más arriba al estudiar los planes especiales, es claro que un plan especial puede innovar un plan general ejercitando el principio de competencia específica, pero no pudiendo afectar a la ordenación pormenorizada preceptiva, pues dicho carácter hace que no nos encontremos en el ejercicio de una facultad alternativa o de ampliación voluntaria de competencias. Por ello nos tenemos en principio que plantear qué carácter tendrá un subsuelo de un suelo de dominio público que tuviera este último la consideración de ordenación estructural y correspondiente a la ordenación exclusiva de un plan general, y en principio tenemos que los parques, jardines y espacios públicos, según establece el artículo 10.1.c), forman parte de la ordenación estructural y por tanto no puede ser modificada por un plan especial, pero si consideramos que un aparcamiento es una infraestructura, servicio, dotación o equipamiento, y por tanto su establecimiento y ordenación corresponde a un plan especial, y si añadimos que el mismo, por sus dimensiones o por no implicar una posición estratégica, no debe integrar la ordenación estructurante y de afección a todo el municipio sino a sólo una parte del mismo, por lo que no sería necesario, al no tener esa condición estructurante, que fuera establecido por el plan general y si lo hace no tendría la condición de estructurante sino de ordenación pormenorizada potestativo, por lo cual sería el planeamiento especial el que llevase a cabo la innovación del subsuelo del parque público, pudiéndose añadir que tampoco todos los espacios públicos y dotaciones comunitarias como sería un parque público formarían parte de la ordenación estructurante, pues dichos espacios lo son según el artículo 10.2.A.a) cuando complementen la ordenación estructural, pero cuando ello no sea así, su ordenación correspondería a un plan parcial o especial, en su caso, si se tratase de un plan de aparcamientos.

Establecido que la innovación previa del planeamiento puede efectuarse mediante la modificación del planeamiento de desarrollo, bien sea a través de un plan parcial o especial, hay que examinar el cumplimiento del otro requisito, esto es, que se justifique

la innecesariedad del destino primeramente establecido y que sea oída la consejería competente.

En principio, se nos aparece que puede existir una duplicidad de procedimientos y que con el expediente de desafectación de la Ley y el Reglamento de bienes sería suficiente, pero es claro que la exigencia del artículo 36 de la LOUA integra una exigencia de carácter urbanístico y es en el procedimiento de modificación del planeamiento donde se debe justificar la desafectación y ser oída la consejería, pues lo que se está haciendo desde el punto de vista urbanístico es alterar y cambiar un uso establecido en un plan urbanístico, y por ello es dentro de ese ámbito donde se debe justificar la desafectación y la consiguiente compensación, sin perjuicio de que también se tenga que justificar en el expediente del Reglamento de bienes.

3. Utilización de los bienes de dominio público con referencia al subsuelo

Con referencia al subsuelo de un bien de dominio público, o si se trata de un subsuelo afectado a un uso público, la regulación del uso de ese subsuelo se rige por las normas generales, no ofreciendo peculiaridad alguna por tratarse de subsuelo, por lo cual únicamente es relevante el estudio de la concesión, no tanto porque exista esa nota de peculiaridad de qué tiene por objeto un subsuelo, sino porque la concesión ha sufrido innovaciones legislativas tras la aprobación de la Ley de patrimonio de las administraciones públicas y el Reglamento de bienes haciendo que coexistan ambas normativas en la regulación de la concesión, lo que hace necesario su tratamiento.

Lo más relevante de las innovaciones proviene de la Ley de patrimonio de las administraciones públicas, la cual en su contenido de legislación básica y de aplicación general, y para la utilización de los bienes y derechos de los bienes de dominio público, establece la necesidad de un título habilitante, otorgado por la autoridad competente, para ocupar bienes de dominio público o para utilizarlos de forma que exceda el derecho de uso que en su caso corresponda a todos, exigiendo de las autoridades responsables la vigilancia y actuación a los efectos de que se cumpla esa exigencia de título, estableciendo a continuación en el mismo artículo, en concreto en el 84, que las concesiones y autorizaciones sobre bienes de dominio público se regirán en primer término por la legislación especial reguladora de las mismas, y a falta de estas últimas o en caso de insuficiencia de éstas, por las disposiciones de la propia Ley, lo que implica la aplicación preferente, con referencia a estos bienes, de lo dispuesto en la Ley y el Reglamento de bienes de las entidades locales de

