

# Reflexiones

num. 6 -II/08

revista de obras públicas, transportes y ordenación territorial

## **El subsuelo urbanístico**

María Luisa Arcos Fernández

## **El contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado en la Ley 30/2007, de 30 de Noviembre**

Alicia Ruiz de Castro Cáceres

## **Contratación del Sector Público: nueva Ley de Contratos del Sector Público (2ª parte)**

Julio César García Sánchez

**Reseña de Jurisprudencia. Primera sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sobre el Decreto 149/2006, de 25 de Julio, por el que se aprueba el reglamento de viviendas protegidas de la Comunidad Autónoma y otras sentencias de interés**

Carmen Carretero Espinosa de los Monteros



## SUMARIO NUM 6. II/2008

### Consejo de Redacción

---

Carmen Carretero Espinosa de los Monteros  
Jesús Jiménez López  
Jesús Cabanillas Magro  
Jose Luis Nores Escobar (Director)  
Carmen Oliver Morales  
Antonio Faya Barrios

### Colaboradores permanentes

---

Manuel Concha Jarava  
José Ortiz Mallol  
Alejandro Segovia Brome  
Jose M<sup>a</sup> Rodríguez Gutiérrez  
Francisco José Fernández Romero

Junta de Andalucía. Consejería de Obras  
Públicas y Transportes. Gestión de  
Infraestructuras de Andalucía, S.A.

### Reflexiones

Revista de Obras Públicas, Transportes  
y Ordenación Territorial  
<http://www.giasa.com/reflexiones>  
<http://www.ferrocarrilesdeandalucia.com/reflexiones>  
c/ Diego Martínez Barrio, 10  
41013 Sevilla  
Tfno. 955 007 594 - Fax: 955 007 573  
e-mail: [g.produccion@giasa.com](mailto:g.produccion@giasa.com)

**Coordinación edición:** Dirección General  
de Planificación. Servicio de Publicaciones

**Maquetación:** Acompany S. C. S.

**Impresión:** Corporación Gráfica

**ISSN:** 1888-7090

**Depósito Legal:**

### Artículos

---

#### El subsuelo urbanístico

*María Luisa Arcos Fernández*.....5

#### El contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado en la Ley 30/2007, de 30 de Noviembre

*Alicia Ruiz de Castro Cáceres*.....71

#### Contratación del Sector Público: nueva Ley de Contratos del Sector Público (2ª parte)

*Julio César García Sánchez*.....93

### Reseña de Jurisprudencia

---

#### Primera sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sobre el Decreto 149/2006, de 25 de Julio, por el que se aprueba el reglamento de viviendas protegidas de la Comunidad Autónoma y otras sentencias de interés

*Carmen Carretero Espinosa de los Monteros*.....127

*El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no representa necesariamente la opinión de la revista.*

#### Reflexiones

Reflexiones: revista de obras públicas, transportes y ordenación territorial. -- N.6 (II/2008)-  
-- Sevilla: Consejería de Obras Públicas y Transportes, 2008-  
v. ; 24 cm

Trimestral

Disponible formato impreso y ed. Elec. on line con libre acceso a texto completo de toda la colección y descargable en pdf

D.L.

1. Ordenación del Territorio y Urbanismo-Andalucía-España-Publicaciones periódicas. 2. Obras Públicas-Infraestructuras-España-Publicaciones periódicas  
3. Construcción-España-Publicaciones periódicas. 4. Recursos electrónicos on line-Publicaciones periódicas  
I. Andalucía. Consejería de Obras Públicas y Transportes II. Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A. (GIASA)



---

## El Subsuelo Urbanístico

---

María Luisa Arcos Fernández

*ÍNDICE: I.- IDEAS PRELIMINARES. II.- EL SUBSUELO URBANÍSTICO. CONCEPTO. DELIMITACIÓN. III.- EL SUBSUELO EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA Y EN EL PLANEAMIENTO. III.1 EN LA LEGISLACIÓN. A) LEGISLACIÓN ESTATAL. LEY 8/2007, DE 28 DE MAYO. B) LEGISLACIONES URBANÍSTICAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. III.2.- LOS INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO URBANÍSTICO GENERAL Y ESPECIAL. IV.- ALGUNAS CUESTIONES QUE SE PLANTEAN SOBRE LA RELACIÓN ENTRE EL SUSBSUELO Y EL PLANEAMIENTO. 1.- LA DISCRECIONALIDAD DEL PLANIFICADOR EN LA REGULACIÓN DEL SUBSUELO. 2.- ¿QUÉ REGULACIÓN ES APLICABLE AL SUBSUELO EN AUSENCIA DE PLANEAMIENTO?. 3.- ¿QUÉ OCURRE CON EL SUBSUELO ANTE LA IMPREVISIÓN DEL PLANEAMIENTO GENERAL?. 4.- EL PLAN ESPECIAL COMO INSTRUMENTO DE ORDENACIÓN DEL SUBSUELO. 5.- CLÁUSULA RESIDUAL DE LA DEMANIALIZACIÓN DEL SUBSUELO. V.- AFECTACIÓN DEL SUBSUELO PÚBLICO POR EL PLANEAMIENTO Y SU POSIBLE DESAFECTACIÓN. VI.- LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA MATERIA. VII.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL SUBSUELO PÚBLICO. VIII.- DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL REGISTRO Y DEL NOTARIADO. IX.- ESPECIAL REFERENCIA A LOS SUPUESTOS DE EXPROPIACIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL SUBSUELO (VALORACIONES Y DERECHOS DE REVERSIÓN)*

### I.- IDEAS PRELIMINARES

La gran mayoría de trabajos de esta naturaleza donde se estudia una concreta institución empiezan incluyendo el significado que la Real Academia de la Lengua acoge del término que se estudia. En esta ocasión, no va a ser así y no lo va a ser no tanto porque subestime ese modo de iniciar este tipo de trabajos sino porque en el caso en que nos ocupa en esta ocasión el término subsuelo, es un término comúnmente conocido y utilizado por todos como para que podamos iniciar este trabajo con algo tan de sobra conocido.

Es por ello, por lo que me permito iniciar este estudio con las palabras de un importante jurista en materias relacionadas con el campo del urbanismo en general.

*Decía, no hace mucho, “que en esta materia, el subsuelo es hoy cada vez más noticia en los medios de comunicación y en los proyectos empresariales. Más allá de la consideración tradicional del subsuelo como contenedor de recursos naturales, el subsuelo es protagonista de las grandes infraestructuras urbanas (canalizaciones de agua, luz, telefonía, etc.), de comunicaciones (el Metro...) y de las estructurales (aparcamientos y otros usos coadyuvantes de los usos principales sobre rasante,...).”*

Evidentemente el uso del subsuelo en nuestra actual sociedad tiene una importancia económica creciente, debido, de un lado, al creciente desarrollo de las tecnologías y de otro, porque la escasez del suelo y el incremento, diríamos y siguiendo al prof. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, “*dramático*” de su precio, hace factible y rentable un uso cada vez más intensivo del subsuelo.

El valor del suelo sigue centrado en su superficie y en la edificabilidad que se puede materializar sobre él pero al mismo tiempo, el ordenamiento urbanístico, cada vez más, está permitiendo un uso intensivo del subsuelo (en la CC.AA de Madrid hasta cuatro plantas sin consumir edificabilidad para usos no lucrativos; en el Municipio de Sevilla y en concreto, con el Plan General vigente de julio de 2006, no hay limitación para ocupación del subsuelo con destino a aparcamientos). Son ejemplos de esto que decimos.

Pero sabemos que no todo lo que abarca el subsuelo es privado y, por ello, su explotación económica exige de siempre y, mucho más ahora, la intervención de la Administración.

En general y de hecho, superadas ya hace tiempo las 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**, imponiéndose la exigencia de obtener una autorización o concesión administrativa como título jurídico que otorga al concesionario el uso de una propiedad pública pero también se permite, hoy en día, su desafectación del uso público y, en definitiva, su conversión, en bien patrimonial de la Administración, todo ello de conformidad con las normas urbanísticas y de bienes públicos y, en cualquier caso, mediante la correspondiente tramitación de un expediente administrativo.

La importancia del subsuelo y su valor independiente, y no como mero anejo del suelo, también se pone de manifiesto en los supuestos de expropiación. Se admite la expropiación del subsuelo o a la inversa sólo se expropia el suelo permaneciendo en manos privadas la propiedad del subsuelo y su aprovechamiento (en el Plan General de Ordenación Urbana de Sevilla de 2006 se prevén supuestos en el suelo urbano consolidado, donde puede plantearse este tipo de situaciones si bien con unos requisitos y garantías que trataremos más adelante).

En definitiva, podemos concluir estas primeras ideas generales indicando, que las nuevas necesidades que va generando los nuevos retos de la sociedad moderna exigen nuevas fórmulas jurídicas que superen los dogmas existentes el principio de un único propietario desde el centro de la tierra ya no se mantienen-. Hay que admitir con carácter general y con las matizaciones que iremos viendo a lo largo de este trabajo la existencia de varias propiedades y titularidades privadas y públicas en sucesivos estratos de, en principio, una única propiedad.

Pero como decimos, en la actualidad, se echa en falta nuevas fórmulas jurídicas, que sean generalmente aceptadas desde todos los estamentos que intervienen en la producción del suelo, en definitiva, desde el legislador que así lo prevea, desde la Administración que lo

lleve a cabo, aplicando las normas y desde las entidades financieras que lo asuman como producto inmobiliario en sus diversas facetas y finalmente de los Registros de la Propiedad que las puedan configurar como entidades hipotecarias independientes.

Es sorprendente también, a tal efecto, la debilidad de los instrumentos y la escasa sensibilidad que el Planeamiento urbanístico ha dedicado a la ordenación del subsuelo. Fuera de algunas honrosas y novedosas excepciones, los Planes Generales han considerado inexistente el aprovechamiento bajo rasante, renunciando a una ordenación positiva y novedosa del mismo. E igual falta de atención ocurre en el campo de la gestión urbanística, en el cual destaca la falta de técnicas precisas para resolver los problemas derivados de la ejecución de los Planes en los subsuelos públicos y privados, permitiendo el justo equilibrio de beneficios y cargas que comporta.

Por tanto, en el campo del subsuelo sucede, como en tantos otros, que la realidad del mercado se ha adelantado de forma considerable a la práctica (e incluso a la teoría) del Planeamiento y de la gestión urbanística, representando un reto para estas disciplinas que empiezan a abordar diríamos tímidamente, al menos el tema so pena que de no hacerlo las situaciones pueden verse superadas por la dinámica de los hechos.

Aunque siguiendo a ese jurista con el que empezábamos este trabajo, concluía: *“Llegaremos pronto a que ese marco jurídico vuelva a quedarse anticuado. Es probable que el uso del subsuelo pueda intensificarse más aún y, así, la tradicional limitación de su uso para aparcamientos y cuartos de servicios excluyendo o limitando muy severamente otros usos, pierda sentido con el progreso técnico. De hecho, estos otros usos sobre todo comerciales- son ya frecuentes en los subsuelos públicos (como las estaciones de Metro y tren)...”*

## II.- EL SUBSUELO URBANÍSTICO. CONCEPTO. DELIMITACIÓN

El subsuelo entendido como el espacio subterráneo de la Ciudad susceptible de apropiación ha sido objeto de regulación por las distintas legislaciones sectoriales que han ido delimitando sus correspondientes espacios subterráneos, distribuyendo éste el subsuelo como categoría genérica- en parcelas jurídicamente independientes.

Una de estas parcelas sectoriales es el subsuelo urbanístico, que se aísla a través de su legislación específica del resto de las legislaciones sectoriales que regulan el bajo rasante, delimitándose así horizontalmente la extensión del mismo.

Estas otras legislaciones sectoriales han influido en la evolución del subsuelo urbanístico. Si bien hay que realizar aquí otra matización y es que en estas legislaciones hay que distinguir aquellas dictadas para regular aspectos concretos del subsuelo en cuanto éste es objeto del Derecho (minas, aguas, patrimonio arqueológico) y aquellas otras legislaciones sectoriales que regulan el subsuelo en cuanto continente de aquellos otros objetos del Derecho que son, en realidad, el objeto de las citadas regulaciones (electricidad, transportes y carreteras,

telecomunicaciones). Ambos tipos de legislaciones sectoriales han influido, aunque de distinta manera, en la conceptualización jurídica del subsuelo y de su posterior evolución.

Como exponente de las que clasificaríamos en el primer apartado, es decir, aquellas legislaciones sectoriales que han regulado el subsuelo como tal objeto del Derecho encontramos las siguientes:

### **Minas**

La Ley de Minas 22/1973, de 21 de julio, modificada por Ley 54/1980, de 5 de noviembre, califica como bienes de dominio público a todos los yacimientos minerales de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional, territorial y plataforma continental. También prevé que, manteniendo el Estado la titularidad, pueda ceder el uso, mediante aprovechamiento e investigación del subsuelo. En esta materia siempre ha predominado la titularidad pública del subsuelo.

### **Aguas**

El Texto Refundido de la Ley de Aguas, Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, atribuye a todas las aguas la calificación jurídica de bien de dominio público estatal. Este dominio público comprende tanto las aguas superficiales como las subterráneas.

Igualmente la Ley de Costas, Ley 22/1988 de 28 de julio, de protección, utilización y policía de costas, declara como bien de dominio público “*el mar territorial y las aguas interiores, con su lecho y subsuelo... y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental*”.

### **Patrimonio arqueológico**

La Ley de Patrimonio Histórico Español, Ley 16/1985, de 25 de junio, establece en su art. 44 como bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que puedan declararse de valor histórico y se descubran como consecuencia de excavaciones, remociones de tierras o de cualquier otra forma o también por azar, en el subsuelo.

En ningún caso, explícita, será de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el art. 351 del Código Civil.

Como exponentes del segundo tipo de legislaciones sectoriales con incidencia en el subsuelo pero que su objeto es la regulación de aquellos objetos que discurren o transcurren por el subsuelo y que son, en realidad, el objeto de su regulación, encontramos:

### **Transportes y carreteras**

Igualmente la Ley de Carreteras y Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras y Caminos y Ley 16/1987, de 30 de julio,

respectivamente, otorgan la naturaleza jurídica de dominio público a los terrenos ocupados por los túneles de los ferrocarriles o de las carreteras (y a una zona de 8 metros de anchura a ambos lados) y se establece una zona de 25 y 100 metros de afección, en todas las direcciones radiales del túnel, exigiéndose además autorización administrativa.

## **Gas**

La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (modificada por Ley 2/2007, de 2 de julio) que establece las normas básicas para un desarrollo coordinado de actuaciones en el sector del combustible, regula el régimen de concesiones y autorizaciones a las que están sometidas las instalaciones de gas, así como el procedimiento expropiatorio que deberán seguir las empresas explotadoras del servicio, para realizar la canalización de las líneas de sus redes en terrenos de propiedad privada. Dichas líneas se sitúan en el subsuelo, que adquirirá el carácter de dominio público hasta su acometida a la vivienda, en la cual pasará a constituir servidumbre sobre el derecho de propiedad.

Esta Ley considera bienes de dominio público estatal los yacimientos y almacenamientos subterráneos existentes en el territorio del Estado, en el subsuelo del mar territorial y en los fondos marinos bajo la soberanía de España.

## **Electricidad**

La Ley de Ordenación del Sector Eléctrico Nacional, Ley 54/1997, de 27 de noviembre (modificada por Ley 17/2007, de 4 de julio), cambia radicalmente el criterio de demanializar el subsuelo por donde transcurren las redes de servicios públicos y, por tanto, ya no considera dominio público dicho subsuelo, acudiendo a las relaciones civiles para su regulación.

## **Redes de telecomunicaciones**

La Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones declaraba las telecomunicaciones como servicios esenciales de titularidad estatal. Hoy esta declaración aparece derogada, refiriéndose la actual regulación, Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre (ya lo hizo anteriormente la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones), a servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia.

Se declara de dominio público el subsuelo por donde transcurren las redes correspondientes, previéndose que los distintos instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de establecimientos de redes públicas de telecomunicaciones.

En resumen de cuanto queda transcrito y con la matización que indicábamos sobre el carácter de las legislaciones sectoriales que se han ido enumerando, se puede concluir que

en el aspecto sectorial del subsuelo se está produciendo una evolución sobre el criterio de la demanialización del subsuelo desde la contundencia en este tema de la Ley de Minas hasta las legislaciones posteriores en materia de servicios públicos que ya no califican al subsuelo de dominio público y encaminan su regulación hacia la planificación urbanística o incluso hacia el Derecho Civil común.

Conclusión, como decimos, sin olvidar que estamos ante leyes sectoriales de distinta conceptualización jurídica en esta materia y sin olvidar, en cualquier caso, al menos como criterio interpretativo, la declaración de demanialidad en esta materia del artículo 132 de nuestra Constitución.

Visto este marco normativo del subsuelo a nivel sectorial podemos pasar a estudiar el subsuelo urbanístico, qué es, cómo se desarrolla o más correctamente cómo se usa y cuáles son las más importantes repercusiones que del citado uso se deriva para, a continuación, ver en el apartado siguiente cómo ha sido regulado y aparece, hoy día, regulado en la legislación y en los instrumentos de planificación urbanística.

En general podemos empezar indicando que la calificación urbanística, como atribución de uso, intensidad de uso y tipología edificatoria homogéneas a una zona concreta del suelo determina el destino urbanístico del subsuelo.

Es por ello, por lo que el uso que se haga del subsuelo o que se pueda hacer de él, se constituye en un elemento fundamental del Planeamiento urbanístico, de la delimitación del derecho de propiedad y en consecuencia, de su valoración.

Se afirma, ya lo decíamos al principio, que el hecho de que este aprovechamiento del subsuelo sea creciente, unido a los medios técnicos existentes, hace que pueda afirmarse que en la actualidad el subsuelo pueda dedicarse en la práctica a cualquier uso o servicio urbano.

Así, podemos relacionar sin ánimo de exhaustividad y sin cuestionar la posible calidad urbana de alguno de estos usos, los siguientes:

Militar (refugios antiaéreos, hangares para submarinos, aviones, barcos,...), religioso (Iglesias, capillas, criptas, cementerios,..). Transportes e infraestructuras (Metro, ferrocarriles, túneles, aparcamientos, redes y galerías de servicios básicos de suministros, saneamientos,...), agrícola (cultivos de setas y otros tubérculos...), Industrial (Depósitos de gases, petróleo, laboratorios, centrales hidroeléctricas,..). Almacenamientos y depósitos de seguridad, Residencial (cuevas tradicionales algunos supuestos en Granada y Alicante-, viviendas en sótanos y semisótanos), Terciarios (Centros cívicos y comerciales, oficinas, dotaciones hoteleras) y Recreativos (cuevas turísticas, pistas de patinaje, teatros,...)

Hasta aquí, hemos delimitado el subsuelo físico urbanístico, que con el transcurso del tiempo ha adquirido relevancia económica y por tanto, valor, al que ha contribuido la posibilidad de atribuirle aprovechamiento. Sin embargo, también estamos viendo que este eventual derecho al aprovechamiento es un derecho independiente y distinto del derecho de propiedad. Es decir, jurídicamente, el subsuelo urbanístico se construye desde su derecho de propiedad, cuyo contenido básico y necesario es la titularidad del dominio sobre el propio subsuelo, como bien inmueble. Dicho contenido, podrá incrementarse con la eventual atribución de un aprovechamiento urbanístico o bien quedar limitado a su contenido básico, si fuese necesario integrar en este derecho de propiedad la función social a la que éste se debe.

En definitiva, se plantearía también aquí si en este derecho al aprovechamiento del subsuelo nos encontramos ante un derecho propio distinto al derecho de propiedad o si por el contrario lo que existe es una mera facultad que se integra en el derecho de propiedad.

Entendemos, adelantando ya alguna conclusión que nos encontraríamos ante una facultad de su propietario a usar y disfrutar de él hasta donde alcance su interés efectivo, es decir, hasta donde llegue la proyección normal de su propio derecho.

### III.- EL SUBSUELO EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA Y EN EL PLANEAMIENTO

#### III.1- EN LA LEGISLACIÓN

##### A) Legislación Estatal

GARCÍA BELLIDO nos dice que *“la conciencia jurídica o al menos la posibilidad de considerar el subsuelo como objeto, jurídico específico, es relativamente muy reciente en la legislación urbanística (a excepción, claro está, del derecho minero, tesoros arqueológicos o de las obras públicas subterráneas)”*.

Y ello ha sido así. En nuestro Derecho Urbanístico no aparece explícitamente hasta 1978. Las leyes del Suelo de 1864 a 1895, ni de 1956 ni de 1976 contuvieron mención alguna de carácter expreso a tal ocupación del subsuelo, dándose por sentado que lo que descendiese bajo la línea del suelo era una prolongación urbanísticamente del cuerpo visible. Aunque parezca sorprendente fue el *boom* del automóvil (en los años 70) lo que suscitó la necesidad de considerar este uso subterráneo del subsuelo como espacio urbanísticamente relevante.

La Ley del Suelo de 1976 (en adelante LS76) y sus Reglamentos de desarrollo parece que se ocupaban exclusivamente del suelo. Las únicas menciones al subsuelo en la LS76 son

incidentalmente cuando se dedica a los contenidos de los Planes Generales, Planes Parciales y de los Programas de Actuación Urbanística.

Pero sí efectivamente, es en 1978 y por mor del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978 el que por primera vez en la legislación de carácter urbanístico se especifica que los actos de uso del subsuelo se someten a licencia urbanística. Dice en su artículo 1:

*“Estarán sujetos a previa licencia, sin perjuicio de las autorizaciones que fueren procedentes con arreglo a la legislación específica aplicable, los siguiente 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 considerado específicamente ni en la Ley del Suelo, ley 6/1998 de, 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, ni en la parte vigente del TRLS de 1992 (aprobado por Real Decreto Legislativo de 26 de junio de 1992), tras la STC 61/1997, ni tampoco en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

Algunas referencias de especial importancia se han incluido en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, a las que más adelante nos detendremos.

La conclusión de ello no puede ser que el régimen del subsuelo queda al margen de dicha legislación sino que, por el contrario, ha de considerarse, como hace la mayor parte de la Doctrina, que ha de entenderse subsumido e integrado en la regulación del suelo, al igual que ocurre con los vuelos.

El Texto Refundido de 1992 incluyó de forma precisa varias referencias al subsuelo, aclarando los preceptos de la LS de 1976. Así, el artículo 3.2 j) incluye como una de las finalidades y atribuciones de la acción urbanística “limitar el uso del suelo y subsuelo y de las edificaciones”. Por último, el artículo 242.2 incluye como actos sujetos a licencia previa, los de uso del suelo y subsuelo.

Posteriormente la Ley del Suelo y Valoraciones de 13 de junio de 1998, constreñida por la STC 61/97, que sometió a debate constitucional la anterior Ley del Suelo de 1992, retrocede respecto a la expresividad con la que trataba el subsuelo el TR de 1992. En su breve articulado, aplicable también al subsuelo a pesar de que no se refiera a él de manera explícita, comienza manifestando que su objeto es la definición del “contenido básico del derecho de propiedad del suelo” en el que necesariamente ha de incluirse el subsuelo sin perjuicio de que no se hubiese referido a él de manera expresa.

En la actualidad, cuando se entregue este trabajo llevará poco tiempo en vigor aunque esta afirmación hay que matizarla en estos tiempos y en concreto en materia de urbanismo- una nueva Ley de Suelo a nivel estatal, la Ley 8/2007, de 28 de mayo. Esta ley, como decíamos antes, recoge expresamente y de manera específica el subsuelo e indica con toda claridad dos ideas fundamentales:

### 1.- La finca puede situarse en la rasante, en el vuelo y en el subsuelo

Así se indica en el apartado del artículo 8 que *“las facultades del apartado anterior (la de realizar las instalaciones y construcciones necesarias para su uso y disfrute, la de edificar, la de participar en la ejecución de la urbanización) alcanzarán al vuelo y al subsuelo 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.”*

También indica en el artículo 17 titulado *“Formación de fincas y parcelas y relación entre ellas”* en su apartado 1 a) que constituye finca, la unidad del suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Para posteriormente en el apartado b) decir que constituye parcela, la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o en el subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso o sólo uso urbanístico independiente.

Se recoge en el apartado 3 de este artículo una fórmula que resolverá muchos problemas que en la práctica se estaban planteando y cuya solución no había tenido un respaldo normativo. Nos estamos refiriendo a la posibilidad de constituir complejos inmobiliarios cuando el Planeamiento prevea aprovechamientos superpuesto en el sobre y bajo rasante de carácter público y privado que haya que equidistribuir. Expresamente se indica.

*“Cuando, de conformidad con lo previsto en la legislación reguladora, los instrumentos de ordenación urbanística destinen superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el vuelo, a la edificación o uso privado y al dominio público podrá constituirse complejo inmobiliario en el que aquéllas y ésta tengan el carácter de fincas especiales de atribución privativa, previa desafectación y con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público”.*

### 2.- En segundo lugar se indica que *“Los instrumentos de ordenación urbanísticas 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 a éste, previo informe de la Administración titular del dominio público, que será vinculante en lo referente al servicio y protección de dicho dominio”*

En materia de reversión el legislador estatal explícita una materia que había producido importantes conclusiones a nivel jurisprudencial -en este trabajo las recogemos-. En concreto, el párrafo 3 del artículo 29 establece que:

*“No procede la reversión cuando el suelo expropiado se segreguen su vuelo o subsuelo, conforme a lo previsto en el apartado 4 del artículo 17, siempre que se mantenga el uso dotacional público para el que fue expropiado o concurra alguna de las restantes circunstancias previstas en el apartado primero”*

En cualquier caso, tenemos que tener en consideración que a partir de nuestra Constitución y aclarado y confirmado por nuestro Tribunal Constitucional, que respetándose el contenido básico del derecho de propiedad, son las legislaciones urbanísticas de las Comunidades Autónomas, las que tienen la competencia en materia de subsuelo

## **B) En las Legislaciones Urbanísticas de las Comunidades Autónomas**

### **1.- Ley del Suelo de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 17 de julio de 2001, modificada por la Ley 14/2001 de 26 de diciembre y por Ley 2/2005 de 12 de abril, por Ley 3/2007 de 26 de julio, de Medidas urgentes de modernización del Gobierno y la Administración y por Ley 7/2007, de 21 de diciembre, de Medidas fiscales y administrativas**

La Ley del Suelo de la Comunidad Autónoma de Madrid de 2001, Ley 9/2001, de 17 de julio, se considera una de las más recientes a pesar ya de sus ya 7 años de vigencia, no contiene una regulación muy precisa en la materia. No obstante podemos comprobar que comienza con plasmar la expresión que con respecto a la legislación estatal del suelo hemos indicado en el apartado anterior, es decir, su aplicación al subsuelo, y así establece en su Artículo 2. inciso 1, dedicado *“al objeto, contenido y naturaleza de la ordenación urbanística”*, que el subsuelo es límite natural de la ordenación urbanística indicando específicamente lo siguiente:

*“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”*.

De una interpretación correcta de esta norma, resulta necesario entender que los límites de la ordenación urbanística se encuentra explícitamente comprendidos dentro de los límites verticales de la propiedad del suelo. Así se debe de ordenar por el Planeamiento, de conformidad con las legislaciones urbanísticas, la superficie, el vuelo y el subsuelo. Pero éstos últimos, sólo en la medida que técnica y racionalmente sean susceptibles de aprovechamiento, utilidad o uso por el propietario. Por otra parte, parece obvio poder afirmar que esta ordenación se verá condicionada por la función social de la propiedad que reconoce la Constitución Española en su artículo 33, y que habilita al Planeamiento para limitar o dotar de un contenido específico el estatuto jurídico de la propiedad. En cualquier caso, hemos de entender que el subsuelo al que está haciendo referencia el artículo 2 de la Ley de Madrid, no es otro que el susceptible de aprovechamiento y uso conforme a su naturaleza, pero no el subsuelo remoto, más allá del cual ni la lógica ni la técnica pueden reconocer aprovechamiento alguno.

Por tanto y en conclusión, entendemos que sí parece claro que el subsuelo debe ser entendido como parte de la actividad urbanística.

Es por ello, por lo que las obras de urbanización incluyen la implementación de la ejecución de las instalaciones en el subsuelo, que queden sujeto a licencia al igual que los actos de edificación y uso del suelo, artículo 151.1 p) y en su artículo 204.3 a) refiere como infracción grave, en todo caso, “*los actos consistentes en movimientos de tierra y extracciones de minerales*”

Por tanto, todo acto de uso del subsuelo, con independencia de su titularidad o naturaleza jurídica estará sujeto a la preceptiva licencia urbanística del Ayuntamiento. Por ello, no es sustitutivo no obstante, de la necesaria complementación de la ordenación urbanística del subsuelo cuando ello sea necesario.

Por otro lado, la citada Ley en su artículo 12 d) enumera entre otros deberes de los propietarios “respetar las limitaciones que deriven de la colindancia de los 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”.

Esta salvedad se hace en relación con el subsuelo de propiedad privada, es decir, en relación con:

- las infraestructuras urbanas en el llamado dominio público natural del subsuelo, es decir, aquel subsuelo que va más allá del aprovechamiento posible, material y legalmente (urbanísticamente), por parte del propietario; e igualmente en relación con
- los recursos naturales contenidos en el subsuelo, como aguas, minas o hidrocarburos. La ley con la expresión “explotación regulada” aunque se sigue partiendo del principio general del dominio público de tales recursos.

Por otro lado, el artículo 50 de la precitada Ley incluye entre los Planes Especiales, aquéllos 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, tales como el Metro, saneamiento, etc.

Finalmente, indicar que el artículo 42 de la Ley 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.

Igualmente en la Comunidad Autónoma de Madrid hay que citar la Ley de Calidad de la Edificación de 17 de marzo de 1999, cuyo artículo 1.2 dispone que “*igualmente serán 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”.*

## **2.- Ley de Urbanismo de Cataluña, actual Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, modificado por Decreto Ley 1/2007, de 16 de octubre, de Medidas urgentes en materia urbanística**

A diferencia del modelo de la Ley de la Comunidad autónoma de Madrid que, básicamente, sigue el esquema tradicional de regular el uso del subsuelo como parte del suelo pero sin un tratamiento específico, destaca la Ley de Urbanismo de Cataluña, que siguiendo la derogada Ley 2/2002, de 14 de marzo, incluye varias referencias al subsuelo, superando esta última la única alusión que contenía un anterior Decreto legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprobaba el Texto Refundido de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística.

Esta norma autonómica se refiere a la regulación del subsuelo y dispone en concreto en su artículo 39 que regula los *“Usos del subsuelo”*

*“El subsuelo está regulado en el Planeamiento urbanístico y está sometido a las servidumbres administrativas necesarias para la prestación de los servicios público 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 expropiación correspondiente”.*

Ya no se trata de un uso compatible con la delimitación vertical del dominio sino que lo restringe, y debe conllevar el correspondiente procedimiento acreditativo de utilidad pública o interés social y la correspondiente compensación. Añade lo siguiente este artículo 39:

*“El uso del aprovechamiento urbanístico y la implantación de infraestructuras en el subsuelo están condicionadas en cualquier caso a la preservación de riesgos, así como a la protección de los restos arqueológicos de interés declarado, de acuerdo con la respectiva legislación sectorial”.*

Como ya hemos apuntado la Doctrina moderna ha superado las consideraciones históricas 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. Así, el citado artículo exige la compatibilidad con el uso del propietario, uso que viene delimitado por el Planeamiento urbanístico. Quiere ello decir, que el propietario no puede oponerse ni exigir indemnización alguna respecto a los usos del subsuelo (por ejemplo: Metro) que no afecten de modo alguno los usos o intensidades de que sea susceptible la finca conforme al Plan urbanístico y en el caso de que si afecte, tampoco podrá oponerse si bien tendrá derecho a la justa compensación.

Se contienen también varias determinaciones sobre los contenidos de los distintos Planeamientos, art. 58.2, 67. 1 y 3 y 68, y su incidencia sobre el subsuelo; sujeción a licencia de los actos en el subsuelo, art. 179.

Asimismo se contienen varias especificaciones sobre actos en el subsuelo que son generadores de infracción grave y leve, artículos 206, 207 y en el artículo 217 se contiene una cláusula genérica relativa a las multas coercitiva impuestas por el incumplimiento de las resoluciones para que la persona interesada lleve a cabo las actuaciones de “*reposición del subsuelo, suelo o vuelo*” al estado anterior a la comisión de infracción.

### **3.- Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, aprobada por Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística modificado por Ley 7/2005, de 7 de julio y 12/2005, de 27 de diciembre**

Esta Ley con una orientación distinta parece que quiere “*nacionalizar*” todo el subsuelo.

Indica su Disposición Preliminar “...*Cuando la ordenación territorial y urbanística no atribuya aprovechamiento urbanístico al subsuelo, éste se presume público*”.

Dado que generalmente el planeamiento urbanístico no atribuye un uso específico al subsuelo y, es más en ocasiones hasta se excluye determinados usos del subsuelo de su cómputo a efectos de aprovechamiento urbanísticos lucrativos, podíamos decir como ha dicho algún autor, que estamos ante una posible nacionalización del subsuelo.

Otras legislaciones autonómicas posteriores han seguido este mismo camino, así, la andaluza en la que más adelante nos detendremos.

No obstante, en la legislación que nos ocupa, tal afirmación queda matizada por la Disposición Transitoria Primera Apartado Segundo que dice: “*El régimen urbanístico del subsuelo de los Planes vigentes en el momento de la entrada en vigor de esta Ley será el que resulte de la ordenación establecida en estos Planes*”. Bien es verdad, que lo establecido en la Disposición Preliminar anteriormente transcrita es idéntica a lo establecido en una similar Disposición de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de esta Comunidad.

Ambas Disposiciones no han sido modificadas por la reforma operada por Ley 1/2003, de 17 de enero, manteniendo, pues, en la actualidad su vigencia.

### **4.- La Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística de la Comunidad Valenciana**

Esta Ley sigue el esquema tradicional de mera sumisión del uso del subsuelo a la competencia y licencia urbanística, al igual que el uso del suelo. Así se recoge en el artículo 191.1 que hace referencia a este tema. Si bien en su artº. 60.3 en sede de ordenación pormenorizada avanza ya la posibilidad de que la calificación como suelo dotacional requiera que el Plan

especifique, en su ordenación pormenorizada, si dicha afección atañe a la totalidad del inmueble, o si la afección demanial se limita al suelo y vuelo con exclusión total o parcial del subsuelo que, en tal caso, tendrá la consideración de bien patrimonial, que podrá ser enajenado por la Administración titular para el uso y destino que el planeamiento expresamente regule. En todo caso, sigue diciendo este artículo, la calificación de un terreno como suelo dotacional público exige la cesión obligatoria y gratuita del inmueble en su conjunto, o bien su expropiación conforme a la legislación aplicable.

A tales efectos y como complemento de este artículo la Disposición Transitoria Cuarta dispone que “los titulares de concesiones administrativas sobre el subsuelo público gozarán del derecho de adquisición preferente de dicho subsuelo en el supuesto de que el planeamiento permita su desafectación y enajenación en los términos previstos en el precitado artículo 60.

### **5.- La ley de Urbanismo de Castilla y León, de 8 de abril de 1999 modificada por la Ley 10/2002, de 10 de julio**

Esta Ley aunque hace escasas referencias al subsuelo, contiene una regulación precisa, coherente con su calidad técnica.

El primer artículo en el que se contiene una referencia al subsuelo es el artículo 2.1 al definir la actividad urbanística como una *“función pública que tiene por objeto la ordenación, la transformación, la conservación y el control del uso del suelo, incluido el subsuelo y el vuelo, y en especial su urbanización y edificación”*.

Asimismo en su artículo 7.1 establece que *“las facultades urbanísticas del derecho de propiedad... se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las leyes y en el planeamiento urbanístico”*.

Merece destacar el artículo 38.3 a) que en atención a la mejora de la calidad urbana se establece lo siguiente:

*“Se prohíbe el uso residencial en sótanos y semisótanos”*

y en el b) se indica que *“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 e instalaciones”*.

### **6.- La Ley 9/2002 de la Comunidad Autónoma de Galicia, de 30 de diciembre, de Ordenación urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia (modificada por Ley 15/2004, de 29 de diciembre)**

Esta Ley contiene especiales prescripciones sobre aprovechamientos y aparcamientos públicos y privados.

En primer lugar, el artículo 46.6 dispone que *“para la determinación de la superficie 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 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”.*

## **7.- La Ley del Suelo de la Región de Murcia, aprobado su Texto Refundido por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio**

Contiene la típica referencia en su artículo 6 h) de que la competencia de la Administración urbanística se extiende a la regulación del uso del suelo y subsuelo.

Cabe destacar también, sin embargo, que en su artículo 106.h) no sólo determina que los Planes Especiales *“contendrán la previsión de aparcamientos públicos...”* sino que, en particular, prescribe que *“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”.*

Por su parte, el artículo 113, referido a los Planes de Saneamiento, preceptúa:

*“Podrán ser objeto de Planes Especiales de Saneamiento las obras en el suelo y subsuelo que tenga por objeto mejorar las condiciones de salubridad, higiene y seguridad...”.*

El artículo 207, que regula los principios de la intervención administrativa en el uso del suelo y la edificación, establece:

*“La legitimidad de la ejecución de los actos de parcelación, urbanización, construcción y edificación, así como de cualquier otro de transformación o uso del suelo y subsuelo, presupone los siguientes requisitos esenciales:*

- *La vigencia de la ordenación conforme a esta Ley.*
- *La obtención de licencia, orden de ejecución o autorización administrativa del correspondiente proyecto técnico cuando sea exigible”.*

En su artículo 214 a) establece el sometimiento a licencia urbanística para cualquier acto de construcción, reforma o demolición de edificios o instalaciones que se realicen en el suelo o subsuelo.

## **8.- Ley de 25 de junio de 2001, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria**

En esta Ley, Ley 2/2001, de 25 de junio, sólo aparecen tres referencias al subsuelo.

La primera de ellas en el artículo 59.1 que establece que la Comunidad Autónoma podrá formular y aprobar Planes Especiales en desarrollo directo de las previsiones contenidas en el Plan Regional de Ordenación Territorial y en las Normas Urbanísticas regionales... siendo una de las finalidades, f) la *“protección del subsuelo, en especial el que afecte a estructuras y yacimientos arqueológicos”.*

Por su parte, el artículo 183.1 se refiere que tanto en el suelo como el subsuelo todos los actos que en ellos se realicen sujetos a licencia urbanística.

La última referencia al subsuelo la realiza el artículo 194 sobre las obras promovidas por las Administraciones Públicas, que en su apartado primero precisa que:

*“Los actos de edificación, uso del suelo y del subsuelo promovidos por la Administración de la Comunidad autónoma estarán igualmente sujetos a licencia municipal, salvo en los supuestos expresamente exceptuados por norma con rango de ley”.*

## **9.- El Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales de 8 de mayo de 2000 (modificada por Ley 4/2006, de 22 de mayo)**

El Decreto Legislativo 1/2000 de, 8 de mayo que aprobó este Texto Refundido sorprende en primer lugar porque el artículo 1.3 excluye inexplicablemente el término subsuelo del objeto de esta Ley. Indicando que es objeto de esta Ley *“definir el régimen jurídico urbanístico de la propiedad del suelo y vuelo, de acuerdo con la función social”.*

No obstante existen en este Texto legal varias referencias al subsuelo. Así, el artículo 55. b) 3 relativo a las categorías del suelo rústico.

El artículo 59 b) sobre el contenido urbanístico de la propiedad del suelo, establece el deber de respetar los límites que deriven de la legislación aplicable en materia de unidad mínima de cultivo o por razón de la colindancia con bienes que tengan la condición de bienes de dominio público... o en cuyo vuelo o subsuelo existan recursos naturales sujetos a explotación regulada”

En el artículo 164.1 establece la sujeción a licencia municipal todo tipo de actos en el suelo, vuelo y subsuelo.

Finalmente en materia de inspección y disciplina urbanística, artículos 173, 176.1, 178.1 y 180 también hay continuas referencias al subsuelo.

### **10.- La Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Comunidad Autónoma de Navarra**

La antigua y ya derogada Ley Foral 10/1994, de 4 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, modificada por Ley Foral 24/1998, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia de aprovechamiento urbanístico, es el punto de partida de este tema. Así, aquella Ley contenía varios preceptos relacionados con el subsuelo:

El artículo 3.1 i) establecía entre las finalidades y atribuciones de la actividad administrativa en materia de urbanismo “limitar el uso del suelo y subsuelo y de las edificaciones”.

El artículo 22.1. b) en relación a las actividades y usos en suelo no urbanizable permitía las acciones sobre el suelo o en el subsuelo siempre que no impliquen movimientos de tierras.

El artículo 90.1. b) posibilitaba la protección de recintos y conjuntos históricos y del paisaje, de las vías de comunicación, del suelo y subsuelo del medio urbano y rural, mediante la ejecución de Planes Especiales.

El artículo 97 permitía que fueran objeto de Planes de saneamiento los que se refirieran a obras en el suelo y en el subsuelo para mejorar las condiciones de salubridad, higiene y seguridad.

El artículo 221.1 i) sujetaba a licencia las instalaciones que afectasen al subsuelo.

Posteriormente la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo (modificada por las Leyes Forales 2/2004, de 29 de marzo y 8/2004, de 24 de junio), se pronuncia en idénticos términos sin mayores modificaciones al respecto.

### **11.- La Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Normas reguladoras de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Comunidad Autónoma de la Rioja y su precedente**

La Ley 10/1998, de 2 de julio, ya derogada es el punto de partida en este tema y en esta Comunidad. En ella se insertaban también varios preceptos relativos al subsuelo:

El artículo 16.1 relativo a las actividades y usos no constructivos en suelo no urbanizable, contemplaba el subsuelo en sus dos primeros puntos:

- Acciones sobre el suelo o el subsuelo que impliquen movimientos de tierra, tales como explotaciones mineras...
- Acciones sobre el suelo o subsuelo que no impliquen movimientos de tierras, tales como aprovechamientos agropecuarios, pastoreo...

El artículo 57 f) establecía una de las determinaciones que debe contener el Plan General Municipal en suelo urbano consolidado *“Trazado y características de la red viaria pública, con señalamiento de alineaciones y rasantes para el suelo urbano no sujeto a Plan Especial y previsión de aparcamientos públicos y privados que podrán localizarse incluso en el subsuelo de los sistemas viarios y de espacios libres siempre que no se menoscabe el uso de estos sistemas”*.

En su artículo 76.1 b) señalaba una de las finalidades de los Planes Especiales. *“Protección de recintos y conjuntos históricos-artísticos y protección del paisaje, de las vías de comunicación del suelo y del subsuelo...”*.

El artículo 179.1.2 exigía previa licencia municipal para *“los actos de uso del suelo y del subsuelo, tales como parcelaciones urbanas, los movimientos de tierras, las obras de nueva planta...”*

El artículo 183.1 precisaba que *“los actos de edificación y uso del suelo y del subsuelo promovidos por las Administraciones públicas estarán igualmente sujetos a licencia municipal, salvo las obras públicas de interés autonómico”*.

Su artículo 193 definía la parcelación urbanística como *“toda división o segregación simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes, cuando tenga por finalidad la realización de actos de edificación o uso del suelo o del subsuelo sometidos a licencia urbanística”*

En su artículo 198, dedicado a la disciplina urbanística, comenzaba su regulación con el supuesto de la realización de algún acto de edificación o uso del suelo o del subsuelo sin licencia u orden de ejecución, en cuyo caso el Alcalde dispondrá la paralización inmediata.

La muy reciente Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Normas Reguladoras de Ordenación del Territorio y Urbanismo modificada por Ley 11/2006, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas del año 2006, no supone tampoco grandes aportaciones en esta materia.

## **12.- Comunidad Autónoma de Aragón**

La Ley urbanística de Aragón, Ley 5/1999, de 25 de marzo, modificada por Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes de Política de Vivienda Protegida, contiene varios artículos referentes al subsuelo:

El artículo 47 establece los módulos mínimos de reserva de aparcamiento que habrán de respetar los Planes Parciales, por cada 85 metros cuadrados de superficie construida residencial y 100 metros cuadrados de superficie construida industrial y de servicios,

estableciendo en su apartado 1. c) *“Una plaza de aparcamiento, debiendo localizarse, al menos, la cuarta parte de las plazas resultantes en espacio de uso público, incluidos el subsuelo de redes viarias y espacios libres, siempre que no se menoscabe el uso de los mismos”*.

El artículo 172 sujeta a licencia urbanística todos los actos de edificación y uso del suelo y del subsuelo, tales como las parcelaciones urbanísticas, los movimientos de tierra, etc., estableciéndose en su último inciso:

*“Cuando los actos de edificación y uso del suelo se realizaren por particulares en terrenos de dominio público, se exigirá también la licencia, sin perjuicio de las autorizaciones o concesiones que sea pertinente otorgar por parte del ente titular del dominio público”*.

Asimismo el artículo 177 establece que los actos de edificación y uso del suelo y subsuelo que se promuevan por parte de la Administración de la Comunidad autónoma estarán igualmente sujetos a licencia municipal.

En el artículo 178 se define la parcelación urbanística, de forma análoga a la Ley riojana como *“toda división o segregación simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes, cuando tenga por finalidad permitir o facilitar la realización de actos de edificación y uso del suelo o del subsuelo sometidos a licencia municipal”*.

Por último en el artículo 202 en materia de *“protección de la legalidad”* establece el sometimiento y control de la legalidad en todos los actos que se realicen en el subsuelo e igualmente en los artículos que se dedica al régimen sancionador también hay varias referencias al subsuelo.

### **13.- Islas Baleares**

En la Ley 6/1999, de 3 de abril de Directrices de Ordenación Territorial y de medidas tributarias de las Islas Baleares, el subsuelo es objeto de escasa atención. La Ley 14/2000, de 21 de diciembre, de Ordenación Territorial no hace mención alguna sobre nuestro tema.

En la Ley 6/1999, de 3 de abril encontramos una primera referencia en su artículo 74.3 sobre criterios de ubicación e integración de las infraestructuras de telecomunicación, tanto las existentes como las de nueva creación, que deben establecerse en el Plan Director Sectorial de Telecomunicaciones de las Islas Baleares y que expresamente obliga a que los tendidos de distribución telefónica futuros sean subterráneos en el suelo rústico y a que el Plan Director Sectorial establezca las condiciones de enterramiento de las redes telefónicas ya existentes en el suelo rústico.

Las otras dos menciones se incardinan dentro del Anexo I, entre las definiciones de las actividades reguladas en la *“Matriz de Ordenación del Suelo Rústico”*, y así define:

- Actividades extractivas: *“Son actividades encaminadas a la extracción de los recursos minerales en explotaciones a cielo abierto o en el subsuelo...”*

- Infraestructuras: *“Son un conjunto amplio de instalaciones superficiales, subterráneas o aéreas, de carácter local o supramunicipal con alternativas de localización restringidas, necesarias para la creación y el funcionamiento de una organización cualquiera”*.

A pesar de las puntuales e intrascendentes referencias a lo subterráneo en la vigente legislación, la anterior Ley 10/1990, de 23 de octubre de Disciplina Urbanística sí constata la necesidad de su regulación en su artículo 2.12 relativo a los actos sujetos a licencia, entre los que incluía *“Las instalaciones subterráneas dedicadas al aparcamiento, actividades industriales, mercantiles o profesionales, servicios públicos o de cualquier uso al se destine el subsuelo”*.

#### **14.- Comunidad Autónoma de Extremadura**

La ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial modificada por Ley 6/2002, de 27 de junio, de Medidas de apoyo en materia de autopromoción de viviendas, accesibilidad y suelo, reproduce la Ley castellano-manchega. Así, hace varias referencias al subsuelo, iniciándose en su Disposición Preliminar con la definición de suelo como “el recurso natural tierra o terreno utilizado y el artificial construido para la materialización del aprovechamiento urbanístico”, añadiendo dos precisiones importantes:

- *“En cuanto objeto de ordenación y aprovechamiento, el suelo comprende siempre, junto con la superficie, el vuelo y el subsuelo preciso para realizar dicho aprovechamiento o proceder a su uso”*.

- *“Cuando la ordenación territorial y urbanística no atribuya aprovechamiento urbanístico al subsuelo, éste se presume público”*.

Por su parte, el artículo 14.1.1 d), dentro de los deberes generales que forman parte del contenido urbanístico legal del derecho de propiedad del suelo, se establece la obligación de:

*“Respetar las limitaciones que deriven de la legislación administrativa aplicable por razón de la colindancia con bienes que tengan la condición de dominio publico natural, en los que estén establecidos obras o servicios públicos o en cuyo vuelo o subsuelo existan recursos naturales sujetos a explotación regulada”*.

También entre los gastos de urbanización, se incluye en el artículo 127.1 a), el coste de las obras de vialidad, *“la construcción de las canalizaciones para servicios en el subsuelo de las vías o de las aceras”*.

El artículo 180 relativo a los actos sujetos a licencia de obras, edificación e instalación, incluye *“las instalaciones que se ubiquen en o afecten al subsuelo”*.

El artículo 198.2 e) establece como infracción territorial y urbanística grave: *“En todo caso, los movimientos de tierra y extracciones en el subsuelo no amparados por licencia o, en su caso, calificación territorial o autorización de la Administración competente cuando proceda”*.

Por último, en la Disposición Transitoria Primera, apartado cuarto, se prevé que:

*“Hasta que los Planes de Ordenación Urbanística no se adapten a esta Ley, el régimen urbanístico del subsuelo será el que resulte de la ordenación por ellos establecida”.*

## **15.- Comunidad Autónoma del Principado de Asturias**

La ley 3/2000, de 19 de abril, de Régimen del Suelo y Ordenación Urbanística es la base de la legislación actualmente vigente aunque formalmente derogada por el Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, modificada por la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos de 2005 y por Ley 2/2004, de 29 de octubre, de Medidas urgentes en materia de suelo y vivienda y Ley 11/2006, de 27 de diciembre, de Medidas presupuestarias, administrativas y tributarias para el Presupuesto de 2007.

Contiene, a diferencia de los textos anteriores diversas referencias sobre el subsuelo:

Así, en el artículo 1 párrafo segundo se indica:

*“Por actividad urbanística en el Principado de Asturias se entiende la que tiene por objeto la organización, dirección y control de la ocupación y utilización del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, su transformación mediante la urbanización, la edificación y la rehabilitación del patrimonio inmobiliario, así como la protección de la legalidad urbanística y el régimen sancionador”.*

En su artículo 20 exige en el apartado 2 b) como dato necesario respecto a la finca de que se trate, entre otros, el siguiente dato:

*“El uso del suelo, la altura, el volumen y la situación de la edificación, la ocupación máxima de la parcela y el aprovechamiento del subsuelo”.* Este dato es exigido para expedir certificaciones urbanísticas.

Por su parte en el artículo 36.2 relativo a los deberes derivados de la normativa sectorial, precisa: *“El suelo estará sujeto, con independencia de su clasificación urbanística, a las vinculaciones derivadas de la legislación en materia de costas, aguas, infraestructuras y demás normas sectoriales que incidan sobre el uso de los terrenos”.*

El artículo 47.2 h) contiene una de las determinaciones de carácter general que deberán contener los Planes Generales:

*“Previsiones respecto de los bienes y obras de dominio público, así como las áreas de protección y servidumbre que les sean propias, conforme a su legislación reguladora. En especial, señalamiento de los usos e intensidades de los bienes demaniales, así como la compatibilidad de usos distintos previstos para el subsuelo y vuelo”.*

También se ha de añadir “el saneamiento urbano” como posible objeto de los Planes Especiales y en su artículo 55 y la regulación de los “Estudios de implantación” en el artículo 59 para completar las determinaciones del Plan General en suelo no urbanizable.

Finalmente, en el artículo 105 sobre gastos de urbanización que deben ser sufragados por los propietarios afectados, se incluyen en el apartado 1. a) el coste de las obras de viabilidad, saneamiento, redes de abastecimiento de agua y de los demás servicios.

Especial mención merece en nuestro trabajo por lo cerca que la encontramos en su aplicación es la **Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía.**

Esta Ley contiene múltiples referencias al tema del subsuelo, recogiendo muchos aspectos contenidos en otras legislaciones autonómicas, aunque sí podemos indicar que mantiene la línea iniciada por la legislación autonómica castellano-manchega y seguida también, como ya hemos indicado, por la extremeña.

No fue ésta la situación inicial sino que evidentemente ha ido cambiando de tratamiento en los distintos Proyectos que de la Ley han salido a la luz pública. Así, podemos comprobar que en el anteproyecto de Ley Territorial y Urbanística de Andalucía, de 30 de noviembre de 2001 no se contenía regulación expresa del uso del subsuelo y por el contrario sí aparece como una importante novedad en la redacción del Proyecto de Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, publicado en el Boletín Oficial del Parlamento Andaluz, de 3 de abril de 2002 que prácticamente sigue la actual Ley de Ordenación Urbanística de nuestra Comunidad.

Veamos en detalle su regulación:

En su artículo 1 establece que la Ley tiene por objeto la regulación de la actividad urbanística y el régimen de utilización del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Esta definición resulta especialmente novedosa al incluir en el objeto de la Ley el vuelo y el subsuelo. Esta novedad viene a recoger la tesis constante de la Doctrina y la Jurisprudencia y de algunas legislaciones urbanísticas contemporáneas, como ya hemos visto, respecto a que la ordenación urbanística del suelo ha de comprender no sólo la ordenación de la superficie y del vuelo, lo cual resulta claro, como también hemos visto, en las tradicionales definiciones de la legislación urbanística, sino también la del subsuelo.

El artículo 49 relativo a los principios generales del régimen urbanístico legal de la propiedad del suelo, dispone en su apartado tercero “*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 las 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 atribuido al mismo por el instrumento de planeamiento”.*

Continúa diciendo:

*“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”.*

De la lectura conjunta de estos preceptos se deducen las siguientes conclusiones:

1. Que el subsuelo que se declare susceptible de aprovechamiento urbanístico, seguirá el régimen urbanístico aplicable al suelo y al vuelo, de conformidad con lo que establezca en el correspondiente instrumento de ordenación. En consecuencia el propietario del suelo lo será también de este subsuelo susceptible de aprovechamiento.
2. Que el subsuelo no declarado susceptible de aprovechamiento por el correspondiente instrumento de planificación *“se presume público”*.

El Consejo Económico y Social al informar esta Ley indicó sobre estas conclusiones las siguientes consideraciones:

La conclusión de que la titularidad es pública a partir de aquel lugar en donde su explotación no resulte de interés para el propietario privado porque evidentemente puede ser de gran interés para la implantación de servicios e instalaciones de interés público (transportes urbanos, metro, etc.) como toda presunción admite prueba en contrario relativa a la propiedad de este subsuelo menos próximo a la superficie. Proponía, por tanto, que se eliminase la posibilidad de que el subsuelo, no susceptible de aprovechamiento urbanístico, fuese de propiedad privada.

Efectivamente, la Ley andaluza deja sin determinar si estamos ante una presunción *iuris tantum*, es decir, admite prueba en contrario o si por contra se trata de una presunción *iure et iure*. Si nos inclinamos por esta segunda opción estaríamos en presencia de la llamada demanialización de este subsuelo con todas las críticas, a nuestro entender insuperables, desde el punto de vista de su constitucionalidad.

En segundo lugar, se deja sin determinar si esa naturaleza *“pública”* que se le presume al subsuelo no aprovechable urbanísticamente, es propiedad patrimonial o propiedad demanial. Se ha perdido la ocasión, dice el Consejo, de demanializar el subsuelo no susceptible de apropiación, que hubiera garantizado, sin discusión alguna, la aplicación al mismo del régimen jurídico de especial protección de estos bienes.

En tercer lugar, se indica que no se aclara cuál sea la Administración que se *“presume”* propietaria o titular de este subsuelo, por lo que proponía este Consejo una regulación en la Ley más detallada de dicha titularidad así como aclarar el régimen jurídico de las situaciones preexistentes. Ambas consideraciones no fueron consideradas en el texto final.

A nuestro entender ha de entenderse este subsuelo de titularidad municipal coherente con la titularidad de los suelos donde aquél se proyecta que a su vez debe ser coherente con la titularidad de los suelos de sistemas locales y generales de dotaciones en general que prevea el Planeamiento urbanístico.

Esta regla general puede tener una excepción, al menos: el subsuelo de los Sistemas Locales o generales de titularidad municipal en los que exista una declaración de interés autonómico.

En este sentido la Ley 1/1994, de 11 de enero de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, basada en los principios de planificación, participación, cooperación y coordinación admite si bien la autonomía del Planeamiento urbanístico los necesarios mecanismos de engarce con el Planeamiento territorial, estableciendo para ello determinaciones Normas de aplicación directa y vinculantes para las Administraciones Públicas locales y entre ellas este tipo de declaraciones que no tienen otro objeto que la defensa de intereses supramunicipales como tiene acotado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia.

Encontramos una nueva referencia también al subsuelo en la Ley andaluza, en su artículo 113.1 a) relativo a los gastos de urbanización, que incluye entre ellos, y entre las obras de vialidad, la construcción de las canalizaciones para servicios en el subsuelo de las vías o de las aceras.

Y en su artículo 168.1 a), en materia de Disciplina urbanística, se habilita a la Administración con la potestad de *“intervención preventiva de los actos de edificación o construcción y uso del suelo, incluido el subsuelo y el vuelo, en las formas dispuestas en esta Ley”*.

El artículo 169 incluye genéricamente al subsuelo en todos los actos sujetos a licencia urbanística municipal. Así, dispone:

*“Están sujetos a previa licencia urbanística municipal, sin perjuicio de las demás autorizaciones e informes que sean procedentes con arreglo a esta ley o a la legislación sectorial aplicable, los actos de construcción o edificación e instalación y de uso del suelo, incluidos el subsuelo y vuelo...”*

*“Están también sujetos a previa licencia urbanística municipal los actos de construcción, edificación y uso del suelo o subsuelo que realicen los particulares en terrenos de dominio público, sin perjuicio de las autorizaciones o concesiones que deba otorgar la Administración titular de dicho dominio”*.

Se alude también al subsuelo en el artículo 172. 1ª) *“la solicitud definirá suficientemente los actos de construcción o edificación, instalación y uso del suelo y del subsuelo que se pretenda realizar...”*

Y el artículo 177 posibilita la inscripción en el Registro de la Propiedad de algunos actos administrativos, indicando su letra f) *“la suspensión de actos de construcción o edificación,*

*instalación de uso del suelo, del vuelo o del subsuelo, que se ejecuten, realicen o desarrollen sin licencia u orden de ejecución o contraviniendo las condiciones señaladas en una u otra”.*

El artículo 179 incluye el subsuelo, entre los actos y usos del suelo susceptible de inspección urbanística, y no el vuelo, que sin embargo, si incluye en el artículo 180.1, en materia de visitas y de inspección, quedando redactado este párrafo de esta manera:

*“Toda parcelación, urbanización, construcción o edificación e instalación o cualquier otra de transformación o uso del suelo, del vuelo o del subsuelo podrá ser visitada a efectos de inspección en las ocasiones que se estimen oportunas...”*

En el artículo 181.1 sobre adopción por el Alcalde de la medida cautelar inmediata de *“suspensión de las obras o cese del acto o uso en curso de ejecución, realización o desarrollo, así como del suministro de cualquier servicio público, en supuestos de actos o uso que se estén realizando sin la preceptiva licencia, aprobación u orden de ejecución o contraviniendo las condiciones de las mismas”.*

Por su parte el artículo 193.1 relativo a las personas responsables de las infracciones urbanísticas, vuelve a incluir la cláusula residual *“cualquier otro acto de transformación o uso del suelo, del vuelo o del subsuelo”*, al definir los actos susceptibles de infracción, globalizando con esta fórmula todos los posibles actos y usos urbanísticos.

El artículo 207.3 a) ratifica este tema. Este artículo tipifica como infracción grave. *“La ejecución, realización o desarrollo de actos de parcelación urbanística, urbanización, construcción o edificación e instalación o cualquier otro de transformación de uso del suelo o del subsuelo, que estando sujeto a licencia urbanística o aprobación, se ejecuten sin la misma, o contraviniendo sus condiciones...”*

Finalmente en el apartado segundo de la Disposición Transitoria Primera, se indica: *“Hasta que los Planes de Ordenación Urbanística se adapten a esta Ley, el régimen urbanístico del subsuelo será el que resulte de la ordenación por ellos establecidas”.*

Hasta aquí un repaso a las distintas normativas autonómicas vigentes en materia de subsuelo, procederemos a continuación siguiendo a ZABALA HERRERO a una valoración de estas regulaciones. Como indica esta experta jurista en la materia que tratamos, *“cronológicamente no sólo se evidencia la importancia que ha ido adquiriendo el subsuelo urbano, sino que también se van poniendo de manifiesto los problemas existentes en relación al mismo, deducibles de las soluciones normativas contenidas en las distintas legislaciones”.*

A continuación se destacan las mejores aportaciones de las distintas regulaciones:

**1.-** La Ley Castellano-manchega introdujo una cláusula residual consistente en la presunción del carácter público del aprovechamiento urbanístico del subsuelo, cuando éste no venga atribuido por la ordenación territorial y urbanística.

Esta cláusula ha tenido, lo que se ha denominado el “efecto dominó”, reproduciéndose en las legislaciones canaria, extremeña y andaluza.

Si bien hay que indicar que esta cláusula no ha estado exenta de polémica sobre todo desde el punto de vista de su constitucionalidad. A ello también nos dedicaremos más tarde.

**2.-** Prácticamente todas estas legislaciones que hemos ido analizando prevén que en tanto se produzca la adaptación de los Planes de Urbanismo a la nueva Ley, la regulación del subsuelo será exclusivamente la contenida en la ordenación aprobada.

**3.-** La Ley de Castilla y León, marca también su impronta, con otra norma de aplicación general, sobre calidad urbana, prohibiendo el uso residencial en sótanos y semisótanos y limitando el aprovechamiento del subsuelo al máximo del 20% del permitido sobre rasante, salvo para aparcamientos o instalaciones.

**4.-** Por su parte, la Ley madrileña, exige unidad mínima en cualquier acto de uso, urbanización, instalación, construcción y edificación del suelo- exista o no planeamiento, que se realicen en el sobre o bajo una superficie, que sea apta para la edificación, parcela mínima o solar.

**5.-** La Ley catalana aporta como importante novedad, una regulación exhaustiva de los usos del subsuelo, conteniendo el sometimiento expreso al Planeamiento urbanístico y la vinculación del subsuelo a las servidumbres administrativas necesarias para la prestación de servicios públicos o de interés público, salvo incompatibilidad con el uso del inmueble privado sirviente, según su aprovechamiento, en cuyo caso, procederá la expropiación. Igualmente se condiciona el uso del aprovechamiento urbanístico del subsuelo a la preservación de riesgos, de restos arqueológicos declarados de interés y de acuíferos clasificados, según la respectivas legislación sectorial.

**6.-** Finalmente, en cuanto al Planeamiento, la Ley catalana, de un lado, amplía los posibles instrumentos recomendados para la regulación del subsuelo y de otro, incorpora la obligación de concretar la ordenación del subsuelo, a través de los Planes de Mejora Urbana, tanto respecto del aprovechamiento privado como el uso del subsuelo, vinculado al uso público o a los servicios públicos.

Veamos a continuación una perspectiva de cuál es el tratamiento que del subsuelo están dándose en algunos Planes de Ordenación Urbanística de los Municipios de nuestro territorio nacional e incluso traemos aquí algunos ya derogados pero que han sido significativos por la impronta que han dejado a la hora de afrontar la regulación del subsuelo:

### III.2.- EN LOS INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO URBANÍSTICO GENERAL Y ESPECIAL

Indicaremos en este apartado algunos Planeamientos que iniciarán su andadura en este tema como el de Madrid y otros más específicos en aquellos supuestos que se dan en su territorio como el caso de Pretel y Granada para detenernos con más exhaustividad en el último aprobado en la Comunidad Autónoma de Andalucía de municipio de gran población, el de Sevilla, de julio de 2006.

#### 1.- Plan General de Ordenación Urbana de Madrid revisado en 1997

Establece dos ideas básicas.

##### - *No cómputo a efecto de edificabilidad:*

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

##### - *Número máximo de plantas:*

La falta de cómputo de edificabilidad no supone una posibilidad ilimitada. El artículo 6.6.1.5 apartado 3 en relación con las “*Plantas inferiores a la baja*” establece 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 correspondientes.*

*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 del 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.”*

#### 2. Plan General de Ordenación Urbana de Martorell (Barcelona) de 1991

A título de ejemplo de la Comunidad Autónoma de Cataluña, el Planeamiento de la ciudad de Martorell, una ciudad de la corona metropolitana de Barcelona y predominantemente industrial.

Este Plan General en su artículo 182 identifica la planta subterránea o sótano como la situada bajo la planta baja tenga o no tenga aberturas.

No se permite en ella el uso residencial ni habitaciones residenciales ni sanitarias. Los sótanos debajo del primero sólo se pueden destinar para aparcamientos, instalaciones técnicas del edificio, cámaras acorazadas o similares.

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

### **3.- Normas Urbanísticas de Pretel (Alicante) de 1985**

Una regulación muy distinta, por razones históricas, nos encontramos en el Planeamiento de esta Ciudad. Nos encontramos en capítulo aparte de estas normas la regulación de la denominada “hipogea”.

Efectivamente como comenta GARCÍA BELLIDO, hay muchas casas-cuevas, las llamadas “hipogea”, que perviven por todo el territorio del centro, sur y levante peninsular, básicamente como habitáculos para el fin de semana y, por tanto, no como vivienda habitual.

Sus variables características y tipologías permiten ser comprensivas de usos residenciales, comerciales, industriales, equipamientos, etc.

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

En cuanto al aprovechamiento urbanístico bajo rasante, estas Normas recogen que el único criterio válido es el de la superficie útil lucrativa o construida pisable.