Andalucía, por lo cual lo relevante de este estudio es examinar aquellas disposiciones de la Ley de patrimonio de las administraciones públicas en que concurre la situación anterior, y al respecto lo que aparece como esencial es determinar cuándo nos estemos en situaciones de falta de regulación o de insuficiencia de la misma, y así nos encontraríamos en ese supuesto cuando se trate de autorizaciones y concesiones que habiliten para una ocupación de bienes de dominio público que sean necesarias para la ejecución de un contrato administrativo, en cuyo caso deberán ser otorgadas por la Administración que sea su titular y se consideraran accesorias de aquél, estando vinculadas a dicho contrato a efectos de otorgamiento, duración y vigencia y transmisibilidad.

Pero la cuestión de aplicación subsidiaria más relevante se produce con respecto a la adjudicación directa de las concesiones en cuanto a la aplicación de los supuestos que para la misma se contienen en la Ley de patrimonio de las administraciones públicas, por cuanto que en la Ley de bienes de las entidades locales de Andalucía se determina que las concesiones se otorgaran previa licitación, y en el Reglamento de la misma sólo se expresa que las concesiones se otorgarán con arreglo a la legislación de contratos de las administraciones públicas, y sentando que es de preferente aplicación el procedimiento de adjudicación abierto y la forma de concurso, con lo cual se está admitiendo la adjudicación directa o el procedimiento negociado con un único licitante, aunque con carácter excepcional y aplicando lo dispuesto en la Ley de contratos de las administraciones públicas, pero la regulación sobre procedimientos negociados que se establecen en la misma se hace en los contratos tipo que se regulan en la misma, esto es, el contrato de obras, servicios públicos, suministros, de servicios y de consultoría y asistencia, y de concesión de obra pública, pudiendo entenderse que no existe regulación específica sobre bienes de dominio público a efectos de regulación de la adjudicación directa, con lo cual sí tendría aplicación lo dispuesto sobre el particular en la Ley de patrimonio de las administraciones públicas y que se halla contenido en su artículo 93.

En ese artículo se establece que el otorgamiento de las concesiones sobre bienes de dominio público se efectuará en régimen de concurrencia, aunque se admite que podrá acordarse el otorgamiento directo en los supuestos previstos en el artículo 137.4 de la misma Ley, cuando se den circunstancias excepcionales debidamente justificadas o en otros supuestos establecidos en las leyes. Ello hace que las posibilidades de adjudicación directa estén ampliadas como consecuencia de esa aplicación supletoria de la Ley de patrimonio de las administra-

ciones públicas en una materia no regulada expresamente en la Ley de bienes de las entidades locales, añadiéndose también como especialidad la aplicación de las prohibiciones para contratar de la Ley de contratos de las administraciones públicas al posible concesionario.

Aunque las aplicaciones con carácter supletorio más claras son las referentes a la atribución al titular de la concesión de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión, sirviéndole el título constituido para otorgarle durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en la propia Ley, los derechos y obligaciones del propietario, pudiendo ser cedidos o transmitidos mediante negocios jurídicos entre vivos o por causa de muerte o mediante la fusión, absorción o escisión de sociedades siempre que cuenten con la autorización del concedente, pudiéndose hipotecar los derechos sobre las obras, construcciones o instalaciones como garantía de los préstamos contraídos por el titular de la concesión para poder financiarlas, exigiéndose la autorización de la Administración concedente y extinguiéndose la hipoteca con la extinción del plazo de la concesión.

Señalando, por último, que en el caso de desafectación de los bienes objeto de la concesión y por consiguiente que se extinga la concesión, pasando los bienes a adquirir la condición de patrimoniales, se establece un derecho de adquisición preferente en el caso de enajenación onerosa de dichos bienes a favor de los antiguos concesionarios que conserven derechos o los hayan mantenido sobre los bienes desafectados, lo cual tiene una importancia fundamental en el caso de enajenación de plazas de garaje en los aparcamientos públicos que sean desafectados, pues con ello se establece otra excepción a la obligatoriedad de licitación mediante subasta o concurso en la enajenación de bienes patrimoniales preceptuada en la Ley de bienes de las entidades locales de Andalucía y pudiéndose añadir a los supuestos de procedimiento negociado en los que no se incluía la enajenación al antiguo titular de la concesión y que se contienen en la Ley de patrimonio de las administraciones públicas. ■