### **4.- Plan Especial del Albayzín y Sacromonte del PGOU de Granada y Plan General de Ordenación de Carriles**

En este último Planeamiento General se recoge para este tipo de construcciones lo siguiente:

*“Además de lo ya establecido, la implantación de la edificación en estas zonas se regirá por las siguientes condiciones:*

*25.5.1.- Las nuevas edificaciones no podrán ocupar el conjunto de espacios sin edificar, accesos o áreas del cerro superior que afecten a más de una cueva o espacios de expansión comunes cuevas o edificaciones de distinta propiedad.*

25.5.2.- *Salvo que se trate de actuaciones de los mismos propietarios, las nuevas edificaciones no podrán ocupar áreas que afecten a las cuevas existentes ni a los recintos a ellas vinculados, entendiéndose por tales, sus accesos, placetas, cerros o estaciones bajo los que se desarrollan aquéllas.*

25.5.3.- *Las nuevas intervenciones deberán respetar anchos mínimos de 3 m. para recorridos peatonales y 6 m. para pasos de vehículos.*

25.5.4.- *No podrán realizarse intervenciones edificatorias en zonas que no cuenten con posibilidad de acceso de vehículos sin discurrir sobre otras cuevas o sobre otras propiedades, salvo que expresamente tales accesos sean definidos por un Estudio de Detalle y cedidos al Ayuntamiento para su incorporación al sistema viario público.*

25.5.5.- *La altura máxima en estas zonas será de dos plantas y el uso residencial unifamiliar, respetándose en cualquier caso las condiciones generales y particulares de la edificación en las ordenanzas.*

*Las dimensiones mínimas de los espacios libres no serán inferiores a la altura de la edificación circundante.”*

En este sentido recogemos aquí las conclusiones del “Informe de la Comisión Técnica de normativa y marco legal del proyecto Eurocuevas”, de 12 de enero de 2007, en el que como decimos después de indicar la no existencia de una regulación sobre las cuevas en la ordenación urbanística concluye la especial y necesaria atención en ámbito constructivo y de cara a su regulación de materias como excavaciones en proximidad de edificios; distancias mínimas entre cuevas; distancia vertical de otras cuevas; cuevas excavadas bajo calles o plazas, incluso cuando éstas están sujetas a tráfico rodado, etc.

Efectivamente, en el Sur y Levante español han predominado lo que se ha denominado la vivienda troglodita o más comúnmente, cueva. Este tipo de construcción ha tenido una evolución que ha pasado por distintas etapas, algunas de ellas, llegando hasta su total desaparición como tal uso de viviendas debido a su carácter de infravivienda por su comparación a la vivienda usual con todo tipo de servicios, o etapas como la actual en la que se ha dado un salto impresionante, sobre todo en la década de los 90 en la rehabilitación de estas cuevas como consecuencia de la percepción positiva que tiene de ellas la población, y de otra, por la política al respecto desarrollada por los poderes públicos (programas de rehabilitación de las Comunidades Autónomas), llegándose a una revalorización del uso residencial de la cueva y habiéndose producido el tránsito de la consideración de infravivienda a vivienda bioclimática e incrementándose su demanda tanto de vivienda principal como secundaria incluso de uso turístico.

## **5.- Plan General de Ordenación Urbana de Sevilla de 19 de Julio de 2006**

Mención aparte merece también, por su novedad cronológica y por lo de cerca que nos llega este nuevo Plan General que vio la luz hace ya casi dos años y que ya en este primer

periodo de vigencia se han empezado a poner en práctica sus determinaciones y nuevos parámetros, vislumbrándose ya los primeros efectos de sus determinaciones.

Pasemos a ver sus determinaciones más sobresalientes y que podríamos calificar de más singulares por su novedad en esta materia:

El nuevo Plan General de la Ciudad de Sevilla dedica un artículo a la regulación del subsuelo, concretamente se trata del artículo **3.1.2** “*Régimen del subsuelo*” en sede del Título III “*Régimen Urbanístico del Suelo y de las Edificaciones*”, Capítulo I “*Disposiciones Generales*”.

En primer lugar, se hace una manifestación de carácter general en el que se indica que “*el uso urbanístico del subsuelo se acomodará a las previsiones de este Plan, quedando en todo caso, su aprovechamiento subordinado a dos premisas básicas:*

*las exigencias del interés público y en segundo lugar, la implantación de las instalaciones, equipamientos, servicios de todo tipo.*”

Ahora bien, también se recoge en este precepto el postulado general derivado de la necesidad de preservar el patrimonio arqueológico soterrado, como elemento intrínseco del subsuelo, indicando “*que la existencia de este patrimonio delimita el contenido urbanístico de los terrenos y condiciona la adquisición y materialización del aprovechamiento urbanístico atribuido al mismo por el instrumento de planeamiento*”.

Consecuencia de ello, se indica, que “*en el Conjunto Histórico el aprovechamiento subjetivo que tenga el subsuelo, únicamente se genera cuando no existan afecciones derivadas de la protección del patrimonio arqueológico.*”

Se establecen a continuación las siguientes reglas:

- 1.- Estará legitimado para adquirir el aprovechamiento urbanístico atribuido por el planeamiento al subsuelo quién lo esté para el suelo vinculado mismo, sin perjuicio del ajuste de aprovechamientos urbanísticos que deba realizarse.
- 2.- El aprovechamiento del subsuelo no computa a efectos de edificabilidad de un terreno siempre que se destine a aparcamientos, trasteros hasta un máximo de diez (10) metros cuadrados por viviendas, o a instalaciones técnicas propias al servicio del edificio.

En los demás casos, la edificabilidad situada bajo la rasante natural se imputará al cincuenta por ciento (50%).

- 3.- A estos últimos efectos del cálculo del aprovechamiento urbanístico, la edificabilidad computable del subsuelo tendrá un coeficiente reductor del 50% del que corresponda aplicar sobre rasante al uso que se destine. No obstante, cuando la dotación de aparcamientos venga exigida por el planeamiento, no se imputará como aprovechamiento urbanístico.

4.- En el suelo urbano no consolidado y en el urbanizable, la cesión obligatoria de los terrenos destinados a usos públicos por el planeamiento conlleva igualmente la cesión del subsuelo a él vinculado. No obstante, en el caso de suelo urbano consolidado, el propietario titular de un terreno con la calificación de uso y dominio público, podrá ceder de forma gratuita a la Administración como finca independiente el suelo y el vuelo de la parcela, y retener la titularidad dominical del subsuelo como finca independiente, siempre que se cumplan, a su vez, dos requisitos:

- a) que el subsuelo se destine para **aparcamiento de residentes**, siempre que las condiciones de la parcela así lo posibiliten, bien por sí misma o por agrupación con el subsuelo de las colindantes de su titularidad. La viabilidad de la implantación del aparcamiento será objeto de informes por los Servicios Técnicos Municipales. Y de admitirse,
- b) corresponderá al propietario el deber de conservación del espacio público sobre la rasante.

Como particularidad se establece que en las zonas ajardinadas que, a la entrada en vigor del Plan General, sean de titularidad privada vinculada a la parcela común que da soporte a la edificación en zonas de manzana cerrada o en edificación abierta, cuando no estén identificadas como Actuación Simple de Espacio Libre, no será preciso su expropiación debiendo asegurarse su acceso general al público y pudiendo ser destinados a usos de esparcimientos sin edificación en interés de los residentes, y ser objeto de utilización el subsuelo con destino a aparcamientos.

El Plan General de Sevilla recoge además, como hemos visto que otros ya lo hacen, la declaración general de que *“están sujetos a previa licencia municipal los actos de uso y construcción del subsuelo, ya sea de carácter permanente o provisional que implique o requiera alteración de las rasantes de los terrenos o de los elementos naturales de los mismos, la modificación de sus linderos, el establecimiento de nuevas edificaciones, usos e instalaciones o la modificación de los existentes”* (artículo 4.7.3 del Plan General de Sevilla).

Igualmente se declara que estos actos de uso y edificación quedan sujetos a las potestades administrativas de disciplina urbanística, artículo 4.7.1 y 4.7.5, indicando que los actos de esta naturaleza que se realicen sin licencia o sin ajustarse a sus determinaciones darán lugar a las medidas de protección de la legalidad urbanística y disciplinaria previstas en la legislación vigente.

Se declara, asimismo, que los Proyectos de Urbanización podrán recoger las determinaciones de adaptación o ajustes que sean necesarias y exigidos para la propia ejecución material de las obras en atención a las características del subsuelo.

Se recogen también en este Plan General Disposiciones Generales para la ordenación del subsuelo en los Servicios urbanos de las obras de urbanización.

Finalmente este Plan General recogiendo un precepto ya introducido en el Plan General anterior, de 1987 mediante una modificación puntual aprobada en 1995 introduce lo siguiente (art. 6.7.2 ap. 5):

*“En los suelos de dominio y uso público, el Ayuntamiento titular de los mismos, podrá, a través de Planes Especiales, realizar una división del dominio público de forma que el plano superior situado sobre la rasante esté destinado a equipamiento de dominio público, mientras que las superficies bajo rasante sean destinadas a aparcamientos públicos si bien pudiéndose gestionar estas como un bien patrimonial”*

Se trata de reconocer la posibilidad de alteración jurídica de bienes municipales de bien demanial a patrimonial- a través de Planes Especiales.

Precepto que consideramos de especial importancia por lo que supone de regulación y de flexibilización en el régimen jurídico de utilización.

#### **IV.- ALGUNAS CUESTIONES QUE SE PLANTEAN SOBRE LA RELACIÓN ENTRE EL SUSBSUELO Y EL PLANEAMIENTO**

Las cuestiones que merecen nuestra atención son las siguientes:

##### **1.- La discrecionalidad del planificador en la regulación del subsuelo**

Se plantea si puede un Plan anular el aprovechamiento del subsuelo.

La respuesta tiene que ser afirmativa dado el binomio Ley-Plan que rige el estatuto de la propiedad urbanística y de otro, la discrecionalidad del planificador. Así opina FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ para quien *“el derecho del propietario llega hasta donde la Ley y el Plan dicen y de ahí no puede pasar. Hasta ahí debe llegarse también en todo caso si el Plan así lo impone. Nada puede hacerse, continúa diciendo, si el Plan no lo permite; todo lo que el Plan establece debe ser ejecutado de sus propios términos”*.

Sin embargo, es obvio que hasta la fecha, prácticamente, ni la Ley ni el Plan se han ocupado del subsuelo, salvo cuando aparecía conectado al suelo.

Independientemente de que pueda llegarse a justificar este vacío de planeamiento, siguiendo a CUESTA REVILLA, hay que indicar que, en todo caso, el planificador del subsuelo verá limitada su discrecionalidad a la hora de actuar, por varias vías:

- Los estándares urbanísticos, como criterios materiales de ordenación que los Planes están obligados a respetar en todo caso.

- Las normas de directa aplicación que, exista o no planeamiento, prevalecen sobre las determinaciones de éste (por ejemplo el artículo 138 del TRLS 92, de carácter básico, que exige que las construcciones se adapten al ambiente en que estuvieran situadas).
- Por último, también constituyen limitaciones a la libertad planificadora en el subsuelo, sancionadas jurisprudencialmente, las modificaciones que puedan plantearse en la clasificación del suelo y de las calificaciones urbanísticas, sobre todo en espacios libres y zonas verdes.

Así pues, mantiene ZABALA HERRERO que se puede concluir que el esquema general que coarta la potestad discrecional del planificador en materia de subsuelo es prácticamente el mismo que el que obliga en superficie, y nada podrá hacerse para que se incluya más o menos aprovechamiento o se modifique el cómputo, dejando siempre a salvo el derecho de participación ciudadana en la elaboración del planeamiento.

## **2.- ¿Qué regulación es aplicable al subsuelo en ausencia de planeamiento?**

Otra cuestión que se nos plantea en este tema es si se puede afirmar que aunque no exista Plan de Ordenación, toda porción de terreno del territorio nacional debe tener una regulación básica, que sin duda partirá de la legislación urbanística, aplicable también al subsuelo.

Efectivamente esto es así, no existe, pues, problema alguno cuando la situación la regula expresamente la legislación urbanística autonómica, o bien cuando existan normas de aplicación directa.

El problema radica cuando la legislación de la Comunidad Autónoma de que se trate no haya previsto en su legislación urbanística alguna solución.

Mantiene de nuevo y siguiendo a ZABALA HERRERO que en este caso hay que acudir a la legislación estatal en aquellos preceptos que sean de aplicación a esta institución.

Es una conclusión lógica no se puede justificar una ausencia de fuentes en la materia.

## **3.- ¿Qué ocurre con el subsuelo ante la imprevisión del Planeamiento General?**

Esta es una tercera cuestión que se ha planteado en este tema y que incluso ha tenido su respuesta en algún respaldo en el orden jurisdiccional. ¿Qué ocurre cuando hay una imprevisión de regulación en el Planeamiento General?.

Según la doctrina del Tribunal Supremo hay algunos precedentes jurisprudenciales que posibilitan que pueda existir algún aprovechamiento en el subsuelo urbanístico aunque sus usos no estuviesen previstos en el planeamiento, siempre y cuando éstos no estuviesen prohibidos.

Si bien hoy algunos autores, entre ellos ZABALA HERRERO que contradicen esta opinión y mantienen que sólo es posible la materialización del aprovechamiento del subsuelo siempre que esté previsto por el planeamiento general, porque así lo disponen las reglas del urbanismo.

Por su parte, NIETO GARCÍA, más acorde con los planteamientos jurisprudenciales mantiene en general que *“El silencio de la Ley y de los Planes no puede significar en modo alguno un obstáculo para realización de usos en el subsuelo. Porque, dice, si las leyes van detrás de los acontecimientos y de las necesidades sociales, los operadores jurídicos están obligados a dar respuesta inmediata a tales exigencias y respuestas progresivas sin escudarse en el silencio de las leyes y sin acudir tampoco a instrumentos extraordinarios y singulares, que pueden degenerar en privilegios y corruptelas intolerables”*.

#### **4.- El Plan Especial como instrumento de ordenación del subsuelo**

Este instrumento de Planeamiento de desarrollo es el que se configura como instrumento de planeamiento más idóneo para regular el subsuelo. Así, lo han venido recogiendo algunas legislaciones autonómicas.

La cobertura legal la inició el artículo 76.1 del Reglamento de Planeamiento, en desarrollo de la previsión de la LS76 y posteriormente el artículo 84 del TRLS92.

De la evolución de esta figura de planeamiento de desarrollo en la ordenación del subsuelo, se puede deducir los siguientes requisitos:

- Es necesario que el Planeamiento General contenga al menos la ordenación básica, aunque después se remita a un Plan Especial para su concreción.
- En todo caso, el Plan Especial, está sometido jerárquicamente a sus instrumentos superiores, sin que pueda contradecirlos.
- Sólo excepcionalmente, los Planes Especiales pueden existir en ausencia de Planeamiento General. No pueden clasificar suelo, pero sí limitar sus usos.

Podemos concluir que es la figura idónea para la ordenación subterránea porque tiene sustantividad propia y permite mayor flexibilidad que el Planeamiento General, en las operaciones de intervención que requiere el subsuelo

**5.-** Finalmente trataremos un tema no exento de polémica y relacionado con la **cláusula residual de la demanialización del subsuelo** que han incluido en su articulado algunas legislaciones autonómicas, como la extremeña, castellano-manchega y la andaluza.

Es ésta como decimos, una cuestión muy debatida y no exenta de polémica.

Las posturas **a favor** y sus razones pueden sistematizarse de la forma siguiente:

1.- Razones medioambientales: el subsuelo constituye un recurso natural escaso que debe ser objeto de una planificación y de usos racionales. Además, indican, tiene una vocación pública, ya que su destino debe afectarse a equipamientos e infraestructuras de interés público. GARCÍA BELLIDO indica que las actuaciones en el subsuelo conllevan un importante impacto en el entorno, que podrían catalogarse de actuaciones especiales, indicando una serie de efectos nocivos y peligrosos causados por la utilización “a ciegas” del subsuelo y el abuso de su sobreexplotación que ya ha empezado a plantear serios problemas.

2.- La teoría del interés real como límite de los derechos de los propietarios del subsuelo no es suficiente para delimitar el posible uso del suelo, ante los avances tecnológicos, que permiten aprovechamientos privados de gran profundidad. El límite podría imponerse legalmente, demanializando el subsuelo a partir de una determinada profundidad, lo que dicen, proporcionaría seguridad jurídica y control de la utilización racional del uso del subsuelo.

3.- El artículo 128.1 de CE que establece la función pública que cumple la riqueza del país. Dice este artículo:

*“Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”.*

4.- El artículo 47 de CE que obliga a las Administraciones Públicas a participar en las plusvalías urbanísticas por ellas generadas.

ROCA CLADERA interpreta este precepto como un deber constitucional que asiste a la comunidad de apropiarse del aprovechamiento urbanístico del suelo y del subsuelo. Entendemos con ZABALA HERRERO que se está refiriendo a participación en esos aprovechamientos.

5.- Según PAREJO ALFONSO, defensor de esta postura, la Doctrina del Tribunal Constitucional avala una posible demanialización del subsuelo. Parte de la garantía del derecho de propiedad que establece el artículo 33.2 de CE. Sin embargo dicha garantía se relativiza ante otras determinaciones constitucionales expresas: artículos 128.1 y 45.2 (deber de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales), que hacen congruente que el artículo 132 de CE excluya de la apropiación privada a determinados bienes, bienes que determinará con precisión el legislador ordinario y que quedarían en situación de extra *commercium*. De ello deduce que la significación del dominio público del artículo 132 de CE no es la idea de la apropiación de bienes sino la exclusión del tráfico jurídico ordinario y así el dominio público representa una línea divisoria de carácter general, determinante de la clasificación de los bienes o las cosas en susceptibles de apropiación de propiedad privada y los que no, con lo cual no sólo considera esta doctrina constitucional compatible con la regulación del Código civil, sino que siguiendo la doctrina civilista, concluye que, en la actualidad, la relación parece haberse invertido y la prioridad corresponde al dominio público, siendo subsidiario el privado.

**6.-** Otro autor defensor de esta postura es LÓPEZ RAMON, que considera que el dominio público es la técnica adecuada para proteger determinados bienes frente a la inoperancia de la legislación urbanística; en definitiva, ante el agotamiento del modelo legal.

**En contra** de la demanialización del subsuelo se utilizan los siguientes argumentos:

**1.-** El artículo 132.2 de CE, que establece que son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y además, relaciona una serie de bienes que, en todo caso, tienen carácter demanial. Pues bien, dicha relación sólo afecta sectorialmente a aguas y costas y además es una lista restrictiva, tal como advierte CHINCHILLA MARIN que indica:

*“que aunque la lista aparentemente es ejemplificativa, la intencionalidad del precepto fue enumerar sólo bienes muy especiales y de importancia excepcional- y prueba de ellos es que hubo propuestas de añadir a la lista otros bienes como las riberas de los ríos o las aguas continentales, que fueron rechazadas”.*

En este mismo sentido se expresa el TC en STC 227/1988, de 29 de noviembre, indicando que *“el artículo 132 de CE ofrece una clara pauta interpretativa para determinar los tipos de bienes que al legislador estatal corresponde demanializar si así lo estima oportuno en atención a los intereses generales...”*.

Por tanto, la CE no sólo no relaciona al subsuelo como categoría genérica demanial sino que si conforme a la interpretación de la doctrina del TC, tal lista ha de servir de pauta a la hora de determinar la conveniencia de la demanialización de una categoría de bienes, nada hace pensar que haya surgido un nuevo interés general distinto al que ya existía respecto al subsuelo en el año 1978, que justifique su publicación.

**2.-** Las características definitorias del dominio público según Doctrina del TC, contemplada en las STC 227/1988, de 29 de noviembre y STC 149/1991, de 4 de julio sobre las leyes de aguas y de costas. CUESTA REVILLA las resume así: el bien de dominio público es ante todo res extra *commercium* y las finalidades que puede perseguir son tres:

- Disciplinar el uso de determinados bienes, garantizándolo frente a posibles usurpaciones.
- Fortalecer la posición de la Administración respecto de determinados bienes, como son los bienes de servicio público.
- Crear un título de intervención administrativa eficaz sobre el tráfico de algunos bienes, de forma que quede asegurado el control de la Administración sobre los mismos.

Por tanto, cualquier finalidad constitucionalmente legítima no puede convertirse en motivo de afectación, sino que tal facultad demanializadora tiene límites, como el derecho a la propiedad privada o a la libertad de empresas, límites que también reconoce el Tribunal Constitucional en las citadas sentencias cuando advierte que tal facultad:

- a) No puede ejercitarse desproporcionadamente, con sacrificio excesivo e innecesarios de los derechos de los particulares.
- b) No puede ser utilizada para situar fuera de comercio cualquier bien o género de bienes si no es para servir de este modo a finalidades lícitas que no podrían ser atendidas eficazmente con otras medidas.

En coherencia con este argumento, indica ZABALA HERRERO, que la doctrina mayoritaria entiende que la legislación urbanística ofrece instrumentos urbanísticos suficientes para una correcta ordenación territorial del subsuelo y que, por tanto, pueden conseguirse las mismas finalidades que persigue la demanialización sin necesidad de que ésta se lleve a cabo.

3.- Otra parte de la Doctrina, como GARCÍA ENTERRIA y NIETO GARCÍA utiliza como argumento analógico el del espacio aéreo, al que la Doctrina le atribuye una naturaleza de *res communis omnium*. En opinión de GARCÍA ENTERRIA, el TC considera al espacio aéreo como un bien afecto a todos y necesitados de una regulación pública para hacer compatible ese uso común de modo que unos excluye a otros. Por su parte, NIETO GARCÍA, refiriéndose al aire, afirma que “*no es sino cosa que carece de dueño, sea res nullius o communis omnium*”. Estos argumentos son válidos para atribuir la misma naturaleza jurídica al subsuelo, además, el artículo 132 de CE no relaciona expresamente ni al espacio aéreo ni al subsuelo y en principio ninguno de ellos está afectados a uso o servicio público alguno.

4.- MENENDEZ REXACH utiliza la tendencia de los últimos años hacia la “patrimonialización de los tradicionales bienes de dominio público”, que como advierte este autor son debidos no al aumento de la relevancia jurídica de los bienes patrimoniales, sino a su papel como fuente de financiación de las Entidades Públicas, argumento que nos vale para apreciar la carga de oportunidad que puede contener el interés general a la hora de demanializar un bien, que como dice ZABALA HERRERO en ningún caso justificaría publicar una categoría genérica de bienes.

Llegados a este punto y vistos los argumentos en pro y en contra para esa demanialización del subsuelo que contienen algunas legislaciones autonómicas corresponde detenerse sobre la competencia constitucional de estas Administraciones Públicas para legislar una cláusula de esta naturaleza.

En definitiva, ¿qué Administración es competente para declarar residualmente público el aprovechamiento del subsuelo, en defecto de regulación por el planeamiento?

La postura al respecto del Tribunal Constitucional es la recogida en la STC 227/1988, en su Fundamento 14 en el que se manifiesta que si la demanialización se produjera por Ley, debería ser Ley del Estado. Los bienes demanializados habrían de integrarse necesariamente en el dominio público estatal y esto se recoge expresamente de la siguiente forma:

*“Aquella forma de afectación general al Dominio Público mediante ley de todo un género de bienes definidos por sus características naturales compete en exclusiva al Estado, y ello tanto porque se debe entender incluida en el concepto material de legislación civil, a que se refiere el artículo 149.1.18 de CE, como porque atañe a las condiciones básicas o posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, respecto de los que el Estado debe garantizar la igualdad sustancial mediante su propia regulación, de acuerdo con el artículo 149. 1.1 de C. Por estricto que sea el alcance de este último precepto, es fácil advertir que la igualdad sustancial de todos los españoles en el ejercicio del derecho constitucional de propiedad quedaría quebrantado si la zona marítimo terrestre, las playas, las aguas continentales u otros tipos de bienes naturales semejantes pudieran ser o no objeto de apropiación privada en las distintas zonas del territorio del Estado. De ahí que sólo el legislador estatal pueda disponer, como condición básica que garantice la igualdad sustancial, la determinación de las categorías de bienes naturales que quedan excluidas del tráfico privado. Por otra parte, a la luz de los antecedentes históricos, no cabe duda de que la regulación de la clasificación primaria de los bienes en susceptibles o no de dominio privado constituye parte de la legislación civil, sin perjuicio del carácter público de la legislación que fije el régimen exorbitante de protección y uso de los bienes públicos”.*

En conclusión de todo lo indicado podemos decir, con carácter general, siguiendo a ZABALA HERRERO que el subsuelo urbanístico no reúne todas las características que requiere la propia conceptualización y regulación específicas del dominio público, como categoría genérica. Sí así hubiera sido, ya estaría incluido en el artículo 132.2 de CE. Ello no implica que la Administración no deba intervenir y controlar el subsuelo, pero debe de hacerlo proporcionalmente, de forma eficaz, para lo que bastaría, la mayoría de las ocasiones, con aplicar realmente la legislación urbanística existente.

Indica esta autora, si se saben los problemas, se pueden buscar las soluciones para resolverlos, solución que no implique una inmisión ilegítima en el derecho a la propiedad privada, excluyendo del tráfico jurídico privado de forma injustificada una categoría de bienes.

Además, sigue diciendo, que sería presupuesto constitucional, como ya hemos visto, para proceder a la demanialización el subsuelo urbanístico, la existencia de una ley estatal que lo proclamase expresamente. No existiendo esta Ley estatal sólo cabe que individualmente se pueda afectar a un uso o servicio público parcelas individualizadas del subsuelo.

Podemos también indicar como parte de esta conclusión que si el aprovechamiento urbanístico aunque opera como derecho independiente al derecho de propiedad, forma parte de su hipotético contenido y, como sabemos y ya hemos indicado a lo largo de este trabajo, ese contenido sólo nace si el Planeamiento así lo decide, declararlo público, por tanto, en defecto de regulación del planeamiento es innecesario porque el control ya lo tiene la Administración como titular de la potestad planificadora.

Junto con ZABALA HERRERO entendemos más respetuoso con el reparto constitucional de competencias en materia legislativa para la regulación de este tipo de instituciones así

como con la consagración constitucional del derecho de propiedad la innecesariedad de la demanialización del subsuelo por esta vía.

## V.- AFECTACIÓN DEL SUBSUELO PÚBLICO POR EL PLANEAMIENTO Y SU POSIBLE DESAFECTACIÓN

El artículo 344 del Código Civil detalla que *“son bienes de uso público, en las provincias y en los pueblos, los caminos provinciales y 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 registrarán por las disposiciones de este Código, salvo lo dispuesto en leyes especiales”*.

Sin embargo, a diferencia del Código Civil, 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 del Régimen Local, de 2 de abril de 1985 dice *“son bienes de dominio público los destinados al uso o servicio público”*.

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, obras, plantaciones y excavaciones que le convenga, salvo las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las Leyes sobre Minas y Aguas y en los Reglamentos de Policía”*.

Así, igual que, por accesión, artículo 353 del CC y siguientes, todo lo edificado en el suelo corresponde a la propiedad de éste, salvo que se constituya un derecho de superficie. En el subsuelo se parte de igual unidad.

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

Para la tesis tradicional y civilista, 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 metro cuadrado de cualquier bien (incluido como tal el subsuelo) es susceptible ahora 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 (por ejemplo, las playas), en contraposición a los bienes demaniales por afectación singular, que requiere un acto concreto de afectación (que los diferencia de otros del mismo género), como un camino o un edificio.

En consecuencia, la afectación al dominio público de las Entidades Locales se produce automáticamente: por la aprobación de los Planes de Ordenación Urbana (Planes de Ordenación Urbanística según nuestra legislación urbanística) y de los proyectos de obras y servicios, así como por la adscripción de bienes patrimoniales por más de 25 años a un uso o servicio público (artículo 82.1 de la Ley de Bases de Régimen Local).

Por tanto, en principio, el subsuelo de plazas, calles, paseos y parques públicos queda afectado automáticamente al dominio público con la aprobación del Planeamiento urbanístico. Así, lo usual es que el uso de este subsuelo (por ejemplo, para aparcamientos) se instrumente a través de una concesión administrativa, título jurídico-administrativo que posibilita dicho uso, manteniendo la Administración su titularidad.

No obstante todo ello, modernamente se plantea sin embargo, la posible desafectación y enajenación a propietarios privados. Para ello la mayoría de la Doctrina y la Jurisprudencia ha venido a considerar que es necesario la previsión en el Planeamiento de esta circunstancia, de suerte que esa afectación automática venga limitada a la previsible desafectación, no siendo suficiente, aunque si es necesario, el oportuno expediente administrativo de desafectación.

Así, conforme al artículo 8 del Reglamento estatal de Bienes de las Entidades Locales de 1986, *“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 (1) mes y el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembro de la Corporación Local.

En este estado de la cuestión y ciñéndonos al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma andaluza, el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, Decreto 18/2006, de 24 de enero, sigue estableciendo, en su artículo 9.2. a) que *“No obstante lo anterior, la alteración se produce automáticamente en los supuestos siguientes: a) Aprobación definitiva de los instrumentos de planeamiento general sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación urbanística...”*

Si bien el párrafo 3, y esto es una importante novedad, *“No podrá modificarse, mediante alteración de su calificación jurídica, el destino de los bienes de dominio público afectados por instrumentos de planeamiento general, sin realizarse previamente una innovación (modificación) de esos instrumentos, de conformidad con la legislación urbanística”*.

Otra apreciación es que los citados preceptos prevén la alteración de la calificación jurídica de los bienes de forma directa, vía planeamiento, pero sólo aparece aplicable, de forma automática, a la afectación, y no a la desafectación.

A los efectos que nos interesan si el Planeamiento no determina la naturaleza jurídica patrimonial del subsuelo este tendrá carácter demanial y sólo podrá modificarse ésta por una innovación del Planeamiento o a través de Plan Especial según hemos visto indica el Plan General de Sevilla- sin que quepa ya en nuestra Comunidad Autónoma tramitar el expediente administrativo que preveía el Reglamento Estatal de Bienes Locales para esta finalidad.

## VI.- LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA MATERIA

La ampliación, generalización y normalización de los supuestos, especialmente en suelo urbano, del aprovechamiento urbanístico del subsuelo propiamente dicho hacen, además de necesario, urgente un esfuerzo de clarificación del régimen jurídico de dicho subsuelo.

Este fenómeno es especialmente acusado y evidente en el subsuelo público, pero se presenta también con frecuencia cada vez mayor en el del subsuelo privado.

Es de utilidad, para comenzar esta tarea, por razones obvias, continuar con la comparación del “modelo” que actualmente tenemos con otras situaciones producidas en nuestro Derecho o incluso en el Derecho comparado, como también hace en su trabajo sobre el subsuelo urbano SAINZ MORENO, que lo hace a partir de la doctrina que sobre la propiedad había establecido el Consejo Constitucional francés en su decisión 85/4198, de 13 de diciembre de 1985 sobre la Ley de 14 de diciembre del mismo año sobre comunicación audiovisual. Esta puede resumirse en lo que aquí nos interesa, en lo siguiente:

- Diferenciación entre la propiedad en cuanto derecho poseído por su titular y ligado estrechamente a la libertad de la persona y la propiedad en cuanto objeto, material o inmaterial, sobre el que recae dicho derecho.
- Relevancia del segundo de los conceptos expuestos para la determinación de la extensión vertical de la propiedad, pues de lo que se trata es de delimitar el campo de la propiedad privada constitucionalmente garantizada, ya que esa garantía implica la existencia de un estatuto privado de las cosas (del objeto del derecho de propiedad).
- Así como en relación con el derecho mismo la Constitución opera una garantía directa, limitando efectivamente al legislador ordinario. No sucede lo mismo cuando de lo que se trata es del objeto del derecho en cuestión; aspecto éste en el que la Constitución realiza una remisión a dicho legislador para que delimite el campo respectivo de las cosas privadas y de las cosas públicas (con una presunción a favor de las primeras). Mientras no reduzca el campo de las cosas privadas de modo tal que el derecho de propiedad no pueda cumplir efectivamente su función de hacer posible la libertad personal, la actuación delimitadora del legislador debe reputarse como constitucional.

- En punto a las “*limitaciones*” públicas en la dimensión vertical (en el caso del vuelo) de la propiedad, éstas, cuando sólo implican “*molestias soportables*” no atentan contra el artículo 17 de la Declaración de 1789 y, no suponen, por tanto, una lesión indemnizable del derecho dominical.

Esta es justamente también la posición de nuestro Tribunal Constitucional (SsTC 11/1983, de 2 de diciembre, 166/1986, de 19 de diciembre y 67/1988, de 18 de abril) para el cual:

- En el artículo 33 de la Constitución Española debe distinguirse el derecho de propiedad en sentido objetivo o institucional y el derecho de propiedad en sentido subjetivo. En el primer caso, se trata del derecho de propiedad propiamente dicho o en cuanto tal, vinculado al libre desarrollo de la personalidad y, por tanto, a la libertad en general, mientras que en el segundo se está más bien ante el objeto de ese derecho, la situación patrimonial concreta e individualizada constituida en cada caso conforme a dicho derecho, es decir, al título jurídico de propiedad.

- La delimitación de su extensión es conceptualmente previa al campo mismo de la aplicación del derecho de propiedad. Al legislador ordinario está entregada constitucionalmente la operación de trazar la *summa divisio* de la que resulta dicho campo; clasificación que cuenta con una determinación material constitucional en el artículo 132 CE. Consecuentemente, de dicha operación no resulta, por sí misma, afectación, incidencia, ni lesión algunas del derecho de propiedad.

El punto de partida a este respecto es, desde luego, la anterior garantía constitucional del derecho de propiedad, consecuencia así del principio implícito de la apropiabilidad de los bienes con contenido patrimonial, consecuencia a su vez, del principio general de libertad y de libre desarrollo de la personalidad arts 10.1 y 17.1 del CE- y de sus concretas manifestaciones, en el orden económico-social, en los derechos al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio, art. 35.1 de CE y a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, art. 38 de CE; garantía que, sin embargo, inmediatamente se relativiza en función de determinaciones constitucionales expresas, tales como los artículos 128.1 (subordinación al interés general de toda la riqueza del país en sus diversas formas y con independencia de su titularidad) y 45.2 de CE (deber de velar por la utilización de todos los recursos naturales).

Estas últimas determinaciones constitucionales hacen plenamente congruentes, en efecto, la regulación contenida en el artículo 132 de CE, que excluye la directa apropiación privada de concretos bienes y faculta al legislador ordinario para ampliar la exclusión a otros distintos; prescripciones que avalan así, la interpretación de la delimitación constitucional de un ámbito excluido de la garantía de la propiedad privada.

Como consecuencia lógica de todo lo anterior, la significación institucional del dominio público se cifra no tanto en la idea de “*apropiación*” de los bienes o las cosas como en la de exclusión de las reglas propias del tráfico jurídico ordinario conectada por ello con un conjunto de reglas específicas y exorbitantes dirigidas a la protección de su estatuto propio. Por ello mismo, el dominio público representa una línea divisoria de carácter general, determinante de la clasificación de los bienes o las cosas en susceptibles o no de apropiación

precisamente en los términos del derecho de propiedad privada (STC 227/1988, de 29 de noviembre).

Esta Doctrina del Tribunal Constitucional no violenta en modo alguno la regulación contenida en el Código Civil, rectamente interpretada. Pues la clasificación establecida por dicho Tribunal se corresponde perfectamente a la de este Código, entre bienes o cosas, de un lado, y derecho de propiedad, como derecho más perfecto sobre tales bienes o cosas.

De otro; distinción, que resulta ya de la misma sistemática del Código Civil: Título I “*De los bienes*” y Título II “*De la propiedad*”.

Conforme al artículo 333 C. c. todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran o bienes muebles o inmuebles. Luego, no existen, jurídicamente hablando, bienes o cosas distintos a éstos: todos deben entrar en una categoría u otra. Y conforme al artículo 338 C. c., los bienes o las cosas son de dominio público o de propiedad privada, lo que significa en *stricto sensum*, que no deben existir bienes o cosas no imputables a un sujeto o persona (público o privado).

Las cosas o los bienes son, desde luego, según su naturaleza propia. Pero son también según la acción del hombre. Como ya nos hemos referido antes, los avances técnicos permiten ordinariamente aprovechamientos del subsuelo y del vuelo y los permiten, además, de forma independiente totalmente de los aprovechamientos del suelo o de la superficie.

Justamente esta es la razón de que la doctrina francesa hable, desde esta perspectiva vertical, de la superposición de propiedades.

De otro lado, al compás de la evolución técnica, lo que antes era excepcional (supuesto de demanialización sectorial) ha llegado a ser normal. NIETO GARCÍA habla por ello, y respecto del subsuelo urbano o con tal destino, de “*aprovechamientos urbanísticos independientes*”.

La evolución en tal sentido ha culminado en el derecho urbanístico, que opera hoy como mecanismo general y de cierre de la referida operación legislativa, teniendo en cuenta que aquel Derecho tiene por objeto, “*establecer el régimen urbanístico de la propiedad del suelo*” de todo el suelo del territorio nacional.

La conclusión que obligadamente se impone, siguiendo a PAREJO ALFONSO, desde la perspectiva constitucional y del artículo 333 C.c. no es otra que la de que “*la definición por la ordenación urbanística del aprovechamiento del mismo carácter, que constituye una decisión pública compleja, forma parte de y se inscribe en la operación de delimitación infraconstitucional legítima del campo respectivo de las cosas o los bienes intra y extra commercium*”. En efecto, la referida ordenación, primero crea una cosa (aún virtual) con el carácter, por su origen, de pública, pero inmediatamente traza en ella una línea divisoria, en virtud del cual parte de aquella cosa pasa a ser susceptible de apropiación y a poder organizarse, bajo determinadas condiciones, conforme a la institución de la propiedad.

## VII.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA MATERIA

Una de las cuestiones que viene a plantearse la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y que consideramos muy interesante a los efectos de nuestro trabajo es la difícil tarea de decidir sobre si el subsuelo público tiene la misma naturaleza jurídica del suelo o bien, su naturaleza puede ser distinta en base de los diversos usos y propiedades que puedan admitirse en él.

A favor de atribuir la misma naturaleza que el suelo, encontramos la STS de 24 de julio de 1990 (art. 6673), que se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de una habitación subterránea descubierta accidentalmente en el subsuelo al realizar unas obras municipales y declara que.

*“...la habitación descubierta por el socavón referido al ocupar una vía pública municipal, goza de la misma naturaleza que ésta, es decir, la de un bien de dominio público del Municipio, y por tanto, imprescriptible.”.*

Las dudas se plantean en el momento de utilización real de ese subsuelo. Parecen posibles dos interpretaciones ante la ausencia de normas:

- a) Considerar el subsuelo como dominio público, lo cual supondría una extensión del demanio no justificada, ya que la situación demanial surge en nuestro Ordenamiento como consecuencia de la afección objetiva del bien a un uso o servicio público o de una decisión legal específica.
- b) Considerar el subsuelo como bien patrimonial. Esta solución es defendida, entre otros, por ARNAIZ EGUREN. Para los aparcamientos subterráneos mantiene que parece *“la solución más lógica si se admite el criterio de que la finca, sobre todo en el ámbito de la propiedad de la superficie terrestre es más bien como un espacio cúbico susceptible de entenderse desde el punto de vista civil como objeto independizado de derechos y desde el punto de vista urbanístico, como una realidad física a la que es posible atribuir un aprovechamiento determinado”.*

Ahora bien, aceptar esta última tesis, nos lleva a plantearnos otras cuestiones, como bien señala ARNAIZ EGUREN, ya que, si atribuimos la condición de patrimonial al subsuelo subyacente al suelo de dominio público no debe quedar sujeto a concesión sino someterse al régimen de enajenación previsto para el patrimonio ordinario de las Administraciones Públicas, lo que supondría que cuando la transmisión tuviera carácter temporal habría de llevarse a efecto por vía de la constitución del derecho de superficie. Sin embargo la circunstancia de que el suelo correspondiente tenga la condición de demanio implica la necesidad de que la utilización de los espacios relacionados con él se condicionen en su uso a un deber de conservación y respeto al destino que tiene el suelo bajo el que se encuentran.

De tal forma que, la única figura que asegura cierto control administrativo es la de la concesión. En este sentido, la STS de 20 de noviembre de 1986.

Como puede observarse, el Tribunal Supremo parece, en las Sentencias referidas, decantarse por una vinculación entre la naturaleza del subsuelo y la del suelo, aunque eso sí, parece que se trata de una vinculación condicionada a que tales terrenos de subsuelo participen de ese interés exigible al propietario para atribuirle la propiedad al mismo.

Entendemos que no son suficiente las Sentencias estudiadas para una respuesta rotunda a esta cuestión. Lo que sí podemos concluir, como lo hacíamos al principio, es que el Tribunal Supremo ante la ausencia de normativa, intenta atender a los problemas concretos que se le presentan para enjuiciar, evitando los inconvenientes que podrían acarrear al caso unas u otras soluciones más generales.

Recogemos a continuación, con mayor detenimiento, algunas de las Sentencias el Tribunal Supremo exponentes de esta conclusión.

**1.- La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2002 (art. 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 aparcamientos, a construir en esas parcelas o 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 individualizada a alguna de esas cuarenta plazas de garaje entre ellas, 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 puede 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/ 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 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, continúa, 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 (art. 3381), en relación con un sótano 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, art. 62.1 a) del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 1955; uso público de los bienes de esa naturaleza que impide al particular privatizarlo aunque esté afecto al subsuelo ya que la propiedad pública o privada comprende a la superficie y a lo que está debajo de ella, art. 350 del Código Civil”.*

*“Aún cuando en este caso sí que existía esa licencia, debe recordarse, primero, que el documento contractual y anexos al mismo no realizan 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, por lo que con base en dicho contrato no puede realizarse ninguna atribución dominical sobre aquéllas a 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 de garajes 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”.*

## **2.- La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2002 (Ar. 10819).-**

Esta sentencia parte de que *“la regulación administrativa del subsuelo demuestra que el mismo es, por regla general, demanio público natural, salvo el caso de la accesoriedad normal de sus uso respecto del suelo que sea titularidad privada”*, circunstancia que no concurre obviamente en el caso del que se ocupa esta sentencia.

Esta sentencia confirma, en el caso que enjuicia, la negativa a reconocer que la licencia de obras amparaba la construcción de garaje bajo la calle pública, pero lo hace *“ya que no se había producido la 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”*.

La sentencia mantiene que *“la propiedad quiritaria romana que sigue inspirando nuestro Cuerpo legal, se fundamentaba precisamente 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 iferos”. La modulaciones que impone la regulación jurídico-administrativa sobre esta concepción no excluye que debamos llegar a 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 cuando considera bienes de uso público local que integran el dominio público-, los caminos, las plazas, calles y paseos”.*

*Así pues, “conforme a lo dispuesto en el artículo 47.1 del Reglamento de Disciplina 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 (art. 6522) llegó a la conclusión con doctrina que confirmamos en este 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 Reglamento de Bienes de las Entidades Locales”.*

Por otro lado, la opción por un criterio distinto, plantearía a los entes públicos no pocos problemas en todos los ámbitos. Así, serían dignos de análisis los casos de cesiones de suelo en cumplimiento de las cargas urbanísticas o de la posibilidad de usucapión por terceros.

Por tanto, si partimos del carácter demanial del subsuelo al que nos venimos reiteradamente refiriendo, habremos de concluir que su aprovechamiento se liga a las fórmulas de utilización del demanio, y más concretamente, si nos referimos al subsuelo de terrenos de uso público no edificables, habremos de afirmar que la técnica más apropiada será la concesión demanial.

No obstante, afirmar que el subsuelo de los terrenos de dominio público tiene naturaleza demanial, no supone defender que tal carácter no es alterable. La alteración puede producirse, caso de ser posible, por la vía de la desafectación.

La desafectación consiste en el proceso en virtud del cual se desprovee al bien de la naturaleza demanial, por cambio igualmente de destino o uso público o comunal. Sería la situación inversa a la afectación.

En nuestra Comunidad Autónoma, Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, después de indicar que corresponde a las Entidades Locales acordar la alteración de la calificación jurídica de sus bienes, previo expediente en que se acredite la oportunidad o necesidad de conformidad con la legislación vigente (acuerdo plenario e información pública), establece en su art. 5 los supuestos en que la alteración jurídica se produce de forma automática:

- a) Aprobación definitiva de Planes de Ordenación Urbana y Proyectos de obras y servicios.
- b) Adscripción de bienes patrimoniales por más de 25 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.

Podemos concluir desde el punto de vista jurisprudencial que nada impide, con carácter general, que bajo el espacio libre o un viario se construya una edificación cuyo destino sea diferente de aquél que se desarrolla en su superficie. Salvo que el destino público del terreno se vea alterado, impedido o dificultado sustancialmente, es posible que el propietario público enajene la facultad de realizar una edificación en el subsuelo. Así lo ha reconocido la jurisprudencia.

### **3.- La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1983 (art. 4060) indica:**

*“Que la calificación de “zona verde”, que efectivamente corresponde a los terrenos sobre los que se proyecta el Complejo Deportivo cuestionado, no constituye un concepto jurídico cerrado y completo en sí mismo, de cuya sola enunciación pueda deducirse inequívocamente los usos permitidos y prohibidos, puesto que tanto la propia normativa, como la jurisprudencia y la práctica administrativa constante, demuestran que existe una gran variedad de usos urbanísticos, perfectamente lícitos, que son compatibles con la calificación de zona verde de los terrenos lo que obliga, en cada caso, el examen de las normas específicas que determinan el alcance y contenido de dicha calificación.*

*Que, por lo expuesto, es forzoso reconocer que el Proyecto discutido no infringe, en este punto, las previsiones del Plan General, por cuanto destina los terrenos a un uso compatible con la calificación asignada, máxime si se tiene presente que se trata de una concesión temporal que en su día habrá de revertir a la propiedad pública”.*

### **4.- La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1979 (art. 2879)**

Se refiere a la posibilidad de construir un aparcamiento subterráneo y ante la afirmación de que tal decisión implicaba una modificación de la zona verde de carácter cualificado, afirma que:

*“...el cambio introducido en los terrenos de que se trata, no implica una alteración sustancial en la zonificación o uso urbanístico de la zona verde y espacio libre previstos en la planificación, pues, dado que la extensión superficial total de los mismos no es grande, y que en ellos estaba previsto una zona reservada a aparcamiento de coches, en superficie, la consecuencia no puede ser otra que la exigüidad de la parte reservada a zona verde, mientras que, por el contrario, con la fórmula del aparcamiento subterráneo, casi toda la parte superior puede quedar convertida en césped y en soporte de aquellas especies arbóreas consentidas por su espesor...”*

El Tribunal utiliza, a la hora de valorar la intervención, un criterio estrictamente material, con el fin de establecer en qué forma se altera la zona verde, de tal manera que la obra en el subsuelo encuentre su límite en el uso del dominio público al que se destine el suelo bajo el que se ha de realizar. Este criterio material, en ningún caso afecta a la forma en que se desarrolle la obra de urbanización en superficie, al diseño de la misma, si es que es respetuosa, en lo sustancial, con la calificación del Plan.

En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 29 de marzo de 1990 (art. 2266) y 29 de mayo de 1993 (art. 4897).

Si los usos son compatibles, si el destino público lo admite, la alternativa se presenta como posible. Tal afirmación, nada dice, no obstante, de la posibilidad de enajenación del edificio ubicado en el subsuelo o de la posibilidad de realizarlo. En principio, es factible, desde el punto de vista jurídico que el edificio a realizar en el subsuelo se configure no como una mera propiedad separada temporalmente, como en la propiedad superficiaria, sino como una verdadera propiedad.

Para ello, como hemos visto, es necesaria bien la configuración del espacio subterráneo que el edificio va a ocupar, como un objeto de propiedad separado y diferente del suelo, bien la constitución de un derecho real innominado de carácter inmobiliario y perpetuo.

En cualquiera de los dos casos, debe procederse a la desafectación, si bien, los términos de los acuerdos municipales serían tan diferentes como lo son las configuraciones jurídicas que se proponen. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, no resultaría acertado proceder mediante la realización de un expediente de desafectación sin más, sino que parece más indicado por las garantías jurídicas que el procedimiento ofrece abordar la cuestión desde la perspectiva del Planeamiento urbanístico, como lo exige ya el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, al que ya nos hemos referido.

## VIII.- DOCTRINA DE LA DIRECCION DEL REGISTRO Y DEL NOTARIADO

Es muy importante conocer en estos temas donde el eje central es la propiedad inmobiliaria en sus diversas vertientes y acepciones el conocer, como decimos, qué tratamiento tendría este tema la desafectación del subsuelo público con uso distinto al materializado en el suelo de cara a su inscripción en el Registro de la Propiedad a fin de que se pueda constituir fincas hipotecarias independientes de un lado, el subsuelo y de otro, el suelo y las posibles construcciones que puedan existir en éste y por tanto, susceptibles de inscripción registral. Sabemos también que cualquier proceso jurídico-urbanístico que iniciemos, si al final no tiene un reflejo suficiente en el Registro de la Propiedad, para los posibles y futuros negocios hipotecarios de los distintos bienes inmuebles que se pretenden crear, el esfuerzo no habrá valido la pena dado que no nacerá al mundo jurídico-inmobiliario. Ese nuevo bien y, por tanto, ese uso que en él pretendemos, no podrá ser susceptible de negocios jurídicos en él.

La temática que nos ocupa en este trabajo es objeto de estudio por la Dirección General del Registro y Notariado en una resolución muy importante de fecha **5 de abril de 2002 (art. 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 (art. 363 del Código Civil) tiene excepciones, que pueden tener su origen en la voluntad del propietario (caso de la constitución de un derecho real de superficie, de un determinado 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 iferos*”.

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 (art. 33 de la Constitución). El aforismo “*usque ad sidera usque ad iferos*” referido a los derechos de los propietarios, 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 (artículo 2 de la Ley del Suelo).

Considera la Dirección General 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.

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 esta Dirección General de 26 de junio de 1987** referida a un supuesto bien distinto.*

*En aquel caso se pretendía segregar de un edificio de dos plantas, no constituido en Propiedad Horizontal, un local en 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 esté inescindiblemente unido”.*

De hecho y 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”.

Sigue diciendo “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”.

Y continúa diciendo algo que nos ilustra “la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de un uso privativo del subsuelo, sin que por ello se perjudique el carácter demanial del suelo (Sts 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 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 regulada 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”.*

La reciente Ley Estatal de Suelo, Ley 8/2007, de 28 de mayo, recoge en su articulado la consagración de esta fórmula, así en su artículo 17 “Formación de fincas y parcelas y

relación entre ellas” apartado 4, que “*Cuando, de conformidad con lo previsto en su legislación reguladora, los instrumentos de ordenación urbanística destinen superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o vuelo, a la edificación o uso privado y al dominio público, podrán constituirse complejos inmobiliarios en el que aquéllas y ésta tengan el carácter de fincas especiales de atribución privativa, previa la desafectación y con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público*”.

En definitiva, la legislación del suelo ha venido a consagrar esta forma de propiedad inmobiliaria regulada en el art. 24 de Propiedad Horizontal, como la más apropiada para regular las relaciones que han de existir cuando hay una propiedad pública en el suelo o vuelo y una propiedad privada en el subsuelo.

Eso si, se requiere por mor de este artículo dos requisitos:

- 1) Que el instrumento de ordenación territorial o urbanística así lo prevea y
- 2) Que se haya producido la desafectación del subsuelo que como ha hemos visto, según en la Comunidad Autónoma andaluza (Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de Andalucía, art. 9.3) requiere modificación o innovación del instrumento de planeamiento.

## **IX.- ESPECIAL REFERENCIA A LOS SUPUESTOS DE EXPROPIACION Y SU INCIDENCIA EN EL SUBSUELO (VALORACIONES Y DERECHO DE REVERSIÓN**

Varios son los temas que vamos a tratar en este apartado:

### **1.- Valoración de los terrenos**

A pesar de que en la actualidad se reconoce al subsuelo urbanístico un valor de mercado, tradicionalmente su valor ha sido depreciado, como prueba de ello son los instrumentos fiscales, como lo es en particular, la valoración catastral, que hasta el Real Decreto 1020/1993, de 25 de junio aunque esta norma sólo cuantificaba las edificaciones existentes bajo rasante valorándose el resto por lo sobre rasante nada más-, otorgaba al subsuelo valor económico nulo, También, podemos citar, a los precios públicos por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del subsuelo a favor de las empresas explotadoras de servicios de suministros (su importe en la anterior redacción del artículo 45.2 de la Ley de Haciendas Locales era del 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación, que obtuvieran anualmente esas empresas en ese término municipal).

Ello unido de un lado, y en el mismo orden a que los Planes urbanísticos apenas han considerado sólo aisladamente para el estándar de aparcamientos- el aprovechamiento del subsuelo, de otro, a que el justiprecio de los bienes que se expropiaban únicamente se calcula por el uso e intensidad el vuelo y a la consideración en el mercado inmobiliario, que

desde siempre y por propio interés de los promotores, no se valoraba el subsuelo quiénes atribuían el origen de los aprovechamientos del subsuelo a su propia iniciativa empresarial desligándose por completo del suelo y del derecho de propiedad de éste.

Ahora bien, como decíamos, en la actualidad esto ha cambiado sustancialmente, la existencia de un mercado inmobiliario bajo rasante nos aparece como una realidad indiscutible y la complejidad de nuestra sociedad moderna demanda cada vez más la regulación del uso del subsuelo y sobre todo su intensidad.

Siguiendo a ROCA CLADERA, hay que decir hoy día, que el subsuelo tiene un valor económico innegable y que ese valor económico de mercado, que puede ser valorado con técnicas precisas de la valoración inmobiliaria, concretamente mediante el método residual.

También ha de recogerse aquí para tener un panorama completo de la situación, la opinión de GARCÍA BELLIDO, que, por el contrario, opina que aún considerando que en el marco del TR de 1992 de la legislación urbanística, contabilizar el aprovechamiento subterráneo no era una exigencia legal, sólo admite como criterio válido para su valoración el de “la superficie útil lucrativa construable o pisable”.

En cuanto al subsuelo de titularidad pública su situación es clara en este aspecto, el intrínsecamente demanial está fuera del mercado y, por tanto, no tendría valor económico de cambio. Ello no impide que pueda albergar usos y actividades lucrativas, lo que puede conllevar que al menos temporalmente pueda adquirir valor económico.

Ahora bien, tendríamos que tratar ahora una importante cuestión.

¿El aprovechamiento urbanístico del subsuelo es independiente del derecho de propiedad sobre del subsuelo?

De la respuesta a esta cuestión dependerá que su valoración sea susceptible de apropiación por el propietario del suelo, en definitiva, del derecho de propiedad.

Hay distintas opiniones, veamos las más importantes.

ROCA CLADERA, quien considera que “*el aprovechamiento urbanístico se encuentra fuera de la naturaleza intrínseca del derecho de propiedad*”, en base a que el aprovechamiento urbanístico, incluido el del subsuelo es producto de la colectividad. Es cosa pública y no pertenece “ex ante” o por naturaleza a los propietarios privados del suelo.

Por el contrario, PAREJO ALFONSO parte su argumento de que el aprovechamiento es una creación de la ordenación urbanística, pero materializable exclusivamente en la parte “susceptible de apropiación privada”. La otra parte, la que no es susceptible de apropiación privada es público. Además dice, todo el aprovechamiento en su origen, incluso el privado hasta que se apropia, es público, puesto que depende de una decisión pública, destacándose

de esta forma la íntima conexión entre “aprovechamiento urbanístico” y “actividad urbanística”.

ZABALA GUERRERO, mantiene que el aprovechamiento y el subsuelo como cosas o inmuebles, son independientes. Sin embargo, no comparte que la naturaleza de ese aprovechamiento sea pública en su rígen, por proceder de una decisión pública, legislativa o del planificador, ya que entiende que hasta que esa decisión no se adopte, atribuyendo un determinado aprovechamiento al subsuelo, éste sencillamente no existe. Finalmente mantiene que el aprovechamiento bajo rasante no puede concebirse como una cuestión inamovible, sino el resultado del marco jurídico existente.

Otra cuestión que tratan estos autores al hilo de la cuestión que nos planteábamos sería el cómputo del aprovechamiento del subsuelo. NIETO GARCÍA es contundente al reconocer para el subsuelo urbano “aprovechamientos urbanísticos independientes” a los del suelo, considerando que las instalaciones subterráneas no son computables a los efectos del límite de edificabilidad, salvo expresa regulación del Plan de Ordenación Urbanística.

Por su parte, y contraria a esa opinión LOPEZ FERNÁNDEZ mantiene que lo que sea computable o no a los efectos del límite de edificabilidad fijado en un Plan lo decide o no el propio Plan que puede establecer las reglas de cómputo que tenga por conveniente.

Por último, SAURA LLUVIA considera que aunque normalmente los usos del subsuelo vinculados a la propiedad del suelo estarán regulados en los Planes, *“los usos o aprovechamientos independientes del suelo no tienen por qué ir vinculados a dicha propiedad y por otra, no estarán previstos en los instrumentos de ordenación urbanística originarios por lo que será precisos incorporarlos a la ordenación mediante Planes derivados”*.

En cualquier caso, a nivel legislativo y en lo que se refiere a este apartado hay que indicar que la valoración en la expropiación de inmuebles atiende al valor del suelo (arts. 29 y siguientes de la Ley de Suelo 8/2007, de 28 de mayo), por su aprovechamiento rústico (art. 22) o urbanístico (art 23), así como al de construcciones, plantaciones, etc., que pudieran existir en él.

En principio, pues, no se valora el subsuelo salvo que estuvieran en explotación, como sucedía con arreglo a la Ley de Minas, artículo 21.2.

En las concesiones administrativas, especialmente en las de explotación de un caudal hidráulico, la Jurisprudencia tradicional atendía al derecho concedido (STS de 20 de diciembre de 1976. art. 5633 y 15 de febrero de 1978. art. 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”*.

El primer criterio es confirmado por la más reciente Sentencia de 28 de julio de 2001 (art. 9170), según el cual *“se debe valorar no sólo el caudal realmente aprovechado sino el susceptible potencialmente de utilización siempre que esté concedido-“*.

Caso distinto, son las instalaciones que pudieran existir en el subsuelo que deberán valorarse independiente del suelo salvo que éstas hayan sido tenidas en cuenta en la valoración de éste. Es el caso de los terrenos de regadío, sus instalaciones, que lo hacen susceptibles de esta calificación, han debido de tenerse en cuenta en la valoración del terreno destinado a regadío.

## **2.- Supuesto de no procedencia de la reversión. Expropiación del suelo y uso del subsuelo no previsto**

Se ha planteado que la expropiación de un terreno y el uso de parte del mismo (subsuelo) para una finalidad distinta de la que legitimó la expropiación puede dar lugar a la reversión. Este supuesto se ha planteado en la práctica en la expropiación de un terreno para plaza pública y posterior construcción de un aparcamiento en su subsuelo. Lo veremos a continuación.

Esto es un tema en el que se vislumbran soluciones legislativa distintas a esa conclusión, en la nueva Ley 8/2007, de Suelo.

No obstante, debemos traer aquí a colación el artículo 54.1 de la Ley de Expropiación forzosa que indica: *“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 tal norma concordaba el artículo 40.1 de la LSV, Ley 6/1998, de 13 de julio, 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 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 (20) años desde la toma de posesión de los bienes o derechos expropiados.

Según GIMENO FELIU, *“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 del C. Civil, 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 parte sobrante”*.

Este caso fue estudiado por diversas sentencias. Así, en primer lugar, la Sentencia de 1 de diciembre de 1987 (art. 92689) indica *“a tal efecto es preciso decir que aunque el aprovechamiento del subsuelo de la Plaza..., no fue el objeto de la expropiación sino la ejecución de un 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 las personas de quien traen su 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 bajo la Plaza, 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, 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 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 mutandi del artículo 350 del 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 del artículo 66 del Reglamento de la Ley de Expropiación, pues como ya se dejó constancia, este precepto es complementario del caso contemplado en el artículo 63. a) del previsto en el artículo 63 b) en el que pretende apoyarse infructuosamente la petición dirigida a la Corporación municipal”.*

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

GONZALEZ PÉREZ critica esta doctrina jurisprudencial, al considerar que *“si la expropiación... ha de extenderse a lo estrictamente necesario para el fin que la justifica; si está prohibida el destino 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 de este 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 ello, conviene con el fallo desestimatorio de la reversión “porque” según indica, “el uso del aparcamiento subterráneo constituye un uso del subsuelo de una plaza pública, coherente con el destino urbanístico. Que el subsuelo de una plaza pública 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.”*

También conviene traer aquí la STS de 18 de diciembre de 1990 (art. 10047) que también 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 que dudarlo, intrascendente es que una parte de lo expropiado no se afecte a prospecciones arqueológicas, que constituirían la finalidad de la expropiación”*.

### **3.- Supuesto de procedencia de la reversión del subsuelo**

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2002 (art. 8632) contempla un supuesto de reversión del aprovechamiento urbanístico al ser necesario sólo el subsuelo para la expropiación:

Dice esta sentencia:

*“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 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 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 un lucro”, invocando la doctrina jurisprudencial, que transcribe, en la que se declara que “cuando hubiese una parte sobrante de los bienes expropiados..., el dueño o sus causahabientes pueden 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 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 la 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:

*“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 comprobase 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 de 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... m<sup>2</sup>, que la empresa pública beneficiaria, previo pago del 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 de LSV, Ley 6/1998 de 13 de julio), 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 citado artículo 40.2 de la 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 la vía jurisdiccional y, por consiguiente, al no haber accedido la Sala de instancia a tal reversión, ha conculcado por inaplicación de lo establecido concordadamente en los arts. 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”.

Esta cuestión ha sido tratada, como decimos al principio de este apartado, por la reciente Ley Estatal de Suelo, Ley 8/2007, de 28 de mayo, que en su artículo 29 “Supuestos de reversión y retasación”, ha recogido en su apartado 3 que: “*No procede la reversión cuando del suelo expropiado se segreguen su vuelo o subsuelo, conforme al apartado 4 del artículo 17, siempre que se mantenga el uso dotacional público para el que fue expropiado y concurre alguna de las restantes circunstancias previstas en el apartado primero*”. Ninguna discusión, a partir de esta norma, debe plantearse sobre esta problemática siempre que se den los presupuestos que la norma contempla.

No obstante ello siempre quedará la cuestión por analizar de si no se está produciendo con esta norma un enriquecimiento injusto por parte de la Administración Pública que utiliza para otro uso parte del bien que adquirió y en el que no se valoró este otro aprovechamiento. Quizá habría que dotar de mayores garantías a la norma y entre ellas la de establecer un plazo durante el cual no podrá realizarse esta otra utilización no tenida en cuenta a la hora de su obtención o si ello se produce en el plazo establecido procedería la retasación por una alteración jurídica del bien expropiado.

Fórmulas como éstas entendemos que son más respetuosas con el derecho de propiedad privado.

## ALGUNAS CONCLUSIONES

Llegados a este punto en el presente trabajo, se ha de concluir con algunas reflexiones a modo de conclusión, algunas de ellas recogidas de la Doctrina estudiada y que se asumen también en el presente estudio y otras resultado del estudio realizado en este trabajo. Son las siguientes:

- 1.- Es inadecuada la concepción civilista del derecho de propiedad inmobiliaria para resolver los problemas jurídicos derivados del aprovechamiento físico del subsuelo que se presentan en la actualidad.
- 2.- Existe una insuficiente regulación de esta materia en la legislación urbanística y al mismo tiempo existe una carencia de pronunciamientos jurisprudenciales lo suficientemente ilustrativos sobre la materia. Los existentes al respecto tratan los supuestos puntualmente

que se le someten a enjuiciamiento pero no establecen reglas generales, fundamentalmente se basan en el criterio del “interés” para medir la extensión vertical hacia abajo del derecho de propiedad. Es por ello, por lo que puede proponerse la conveniencia de fijar cuantitativamente en textos normativos el alcance que se debería de dar a los supuestos que dan lugar a indemnización por debajo del suelo en aquellos casos en que no fuera posible su utilización por su titular.

En este sentido hay incluso quien opina, así ALEGRE AVILA en un reciente artículo que es necesario una reformulación del estatuto jurídico del subsuelo sobre la base de entender que el subsuelo no es un bien en sentido jurídico-civil sino un mero espacio, como el aire, sobre el que se ejercitan las competencias de las diferentes Administraciones Públicas. El poder de disposición de éstas no deriva, por tanto, de ninguna titularidad dominical sino que más bien de su ejercicio resultan bienes de carácter inmueble, ya de propiedad pública o privada.

**3.-** Reconocimiento del subsuelo urbanístico como un inmueble independiente del suelo, con el que limita. Dicho límite no precisado debe fijarse en los textos normativos como se indicaba en el apartado anterior. El subsuelo, por tanto, puede separarse del suelo y conformar titularidades independientes, pero si el suelo está edificado deberá incluir éste los elementos comunes integrados en ese cuerpo cierto, tal y como regula el artículo 396 del C. c. Si no lo está, podrá escindir-se en dos inmuebles respetando las reglas de medianería.

En este sentido la Ley del Suelo Estatal, Ley 8/2007, de 28 de mayo, ha supuesto un importante avance en esta materia, preveyendo los supuestos de aprovechamiento urbanístico del subsuelo y regulando la forma de su plasmación jurídica a través de la técnica de los conjuntos inmobiliarios.

Asimismo esta Ley abre la posibilidad, a nuestro juicio, de que en los procesos de equidistribución de beneficios y cargas puede valorarse las aportaciones del subsuelo con entidad propia y distinta del suelo. Así se dispone en el precitado art. 17, apartado 5, párrafo segundo, en este tipo de procesos equidistributivo, se entiende que el titular del suelo de que se trate aporta tanto la superficie de su rasante como la del subsuelo o vuelo que de él se segrega, por lo que se entiende que lo que se le puede adjudicar en este proceso es bajo esa misma premisa y que si, efectivamente, ese subsuelo que se le adjudica puede tener un aprovechamiento lucrativo que según el planeamiento urbanístico es distinto al del subsuelo de otras parcelas adjudicadas, ha de ponderarse éste en relación a los otros subsuelos en el proyecto equidistributivo.

**4.-** El derecho de propiedad del subsuelo es preexistente al derecho de propiedad de su eventual aprovechamiento urbanístico. Jurídicamente el subsuelo urbanístico se construye desde su derecho de propiedad, en su concepción estatutaria, resultado de la integración de la función social que cumple, dependiendo su contenido en cada momento de la normativa urbanística que lo regule.

**5.-** El valor económico del subsuelo y la existencia de un mercado inmobiliario propio es una realidad incuestionable. Sin embargo, su origen depende exclusivamente de una decisión pública, legislativa o del planificador, y en tanto ésta no se produzca, no existirá aprovechamiento alguno susceptible de valor económico independiente del suelo.

**6.-** Este valor económico puede ser evaluado con técnicas precisas que la disciplina teórica de la valoración inmobiliaria tiene desarrollada a estos efectos. Este valor económico está vinculado al suelo, a la localización espacial concreta y a los usos y aprovechamientos que en él se puedan realizar.

**7.-** Este valor económico es susceptible de ser apropiado por los propietarios del suelo. Esta apropiación privada del valor del subsuelo, resultado del título jurídico sobre la superficie que detentan los propietarios privados, no es una suerte de derecho natural, insito en la propiedad fundiaria. Es el resultado concreto del actual marco urbanístico, en el que el aprovechamiento de esa naturaleza, creado por la colectividad, y por lo tanto, ajeno a la acción positiva del titular del suelo, le es otorgado. Por lo que dicha colectividad puede modificar dicho sistema de apropiación privada.

Parece existir el consenso suficiente para admitir que el subsuelo, genéricamente, es público, es un bien demanial. El subsuelo privado alcanza tan sólo el espacio al que llega el interés de la propiedad desde su acceso superficial. El resto es de uso y dominio público. Lo que debe representar que su utilización para servicios de interés general no debe generar derecho de expropiación, ni de indemnización alguna

**8.-** Son las Comunidades Autónomas las que tienen la competencia constitucional normativa en materia de subsuelo. Es la legislación urbanística el único ordenamiento aplicable al subsuelo urbanístico, que se aísla del resto del espacio subterráneo regulado a su vez por las normativas sectoriales.

Es verdad que las legislaciones urbanísticas autonómicas han ido regulando el subsuelo de forma cada vez más extensa y pormenorizada si bien sería necesario a nuestro entender y, como decíamos en la Segunda conclusión, una normativa integradora del subsuelo urbanístico y que pormenorizadamente contuviese la regulación del subsuelo en toda las Comunidades Autónomas en que se integra nuestro territorio nacional. En particular, de las siguientes materias:

- Fijación de estándares urbanísticos o normas de directa aplicación para el subsuelo, para aquellos municipios sin planeamiento.
- Establecer el régimen de usos sin perjuicio del sometimiento de los mismos a las servidumbres administrativas necesarias para la prestación de servicios públicos o de interés público.

En caso de que éstas no fueran compatibles con el aprovechamiento urbanístico previsto en el predio sirviente, procedería la expropiación.

- Posibilidad de concretar los usos subterráneos a través de Planes Especiales u otros instrumentos de planeamientos de desarrollo que se consideren convenientes de conformidad con lo previsto por el Planeamiento general que, en cualquier caso debiera de establecer determinaciones mínimas para su desarrollo pormenorizado.

**9.-** La discrecionalidad del planificador en la regulación del subsuelo sigue idéntico esquema al que limita esta potestad en relación al suelo.

Son los Planes Generales directamente o a través de su remisión a los Planes Especiales los instrumentos adecuados para regular el subsuelo urbanístico, coadyuvando con ello a desterrar las posturas inmóviles que han venido dificultando la utilización del subsuelo con aquellos usos que previstos en el Planeamiento, sirven a la comunidad.

**10.-** La cláusula residual de la demanialización del aprovechamiento del subsuelo contenida en algunas legislaciones autonómicas es inconstitucional en base a lo establecido en los artículos 33, 132.2 y 149.1.1º, 8º y 18º de CE, al afectar al contenido básico del derecho de propiedad del subsuelo, cuya competencia, para su demanialización, corresponde al Estado y estar sometida a reserva de ley estatal.

No conviene perder de vista en ningún momento la perspectiva de la regulación material del derecho de propiedad en el ordenamiento estatal: Ley del Suelo y Constitución Española.

El subsuelo, salvo legislaciones sectoriales específicas, ha de entenderse de propiedad del titular del suelo y, por tanto, sus aprovechamientos también, aunque dentro de los límites que marque la Ley; pero esos límites, en ningún caso, pueden suponer un desapoderamiento total del derecho que lo desnaturalice y lo haga irreconocible.

**11.-** Por lo que se refiere al subsuelo del suelo público concluir que su desagregación bien de naturaleza demanial para usos no previstos inicialmente en el momento de su obtención una expropiación forzosa- o de naturaleza demanial por vía de su desafectación- son, en la actualidad, supuestos que encuentran su acomodo legal en la legislación de carácter urbanístico y en la de bienes públicos, respaldándose de esta forma los supuestos que en la práctica se estaban produciendo como consecuencia de su utilización cada vez más intensiva del subsuelo no sólo por parte de los privados sino también por parte de las Administraciones Públicas.

**12.-** La titularidad del subsuelo de aquellos suelos públicos establecidos por la ordenación urbanística de los propios municipios, corresponden a los Municipios sin perjuicio de su naturaleza demanial o patrimonial pudiendo, incluso, pertenecer al Patrimonio Municipal del Suelo por vía de decisión expresa del Municipio, art. 76 de la Ley 2/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación urbanística de Andalucía, salvo que exista para ellos una declaración de interés autonómico.

Por su consideración como bien perteneciente al Patrimonio Público de Suelo le será de aplicación lo dispuesto en el art. 34 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo sobre el acceso al Registro de la Propiedad de las limitaciones, obligaciones y plazos o condiciones que se establezcan para su destino.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZÁLEZ, JORGE - “Desafectación y compensación de terrenos dotacionales como premisa para su permuta por obra futura”. Revista de Derecho Urbanístico, año 2002.
- ALEGRE ÁVILA, JUAN MANUEL - “El subsuelo: una propuesta para la reformulación de su estatuto jurídico”. REDA nº 130, abril-junio de 2006.
- ARNAIZ EGUREN, RAFAEL - “Los aparcamientos subterráneos: notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad”. Ed. Cívitas, 1993.
- CONCHEIRO DEL RIO, JAIME - “La propiedad separada del suelo y del subsuelo”. El Consultor, año 2003.
- CUESTA REVILLA, JOSÉ - “El subsuelo urbano: una aproximación a su naturaleza jurídica y a su régimen urbanístico.” Centro de Estudios Municipales de Cooperación Internacional. Año 2000.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMAS RAMÓN - “La propiedad urbanística del suelo, vuelo y subsuelo”. Revista Vasca de Administración Pública. Año 1995.
- GARCÍA-BELLIDO, JAVIER - “La ordenación urbanística del subsuelo”. Ciudad y Territorio, año 1996.
- GARCÍA ENTERRÍA, EDUARDO - “Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa”. Editorial Cívitas. Año 1984.
- GARCÍA GOMEZ DEL MERCADO, FRANCISCO - “La creciente importancia del subsuelo y su tratamiento urbanístico”. Catastro, año 2006.
- GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA - “El derecho de reversión en la Ley de Expropiación Forzosa”. Editorial Cívitas. Año 1996.
- IBAÑEZ PICÓ, MARISOL - “El subsuelo urbanístico. Estudio jurisprudencial”. Ciudad y Territorio, año 1996.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, LUIS MIGUEL - “El subsuelo urbano en relación con el Planeamiento y con los artículos 348 y 350 del Código Civil”. Anuario de Derecho Civil. Año 1991.
- MORA BONGERA, FERNANDO - “La enajenación del subsuelo de terrenos demaniales: Estacionamientos subterráneos”. El Consultor nº 21, año 1998.
- MORALO IZA, VICTOR MANUEL - “El subsuelo como objeto de la actividad urbanística en la Comunidad de Madrid: Perspectiva para un futuro desarrollo normativo”. Práctica urbanística, año 2006.
- NIETO GARCÍA, ALEJANDRO - “El subsuelo urbanístico”. Revista Española de Derecho Administrativo. Cívitas. Año 1992.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO - “Algunas reflexiones sobre cuestiones básicas del régimen jurídico del subsuelo”. Ciudad y Territorio, año 1996.
- PÉREZ MARÍN, ABOGADOS - “Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía “. Editorial Comares, año 2003.
- PÉREZ PÉREZ, EMILIO - “Las cotitularidades sobre bienes inmuebles”. Editorial Bosch, año 2006.
- ROCA CLADERA, JOSEP- “El valor económico del subsuelo”. Ciudad y Territorio. año 1996.
- SAMANO BUENO, PABLO - “La construcción de aparcamientos privados en el subsuelo de los espacios libres y viarios locales: viabilidad jurídica”. Revista de Derecho Urbanístico, año 2006.
- SAURA LLUVIÁ, LUIS - “Análisis y debate sobre la ordenación y gestión urbanística del subsuelo”. Ciudad y Territorio, año 1996.
- URDIALES VIEDMA, MARÍA EUGENIA- “Las cuevas-vivienda en Andalucía: De infravivienda a vivienda del futuro. Universidad de Granada”.
- Trabajo de la Comisión Técnica de Normativa y Marco Legal del Proyecto Eurocuevas”. Granada, noviembre de 2006.

ZABALA HERRERO, MARISA - “*Régimen jurídico del subsuelo urbanístico*”. Editorial Montecorvo, año 2002.

## **JURISPRUDENCIA ESTUDIADA**

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 11/1983, de 2 de diciembre
- STC 166/1986, de 19 de diciembre
- STC 67/1988, de 18 de abril
- STC 227/1988, de 29 de noviembre
- STC 149/1991, de 4 de julio

### TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 20 de diciembre de 1976 (art. 5633)
- STS de 15 de febrero de 1978 (art. 349)
- STS de 22 de mayo de 1979 (art. 2879)
- STS de 15 de julio de 1983 (art. 4060)
- STS de 27 de febrero de 1987 (art. 3381)
- STS de 1 de diciembre de 1987 (art. 92.689)
- STS de 13 de diciembre de 1988 (art. 9384)
- STS de 29 de marzo de 1990 (art. 2266)
- STS de 24 de julio de 1990 (art. 6673)
- STS de 18 de diciembre de 1990 (art. 10.047)
- STS de 23 de diciembre de 1991 (art. 9223)
- STS de 29 de mayo de 1993 (art. 4897)
- STS de 5 de abril de 1994 (art. 2763)
- STS de 27 de julio de 1994 (art. 6522)
- STS de 1 de febrero de 1999 (art. 1633)
- STS de 28 de julio de 2001 (art. 9170)
- STS de 14 de mayo de 2002 (art. 7895)
- STS de 20 de julio de 2002 (art. 8632)
- STS de 30 de noviembre de 2002 (art. 10.819)

### RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL REGISTRO Y DEL NOTARIADO

- Resolución de la DGRN de 13 de mayo de 1987 (art. 1987\3855)
- Resolución de la DGRN de 26 de junio de 1987 (art. 1987\4841)
- Resolución de la DGRN de 5 de abril de 2002 (art. 2002\8121)



---

## El contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado en la Ley 30/2007, de 30 de Noviembre

---

**Alicia Ruiz de Castro Cáceres**  
Abogada de Garrigues  
Letrada de la Junta de Andalucía. Exc.

*SUMARIO: 1. EL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL PRIVADO: PRESENTACIÓN. 2. ANTECEDENTES. 3. CLASES DE OPERACIONES CPP: OPERACIONES DE CPP DE CARÁCTER CONTRACTUAL Y DE CARÁCTER INSTITUCIONAL. 4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CPP EN LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN DEL CONTRATO CPP. SELECCIÓN DEL SOCIO. 5. REFLEXIÓN FINAL.*

### 1. EL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO: PRESENTACIÓN

En el presente estudio se abordará la nueva regulación del contrato de colaboración entre el sector público y privado, establecida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público (a la que nos referiremos, en lo sucesivo, como LCSP), cuya entrada en vigor se ha producido recientemente<sup>1</sup>, con la finalidad de valorar la utilidad de la figura y la virtualidad de su regulación para la consecución de los retos establecidos en la actual coyuntura de desaceleración económica.

Con carácter previo al análisis de los preceptos que establece la LCSP, conviene destacar la presentación que de este negocio realiza su Exposición de Motivos, al resaltar que una de sus principales novedades, en relación con el precedente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, consiste en la tipificación legal de una nueva figura, el contrato de Colaboración entre el sector público y el privado. Así dice “*nominados únicamente en la práctica de la contratación pública, la Ley viene finalmente a tipificar normativamente los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, como nuevas figuras contractuales que podrán utilizarse para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial, y cuya financiación puede ser asumida, en un principio por el operador privado, mientras que el precio a pagar por la Administración podrá acompañarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto*” (Apartado IV, punto 5 de la citada Exposición de Motivos).

---

1. La LCSP entró en vigor el 30 de abril de 2008, a los 6 meses de su publicación en el BOE (BOE nº 261, de 31 de octubre de 2007), de acuerdo con la Disposición Final Duodécima. En todo caso, la Disposición Transitoria séptima, relativa a la aplicación anticipada de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación, entró en vigor el 1 de noviembre de 2007.

Por su estrecha vinculación al CPP, como veremos a lo largo de este artículo, resulta forzoso citar en esta introducción, la referencia a otra de las novedades de la LCSP en materia de preparación y adjudicación de los negocios incluidos en su ámbito de aplicación. Como anuncia la Exposición de Motivos, “*la Ley, incorporando, en sus propios términos y sin reservas, las directrices de la Directiva 2004/18/2004/CE (...) articula un nuevo procedimiento de adjudicación, el diálogo competitivo, pensado para contratos de gran complejidad en los que la definición final de su objeto sólo puede obtenerse a través de la interacción entre el órgano de contratación y los licitadores*” (Apartado IV, punto 3).

En consecuencia, la propia LCSP reconoce que el CPP era una práctica existente, por lo que antes de introducirnos en el régimen jurídico que para esta nueva modalidad contractual consagra la LCSP, resulta conveniente rastrear los antecedentes del negocio CPP, a fin de ayudarnos a interpretar el alcance de los preceptos, por lo demás dispersos, que se recogen en el nuevo texto, y con el propósito de valorar la oportunidad o necesidad y, sobre todo, virtualidad de este nuevo contrato, en un epílogo de reflexiones finales.

## 2. BREVE REFERENCIA A LOS ANTECEDENTES DEL CPP

### 2. 1. Antecedente

Un breve recorrido cronológico por los antecedentes del CPP, traducción de la expresión inglesa *Public Private Partnership* nos remontaría al año 1992, concretamente al Reino Unido y al programa de reformas puesto en marcha por el Gobierno de John Major, conocido como *Private Finance Initiative* (PFI), con el objetivo de modernizar las infraestructuras públicas recurriendo prioritariamente a la financiación privada.

A partir de este momento, las operaciones de CPP recibirían en diversas ocasiones un impulso de las autoridades comunitarias, como instrumento idóneo para la promoción de las infraestructuras públicas. Como muestra de ello se pueden citar las Comunicaciones de la Comisión Europea COM (97) 453 y COM (2003) 132, relativas, respectivamente, a “*Las asociaciones entre los sectores público y privado en los proyectos de la red transeuropea de transporte*” y “*Desarrollo de las red transeuropea de transporte: financiaciones innovadoras e interoperabilidad del telepeaje*”<sup>2</sup>.

En España, como antecedente inmediato hay que citar el *Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad*<sup>3</sup>, y específicamente el Mandato 44º, dirigido al Ministerio de Economía y Hacienda, en que se le ordenaba que en el proyecto de LCSP se “*incorpore una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y privado, para el cumplimiento de obligaciones de servicio*

2. Un desarrollo más completo de estas cuestiones se encuentra en los estudios realizados por el profesor GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., en el artículo “Contrato de colaboración público privada” publicado en RAP nº 170, mayo-agosto 2006, págs. 8 y 9, y GARCÍA CAPDEPONT, P “en su artículo “Los contratos de colaboración público-privada”, Revista Española de Función consultiva, nº 3 enero-junio 2005. Ed. Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana”, en que analizan, además, la continuidad del Gobierno laborista posterior, que siguió profundizando y fomentando estas técnicas a través de la “Tercera Vía”.

3. Publicado en BOE de 2 de abril de 2005.

*público, así como los mecanismos legales adecuados que permitan identificar la proposición más ventajosa presentada por los licitadores a fin de garantizar la obtención del mayor valor posible como contrapartida a los recursos financieros aplicados al contrato”.*

También debemos destacar los dictámenes del Comité Económico y Social Europeo y del propio Parlamento, que instaron a la Comisión a adoptar una iniciativa legislativa por la que se regulase de manera homogénea el sector de las concesiones y otras formas de CPP. (Dictámenes del CESE de 16 de enero de 2001 y de 10 de julio de 2001, así como el Dictamen del Parlamento Europeo de 10 de mayo de 2002, en el que instó a la Comisión a examinar la posibilidad de adoptar una propuesta de Directiva en el sentido indicado).

Por otro lado, entre los antecedentes hay que aludir al Libro Verde sobre la Colaboración Público-privada y el Derecho comunitario en el ámbito de la Contratación Pública y concesiones, aprobado por Comisión Europea en fecha 30 de abril de 2004, COM/2004/327, que regula la CPP estrictamente contractual.

*La importancia de aludir al Libro Verde estriba en que el objetivo del mismo “es poner en marcha un debate sobre la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones al fenómeno de CPP. El debate, una vez lanzado, se centra, pues, en las normas que han de aplicarse cuando opta por confiar una misión o tarea a un tercero. Se inicia con anterioridad a la selección económica u organizativa realizada por una autoridad local o nacional, por lo que no puede dar pie a pensar que pretende emitir una opinión general sobre la decisión de externalizar o no la gestión de los servicios públicos, puesto que dicha decisión compete a las autoridades públicas. El Derecho comunitario es neutral en cuanto a la decisión que han de tomar los Estados miembros de prestar un servicio público a través de sus propios medios o de confiárselo a un tercero”*

Todos estos antecedentes, en calidad de experiencias en el ámbito de la Unión Europea, ya que el Derecho comunitario, en sentido estricto, aún no ha regulado el CPP, aparecen como elementos valiosos para conocer las razones del auge de las operaciones de CPP así sus potencialidades y los retos que tiene pendientes, aspectos a los que nos referiremos en los sucesivos apartados de este estudio.

## **2. 2. Razones del desarrollo de las operaciones CPP**

En el transcurso de la última década las operaciones de CPP se han desarrollado en un gran número de ámbitos del sector público, encontrándonos en un proceso de crecimiento de la figura, ya en fase de ejecución o, ya en fase de planteamiento como alternativa o elección por parte de los poderes públicos para la provisión de infraestructuras y equipamientos públicos. Esta situación reclama una indagación de las causas de este proceso *in crescendo* en el recurso a la fórmula de los CPP.

Pueden distinguirse causas de carácter técnico e ideológicas, según el profesor GONZÁLEZ GARCÍA, J<sup>4</sup>.

---

4. En el artículo citado en nota al pie 2.

Entre las razones ideológicas esgrimidas en pro de los CPP, cabe destacar la equidad intergeneracional y el nuevo papel del Estado. Con la apelación a la solidaridad intergeneracional se quiere significar que, dado que los CPP se abonan a lo largo de toda la vida de la infraestructura, no es sólo una generación la que tiene que soportar el coste de la construcción sino que la repercusión del coste se extiende a generaciones futuras que también van a disfrutar de la misma.

Dentro de este tipo de razones, se suele destacar el nuevo papel del Estado en la Sociedad del S. XXI y su incapacidad para proveer todas las infraestructuras necesarias para la sociedad moderna, sobre todo en tiempos de contención de déficit público y reducción de presión fiscal, que impiden aplicar las fórmulas tradicionales del contrato clásico de obra pública. En paralelo, como resalta GARCÍA CAPDEPONT, P<sup>5.</sup>, hay que sumar la necesidad de proseguir con la ampliación y mejora de las infraestructuras, como factor de crecimiento económico en España, según resulta del documento aprobado por el Consejo de Ministros, el 13 de octubre de 2005, denominado *Convergencia y Empleo: Programa Nacional de reformas*<sup>6</sup>, en el que los CPP se consideran un instrumento básico tanto para la dotación de infraestructuras como para la provisión de servicios públicos y la consecución de la Sociedad del conocimiento a través de la inversión en I+d+i.

Desde el punto de vista técnico se invoca la superioridad técnica de los agentes privados para afrontar todo el proceso de dotación de las infraestructuras, lo que lógicamente conllevará un coste más oneroso para la Administración, lo que demanda una valoración ponderada en cada caso de la oportunidad de acudir a estos mecanismos.

Finalmente, y sin negar consistencia a las razones aducidas, resulta imprescindible citar los evidentes motivos de carácter presupuestario, en parte aludidos, como determinantes del auge de las fórmulas CPP: en primer lugar, los problemas tradicionales de insuficiencia o escasez del erario público para la dotación de todas las infraestructuras necesarias para el desarrollo económico, lo que se verá agravado por la previsible reducción de los Fondos europeos<sup>7</sup> de cohesión y estructurales, y de otro, las restricciones presupuestarias y las exigencias de contención del déficit público, recogidas en las Leyes de estabilidad presupuestaria<sup>8</sup>. La conjunción de estas últimas razones obligan a buscar fórmulas que eviten la imputación del coste en el endeudamiento de la Administración, a fin de evitar las sanciones de EUROS-TAT por incumplimiento del Manual sobre el déficit público y la deuda pública del SEC 95 (Sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la comunidad), aprobado por Reglamento (CE) 2223/96, del Consejo y a los efectos del Reglamento (CE) 3605/1993,

5. GARCÍA CAPDEPONT, P., en su artículo "Los contratos de colaboración público-privada".

6. <http://www.la-moncloa.es>. Así, el apartado IV.2 del Programa, bajo el título "SEGUNDO EJE: EL PLAN ESTRATÉGICO DE INFRAESTRUCTURAS Y TRANSPORTES (PEIT) Y EL PROGRAMA AGUA", establece que "la financiación del PEIT se llevará a cabo en un 60% a través de recursos presupuestarios, siendo el 40% restante cubierto por entes públicos que obtienen ingresos a través de tasas y tarifas, y por la colaboración público-privada" (página 60 del documento)

7. En este sentido, como señala el Programa Nacional de Reformas (página 66), mencionado en la nota al pie anterior:

"España ha mejorado notablemente su dotación de infraestructuras de transporte con respecto a la situación que existía antes de la entrada en la UE. El esfuerzo inversor en los últimos años, medido en términos de PIB, ha sido mayor que la media europea, lo que ha ido permitiendo ir convergiendo y superando el diferencial de dotación de capital público que nuestro país tenía a mediados de los 80 con respecto a Europa.

**A este esfuerzo inversor han contribuido de forma importante los fondos comunitarios, lo que señala la gran importancia que para España tiene la política de cohesión europea.** Como ejemplo, en 2004 las inversiones cofinanciadas alcanzaron el 40% del total de las inversiones realizadas por el Estado (Ministerio de Fomento y entes públicos asociados), elevándose hasta el 65% en las regiones objetivo 1"

8. Actualmente, el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria (en adelante, TRLGEP).

relativo a la aplicación del protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, al tiempo que se mantenga el ritmo de crecimiento y el nivel de inversiones que demanda la Sociedad como factor de convergencia y cohesión.

Todas estas razones aparecen recogidas en el Libro Verde de la Comisión Europea, que en su apartado 1.1. 3, al abordar la evolución de la CPP: resultados y retos, afirma, sintéticamente, que “(...) *Diferentes factores explican el recurso cada vez más frecuente a las operaciones de CPP. Teniendo en cuenta las restricciones presupuestarias que han de afrontar los Estados miembros, este fenómeno responde a la necesidad que tiene el sector público de recibir financiación privada. Otra explicación radicaría en el deseo de aprovechar en mayor medida los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado en el marco de la vida pública. Por otro lado, el desarrollo de la CPP forma parte de la evolución más general del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador*”.

### 3. CLASES DE CPP: CONTRACTUALES E INSTITUCIONALES

El libro Verde sobre la Colaboración Público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, tras reconocer que la expresión CPP carece de definición en el ámbito comunitario, considera que esta fórmula abarca las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio. Partiendo de la constatación de que las diversas prácticas CPP que están en marcha en los Estados miembros se pueden vincular a dos grandes modelos, contractual o institucional, establece la correspondiente distinción entre:

- Las operaciones CPP de tipo puramente contractual, en las que la colaboración entre los sectores público y privado se basa en vínculos exclusivamente convencionales. Engloba combinaciones diversas que atribuyen una o varias tareas, de mayor o menor importancia, al socio privado y que incluyen el proyecto, la financiación, la realización, la renovación o la explotación de una obra o de un servicio.
- Las operaciones CPP de tipo institucionalizado, que implican la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente. Así, en el marco del Derecho comunitario las autoridades públicas son libres de ejercer ellas mismas una actividad económica o confiarla a terceros, que pueden ser entidades de capital mixto creadas en el marco de un CPP.

#### 3. 1. Operaciones de CPP contractuales

Las operaciones de CPP suelen caracterizarse, según señala el Libro Verde, por los siguientes elementos:

- La duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar.

- El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes.

No obstante, la financiación privada puede completarse con financiación pública, que puede llegar a ser muy elevada.

- El importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación). El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos.
- El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.

También resulta interesante subrayar la diferencia que se establece entre las concesiones y las CPP contractuales, apartado 2.2, considerándose que:

- El modelo de concesión se caracteriza por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: el socio privado presta un servicio a la población «en lugar de» el socio público, pero bajo su control. Asimismo, se caracteriza por el modo en que se remunera al contratista, que consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio, que se completan, en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos.
- En otros tipos de organización, la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura para la administración pública (por ejemplo, un colegio, un hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte). El ejemplo más típico de este modelo es la organización de tipo IFP. En este modelo, la remuneración del socio privado no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la obra o el servicio, sino de pagos periódicos realizados por el socio público. Dichos pagos pueden ser fijos, pero también pueden calcularse de manera variable, en función, por ejemplo, de la disponibilidad de la obra, de los servicios correspondientes o, incluso, de la frecuentación de la obra.

### **3. 2. Operaciones de CPP institucionales**

En relación con este tipo de CPP, en adelante CPPI, se ha dictado recientemente la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público privada de tipo institucionalizada (DOUE de 12 de abril de 2008).

Como hemos señalado, la Comisión entiende por CPPI la cooperación entre socios del sector público y del sector privado que crean una entidad de capital mixto para la ejecución de contratos públicos o concesiones. La aportación privada a los trabajos de la CPPI, además de la contribución al capital u otros activos, consiste en la participación activa en la ejecución de las tareas confiadas a la entidad de capital mixto y/o la gestión de dicha entidad. En cambio, la simple aportación de fondos por un inversor privado a una empresa Pública no constituye una CPPI. La incertidumbre jurídica que, al parecer, rodea la participación de socios privados en las CPPI puede afectar al éxito de la fórmula. El riesgo de crear estructuras basadas en contratos que más tarde podrían no ajustarse al Derecho comunitario puede, incluso, disuadir a las autoridades públicas y a las entidades privadas de fundar CPPI.

Resumidamente, cabe destacar que la creación de una CPPI se traduce habitualmente en:

- a) en la creación de una nueva empresa cuyo capital pertenece conjuntamente a la entidad adjudicadora y al socio privado (en algunos casos, a varias entidades adjudicadoras y/o a varios socios privados), y la adjudicación de un contrato público o de una concesión a esa entidad de capital mixto, de nueva creación, o
- b) en la participación de un socio privado en una empresa pública existente que ejecuta contratos públicos o concesiones obtenidos anteriormente en el marco de una relación interna.

La Comunicación establece reglas relativas a la selección del socio de CPPI y reglas aplicables a la fase posterior de creación de la CPPI.

Respecto de la Selección del socio, la Comisión considera que una doble licitación (la primera para la selección del socio privado de la CPPI, y la segunda, para la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto) no resulta muy práctica.

Para ello, se ofrece como procedimiento para crear una CPPI conforme con los principios de la legislación comunitaria, evitando los problemas prácticos derivados de la doble licitación, que el socio privado sea seleccionado mediante un procedimiento de licitación transparente y competitivo, cuyo objeto sea el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto y la contribución operativa del socio privado a la ejecución de esas tareas y/o su contribución administrativa a la gestión de la entidad de capital mixto. La selección del socio privado va acompañada de la creación de la CPPI y la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto.

Con posterioridad a la constitución de la CPPI, el TJCE ha observado que las empresas abiertas, incluso parcial o minoritariamente, al capital privado, no se pueden considerar estructuras de gestión «interna» de un servicio público por cuenta de las entidades territoriales a las que pertenecen. De ello se desprende que las normas aplicables a los contratos públicos y las concesiones, tanto si emanan del Tratado CE como de las directivas sobre los contratos públicos, deben cumplirse a la hora de adjudicar a las entidades de capital mixto contratos públicos o concesiones distintos de los licitados en el marco del procedimiento que ha dado lugar a la creación de la CPPI en cuestión.

Dicho con otras palabras, las CPPI deben conservar su campo de actividad inicial y no pueden obtener, en principio, nuevos contratos públicos o concesiones sin un procedimiento de licitación que respete el Derecho comunitario en materia de contratos públicos y concesiones.

Sin embargo, como la CPPI se suele crear para prestar un servicio durante un período bastante largo, debe estar en condiciones de adaptarse a determinados cambios operados en el entorno económico, jurídico o técnico. Las disposiciones comunitarias sobre contratos públicos y concesiones no impiden tener en cuenta estas evoluciones siempre que se cumplan los principios de igualdad de trato y de transparencia. Así, cuando la entidad adjudicadora desea, por motivos concretos, que algunas condiciones de la adjudicación se puedan ajustar tras la elección del adjudicatario, se ha de prever expresamente esa posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación o en los pliegos de condiciones, y definir el marco en el que se ha de desarrollar el procedimiento, de manera que todas las empresas interesadas en participar tengan conocimiento de ello desde el inicio y se encuentren, por lo tanto, en pie de igualdad en el momento de presentar su oferta.

Cualquier modificación de los términos esenciales del contrato que no se haya previsto en el pliego de condiciones exige un nuevo procedimiento de licitación. El TJCE considera que un término es esencial, en particular, cuando se trata de una estipulación que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta (como ejemplo de términos esenciales del contrato, cabe citar el objeto de las obras o los servicios que ha de prestar el adjudicatario, o los cánones impuestos a los usuarios del servicio prestado por el adjudicatario).

#### **4. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CPP EN LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO**

Con la aprobación de la LCSP, que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, se ha realizado una renovación del régimen jurídico normativo aplicable a los contratos públicos.

Tal y como hemos señalado en la introducción, una de las novedades de la Ley es la incorporación de un régimen jurídico para esta figura que, “se hallaban nominados en la práctica”, en palabras de la LCSP y que estaban dotados de tipicidad social, según el Dictamen del Consejo de Estado sobre el ante proyecto de LCSP, lo que permite afirmar que la novedad no radica en el negocio en sí, sino en el diseño de un régimen jurídico para la preparación y adjudicación de los negocios que se venían celebrando.

Como señala CHINCHILLA MARÍN<sup>9</sup> C., la regulación del CPP se encuentra diseminada a lo largo del articulado de la Ley, recogándose, además, una referencia específica en la

9. CHINCHILLA MARÍN, C. “El nuevo contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Privado”, REDA nº 132, 2006.

Disposición Final 10ª. A grandes rasgos, cabe afirmar que esta dispersión obedece en todo caso a la nueva estructura de la Ley que cambia radicalmente respecto del precedente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Dentro de esta nueva arquitectura, el CPP aparece definido y clasificado, en el Título Preliminar, rubricado Disposiciones Generales, en los artículos 11, 13 y 19.

Posteriormente, en el Libro II, sobre la preparación de los contratos, los artículos 118 a 120 regulan las actuaciones preparatorias específicas del contrato de colaboración entre el sector público y el privado.

El Libro III aborda, en materia de selección y adjudicación del contratista, la regulación de un nuevo procedimiento de adjudicación como es el Diálogo competitivo, estableciéndose una correspondencia entre el CPP y este procedimiento, en los términos que inmediatamente veremos. En íntima conexión con estos artículos hay que aludir al artículo que regula la Mesa especial para el diálogo competitivo, en el Libro V, al tratar de la Organización administrativa para la gestión de la Contratación.

El Libro IV, a propósito de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, recoge en los artículos 289 y 290 el régimen jurídico y la duración del CPP.

Por último, la Disposición Final 10ª, contiene un mandato al Gobierno para que presente un proyecto normativo. Textualmente previene que *“En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno someterá al Congreso de los Diputados un proyecto de Ley en el que regulen las modalidades de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas o por los titulares de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como el régimen de garantías que puede aplicarse a dicha financiación”*.

Mientras tanto, se aplicarán las reglas que han quedado en vigor del TRLCAP contenidas en el capítulo IV del Título V, sobre financiación de las concesiones de obra pública, en la medida en que la prestación principal se pueda asimilar a la de este contrato y, en su caso, resulten aplicables (créditos participativos)

Realizada esta semblanza general de la ordenación del CPP, como guía para internarnos en el texto, pasamos a realizar un estudio detenido de los preceptos que hemos subrayado.

#### **4. 1. Concepto y caracterización legales del CPP**

Comenzando por el concepto consagrado en la LCSP, se dispone en su artículo 11.1 que *“Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de*

*determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:*

- *La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión. La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.*
- *La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.*
- *Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado”.*

En cuanto al concepto, añade el párrafo 3º que *“el contratista colaborador de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos”.*

Contrasta la definición, compleja y abigarrada en que se acumulan los elementos caracterizadores de la fórmula CPP, con otras definiciones mucho más sencillas, acuñadas en el ámbito del Derecho comunitario, como la recogida en el Libro Verde reproducida *supra* conforme a la cual, el fenómeno de la colaboración público-privada *“se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio”.*

Como dice CHINCHILLA MARÍN<sup>10</sup>, al abordar el estudio del artículo 11, nos hallamos ante una definición deliberadamente abierta, por cuanto lo que se pretende es que sean la Administración y la entidad privada quienes definan y concreten las prestaciones y los elementos en cada supuesto concreto y en función de las necesidades complejas y dificultosas que la Administración trate de satisfacer (objetivos de servicio público o necesidades de interés general).

Ciñéndonos al concepto jurídico positivo de CPP, podemos destacar los siguientes elementos subjetivos, objetivos y temporal:

#### **4. 1. 1. Elementos personales**

En primer lugar, el contrato de CPP es un contrato que sólo pueden celebrar los entes que tengan la condición de Administración Pública<sup>11</sup>. Así resulta de la dicción del propio artículo 11, donde no se habla de ente del sector público o poder adjudicador sino de Administración Pública, a diferencia de otros artículos en los que se emplea la expresión

10. CHINCHILLA MARÍN, C. El contrato de colaboración entre el sector público...

11. Por razones más obvias, el contrato de gestión de servicios públicos, sólo pueden celebrarlo Los entes que tienen la condición de Administración pública, y así resulta no sólo por ser una Administración la que tiene la titularidad del servicio, sino por la propia definición del contrato contenida en el artículo 8, como *“aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante”*, y los preceptos que regulan la preparación, adjudicación, efectos y extinción del mismo.

genérica de “órgano contratante” o “entidad contratante” (V. gr. Artículo 13, a propósito de los contratos sujetos a regulación armonizada), o bien no se refiere al ente contratante, sino que se definen exclusivamente por referencia a su objeto (como ocurre con los contratos de obras, de concesión de obra pública, suministros o servicios, artículos 6, 7, 9 y 10, respectivamente). Así resulta, además, de lo dispuesto en el artículo 118 que, al regular la preparación de los CPP, habla de la “Administración contratante”, como categoría específica de sujetos perfectamente definidos en el artículo 3.2 de la LCSP.

Asimismo, dentro de los contratos de la Administración, el CPP se califica como contrato administrativo versus contrato privado, y sujeto siempre a regulación armonizada, *ex* artículos 19 y 13, respectivamente.

Desde el punto de vista del empresario u operador privado que puede acceder a este tipo de CPP, es forzoso reconocer que la complejidad de las prestaciones como una de sus señas de identidad, sumado a la financiación, al menos parcial, que debe asumir el contratista, representan una barrera de entrada a las PYMES, con la consiguiente limitación a la competencia real y efectiva para las empresas que componen mayoritariamente el tejido empresarial.

#### **4. 1. 2. Elementos reales**

Desde el punto de vista de los elementos objetivos, como hemos avanzado, la LCSP reconoce su carácter complejo, previendo un objeto que suele ser plural (“una actividad global e integrada”), que abarca una serie de prestaciones, algunas necesarias y otras posibles, que se relacionan de un modo ejemplificativo, insistiendo la LCSP en todo caso en la financiación por parte del operador privado como elemento indispensable.

En este sentido, siguiendo a GARCÍA CAPDEPONT, P<sup>12</sup>, podemos señalar que a veces se ha considerado a los CPP como una técnica de financiación extrapresupuestaria de infraestructuras o servicios, en la medida en que, al asumir la financiación, al menos en parte, el agente privado, no consolida en las cuentas públicas (siempre que se den otros requisitos, como veremos). No obstante y aun siendo éste uno de los aspectos más novedosos y que puede hacerlo muy interesante para las Administraciones por elusión de los límites al endeudamiento, lo cierto es que este fenómeno permite además aprovechar el know how de los empresarios, su mejor gestión de riesgos, intensificando la cooperación y proporcionando un valor añadido que la Administración por sí misma no está en condiciones de obtener.

Sin embargo, atendiendo a la definición legal, y anteriormente a la realidad, lo cierto es que estas fórmulas intensifican la colaboración en las diversas fases del proyecto que la Administración pretende realizar, así se habla de los *contratos BDFO*, cuyo objeto abarca la construcción (Build), el diseño (Design), la financiación (Finance), y la explotación, en

---

12. GARCÍA CAPDEPONT, P. “Los contratos de colaboración público-privada”, en Revista Española de Función Consultiva, nº 3, Ed. Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana, pág. 93 y 94.

sentido amplio, incluyendo el mantenimiento (Operate), con perfecta cabida en la laxo marco que, voluntariamente, bosqueja la LCSP.

Esa complejidad y pluralidad determina, además, que el campo natural en que se van a desarrollar estos contratos CPP sea, como ya establece el Libro verde<sup>13</sup>, el ámbito de la provisión de servicios o de infraestructuras y equipamientos públicos (comisarías, centros penitenciarios, centros geriátricos, infraestructuras hospitalarias) así como los contratos de tecnología de última generación, o una mixtura de alguno de los citados.

La transferencia de riesgos es otro de los elementos característicos de este tipo de contratos. En este ámbito hay que destacar que una de las estipulaciones mínimas del CPP, consiste en el establecimiento de las condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones. De acuerdo con la flexibilidad de que se ha querido dotar al CPP, la transferencia y distribución de riesgos se realizará caso por caso, de forma que hay riesgos que se podrán transferir al operador privado (en el apartado de diseño o construcción de la obra, en su caso) si es él quien mejor lo gestiona. El inconveniente radica en que la Administración pierde parte del control y de las prerrogativas propias en esta materia por parte de la Administración.

En este apartado, hay que significar que para que las operaciones CPP no computen en efectos de déficit según el protocolo de EUROSTAT, es preciso que en la operación concurren dos condicionamientos simultáneamente, a saber:

- (i) que el socio privado soporte íntegramente el riesgo de la construcción y, por tanto, todas las eventualidades y contingencias derivadas de la construcción y puesta en marcha de la infraestructura de que se trate. Estos riesgos incluirán posibles responsabilidades frente a terceros por deficiencias de calidad y otros efectos externos negativos.
- (ii) Además, el socio debe soportar uno de los dos siguientes riesgos: el riesgo de la disponibilidad (mantenimiento de la calidad con arreglo a parámetros o estándares de calidad que se definan en el contrato) o el de demanda (en función de elementos exógenos y del uso de la infraestructura).

Como un ejemplo de CPP contractual podemos citar el de la autovía AS-2 entre Oviedo y Gijón. La financiación se ha realizado mediante una concesión de obra con peaje en la sombra (paga la Administración), el operador privado asume los tres riesgos citados, construye la carretera, (riesgo de construcción), se obliga a mantenerla en perfectas condiciones de uso (riesgo de disponibilidad) y cobra directamente de la Administración una tarifa que es diferente en función de vehículos pesados y ligeros (riesgo de demanda). También se le retribuye mediante la concesión de un área de servicio adyacente.

13. Como señala el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario (apartados 1.1.4 y 7) "Las autoridades públicas de los Estados miembros recurren a menudo a operaciones de CPP para realizar proyectos de infraestructura, en particular en los sectores del transporte, la sanidad pública, la educación y la seguridad pública. En el ámbito europeo, se ha reconocido que las operaciones de CPP pueden contribuir a la creación de redes transeuropeas de transportes, ámbito en el que existe un enorme retraso debido, entre otras cosas, a la escasez de inversiones. Las autoridades públicas también recurren a operaciones de colaboración con el sector privado para garantizar la gestión de servicios públicos, sobre todo en el ámbito local. Así pues, cada vez es más frecuente que servicios públicos relativos a la gestión de residuos o la distribución de agua o energía se confíen a empresas, tanto públicas como privadas o mixtas"

En cuanto a la contraprestación a percibir por el contratista colaborador de la Administración, la misma consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento. El elemento de la retribución o remuneración del contratista privado puede provenir tanto de los usuarios del servicio como de la Administración. De la lectura de la LCSP no queda claro este extremo, ya que de la Exposición de Motivos se desprende que el precio lo abona la Administración<sup>14</sup>, sin embargo, entendemos que puede haber ocasiones en que, al menos, parte de la retribución que percibe el contratista lo pueda percibir de los usuarios (piénsese, por ejemplo, en infraestructuras hospitalarias en que parte del complejo construido permita su explotación como aparcamientos, en cuyo caso, parte de la retribución la pagaría el usuario del aparcamiento).

La expresión empleada por el artículo 11, al declarar que la retribución del contratista se podrá vincular a determinados objetivos de rendimiento, o la utilizada por Exposición de Motivos establece que *“el precio a pagar por la Administración podrá acompañarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto”*, induce a pensar que en este tipo de contratos existirá, por regla general, una parte fija y otra parte variable. Precisamente esta última es la que se establecerá en relación con el cumplimiento de determinados estándares de calidad del servicio prestado.

Así se deduce del contenido mínimo del CPP, previsto en el artículo 120, conforme al cual *“en el clausulado del contrato CPP, se deberá establecer, entre otras cláusulas, las siguientes:*

- *Remuneración del contratista, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la administración.*
- *Causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del periodo de ejecución del contrato.*

Asimismo el artículo 199 al consagrar el principio de riesgo y ventura del contratista, lo matiza respecto de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, según lo que se hubiere pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los mismos. Así, siguiendo con el clausulado del CPP se prevé en el artículo 120.1 b) que se recogerán las *“Condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones”*.

Para visualizar el modo en que la contraprestación puede variar, podemos aludir al caso del arrendamiento operativo<sup>15</sup>, que ha sido, quizás, una de las fórmulas CPP que se ha venido utilizando en la práctica de la contratación española, en los casos en que la obra no es sus-

---

14. “(...) mientras que el precio a pagar por la Administración podrá acompañarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto”

15. Para un estudio más detenido del arrendamiento operativo como fórmula de CPP nos remitimos al artículo de GONZÁLEZ GARCÍA, J, y FERNÁNDEZ LLERA, R. en *“Financiación mediante colaboración público-privada: el caso del Hospital Universitario Central de Asturias”*, Jornadas sobre la Iniciativa privada en la financiación de proyectos públicos, Universidad de Burgos, 8-9 febrero de 2007.

ceptible de explotarse económicamente<sup>16</sup>, como era el caso de infraestructuras educativas, o, en general, de infraestructuras que prestan un servicio a la ciudadanía: edificio de usos socio-culturales, comisarías, hospitales, etcétera.

Precisamente, uno de los elementos característicos del arrendamiento operativo es que, además de la construcción o reforma del edificio, el contratista debe arrendar el edificio a la Administración (cesión de uso) en las condiciones que se establezcan en el contrato, incluido en su caso y eventualmente, el equipamiento y la prestación de servicios complementarios, tales como el catering, servicios de lavandería, u otros (típicas prestaciones del contrato de servicios *ex* artículo 10 LCSP). Pues bien, precisamente la parte variable de la contraprestación dependerá del nivel de calidad en que se esté prestando el servicio, cuestión que conecta con la transferencia de riesgos.

#### **4. 1. 3. Plazo**

La duración del contrato CPP ya estaba contemplado en el Libro Verde como un contrato de larga duración, habida cuenta su complejidad y su desarrollo en infraestructuras con largo periodo de amortización.

Aunque la LCSP no lo califica expresamente como un contrato de larga duración, se deduce de la dicción del artículo 11.1 conforme al cual “*aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean,*”. En todo caso, su duración máxima es de 20 años, con la excepción del artículo 289, a la que después nos referiremos.

### **4. 2. Preparación del CPP**

Al abordar la regulación del contrato de CPP, la LCSP regula tres hitos fundamentales, que pasamos a exponer:

#### **4. 2. 1. El Documento de evaluación previa**

Señala el artículo 118. 1 que “con carácter previo a la iniciación de un expediente de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, la Administración contratante deberá elaborar un documento de evaluación en que se ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia

16. En estos casos, la Junta Consultiva de Contratación administrativa en Informes 61/2003 y 70/2004, relativas a la construcción y posterior arrendamiento a favor de la Administración, de dos instituciones públicas (en el primer caso se trataba de construir un edificio para albergar la sede de la Universidad de Burgos, y en el segundo el Ayuntamiento de Alcudia, cedió un terreno para construir un edificio de uso social y posterior arrendamiento al Ayuntamiento) negó la posibilidad de su calificación como concesión de obra pública al no tener la condición de obra susceptible de explotación económica. Como alternativa planteaba el contrato clásico de obra.

o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación.

En este sentido, la trascendencia del Documento de Evaluación previa es doble:

- i) Por un lado, porque la Administración debe reconocer la imposibilidad de definir la estructura jurídica o financiera para la ejecución del contrato, o bien, porque tiene claro las necesidades y finalidades que tiene que atender pero no puede definir los medios técnicos
- ii) Porque, en todo caso, debe realizar una estimación del coste en que incurriría la Administración si acudiera a alguna otra fórmula de contratación (por ejemplo, las clásicas previa consignación presupuestaria). Se ha recogido la herramienta del *Public sector comparator*, esto es, un examen comparativo entre las posibilidades del sector público para el desarrollo del proyecto y la iniciativa privada<sup>17</sup>.

Esta evaluación -*Public Sector Comparator*- corre a cargo de un órgano cualificado, la Mesa especial del Diálogo competitivo prevista en el artículo 296.2 en relación con 119.3, que es diferente a la Mesa de contratación. En este examen habrán de tomarse en consideración, en principio, según GONZÁLEZ GARCÍA, J<sup>18</sup> diversos factores, tales como:

- i) la fórmula más eficiente de construir la obra proyectada por el sector público,
- ii) la valoración y cuantificación de todos los costes y riesgos
- iii) El *Public Sector Comparator* se expresa en términos del coste actual neto que supondría a la Administración la prestación del servicio, comparándolo con ofertas realizadas por los operadores privados.

Precisamente, la propia complejidad del documento y su envergadura, cuestionan la posibilidad real de que esta evaluación se lleve a cabo de forma sucinta cuando concurren razones de urgencia no imputables a la Administración contratante que aconsejen utilizar el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para atender las necesidades públicas, pese a que si lo prevé el artículo 118.2

Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.

Podemos entender que una vez formalizado el documento de Evaluación previa se entiende cumplido el requisito general de la necesidad e idoneidad del contrato previsto en el artículo 22, conforme al cual “*Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquéllos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse*

17. En definitiva, es el indicador o herramienta del *value for money*, con el que se aspira, como señala MUÑOZ MACHADO, “a ganar efectividad, eficiencia y economía en la gestión del gasto. Además de activar la competencia en el ámbito de las infraestructuras, lugar económico donde no existía mercado”. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en general, Vol I, Iustel, Madrid 2006, pág. 1329”.

18. Op. Cit. Pág 25.

*mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”.*

#### **4. 2. 1. El Programa funcional**

Es uno de los documentos preceptivos del procedimiento de preparación de un CPP. Es el documento que sustituye a los Pliegos en los restantes contratos, si bien que su contenido queda mucho menos perfilado que en los Pliegos, en sintonía con la flexibilidad buscada de propósito en este tipo de contratos, llamado a convocar y estimular las soluciones más imaginativas e innovadoras, además de las más eficientes, en el mercado.

El programa funcional se aprueba unilateralmente por la Administración, y marca, en definitiva, los cimientos del CPP aunque deja un margen suficiente para el diálogo con los operadores, trata de ofrecer un marco de regulación lo suficientemente flexible, una oferta al operador.

Dispone el artículo 119 LCSP, que *“el órgano de contratación, a la vista de los resultados de la evaluación a que se refiere el artículo anterior, elaborará un programa funcional que contendrá los elementos básicos que informarán el diálogo con los contratistas y que se incluirá en el documento descriptivo del contrato. Particularmente, se identificará en el programa funcional la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo, y los criterios de adjudicación del contrato”.*

#### **4. 2. 2. El Clausulado del contrato**

Como advertía el libro Verde de la Comisión sobre la colaboración Público-privada, el éxito de una operación de CPP depende en gran medida de lo completa que sea la normativa contractual del proyecto y de la óptima determinación de los elementos que van a regir su puesta en marcha. En este sentido, resulta crucial la evaluación pertinente y el reparto adecuado de los riesgos entre los sectores público y privado, en función de la capacidad respectiva de cada uno de ellos para asumir dichos riesgos.

Asimismo, añadía que también es importante prever mecanismos que permitan evaluar periódicamente la actuación del titular de la CPP.

En este contexto, el principio de transparencia exige que los datos que permiten determinar la evaluación y el reparto de riesgos, así como la evaluación de la actuación, se comuniquen en la documentación de consulta, de manera que los licitadores puedan tenerlos en cuenta a la hora de elaborar sus ofertas.

En consonancia con estas previsiones, los documentos de formalización de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado deberán incluir necesariamente, además de las cláusulas relativas a los extremos generales previstos en el artículo 26<sup>19</sup>, una serie de estipulaciones referidas a aspectos definitorios del CPP, a algunos de los cuales ya hemos aludido al referirnos a los elementos caracterizadores del contrato. En todo caso, serían los siguientes:

- a. Identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto, que condicionarán el régimen sustantivo aplicable al contrato, de conformidad con lo previsto en la letra m) de este artículo y en el artículo 289.
- b. Condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones.
- c. Objetivos de rendimiento asignados al contratista, particularmente en lo que concierne a la calidad de las prestaciones de los servicios, la calidad de las obras y suministros y las condiciones en que son puestas a disposición de la administración.
- d. Remuneración del contratista, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la administración.
- e. Causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del periodo de ejecución del contrato.
- f. Fórmulas de pago y, particularmente, condiciones en las cuales, en cada vencimiento o en determinado plazo, el montante de los pagos pendientes de satisfacer por la Administración y los importes que el contratista debe abonar a ésta como consecuencia de penalidades o sanciones pueden ser objeto de compensación.
- g. Fórmulas de control por la administración de la ejecución del contrato, especialmente respecto a los objetivos de rendimiento, así como las condiciones en que se puede producir la subcontratación.

---

19. El artículo 26. Contenido mínimo del contrato.

1. *Salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público deben incluir, necesariamente, las siguientes menciones:*

- a. La identificación de las partes.
  - b. La acreditación de la capacidad de los firmantes para suscribir el contrato.
  - c. Definición del objeto del contrato.
  - d. Referencia a la legislación aplicable al contrato.
  - e. La enumeración de los documentos que integran el contrato. Si así se expresa en el contrato, esta enumeración podrá estar jerarquizada, ordenándose según el orden de prioridad acordado por las partes, en cuyo supuesto, y salvo caso de error manifiesto, el orden pactado se utilizará para determinar la prevalencia respectiva, en caso de que existan contradicciones entre diversos documentos.
  - f. El precio cierto, o el modo de determinarlo.
  - g. La duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas.
  - h. Las condiciones de recepción, entrega o admisión de las prestaciones.
  - i. Las condiciones de pago.
  - j. Los supuestos en que procede la resolución.
  - k. El crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio, en su caso.
    - l. La extensión objetiva y temporal del deber de confidencialidad que, en su caso, se imponga al contratista.
2. El documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos, concretados, en su caso, en la forma que resulte de la proposición del adjudicatario, o de los precisados en el acto de adjudicación del contrato de acuerdo con lo actuado en el procedimiento, de no existir aquellos”.

- h. Sanciones y penalidades aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones del contrato.
- i. Condiciones en que puede procederse por acuerdo o, a falta del mismo, por una decisión unilateral de la Administración, a la modificación de determinados aspectos del contrato o a su resolución, particularmente en supuestos de variación de las necesidades de la Administración, de innovaciones tecnológicas o de modificación de las condiciones de financiación obtenidas por el contratista.
- j. Control que se reserva la Administración sobre la cesión total o parcial del contrato.
- k. Destino de las obras y equipamientos objeto del contrato a la finalización del mismo.
- l. Garantías que el contratista afecta al cumplimiento de sus obligaciones.
- m. Referencia a las condiciones generales y, cuando sea procedente, a las especiales que sean pertinentes en función de la naturaleza de las prestaciones principales, que la Ley establece respecto a las prerrogativas de la administración y a la ejecución, modificación y extinción de los contratos.

#### 4. 3. Selección del contratista y adjudicación del contrato<sup>20</sup>

En materia de adjudicación del CPP aparece otra novedad estrechamente conectada, ya que el Diálogo competitivo, novedad de la LCSP, es el procedimiento por el que, de ordinario, deberá adjudicarse los CPP que la Administración pretenda celebrar.

No obstante, también podrá acudir al procedimiento negociado para la adjudicación de un CPP cuando concorra el presupuesto del artículo 154. a) de la LCSP o sea *“cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 103, por infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, o por incluir valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato”*.

El diálogo competitivo se caracteriza por ser un procedimiento en el que los licitadores debaten con el órgano de contratación, con la finalidad de alcanzar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta. Según se deduce del artículo 118, y como señala CHINCHILLA MARÍN<sup>21</sup> *“la administración sabe lo que necesita pero tiene que acudir a las empresas con experiencia en el sector para conocer las distintas alternativas que existen para satisfacer sus necesidades”*. Como hemos dicho más arriba, aquí reside el valor añadido de los CPP.

Los órganos de contratación podrán establecer primas o compensaciones para los participantes en el diálogo.

20. Pasaremos por encima, habida cuenta del reciente artículo publicado en esta Revista Reflexiones, 2/2007 “La novedad del diálogo competitivo en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”.

21. En el artículo citado *“El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”*, en REDA.

El diálogo competitivo se desenvuelve a través de tres fases que son las siguientes:

#### **4. 3. 1. Fase Primera: Apertura del procedimiento**

El órgano de contratación publicará el anuncio de licitación en el que dará a conocer sus necesidades.

Se aplican reglas del procedimiento restringido (regulado en los artículos 146 y siguientes) con algunas especialidades: número mínimo en Diálogo competitivo son tres, versus los cinco mínimos del Procedimiento Restringido. Asimismo, no se entrega a los invitados el Pliego sino el programa funcional (ya hemos remarcado la similitud entre ambos instrumentos, y el carácter más abierto de este último).

#### **4. 3. 2. Fase Segunda: Desarrollo del diálogo**

Tiene por objeto determinar y definir los medios adecuados para satisfacer las necesidades de la Administración. En el transcurso de este diálogo se pueden debatir todos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados.

El diálogo se puede articular en fases sucesivas a fin de reducir progresivamente el número de soluciones a examinar.

El órgano de contratación proseguirá el diálogo hasta que se encuentre en condiciones, después de compararlas, si es preciso, las soluciones que puedan responder a sus necesidades. Queda prohibido el *cherry picking* o combinación por parte de la Administración contratante de los medios técnicos o prestaciones contenidas en las diferentes ofertas presentadas.

Tras declarar cerrado el diálogo y comunicarlo a todos los participantes, los invitará a que formulen su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante esta fase.

#### **4. 4. 3. Fase Tercera: Presentación y examen de ofertas**

Las ofertas deberán incluir todos los elementos requeridos para la realización del proyecto. El órgano de contratación podrá solicitar aclaraciones, precisiones o ajustes sobre las mismas, o información complementaria.

Se evaluarán las ofertas de acuerdo con los criterios de adjudicación que se hubieran publicado en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, y seleccionará a la oferta económicamente más ventajosa.

El órgano de contratación podrá requerir al licitador cuya oferta considere más ventajosa para que aclare determinados aspectos de la misma, o se ratifique los compromisos que en ella figuran, siempre que con ello no se modifiquen elementos sustanciales de la oferta, se falsee la competencia o se produzca un efecto discriminatorio.

Para asistir al órgano de contratación en los procedimientos de diálogo competitivo que se sigan por las Administraciones Públicas estatales, se constituirá una Mesa con la composición señalada en el apartado 2 del artículo anterior a la que se incorporarán personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo, designadas por el órgano de contratación. El número de estas personas será igual o superior a un tercio de los componentes de la Mesa y participarán en las deliberaciones con voz y voto.

#### 4. 4. Efectos y Extinción del CPP

Según el artículo 289, los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se regirán por las normas generales contenidas en el Título I del presente Libro y por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél, identificada conforme a lo dispuesto en el artículo 120.1, en lo que no se opongan a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar conforme al artículo 11. En consecuencia, hay que tener en cuenta que las letras a) y m) del artículo 120 contemplan como estipulaciones específicas de este contrato, la identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto, que condicionarán el régimen sustantivo aplicable al contrato, así como la referencia a las condiciones generales y, cuando sea procedente, a las especiales que sean pertinentes en función de la naturaleza de las prestaciones principales, que la Ley establece respecto a las prerrogativas de la administración y a la ejecución, modificación y extinción de los contratos.

Las normas delimitarán los deberes y derechos de las partes y las prerrogativas de la Administración.

En este aspecto, cabe destacar que cuando una de las prestaciones principales se identifique con la propia del contrato de concesión de obra pública *ex* artículo 7 de la LCSP, la duración no será de 20 años sino de 40.

### 5. REFLEXIÓN FINAL

De acuerdo con lo expuesto, consideramos que con la nueva regulación de las operaciones de CPP se potencia un campo de negocio, en el ámbito de las infraestructuras *lato sensu* y de equipamiento de servicios públicos, que podría mantener e incluso acrecentar el ritmo de construcción y actualización de infraestructuras, sin el riesgo de que el coste de las mismas consolide a efectos del cómputo del déficit de la Administración contratante.

Asimismo, la incorporación de esta regulación no supone el establecimiento de un régimen cerrado y predeterminado sino que, precisamente, la LCSP trata de proporcionar mayor seguridad jurídica a una serie de negocios que encontraban dificultades para encuadrarse dentro de los contratos administrativos típicos o nominados de la normativa anterior, ya fuera el contrato de concesión de obra pública, ya fuera el caso del arrendamiento operativo

que, no obstante, en la práctica se han venido celebrando en ocasiones bajo la cobertura de la concesión de obra pública o bajo un negocio que reclamaba la aplicación de normas de diversas ramas del Derecho (Derecho de los bienes públicos, normas de contratación, etcétera).

Esta flexibilidad, a mi juicio, permitiría celebrar tanto una operación de CPP de carácter contractual (construcción de obras con peaje en la sombra y sistema de retribución mixto, que sería el caso de la autovía de Gijón) como de carácter institucional (CPPI), siempre que se respeten los condicionamientos establecidos en la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea (DOUE 12 de abril de 2008).



---

## **Contratación del Sector Público: Nueva Ley de Contratos del Sector Público. (2ª parte). Actuaciones administrativas preparatorias del contrato y requisitos para poder contratar con la Administración\***

---

**Julio César García Sánchez**

Abogado

*SUMARIO: ACTUACIONES PREPARATORIAS DEL CONTRATO: 4.7. ACTUACIONES RELATIVAS A LA CONTRATACIÓN. 4. 7.1. INTRODUCCIÓN. 4. 7. 2. ELEMENTOS COMUNES A LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 4. 7.3. ACTUACIONES PREVIAS DEL CONTRATO. 4. 8. EXPEDIENTES COFINANCIADOS. 4. 9. CONTRATACIÓN POR LOTES Y FRACCIONAMIENTO DEL OBJETO. 4. 10. TRAMITACIÓN ANTICIPADA. 4. 11. PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES. 4. 11. 1. CONCEPTO. 4. 11. 2. CONTENIDO. 4. 12. PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS GENERALES. 4. 13. PLIEGOS DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS. 4. 14. ACTUACIONES PREPARATORIAS DE LOS DIFERENTES CONTRATOS. 4. 15. CONTRATOS MENORES. 4. 16. ACTUACIONES AL RESTO CONTRATOS DEL SECTOR PUBLICO Y SUBVENCIONADOS*

### **ACTUACIONES PREPARATORIAS DEL CONTRATO**

#### **4. 7. Actuaciones relativas a la contratación**

##### ***4.7.1. Introducción***

En lo relativo a las actuaciones preparatoria de los contratos, hay que distinguir entre los contratos de las Administraciones públicas y las del resto del sector publico, aún cuando hay elementos comunes a todos ellos de los que hemos hecho alusión anteriormente,

##### ***4.7.2. Elementos comunes a los contratos administrativos***

La nueva estructura de la L.C.S.P. en su diseño ha presentado una serie de condicionantes previos a todo tipo de contrato, a igual que ya hizo la ley anterior, aun cuando los requisitos para contratar los remite a una parte general ya estudiada, y desarrollando en el Libro II, en su titulo I, que se denomina “Preparación de contratos por las Administraciones Públicas

\* Este artículo da continuidad al publicado en Reflexiones nº 5 I/2008, conservando la numeración correlativa de aquel en sus subtítulos y apartados.

### **4.7.3. Actuaciones Previas del contrato**

#### *4.7.3.1. Iniciación*

Todo contrato, necesita la realización de una serie de actuaciones previas, cuyo procedimiento tiene un carácter muy reglado que precede a la adjudicación y formalización del contrato.

Procedimiento muy importante dado que su incumplimiento puede llevar incluso a la nulidad del contrato (conforme a las S.T.S. de 4-2-65, 6-6-75, y 24-3-75).

Todo contrato deberá realizar las siguientes actuaciones (art. 93 LCSP y 73 RGCAP), que son:

- 1.- Tramitación y resolución del expediente de contratación, con aprobación del mismo, que comprenderá la del gasto correspondiente (art. 93 LCSP y 73 RGCAP). Los expedientes de contratación se iniciarán por el órgano de contratación determinando la necesidad de la prestación objeto del contrato, bien por figurar ésta en planes previamente aprobados o autorizados, bien por estimarse singularmente necesaria. Se unirá informe razonado del servicio que promueva la contratación, exponiendo la necesidad, características e importe calculado de las prestaciones objeto del contrato.
- 2.- Se aprobará en su caso, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), salvo que sea el Dialogo competitivo, que se sustituye por el documento descriptivo en el que darán a conocer sus necesidades y requisitos (art. 93 LCSP)
- 3.- Se recogerán también las Prescripciones técnicas (PPT) a que haya de ajustarse la ejecución del contrato, salvo que sea el Dialogo competitivo, que se sustituye por el documento descriptivo en el que darán a conocer sus necesidades y requisitos (art. 93 LCSP).
- 4.- Igualmente el certificado de existencia de crédito si origina gasto. (art. 93.3 LCSP), salvo los supuestos de que no se haya podido establecer previamente.
- 5.- La Fiscalización previa, en su caso, de la Intervención (art. 93.3 LCSP)
- 6.- La aprobación del gasto.

#### *4. 7. 3. 2. Requisitos*

Para la tramitación del contrato, se hace constar que son necesarios los siguientes requisitos, hasta ahora recogidos en el art. 11 de la anterior Ley, pero que actualmente se leva al Libro V denominado Organización administrativa para la gestión de la contratación, y que se regula en los artículos 291 a 294.

No obstante es conveniente reseñar aquellas cuestiones que son necesario tener en cuenta a la hora de iniciar un expediente de contratación.

#### 4. 7. 3. 2. 1. Órgano de Contratación

Lo define la Ley al hablar de la organización administrativa, por lo que el órgano de contratación será con carácter general (art. 291.1 LCSP) los Jefes del Departamento o Autoridad en quién delegue o desconcentre la función (4 RGCAP). Consecuentemente en el Estado el Ministro y los Secretarios de Estado, en la Comunidad Autónoma Andaluza el Consejero (art. 291.1 LCSP).

En las Entidades Locales, se predice un cambio con respecto a la distribución de competencias, conforme a la Disposición Adicional 2ª.

En primer lugar corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, de gestión de servicios públicos, los contratos administrativos especiales, y los contratos privados cuando su importe no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada. (Antes, hasta el 5% de los recursos ordinarios o el 50% del límite General del Procedimiento Negociado o no tuvieran una duración superior a un año y no exigieran créditos superiores a los consignados en el presupuesto, y al Pleno cuando exceda de dicha cantidad.)

Asimismo corresponde a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades locales la adjudicación de concesiones sobre los bienes de las mismas y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial cuando su valor no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de tres millones de euros, así como la enajenación del patrimonio, cuando su valor no supere el porcentaje ni la cuantía indicados.

2. Corresponde al Pleno las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos no mencionados en el apartado anterior que celebre la Entidad local (D. Adicional 2ª apartado 2). Esto tiene la singularidad de que por tato el contrato de colaboración entre el sector público y privado, siempre corresponderá al Pleno.

Asimismo corresponde al Pleno la adjudicación de concesiones sobre los bienes de la Corporación y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial así como la enajenación del patrimonio cuando no estén atribuidas al Alcalde o al Presidente, y de los bienes declarados de valor histórico o artístico cualquiera que sea su valor.

Por otra parte se introduce una variante en los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, por el que las competencias se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo (D. A. 2ª 3)

Se mantienen las denominadas Junta de Contratación (art. 291.4 LCSP), para determinados tipos de contratos de obras, suministros, servicios, y para los que estos dos últimos, afecten a más de un órgano de contratación, salvo los que tengan por objeto bienes y servicios de contratación centralizada, dejando su regulación a desarrollo reglamentario, y que de momento está regulado en su composición y funciones por el art. 5 y 7 del nuevo Reglamento.

El órgano de contratación, en la esfera local es el Presidente de la Corporación o el Pleno, que está facultado dentro de sus competencias para su celebración del contrato, que lleva implícita la de la aprobación del proyecto y la del gasto correspondiente, la del PCAP, con las particularidades que expondremos, la adjudicación del contrato y la formalización del mismo y demás que a lo largo de la Ley se atribuyen (art. 4 RGCAP) y art. 41.11, art. 50.22-23 y art. 70.24-25 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por R. Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

#### *4. 7. 3. 2. 2. Autorización para contratar*

En supuestos excepcionales se necesita el acuerdo del Consejo de Ministro o de Gobierno que en la Entidad Local habrá que entender el Pleno para su autorización (art. 292 Ley de Contratos del Sector Público), previo a la aprobación del expediente, y sin perjuicio de reclamar cualquier otro que considere:

- 1.- Cuando el plazo de ejecución del proyecto sea superior a la vigencia del Presupuesto, con la excepción de la plurianualidad autorizada, (en la C.A.A. 70%, 60% y 50 y 50% y en el Estado a partir de la Ley 11/96, de 27 de diciembre de Medidas de disciplina presupuestarias y actualmente la ley 47/1003, de 26 de noviembre, general presupuestaria), y en la esfera de la Administración local el Pleno.
  - 2.- Cuando el valor estimado del contrato sea igual o supuesto (antes exceda) de doce millones de euros.
  - 3.- En los de sistema de arrendamiento financiero o con opción de compra, con anualidades superior a cuatro.
- Igualmente cuando la modificación del contrato autorizado, sea causa de resolución y la resolución misma, se necesitará autorización, (art. 292.4 LCSP)

#### **4. 8. Expedientes cofinanciados**

Una formula frecuente de financiación de los contratos es que el mismo se realice mediante aportaciones distintas, no sólo del órgano contratante, y cuya plasmación de forma genérica se realiza fundamentalmente mediante la suscripción de convenios, y en ese sentido el art. 93.5 de la LCSP, al igual que ya lo hizo el art. 69. de la L.C.A.P. ha introducido una novedad sobre el anterior art. 24 de la L.C.E., al fijar que “Si la financiación del contrato ha de realizarse con aportaciones de distinta procedencia, aunque se trate de órganos de

una misma Administración pública, se tramitará un solo expediente por el órgano de contratación al que corresponda la adjudicación del contrato, debiendo acreditarse en aquél la plena disponibilidad de todas las aportaciones y determinarse el orden de su abono, con inclusión de una garantía para su efectividad”.

Cuando las diferentes procedencias sean de Administraciones públicas, y conforme a las normas presupuestarias, entendemos que deberá ser suficiente que las cantidades sean contraídas y a disposición de que realice las funciones de órgano de contratación.

#### **4. 9. Contratación por lotes y fraccionamiento del objeto**

El expediente deberá abarcar la totalidad del objeto del contrato y comprenderá todos y cada uno de los elementos que sean precisos para ello, no pudiendo fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan (art. 74.2 LCSP) pero ello con carácter general, porque se podrá admitir su fraccionamiento, siempre que se justifique debidamente en el expediente, mediante la división en lotes, siempre que sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado o lo exija la naturaleza del objeto (art. 74.3 LCSP).

El principio de publicidad y concurrencia (art.1 y 74 LCSP) impide que se utilice la división de los lotes con la finalidad de que disminuyendo la cuantía de cada uno de ellos, se eluda los requisitos de publicidad (publicación en BOE Y DOUE), el procedimiento (negociado en vez de abierto o restringido), por lo que se tendrá en cuenta siempre el valor acumulado de los contratos (art.74.3 último párrafo LCSP).

Esto es una reserva, que hace que en determinados supuestos, se sumen las cantidades de los lotes, a efectos de fijar la cuantía total, a efectos de publicidad, como en el caso de obras y concesión de obras públicas (art. 14 LCSP) suministro (art. 15 LCSP) o de servicios (art. 16 LCSP) Novedad en el caso de los contratos con pago aplazado es precisamente lo contrario, no se pueden unir con la única finalidad de usar el sistema, según su artículo 1.4 del Real Decreto 704/97, de 16 de mayo.

#### **4. 10. Tramitación anticipada**

Con carácter general el expediente exige la consignación presupuestaria y el correspondiente certificado de existencia de créditos para su tramitación (art. 93.3 LCSP), para poder continuar el mismo. Sin embargo se dan dos supuestos en que quiebra éste principio: El previsto en el art. 108.4 LCSP y art. 88 RGCAP, que se fiscaliza el gasto cuando se conoce el importe y condiciones del contrato según la oferta seleccionada, o cuando se tramita anticipadamente el expediente. No así el pago aplazado o total que exige el compromiso del crédito de la anualidad futura de que se va a abonar

Con carácter general es exigible que cuando se conocen las condiciones del contrato se proceda a la fiscalización y correspondiente contracción de los créditos necesarios, no obstante ello el art. 94.2 LCSP, similar al art. 69.4 L.C.A.P., que vino a sustituir el antiguo art. 20 de la L.C.E., nos dice que cuanto el contrato se formalice en el ejercicio anterior al de la iniciación de la ejecución, el pliego de cláusulas deberá someter la adjudicación a la condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente para financiar las obligaciones derivadas del contrato en el ejercicio siguiente. Esto hay que ponerlo en relación con lo previsto en las normas contenidas en la legislación presupuestaria sobre la plurianualidad y en la esfera de la Administración Local el R.D. 500/90, de 28 de abril y disposiciones de desarrollo.

De ésta manera podríamos entender que para poder continuar con un expediente habrá que tener en cuenta que no se hayan superados los límites permitidos en cuanto a las obligaciones para los ejercicios siguientes que estén afectados en el contrato e introduciendo la condición suspensiva para el supuesto que la aprobación de los presupuestos en el ejercicio donde hayan de ejecutar el contrato exista la referida consignación, sin que sea necesario, dada la amplitud del precepto que estén aprobados los nuevos, sino que incluso en los prorrogados haya créditos suficientes para hacer frente a la anualidad prevista para ese año.

#### **4. 11. Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares**

##### **4. 11. 1. Concepto**

Se debe aprobar por el órgano de contratación el PCAP previa o conjuntamente con la autorización del gasto y siempre previa a la perfección y en su caso a la licitación (art. 99.1 LCSP y art. 67 RGCAP). Dicho pliego es la base fundamental por la que se ha de regir el contrato recoge el objeto, obligaciones y derecho de las partes, y dentro de los márgenes del Pliego de Cláusulas administrativas generales (PCAG) vigente (art. 67 RGCAP) como es el caso del contrato de obras aprobado por D. 3854/70, de 31 de diciembre.

La Jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones, sobre el carácter del PCAP, en la que la define como: “La ley del contrato” (S.T.S. 7-10-83), con fuerza vinculante para el licitante y la Administración (S.T.S. 24-10-80, 23-12-83), “El pliego de condiciones, en la contratación administrativa, constituye la *lex contractus*, con fuerza vinculante para la contratante y para la Administración” (S.T.S. SS 10 y 24 Nov. 1980 y 10 Mar. 1982 y 6 Feb. 1988 y 22 Ene. 1990)

Igualmente nos dice que “la relevancia del Pliego de Condiciones de la contrata, es debida a que para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de los contratos administrativos, es norma básica lo establecido en ellos por lo que constituyen su norma principal. (S.T.S. 10 Dic. 1985 ARZ. 648.)

El P.C.A.P. nos puede permitir mediante su examen deducir la naturaleza del contrato:

“... definiendo el contrato como administrativo, con un criterio teleológico, a la vista del examen del Pliego de condiciones” (S.T.S. 31-7-89).

El P.C.A.P. tiene en común con el contrato civil o mercantil es ser cláusulas del contrato:

“La contratación administrativa tiene en común con la ordinaria, civil o mercantil, la de ser primariamente un concierto de voluntades en el que las normas fundamentales, aplicables en primer término, son las acordadas por la Administración y el contratista, es decir, las cláusulas del pliego de condiciones y las del contrato llevado a efecto, que resultan obligatorias por igual para cada una de las partes, ya que, por prevalente que en ella sea su afección al interés público, no cabe excluir de la misma el general principio de respeto a lo convenido entre las partes. (S.T.S. 8 Feb. 1988).

“La contratación administrativa tiene como nota común con la ordinaria, civil o mercantil, la de ser ante todo un concierto de voluntades en el que las normas fundamentales, y en primer término aplicables, son las acordadas por la Administración y el contratista, es decir, las cláusulas del pliego de condiciones aceptado por éste, siendo irrefragable la regla de que el pliego de condiciones, como norma fundamental de la convocatoria, es la ley del contrato con fuerza para ambas partes, y a tal efecto si la entidad recurrente se sometió al concurso tal y como fue convocado, sin que en ningún momento impugnara ninguna de las condiciones del mentado pliego, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carece obviamente de legitimación para impugnarlo, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulta favorecido por las adjudicaciones que pretendía” (S.T.S. 3 Abr. 1990).

El carácter del P.C.A.P. nos permite afirmar que constituye el título jurídico base de la licitación y sus exigencias, formalidades y requisitos:

“El pliego de condiciones del concurso subasta (que fue sustituida por la subasta con admisión previa, y que hoy sería lo más parecido a la subasta restringida) hoy constituye el título jurídico base de la licitación y sus exigencias, formalidades y requisitos han de ser estrictamente observados tanto por la Administración como por los licitadores al encontrar en ellos la salvaguardia de las garantías propias de una contratación correcta, fruto de la adecuada combinación de medidas tendentes a compaginar los intereses públicos y los privados bajo los principios de formalidad, publicidad, libre concurrencia e interés verdadero en la licitación”. (S.T.S. 27 Jun. 1980).

El carácter supletorio del derecho civil, actual art. 19.2 LCSP, que se ha mantenido en las diferentes regulaciones ha sido interpretada por la jurisprudencia, como en el caso de las cláusulas oscuras:

“Las cláusulas oscuras (art. 1288 CC) no deberán favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad -recuérdese que el pliego se redacta unilateralmente por la Administración-, y en los contratos onerosos las dudas han de resolverse en favor de la mayor reciprocidad

de intereses (art. 1289 CC); y dado que aquella reciprocidad debe buscarse no sólo en un terreno cuantitativo, sino también en el ámbito temporal, será necesario interpretar el contrato administrativo en el sentido más favorable al mayor acercamiento en el tiempo del momento del pago, al momento en que se realizó la prestación por el contratista y, por vía de consecuencia y accesoriedad, al mayor acercamiento del devengo de los intereses al momento en que se realizó aquella prestación (S.T.S. S 16 Mayo. 1990). En cuanto a la tramitación para su aprobación en el ámbito local: El debate sobre la tramitación rulada en los artículos 113 y 122 del Texto Refundido de Régimen Local, queda definitivamente zanjada al quedar derogados en virtud de la Disposición Derogatoria única en su apartado c) de la LCSP.

#### **4. 11. 2. Contenido**

##### *4. 11. 2. 1. Con carácter general*

El art. 99 de la LCSP recoge unos contenidos mínimos (pactos y condiciones definidas de los derechos y obligaciones que asumirán las partes) así como otra serie de disposiciones que a lo largo de la Ley y el Reglamento de Contratos, viene a introducir nuevas obligaciones y condiciones en el contrato.

El carácter contractual ya lo decíamos viene definido en el apartado 3 del art. 99 LCSP, al prescribir que dichas “Los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos.

Pero también los Pliegos tienen una serie de limitaciones a la hora de su redacción o aplicación, que es necesario resaltar antes de entrar en su contenido concreto.

En este sentido no es posible limitar los derechos preexistentes por medio del pliego como así nos dice la S.T.S. de 27-12-83 que “Resulta totalmente inadmisibles que, por la vía de un simple pliego de condiciones, se vengán a recortar derechos, como el de libre ejercicio de la profesión de arquitecto, estableciendo restricciones en base a simples razones geográficas, sin apoyo en la normativa de rango superior”. ARZ. 6836.

El P.C.A.P. no puede vulnerar normas de derecho necesario:

“El pliego de condiciones es *lex inter partes*, en tanto no vulnere normas de derecho necesario, y al estar la materia de fijación de los intereses dentro del comercio de los hombres, a tenor del art. 1271 CC, esto no es *ius cogens*, por lo tanto pueden disponer de ella válidamente las partes contratantes, y entre ellos quienes contratan con la Administración, que son perfectamente concededores del contenido del pliego de condiciones (S.T.S. 9 Mar. 1987 ARZ. 3515).

Tiene su limitación precisamente en las normas preexistentes:

“Aun cuando en principio el pliego de condiciones tiene fuerza vinculante para las partes una vez que fue aprobado sin oposición, constituyendo la ley del contrato, no puede desconocerse que para tal principio básico, en materia de subasta, no ha de vulnerar el principio de legalidad”. (S.T.S. 21 Oct. 1981 ARZ. 4614). Lo vuelve a recordar la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 8/97, de 20 de marzo.

Es un ejemplo el caso de las Uniones Temporales de empresas que se presentan juntas a una licitación:

“Aunque en el pliego de cláusulas administrativas particulares del caso se hubiese excluido expresamente la posibilidad de que acudan al concurso las agrupaciones temporales de empresas, no podría haberlo hecho válidamente y por ello limitar la contratación a las personas físicas y jurídicas, ya que la capacidad de contratar de tales agrupaciones es un imperativo legal, no sujeto a la libre discrecionalidad de la Administración, impuesto, en general, por los art. 10 LCE y 27 RCE y, en particular, por el D 1005/1974 de 4 Abr. (contratos del Estado con empresas consultoras o de servicios), según se desprende del art. 4 RD 609/1982 de 12 Feb. (Clasificación de empresas consultoras o de servicios en los contratos del Estado) (S.T.S. 16 Nov. 1993).

Tampoco puede introducir modificaciones que supongan una alteración del equilibrio financiero de las partes:

“Si bien la resolución del contrato se adoptó a causa de no haber abierto la adjudicataria los establecimientos en el tiempo fijado, ese hecho fue originado por la exigencia de la Administración, a posteriori de la adjudicación efectuada de acuerdo con el pliego de condiciones, de que la adjudicataria había de asumir la contratación del personal laboral procedente del anterior adjudicatario de los locales, lo cual supone una sensible carga económica, de notable influjo a la hora de ofertar para la adjudicación del contrato y que no pudo ser tenida en cuenta, por ser desconocida para los concurrentes a la licitación, suponiendo ese factor que se pretendía introducir en el contrato una alteración de su equilibrio financiero, que afecta a elementos esenciales de aquél, debiendo haber sido incluido entre las cláusulas del pliego de condiciones, para conocimiento de los licitadores” (S.T.S. 31 Mar. 1987 ARZ. 2120).

Ni se puede modificar sin el consentimiento del contratista:

“La eficacia de los contratos se inicia con la fecha de la adjudicación de la obra o servicio -art. 13 LCE, 32 RCE y 45 RCCL -, siendo así improcedente introducir modificaciones respecto a lo consignado en el pliego de condiciones, sobre todo cuando la que en el caso se introdujo, sin la expresa voluntad del contratista, es tan trascendente y evidentemente lesiva para el mismo que darla por válida podría constituir un atentado al principio de buena fe de las partes, no excluida de la contratación administrativa” (S.T.S. 21 Mar. 1986, 20 Jul. 1988 Y 20 Abr. 1992).

Lo más importante a tener en cuenta para conocer su carácter es que el P.C.A.P. es el resumen complejo de varios componentes, por una lado todo lo referido al sistema de selección de contratista, y por otro lado también es el lugar adecuado para definir todas aquellas

cuestiones que pueden resultar necesarias en el cumplimiento del contrato, como así lo ha entendido la jurisprudencia:

“Si bien es cierto que el pliego de condiciones particulares constituye la norma fundamental del contrato a través del cual el contenido contractual se individualiza y se definen las prestaciones de ambas partes, no lo es menos que el pliego encierra dos realidades jurídicas: el pliego de condiciones del procedimiento de selección y el pliego de condiciones del contrato, debiendo limitarse el primero a reproducir o ampliar en algún caso las normas vigentes en la materia, teniendo carácter reglamentario más que contractual, por lo que la Administración en este aspecto sólo está facultada para añadir cualquier condición lícita que considere conveniente o necesaria, si ello no le está prohibido por alguna ley, pero nunca para excluir la aplicación de preceptos legales” (S.T.S. 16 Nov. 1993).

Pero es en R.G.C.A.P. donde mejor se contiene el detalle de los contenidos mínimos que habrá de tener. Salvo el supuesto del contrato de concesión de obras públicas que viene regulado en el artículos 115 de la LCSP.

Los referidos requisitos son unos de carácter general a todos los contratos enumerados en el apartado 2 del art. 67 del Reglamento, y otros específicos, para cada tipo de contrato (aún cuando distingue entre los contratos de consultoría y asistencia y otros para los de servicios, hay que entenderlos modificados, dado que en la ley se han unificado totalmente), y que son los siguientes:

Con carácter general a todos los contratos los siguientes datos:

- a) Definición del objeto del contrato, con expresión de la codificación correspondiente de la nomenclatura de la Clasificación Nacional de Productos por Actividades 1996 (CNPA-1996), aprobada por Real Decreto 81/1996, de 26 de enero, y, en su caso, de los lotes. Cuando el contrato sea igual o superior a los importes que se determinan en los arts. 135.1, 177.2 y 203.2 de la Ley deberá indicar, además, la codificación correspondiente a la nomenclatura Vocabulario Común de Contratos (CPV) de la Comisión Europea, establecida por la Recomendación de la Comisión Europea de 30 de julio de 1996, publicada en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas» L 222 y S 169, ambos de 3 de septiembre de 1996.
- b) Necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato y los factores de todo orden a tener en cuenta.
- c) Presupuesto base de licitación formulado por la Administración, y su distribución en anualidades, en su caso.
- d) Mención expresa de la existencia de los créditos precisos para atender a las obligaciones que se deriven para la Administración del cumplimiento del contrato hasta su conclusión, excepto en los supuestos excepcionados de la Ley, en los que se consignará que existe normalmente crédito o bien que está prevista su existencia en los Presu-

puestos Generales del Estado, o expresión de que el contrato no origina gastos para la Administración.

Decía el Tribunal Supremo, que “El art. 41 c) RCE sólo provoca la nulidad de pleno derecho de la convocatoria o adjudicación impugnada por la falta de consignación presupuestaria, y en la cláusula litigiosa del pliego de cláusulas particulares del concurso para la adquisición de determinado equipo técnico se señala el crédito presupuestario con cargo al que se abonará el importe de la adjudicación del contrato, con lo que es claro que no concurre la nulidad de pleno derecho invocada, que se centra únicamente en la falta de consignación presupuestaria o extrapresupuestaria debidamente aprobada”. (S.T.S. 24 Sep. 1992).

e) Plazo de ejecución o de duración del contrato, con determinación, en su caso, de las prórrogas de duración que serán acordadas de forma expresa.

f) Procedimiento de adjudicación del contrato (art. 122 LCSP).

g) Importe máximo de los gastos de publicidad de licitación del contrato, tanto en boletines oficiales, como, en su caso, en otros medios de difusión, que debe abonar el adjudicatario (art. 125 y 126 LCSP).

h) Documentos a presentar por los licitadores, así como la forma y contenido de las proposiciones.

i) Criterios para la adjudicación del concurso, su valoración y su ponderación, así como los umbrales mínimos en caso de realizarse por fases (art. 134.4 LCSP)

j) Indicación expresa, en su caso, de la autorización de variantes o alternativas, con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas (art. 134.3 LCSP).

Como nos dice el T.S. el “citado precepto permite que los licitantes en el concurso puedan introducir en sus proposiciones las modificaciones que puedan hacerlas más convenientes para la realización del objeto del contrato, dentro de los límites que señale expresamente el pliego de cláusulas administrativas (S.T.S. 9 Mar. 1990), con indicación de la posibilidad de admitirse variantes o alternativas que ofrezcan los licitadores o la no admisión de las mismas (art. 134.3.b LCSP).

k) Nos decía el Reglamento que “En su caso, cuando el contrato se adjudique mediante forma de concurso”, que habrá que entender adjudicación con varios criterios, los criterios directamente aplicables al objeto del contrato, objetivos, entre ellos el precio, que serán valorados para determinar que una proposición no puede ser cumplida por ser considerada anormal o desproporcionada (art. 136.1 LCSP).

l) Cuando el contrato se adjudique por procedimiento negociado los aspectos económicos y técnicos que serán objeto de negociación.

m) Garantías provisionales, en su caso, y definitivas, así como, en su caso, garantías complementarias.

n) Derechos y obligaciones específicas de las partes del contrato y documentación incorporada al expediente que tiene carácter contractual. “El pliego de condiciones económico-administrativas, que sirvió de base al concurso, constituye el régimen obligatorio del mismo; siendo así, y teniendo el pliego de condiciones fuerza de obligar tanto para la Administración como para el adjudicatario, es indudable que ambas partes habrán de atenerse a lo establecido en el mismo (S.T.S. 3 Feb. 1992).

ñ) Referencia al régimen de pagos (certificaciones mensuales, o por fases, etc.).

o) Fórmula o índice oficial aplicable a la revisión de precios o indicación expresa de su improcedencia conforme al art. 77 de la Ley.

La revisión de precios de los contratos administrativos tiene por objeto lograr el mantenimiento del equilibrio financiero entre las prestaciones de los contratantes, cuya regulación legal, en el ámbito de las Entidades Locales, según lo dispuesto en el D 1757/1974 de 31 Mayo. (Revisión de precios de contratos de las Corporaciones Locales), se halla prevista en el DL 2/1964 de 4 Feb. (Cláusulas de revisión de precios en los contratos del Estado y de Organismos Autónomos), con las modificaciones determinadas en el meritado Decreto, exigiendo esa normativa que la revisión sea consecuente a su consignación en el pliego de condiciones económico-jurídicas a las que esté sometido el contrato (S.T.S. 17 Oct. 1988).

Incluso en supuestos mal adscritos, encontramos sentido en la Jurisprudencia y así nos dice que “Como declaró el TS 4.S. 19 Feb. 1975, sería antijurídico tratar de desconocer efectos a pactos y estipulaciones que, como la cláusula de revisión de precios, están permitidos por la Ley, al amparo del artificioso pretexto de no haber sido incluidos en lugar adecuado, infiriéndose que, incluso desde el punto de vista más rigurosamente formalista, la cláusula de revisión de precios, inserta en el Pliego de Prescripciones Técnicas, ha pasado a ser cláusula administrativa de valor contractual”. (S.T.S. 29 Abr. 1980).

Otra nos dice que “Al constar la cláusula de revisión de precios en el pliego de condiciones facultativas que ha servido de base a la licitación, no puede dudarse que la misma tiene fuerza obligatoria (S.T.S. 3 Nov. 1983, y en el mismo sentido SS de 19 Feb. 1975 y 29 Abr. 1980).

p) Causas especiales de resolución del contrato. (Art. 206. h) e i) LCSP).

q) Supuestos en que, en su caso, los incumplimientos de carácter parcial serán causa de resolución del contrato.

r) Especial mención de las penalidades administrativas que sean de aplicación en cumplimiento de lo establecido en el art. 196 de la Ley.

“La improcedencia de la penalización alegada se fundamenta en la inexistencia de módulo sancionador diario aplicado, pues lo cierto es que en el pliego de condiciones se ha dejado en blanco el espacio correspondiente a la cantidad diaria importe de la sanción, lo que supone, en aplicación de un elemental principio de derecho punitivo, su ineficacia y, como consecuencia de ello, la nulidad de la sanción impuesta; pero esta argumentación, que parece sólida e incontestable, cae por su base en cuanto se tiene en cuenta que el desordenado pliego de condiciones económico-administrativas es una copia simple e incompleta aportada por la sociedad recurrente con ocasión de la alzada promovida, totalmente imposible de enfrentar con la certificación expedida por el Secretario de la Corporación Municipal”. (S.T.S. 2 Oct. 1987).

s) En su caso, plazo especial de recepción del contrato a que se refiere el art. 205.2 de la Ley.

t) Plazo de garantía del contrato o justificación de su no establecimiento y especificación del momento en que comienza a transcurrir su cómputo (art. 205.3 LCSP).

u) En su caso, parte o tanto por ciento de las prestaciones susceptibles de ser subcontratadas por el contratista (art. 210 LCSP).

v) En su caso, obligación del contratista de guardar la confidencialidad de los datos que conozca (antes decía sigilo) sobre el contenido del contrato adjudicado, que se mantendrá durante 5 años a menos que se fije otro mayor.

w) Expresa sumisión a la legislación de contratos y al pliego de cláusulas administrativas generales que sea aplicable, con especial referencia, en su caso, a las estipulaciones contrarias a este último que se incluyan como consecuencia de lo previsto en el art. 99.5 de la Ley.

x) Los restantes datos y circunstancias que se exijan para cada caso concreto por otros preceptos de la Ley y de este Reglamento o que el órgano de contratación estime necesario para cada contrato singular.

#### *4. 11. 2. 2. En los contratos de obras*

En los contratos de obras los pliegos de cláusulas administrativas particulares, además de los datos generales para todos los contratos, contendrán los siguientes:

a) Referencia al proyecto y mención expresa de los documentos del mismo que revistan carácter contractual. Como novedad el art. 128 del RGCAP, nos define que tendrá carácter contractual de la memoria todo lo referente a la descripción de los materiales básicos o elementales que forman parte de las unidades de obra.

b) Criterios de selección basados en los medios de acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o clasificación que han de disponer los candidatos cuando el pre-

supuesto base de licitación sea igual o superior al importe determinado en el artículo 54.1 de la Ley.

c) Plazo total de ejecución del contrato e indicación de los plazos parciales correspondientes si la Administración estima oportuno estos últimos o referencia a su fijación en la aprobación del programa de trabajo, señalando, en su caso, cuáles darán motivo a las recepciones parciales.

d) Frecuencias de expedición de certificaciones de obras.

e) Condiciones y requisitos para el pago a cuenta de actuaciones preparatorias, acopio de materiales y equipos de maquinaria adscritos a las obras.

f) Expresión de las condiciones de la fiscalización y de la aprobación de gasto en los supuestos previstos en el artículo 108 de la Ley. (Concurso de proyecto y obra).

g) Plazo para determinar la opción de renuncia a la ejecución del contrato por parte del órgano de contratación en los supuestos previstos en el artículo 108.5 de la Ley. (Abono solo del proyecto más un 5% como compensación.)

h) Especificación de la dirección de la ejecución del contrato y forma de cursar las instrucciones para el cumplimiento del contrato.

i) En su caso, imputación al órgano de contratación o al contratista de los gastos que se originen como consecuencia de la realización de ensayos y análisis de materiales y unidades de obra o de informes específicos sobre los mismos. Novedad importante, por cuanto hasta la aprobación del Reglamento era el 1% por parte del contratista recogido en el Pliego General de Contratos de Obras, que entendemos derogado.

#### *4. 11. 2. 3. En los contratos de gestión de servicios públicos*

En los contratos de gestión de servicios públicos los pliegos de cláusulas administrativas particulares, además de los datos expresados en el apartado 2 del art. 67, contendrán los siguientes:

a) Régimen jurídico básico que determina el carácter de servicio público, con expresión de los reglamentos reguladores del servicio y de los aspectos jurídicos, económicos y administrativos.

b) Criterios de selección basados en los medios de acreditar la solvencia económica, financiera y técnica.

c) En su caso, tarifas a abonar por los usuarios y procedimiento para su revisión.

- d) Precio o contraprestación económica a abonar por la Administración cuando proceda, especificando la clase, cuantía, plazos y forma de entrega, si procede.
- e) Canon o participación a satisfacer a la Administración por el contratista o beneficio mínimo que corresponda a alguna de las partes.
- f) Especificación de las obras e instalaciones que hubiera de realizar el contratista para la explotación del servicio público, expresando las que habrán de pasar a la Administración a la terminación del contrato, en su caso.
- g) Especificación de las obras e instalaciones, bienes y medios auxiliares que la Administración aporta al contratista para la gestión del servicio público.
- h) En los contratos bajo la modalidad de concesión, requisitos y condiciones que, en su caso, deberá cumplir la sociedad que se constituya para la explotación de la concesión.
- i) Obligación del contratista de mantener en buen estado las obras, instalaciones, bienes y medios auxiliares aportados por la Administración.

#### *4. 11. 2. 4. En los contratos de suministro*

En los contratos de suministro los pliegos de cláusulas administrativas particulares, además de los datos expresados en el apartado 2 del art. 67, contendrán los siguientes:

- a) Posibilidad de licitar, en su caso, por la totalidad del objeto del contrato o por los lotes que se establezcan.
- b) Criterios de selección basados en los medios de acreditar la solvencia económica, financiera y técnica.
- c) En los contratos sobre pluralidad de bienes de forma sucesiva y a precio unitario el límite máximo del gasto que para la Administración pueda suponer el contrato y expresión del modo de ejercer la vigilancia y examen que incumbe al órgano de contratación, respecto a la fase de elaboración. Esta última prevención también se establecerá en los supuestos de la fabricación con arreglo a características peculiares.
- d) Condiciones de pago del precio y, en su caso, determinación de la garantía en los pagos que se formalicen con anterioridad a la recepción total de los bienes contratados.
- e) Posibilidad de pago del precio por parte de la Administración mediante la entrega de bienes de la misma naturaleza que los que se adquieren.
- f) Lugar de entrega de los bienes que se adquieren.

g) Comprobaciones al tiempo de la recepción de las calidades de los bienes que, en su caso, se reserva la Administración.

#### *4. 11. 2. 5. En los contratos de Servicios*

En los contratos de Servicios que hoy engloba también al existente de consultoría y asistencia los pliegos de cláusulas administrativas particulares, además de los datos expresados en el apartado general del art. 67.2, contendrán los siguientes:

- a) Posibilidad de licitar, en su caso, por la totalidad del objeto del contrato o por los lotes que se establezcan.
- b) Criterios de selección basados en los medios de acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o la clasificación cuando corresponda a las actualmente aprobadas, a la vista de la disposición transitoria quinta.
- c) Sistema de determinación del precio del contrato.
- d) En su caso, en los contratos complementarios, expresión del plazo de ejecución vinculado a otro contrato de carácter principal.
- e) Lugar de entrega de los informes, estudios, anteproyectos o proyectos, o servicios objeto del contrato.
- f) Comprobaciones al tiempo de recepción de la calidad del objeto del contrato que se recibe que, en su caso, se reserva la Administración.
- g) En su caso, excepción de la obligación del contratista de presentar un programa de trabajo para la ejecución del contrato.
- h) En los concursos de proyectos con intervención de Jurado, criterios objetivos en virtud de los cuales el Jurado adoptará sus decisiones o dictámenes.

#### *4. 11. 2. 6. En los contratos de concesión de obras públicas*

En los contratos de concesión de obras públicas, determinan con carácter general en el art. 115 de la LCSP, en el que se nos dice que deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes aspectos:

- a) Definición del objeto del contrato, con referencia al anteproyecto o proyecto de que se trate y mención expresa de los documentos de éste que revistan carácter contractual. En su caso determinación de la zona complementaria de explotación comercial.
- b) Requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica que sean exigibles a los licitadores.

c) Contenido de las proposiciones, que deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes extremos:

1º Relación de promotores de la futura sociedad concesionaria, en el supuesto de que estuviera prevista su constitución, y características de la misma tanto jurídicas como financieras.

2º Plan de realización de las obras con indicación de las fechas previstas para su inicio, terminación y apertura al uso al que se destinen.

3º Plazo de duración de la concesión.

4º Plan económico-financiero de la concesión que incluirá, entre los aspectos que le son propios, el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación y obligaciones de pago y gastos financieros, directos o indirectos, estimados. Deberá ser objeto de consideración específica la incidencia en las tarifas, así como en las previsiones de amortización, en el plazo concesional y en otras variables de la concesión previstas en el pliego, en su caso, de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen los niveles mínimo y máximo, respectivamente, que se consideren en la oferta. En cualquier caso, si los rendimientos de la zona comercial no superan el umbral mínimo fijado en el pliego de cláusulas administrativas, dichos rendimientos no podrán considerarse a los efectos de la revisión de los elementos señalados anteriormente.

5º En los casos de financiación mixta de la obra, propuesta del porcentaje de financiación con cargo a recursos públicos, por debajo de los establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

6.º Compromiso de que la sociedad concesionaria adoptará el modelo de contabilidad que establezca el pliego, de conformidad con la normativa aplicable, incluido el que pudiera corresponder a la gestión de las zonas complementarias de explotación comercial, sin perjuicio de que los rendimientos de éstas se integren a todos los efectos en los de la concesión.

7º En los términos y con el alcance que se fije en el pliego, los licitadores podrán introducir las mejoras que consideren convenientes, y que podrán referirse a características estructurales de la obra, a su régimen de explotación, a las medidas tendentes a evitar los daños al medio ambiente y los recursos naturales, o a mejoras sustanciales, pero no a su ubicación.

d) Sistema de retribución del concesionario en el que se incluirán las opciones posibles sobre las que deberá versar la oferta, así como, en su caso, las fórmulas de actualización de costes durante la explotación de la obra, con referencia obligada a su repercusión en las correspondientes tarifas en función del objeto de la concesión.

e) El umbral mínimo de beneficios derivados de la explotación de la zona comercial por debajo del cual no podrá incidirse en los elementos económicos de la concesión.

f) Cuantía y forma de las garantías.

g) Características especiales, en su caso, de la sociedad concesionaria.

h) Plazo, en su caso, para la elaboración del proyecto, plazo para la ejecución de las obras y plazo de explotación de las mismas, que podrá ser fijo o variable en función de los criterios establecidos en el pliego.

i) Derechos y obligaciones específicas de las partes durante la fase de ejecución de las obras y durante su explotación.

j) Régimen de penalidades y supuestos que puedan dar lugar al secuestro de la concesión.

k) Lugar, fecha y plazo para la presentación de ofertas.

Igualmente el órgano de contratación podrá incluir en el pliego, en función de la naturaleza y complejidad de éste, un plazo para que los licitadores puedan solicitar las aclaraciones que estimen pertinentes sobre su contenido. Las respuestas tendrán carácter vinculante y deberán hacerse públicas en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el proceso de licitación.

#### *4. 11. 2. 7. En el contrato de Colaboración entre el sector público y privado*

En el contrato de Colaboración entre el sector público y privado, cuando se utilice el Diálogo competitivo como procedimiento, se sustituye el Pliego por un documento descriptivo (art. 93.3 LCSP)

#### *4. 11. 2. 8. Otros contenidos*

Pero ocurre que a lo largo de la ley, al igual que ocurría en la anterior, el legislador ha introducido de manera asistemática supuestos que necesitan incluirse en los pliegos para su efectividad y mejor ejecución de los diferentes contratos.

Por poner algunos ejemplos de referencias de la ley al pliego sobre cuestiones específicas podría citar:

1.- La proposición, que se ajustará al modelo que se establezca en la ley (art.129 LCSP).

2.- Los criterios objetivos que hayan de servir de base a la adjudicación (art. 134.2 LCSP).

- 3.- Los criterios objetivos para la selección en los procedimientos restringidos, aún cuando no lo dice de forma expresa (art. 147 LCSP).
- 4.- La exigencia de otros documentos aparte de los preceptivos (art. 130.2 LCSP) y la forma de presentación (art. 135.4 LCSP).
- 5.- En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos (art. 7.3 LCSP).
- 6.- La obligación de adscribir determinados medios personales y materiales al contrato (art. 53.2 LCSP).
- 7.- La introducción de factores correctores de desviación macroeconómicas para la consideración en la revisión del precio especial (art. 79.2 LCSP).
- 8.- Dispensa en la constitución de garantía definitiva en determinados contratos (art. 83.1 LCSP).
- 9.- La posibilidad de constituir la garantía mediante retención del precio (art. 84.2 LCSP).
- 10.- La acreditación de la constitución de la garantía podrá hacerse mediante medios electrónicos, informáticos o telemáticos (art. 84.3 LCSP).
- 11.- La acreditación de la constitución de la garantía mediante medios electrónicos, informáticos o telemáticos (art. 90.3 LCSP).
- 12.- La fijación del importe de la garantía provisional no superior al 3% (91.2 LCSP).
- 13.- El organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato (art. 103.1 LCSP).
- 14.- En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación.(art. 104 LCSP).
- 15.- El contenido cuando se refiera a abono total del precio (art. 111 LCSP).

16.- En los contratos de gestión de servicios públicos, se fijarán las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijarán las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración (art. 117.1 LCSP), y el plazo para solicitar aclaraciones (art. 117.3 LCSP).

17.- El certificado del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas podrá ser expedido electrónicamente, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos (art. 130.3 LCSP).

18.- Tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores (art. 131.1 LCSP).

19.- Las condiciones en la subasta electrónica (art. 132.4 LCSP).

20.- Los criterios para considerar las ofertas anormales o temerarias (art. 136.2 LCSP).

21.- La compensación por la renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación provisional (art. 139.2 LCSP).

22.- Plazo para solicitar el pliego (art. 142 .2 LCSP).

23.- Plazo para la adjudicación de los contratos, diferente de los dos meses cuando se utilicen varios criterios (art. 145.2 LCSP).

24.- Los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas en el procedimiento negociado (art. 160 LCSP).

25.- En los sistema dinámico de contratación las características a que debe ajustarse la oferta indicativa (art. 184.1 LCSP).

26.- En los sistema dinámico de contratación, os pliegos deberá precisar, además de los demás extremos que resulten pertinentes, la naturaleza de los contratos que podrán celebrarse mediante el sistema, y toda la información necesaria para incorporarse al mismo y, en particular, la relativa al equipo electrónico utilizado y a los arreglos y especificaciones técnicas de conexión (art. 184.2. b) LCSP).

27.- Las penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato (art. 196.1 LCSP).

28.- Penalidades también por demora en el plazo total, distintas de las previstas en la ley (art. 196.4, 2º párrafo LCSP).o en el plazo parcial (196.6 LCSP), optando entre la resolución o la imposición de penalidades (art. 196.7 LCSP). o totales o parciales en la concesión (art. 225.2 LCSP).

- 29.- El abono por operaciones preparatorias (art. 200.3 y 215 .2 LCSP).
- 30.- La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación. (art. 202.2 LCSP).
- 31.- Plazo de recepción del contrato (art. 205.2 LCSP), y para la terminación del mismo (223.1 LCSP).
- 32.- Excepcionar del de garantía a determinados tipos de contratos (art. 205.3 LCSP), o fijar un plazo distinto (art. 218.3 LCSP).
- 33.- Supuestos especiales de incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales que impliquen resolución del contrato (art. 206. g) LCSP).
- 34.- Prohibición de la subcontratación para un determinado contrato (art. 210.1 LCSP).
- 35.- Si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial (art. 210.2. a) LCSP). Y la limitación en su caso a la subcontratación (art. 210.2. e) LCSP), o la obligación de la subcontratación art. 210.7 LCSP).
- 36.- Fórmula especial de certificaciones y abonos a cuenta (art. 215.1 y 223.2 LCSP).
- 37.- El abono a precio cerrado (art. 216 LCSP).
- 38.- Cuando, se autorice a los licitadores la presentación de variantes o mejoras sobre determinados elementos o unidades de obra vendrán obligados a presentar un proyecto básico cuyo contenido se determinará en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato (art. 216.3. d) LCSP), y el plazo para la presentación del proyecto de construcción de las variantes y mejoras (art. 216.3. d) tercer párrafo LCSP).
- 39.- La ejecución de las obras del concesionario por parte de terceros en todo o en parte (art. 223.1 LCSP).
- 40.- En la Concesión de obras públicas, el levantamiento y contenido del acta de comprobación (art. 227.1 LCSP).
- 41.- Otros derechos de los concesionarios de obras públicas (art. 228. h) LCSP).
- 42.- Otras obligaciones de los concesionarios de obras públicas (art. 229. g) LCSP), incluyendo un catálogo de incumplimientos, con determinación de las de carácter graves o leves (art. 235.1 LCSP), y el importe de las penalidades (art. 235.2 LCSP) o la resolución (art. 235.3 LCSP) o el secuestro (235.4 LCSP) o multas coercitivas (art. 235.6 LCSP).

43.- La Administración podrá incluir en los pliegos de condiciones mecanismos para medir la calidad del servicio ofrecida por el concesionario, y otorgar ventajas o penalizaciones económicas a éste en función de los mismos (art. 230.5 LCSP).

44.- La implantación de actividades complementarias que rijan la concesión (art. 231.2 LCSP).

45.- la explotación de las correspondientes zonas o espacios de la concesión que serán explotadas conjuntamente con la obra por el concesionario, directamente o a través de terceros (art. 231.2 LCSP).

46.- La aportación por la Administración de recursos públicos para la financiación de la concesión de obras públicas (art. 236.2 y 237.1 LCSP) u otras administraciones (art. 237.2 LCSP).

47.- La retribución del concesionario por la utilización de las obras (art. 238.1 y 4 LCSP), y de las zonas comerciales (art. 238.5 LCSP) distinguiendo la parte remunerable de la que no lo es (art. 240.1 LCSP) y la fórmula de revisión de las tarifas (art. 238.3 LCSP).

48.- El plazo de la concesión de obras públicas (244.1 LCSP).

49.- Plazo para fijar la cantidad resultante en los supuestos de resolución, en que la Administración fijara el importe que abonará al concesionario por las inversiones realizadas (art. 247.1 LCSP).

50.- Los pliegos podrán prever que, a la extinción de la concesión, las obras, bienes e instalaciones, o algunos de ellos, deban ser demolidos por el concesionario, reponiendo los bienes sobre los que se asientan al estado en que se encontraban antes de su construcción (art. 248.2 LCSP).

51.- La duración de los contratos de gestión de servicios públicos y sus prórrogas (art. 254 LCSP).

52.- Periodo durante el cual la Administración adoptará las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas den el contrato de gestión de servicios públicos (art. 259.2 LCSP).

53.- La aplicación de las normas del contrato de obras a los contratos de fabricación en el contrato de suministro (artículo 267.1 LCSP).

54.- Condiciones especiales de la recepción del contrato de suministro. (268.3 LCSP).

55.- En el contrato de suministro, el pago en metálico y parte en otros bienes (art. 270 LCSP).

56.- La suspensión, por causa imputable a la Administración, de la iniciación del suministro por plazo menor a los a seis meses a partir de la fecha señalada en el contrato para la entrega, como supuesto especial de resolución de contrato. (art. 275 .a) LCSP y en el de servicios 284. a) LCSP).

57.- El desistimiento o la suspensión del suministro por un plazo menor al año acordada por la Administración (art. 275. b) LCSP), y en el de servicios (art. 28 4. b) LCSP).

58.- En los contratos los servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial lo relativo a la posible no cesión de éste a la Administración contratante (art. 277.2 LCSP).

59.- El sistema de determinación del precio en los contratos de servicios (art. 278 LCSP).

60.- La ejecución del contrato de servicios conforme al pliego (art. 281.1 LCSP).

61.- En los contratos de servicios las indemnizaciones, para los casos en que el presupuesto de ejecución de la obra prevista en el proyecto se desviare en más de un 20 por 100, tanto por exceso como por defecto, del coste real de la misma como consecuencia de errores u omisiones imputables al contratista consultor (art. 287.1 LCSP).

62.- En los contratos en el extranjero el pliego puede ser sustituido por el clausulado del contrato. (Disposición Adicional 1ª).

63.- Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro (Disposición Adicional 6ª, apartado 1, 2 y 3 LCSP), o de comercio justo, (D. A. 6ª en su apartado 4 LCSP).

64.- Los formatos de los documentos electrónicos admisibles en los procedimientos de adjudicación de contratos. (D. A. 19ª LCSP).

También en el nuevo Reglamento se dejan muchas cuestiones a determinar en los correspondientes pliegos.

Se pueden establecer modelos de pliego (hasta hora denominados modelos tipos) de los Pliegos de Cláusulas Administrativas particulares, que han de ser previamente informados por la Asesoría Jurídica en los contratos de naturaleza análoga (art. 99.4 LCSP).

#### 4. 12. Pliego de Cláusulas Administrativas Generales

Se podrán aprobar Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales (PCAG), por parte del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, previo informe del Consejo de Estado u órgano Consultivo de la Comunidad respectiva si lo hubiere, como es el caso de Andalucía (art. 99 L.C.A.P.).

El art. 66 del RGCAP, vigente, nos dice que contendrá las declaraciones jurídicas, económicas y administrativas, que serán de aplicación, en principio, a todos los contratos de un objeto análogo además de las establecidas en la legislación sobre Contratos de las Administraciones Públicas.

Los Pliegos se referirán a los siguientes aspectos de los efectos del contrato:

- a) Ejecución del contrato y sus incidencias.
- b) Derechos y obligaciones de las partes, régimen económico.
- c) Modificaciones del contrato, supuestos y límites.
- d) Resolución del contrato.
- e) Extinción del contrato, recepción, plazo de garantía y liquidación.

Actualmente en materia de obras es el aprobado por Decreto nº 3854/1970 de 31 Diciembre denominado Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, existiendo otro sobre Consultoría aprobado por Orden de fecha 8 de marzo de 1972. Parte de los cuales ha pasado a la regulación del Reglamento, para evitar que por vía de excepción se puedan no cumplir sus previsiones, tal como señala la Exposición de Motivos del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre que aprueba el nuevo Reglamento General.

Los P.C.A.P. no podrán contradecir a los P.C.A.G., salvo que se siga la tramitación correspondiente (art. 99.5 LCSP).

“Para que una previsión referida a los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato venga regida, singular y prioritariamente, por lo determinado en el pliego de cláusulas administrativas particulares, relegando lo dispuesto con carácter general para todos los contratos de un determinado tipo al plano de la inaplicación, es preciso, lógicamente, y de ello parte la legislación de contratos del Estado, que en el orden cronológico, haya sido aprobado previamente el pliego de cláusulas generales, o de cláusulas típicas, y que después, conocidas éstas, sean abandonadas o substituidas por otras más específicas para un concreto y determinado contrato; cuando la previsión específica del pliego de cláusulas particulares sea contraria el pliego de cláusulas generales será, además, preciso, conforme al art. 16 LCE y 37 y 38 RCE que haya recaído informe previo y preceptivo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, para que se pronuncie sobre las estipulaciones contrarias que traten de incorporarse al pliego de cláusulas particulares. (S.T.S. 23 Nov. 1991).

#### 4. 13. Pliegos de Prescripciones Técnicas

Igualmente con anterioridad a la autorización del gasto, serán elaborados los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la prestación que se adaptarán a los requisitos de cada tipo de contrato (obras, suministros, etc.) conforme al art. 100.1 LCSP. Definidos para las obras en el art. 107.1. c) LCSP como uno de los documentos del proyecto.

El artículo 68 del Reglamento vigente, nos dice que el pliego de prescripciones técnicas particulares contendrá, al menos, los siguientes extremos:

- a) Características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato.
- b) Precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto y número estimado de las unidades a suministrar.
- c) En su caso, requisitos, modalidades y características técnicas de las variantes.

Además en los contratos de obras, a los efectos de regular su ejecución, el pliego de prescripciones técnicas particulares deberá consignar, expresamente o por referencia a los pliegos de prescripciones técnicas generales u otras normas técnicas que resulten de aplicación, las características que hayan de reunir los materiales a emplear, especificando la procedencia de los materiales naturales, cuando ésta defina una característica de los mismos, y ensayos a que deben someterse para comprobación de las condiciones que han de cumplir, las normas para elaboración de las distintas unidades de obra, las instalaciones que hayan de exigirse y las medidas de seguridad y salud comprendidas en el correspondiente estudio a adoptar durante la ejecución del contrato. Igualmente, detallará las formas de medición y valoración de las distintas unidades de obra y las de abono de las partidas alzadas, y especificará las normas y pruebas previstas para la recepción.

En ningún caso contendrán estos pliegos declaraciones o cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Los art. 69 y 70 del Reglamento nos definen los supuestos de exención de referencias a prescripciones técnicas comunes, y a la prohibición de indicar origen, producción, marcas patentes o tipos de bienes.

También se podrán aprobar Pliegos de Prescripciones Técnicas Generales, previo informe de la Junta Consultiva u órgano similar de la Comunidad Autónoma (En Andalucía la Comisión Consultiva de Contratación de Andalucía) (art. 100.2 LCSP), que entendemos que debe tener el mismo criterio que el PCAG. Sin perjuicio de las instrucciones o reglamentos técnicos nacionales obligatorios, y que no sean contrario al Derecho Comunitario, la PPT serán definidos por referencias a normas nacionales que traspongan normas europeas, o en su defecto a transposición de normas internacionales (art. 52.1 L.C.A.P.).

El art. 101, apartado 3 de la LCSP, nos dice que sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho comunitario, las prescripciones técnicas podrán definirse de alguna de las siguientes formas:

- a) Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y realización de obras y de puesta en funcionamiento de productos, acompañando cada referencia de la mención «o equivalente».
- b) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incorporando a éstas últimas, cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, la contemplación de características medioambientales. Los parámetros empleados deben ser suficientemente precisos como para permitir la determinación del objeto del contrato por los licitadores y la adjudicación del mismo a los órganos de contratación.
- c) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, conforme a lo indicado en la letra b), haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con los mismos, a las especificaciones citadas en la letra a).
- d) Haciendo referencia a las especificaciones técnicas mencionadas en la letra a), para ciertas características, y al rendimiento o a las exigencias funcionales mencionados en la letra b), para otras.

Hay que resaltar que el órgano de contratación no podrá rechazar una oferta basándose en que los productos y servicios ofrecidos no se ajustan a las especificaciones a las que se ha hecho referencia, siempre que en su oferta el licitador pruebe, por cualquier medio adecuado, que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos definidos en las correspondiente prescripciones técnicas. (art. 101.4 de la LCSP).

Tampoco cuando las prescripciones se establezcan en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, una oferta de obras, productos o servicios que se ajusten a una norma nacional que incorpore una norma europea, a un documento de idoneidad técnica europeo, a una especificación técnica común, a una norma internacional o al sistema de referencias técnicas elaborado por un organismo europeo de normalización, siempre que estos documentos técnicos tengan por objeto los rendimientos o las exigencias funcionales exigidos por las prescripciones. (art. 101.5 LCSP).

Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni

hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos.

Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención «o equivalente». (art. 101.8 LCSP), con la finalidad de evitar elementos que impidan el principio de libre concurrencia.

Se incorpora un requisito de capacidad prohibiendo licitar a la empresas que hayan participado en la elaboración de las especificaciones de las especificaciones técnicas relativas a los contratos a licitar (art. 45.1 LCSP). Precepto que hubiere sido mejor incardinar en el art. 49 de la LCSP sobre prohibiciones para contratar.

#### **4. 14. Actuaciones preparatorias de los diferentes contratos**

Ya decíamos que a todo contrato administrativo precede la tramitación del expediente de contratación y la aprobación del mismo, que comprenderá la del gasto correspondiente y, en su caso la del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) (art. 93.3 LCSP).

En el expediente se recogerá también las prescripciones técnicas a las que habrá de ajustarse la ejecución del contrato, el certificado de la existencia de crédito, si origina gasto para la administración y la fiscalización por la administración (art. 93.3 LCSP).

Pero además de ello y dependiendo del tipo de contrato antes de la aprobación del expediente de contratación y acordar la apertura del procedimiento de adjudicación, han de realizarse determinadas actuaciones, que de a manera de síntesis vamos a enunciar.

##### ***4. 14. 1. Actuaciones previas en el contrato de obras***

En el contrato de obras, una vez elaborado el proyecto, con los requisitos especificados en la Ley y demás normas de aplicación, será supervisado, con carácter obligatorio para importes igual o superior a los 350.000 euros, siendo facultativo a los inferiores, salvo que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra, y que deberá vigilar el cumplimiento de las normas reguladoras de la materia (art. 107 LCSP), y cuyo contenido nos viene regulado más extensamente en el art. 136 RGCAP. Una vez supervisado se procederá a su aprobación (art. 109 LCSP).

En el supuesto de que el proyecto hubiere de ser presentado por los licitadores, podrá la Administración limitarse a elaborar un anteproyecto o documento similar o a redactar las bases técnicas a que la misma habrá que ajustarse (art. 108 LCSP). Hay que tener en cuenta que éste anteproyecto no es el que se refiere a previsto en los artículos 121 y siguientes del Reglamento.

Una vez aprobado el proyecto se procederá a efectuar el replanteo de la obra, el cual consistirá en comprobar la realidad geométrica de la obra y la disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución, al igual que cualquier otro elemento definido en el proyecto y que pueda ser de interés para el contrato a celebrar (art. 110 LCSP). Una vez elaborado el proyecto se incorporará al expediente de contratación (art. 110.4 LCSP) y se iniciará el expediente de contratación, con los documentos referidos en el art. 138 RGCAP.

#### ***4. 14. 2. Actuaciones previas en el contrato de concesión de obras públicas***

A partir de la Ley 13/2003, de 23 mayo Reguladora del contrato de concesión de obras públicas, se introduce un nuevo capítulo V en el libro II de la LCAP, que se convierte en un nuevo contrato típico, pero que mantiene características comunes con la regulación anterior, conforme al nuevo artículo 222 de la LCAP.

La nueva ley lo mantiene en gran medida igual, incluso por una disposición transitoria deja vigente parte de la legislación anterior.

Con carácter previo a la decisión de construir y explotar en régimen de concesión una obra pública, el órgano que corresponda de la Administración concedente acordará la realización de un estudio de viabilidad de la misma, que deberá contener, conforme al artículo 112 LCSP, al menos, los datos, análisis, informes o estudios que procedan sobre la finalidad y justificación de la obra, así como definición de sus características esenciales, previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de la obra, valoración de los datos e informes existentes que hagan referencia al planeamiento sectorial, territorial o urbanístico, estudio de impacto ambiental cuando éste sea preceptivo de acuerdo con la legislación vigente. En los restantes casos, un análisis ambiental de las alternativas, justificación de la solución elegida, riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de la obra, coste de la inversión a realizar, así como el sistema de financiación propuesto para la construcción de la obra con la justificación, asimismo, de la procedencia de ésta.

El estudio de viabilidad también puede ser presentado por la iniciativa privada, pudiendo en éste caso el órgano de contratación aceptarlo y proceder a su tramitación, que deberá ser positivo en el plazo de 3 meses (art. 112.5 LCSP).

El estudio se someterá a Información pública, por un plazo de un mes, prorrogable por otro más, en razón de su complejidad. (art. 112.3 LCSP).

Dicho estudio podrá ser sustituido por un estudio de viabilidad económico-financiera cuando la naturaleza y finalidad de la obra o la cuantía de la inversión así lo aconsejara (art. 112.6).

La Administración podrá igualmente cuando la complejidad de la obra o el grado de definición lo exija, acordar la redacción de un anteproyecto. (art. 113.1 LCSP), que igualmente se someterá a información pública (art. 113.4 LCSP).

Posteriormente se elaborará el proyecto de las obras necesarias, que se someterá a información pública cuando no exista un anteproyecto. (art. 114.2 LCSP).

#### ***4. 14. 3. Actuaciones previas en el contrato de gestión de servicios públicos***

En el contrato de gestión de servicios públicos se debe elaborar y aprobar el anteproyecto de explotación y de las obras precisas, al que le será de aplicación el contrato de concesión de obras públicas (art. 117.2 LCSP), debiendo definirse su régimen jurídico básico, que atribuya las competencias administrativas, que determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y una declaración de que la actividad es asumida como propia por la Administración (art. 116 LCSP).

Los anteproyectos de explotación deberán referirse a servicios públicos susceptibles de ser organizados con unidad e independencia funcional y comprenderá un estudio económico administrativo del servicio, de su régimen de utilización y de las particularidades técnicas que resulten precisas para su utilización, definición que deberá incorporarse al expediente de contratación (art. 183.1 RGCAP).

#### ***4. 14. 4. Actuaciones previas en el contrato de colaboración entre el sector público y privado***

Este contrato, que es una novedad en la nueva ley exige que previo a su cesión, se elabore con carácter previo un documento de evaluación en el que se ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación. Dicha evaluación podrá realizarse de forma sucinta si concurren razones de urgencia no imputables a la Administración contratante que aconsejen utilizar el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para atender las necesidades públicas. (art. 118 LCSP).

A la vista de los resultados de la evaluación se elaborará un programa funcional que contendrá los elementos básicos que informarán el diálogo con los contratistas y que se incluirá en el documento descriptivo del contrato. Particularmente, se identificará en el programa funcional la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo, y los criterios de adjudicación del contrato. (art. 119 LCSP).

#### **4. 14. 5. Actuaciones previas en el contrato de suministro**

La Ley no contiene normas especiales en el contrato de suministro, ni el Reglamento a diferencia del anterior exige la necesidad de un informe razonado del servicio, exponiendo la necesidad, características e importe calculado de los bienes, así como la posible ampliación de aquellos y el orden de preferencia de estos, caso de obtener en el concurso un precio inferior del presupuesto. Estos extremos serán en todo caso recogido en el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares (art. 67 RGCAP).

#### **4. 14. 6. Actuaciones previas en el contrato de Servicios**

En los referidos contratos de Servicios, desaparece la necesidad de incorporar un informe del servicio interesado en el que justifique la insuficiencia, falta de adecuación o conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir sus necesidades que se tratan de satisfacer, que estaba previsto en el art. 202.1 de la L.C.A.P., por lo que habrá que ir al general del art. 22 y 93 LCSP, de motivación en general de los contratos.

#### **4. 15. Contratos menores**

Una excepción a toda la realización de actuaciones previas son los denominados contratos menores, regulados en el art. 95 y 122 de la LCSP.

Hasta la aprobación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sólo existían dos tipos de contratos menores, por un lado los denominados suministros menores (Art. 254, 258 y 259 R.G.C.E.), que se podían adquirir en establecimiento abierto sin necesidad de formalizar contrato alguno, y los denominados contratos menores de asistencia técnica, recogido en el Decreto 1005/74, 4 de abril, mediante una modificación introducida en el año 1991.

Sin embargo a partir de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha ampliado a todos los tipos de contratos nominados o típicos el concepto de contrato menor, desapareciendo lo relativo a los contratos con empresas de trabajo temporal ( sin perjuicio de lo previsto en la D.A. 5ª, relativo al plazo y sucesión de empresas) y de gestión de servicios públicos que por tanto también caben, que se distinguen exclusivamente por la cuantía: de obras hasta 50.000 euros y el resto hasta 18.000 euros ,salvo los de adquisición centralizada (art. 122.3 segundo párrafo LCSP), pero con unas consecuencias muy importantes en cuanto a su tramitación, puesto que con carácter general solo se exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente en la forma que reglamentariamente se ha determinado en el art. 72 RGCAP. Salvo en el contrato de obras, puesto que en el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de supervisión a que se refiere el

artículo 109 de la ley cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra. (Esto es una novedad legislativa). (art. 95.2 LCSP).

Así nos dice el art. 72 RGCAP que en los contratos menores podrá hacer las veces de documento contractual la factura pertinente, que deberá contener los datos y requisitos establecidos en el Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales. En todo caso, la factura deberá contener las siguientes menciones:

- a) Número y, en su caso, serie. La numeración de las facturas será correlativa.
- b) Nombre y apellido o denominación social, número de identificación fiscal y domicilio del expedidor.
- c) Órgano que celebra el contrato, con identificación de su dirección y del número de identificación fiscal.
- d) Descripción del objeto del contrato, con expresión del servicio a que vaya destinado.
- e) Precio del contrato.
- f) Lugar y fecha de su emisión.
- g) Firma del funcionario que acredite la recepción.

Se deberá expedir y entregar factura por las certificaciones de obra o los abonos a cuenta que se tramiten con anterioridad al cumplimiento total del contrato. En estos casos, se hará indicación expresa de esta circunstancia en las facturas correspondientes.

Se exceptúan aquellos suministros o servicios cuya prestación se acredite en el tráfico comercial por el correspondiente comprobante o recibo, en el que ha de constar al menos la identidad de la empresa que lo emite, el objeto de la prestación, la fecha, el importe y la conformidad del servicio competente con la prestación recibida.

Por otra parte se permite que puedan celebrarse diversos contratos menores que se identifiquen por el mismo tipo de prestaciones cuando estén referidos a un gasto de carácter genérico aprobado, que en ningún caso podrá superar, respecto de cada tipo de contrato, los importes fijados para los contratos de obras, suministro y servicios. En tal supuesto, el importe conjunto de los mismos no podrá superar el gasto autorizado.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha tenido ocasión de pronunciarse sobre ello en numerosos informes, como el de 16/90, de 14 de noviembre, y que exige de los formalismos hasta para el supuesto de material inventariable. Y con motivo de la entrada

en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su informe 40/95, de 7 de marzo de 1996, en el que expresamente vuelve a insistir que en los contratos menores, de los art. 57 (después 56), 121, 177( después 176) y 202 (después 121) de la L.C.A.P., la interpretación literal de los mismos conduce que para que un contrato sea menor basta atender a su cuantía y que respecto a ellos solo serán exigibles la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente, sin perjuicio de que en el contrato menor de obras se exija el presupuesto, y el proyecto cuando las normas específicas lo exijan, significando que la utilización del adverbio sólo es equivalente a únicamente y la circunstancia de que cuando la Ley ha querido precisar la exigencia de otros requisitos lo ha hecho expresamente como ocurre con el contrato de obra.

En el mismo sentido el informe 6/91, de 3 de septiembre de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, que al analizar la aplicación del Real Decreto 52/91, de 25 de enero, por el que se modifica el artículo 13 del Decreto 1005/74, de 4 de abril, que afirma que para “la interpretación del concepto de contrato menor hay que acudir a la finalidad perseguida que autoriza ésta nueva modalidad. Tal modificación está justificada en aras de facilitar y agilizar la gestión de los distintos órganos de contratación”. “Consecuentemente, es éste un caso en que la legislación ha venido a habilitar una solución ágil para satisfacer las necesidades de servicios urgentes y de escasa importancia económica” “Por ello, en aplicación del régimen previsto para estos últimos (suministros menores que es sobre el que se analiza), no sería obligatorio promover la concurrencia, las Empresas consultoras o de servicios están exentas de la obligación de prestar fianzas con las condiciones previstas en el apartado segundo del art. 384 del Reglamento General de Contratación del Estado y cabe sustituir el documento por el cual se formaliza la contratación por una factura con los requisitos preceptuados en los artículos 258 y siguientes del citado Reglamento (hoy 72 RGCAP). Así mismo, en cuanto a la fiscalización de estos expedientes cabría realizarla simultáneamente en el momento de la disposición del gasto o bien acumulando a éste en la fase de pago e instrumentarlo mediante un documento contable ADOP”.

La Ley de Acompañamiento de la de Presupuestos para 1997, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, exime de fiscalización previa a todos los contratos menores, en concordancia con la propia L.C.A.P.

#### **4. 16. Actuaciones al resto contratos del sector público y subvencionados**

Como la ley ha querido hacer una distinción de los tipos de contratos, ha regulado en su artículo 121 de la ley determinadas actuaciones de los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, que estén sujetos a regulación armonizada o que sean contratos de servicios expresamente excluidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 206.000 euros, así como en los contratos subvencionados, deberán observarse las mismas reglas que a los contratos administrativos para la definición y establecimiento de prescripciones técnicas, siendo igualmente de aplicación lo previsto relativo a las condiciones especiales de ejecución del contrato así como lo relativo a las condiciones de subrogación en contratos de trabajo.

En el resto de los contratos de cuantía superior a 50.000 euros, los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas deberán elaborar un pliego, en el que se establezcan las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías que deberán constituir, en su caso, los licitadores o el adjudicatario, siendo de aplicación, asimismo, lo dispuesto sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo. Estos pliegos serán parte integrante del contrato (art. 121.2 LCSP).



---

## **Primera sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sobre el Decreto 149/2006, de 25 de Julio, por el que se aprueba el reglamento de viviendas protegidas de la Comunidad Autónoma y otras sentencias de interés**

---

**Carmen Carretero Espinosa de los Monteros**  
Letrada de Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía

### **I. INTRODUCCIÓN**

Una vez publicado el polémico Reglamento de Viviendas Protegidas de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por Decreto del Consejo de Gobierno 149/2006, de 25 de julio, el mismo fue doblemente impugnado.

De un lado, se interpuso recurso frente al mismo por la Asociación para la derogación de la Ley VPO y de sus normas de desarrollo circunscribiéndose su impugnación a las disposiciones transitorias del citado Reglamento, siendo en este recurso en el que ha recaído la reciente sentencia de 12 de mayo de 2008 de la sala de lo contencioso administrativo de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

De otro, la Asociación de Empresas Andaluzas de Gestoras de Cooperativas (GECOPI) también procedió a su impugnación ante el mismo Tribunal, si bien que limitando su recurso a los apartados 2. b) y 3 del artículo 3 del citado Reglamento, siendo así que el mismo aun está pendiente de sentencia.

En relación con lo anterior, consta asimismo impugnada por la Asociación para la derogación de la Ley VPO, la Orden de 20 de enero de 2006 relativa al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en las segundas o posteriores transmisiones de viviendas calificadas como protegidas por la Ley 13/2005 de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegidas y el Suelo.

### **II. RESUMEN DE LA SENTENCIA**

Tratamos en el caso presente de sentencia de 12 de mayo de 2008, recaída en el recurso contencioso administrativo nº 1498/2006, interpuesto por la Asociación para la derogación de la Ley VPO y de sus normas de desarrollo.

El objeto de impugnación lo constituyeron la Disposición transitoria primera y el apartado 1 de la Disposición transitoria segunda del Reglamento de Viviendas Protegidas de Andalucía, aprobado por Decreto del Consejo de Gobierno 149/2006, de 25 de julio.

La sentencia vino a desestimar las pretensiones de anulación de la Asociación recurrente, entendiendo que en ningún caso se había producido vulneración del principio de reserva de Ley, con inexistencia de afectación del contenido esencial del derecho de propiedad, y considerando al tiempo que la retroactividad mínima o impropia de las normas se admite en nuestro Ordenamiento jurídico en pos de la consecución de las finalidades públicas pretendidas por el legislador, tal y como ocurre en el caso del presente Reglamento.

### III. ANÁLISIS DE LOS RAZONAMIENTOS

Acota en primer lugar la sentencia el objeto de su posible pronunciamiento, aclarando desde el principio la confusión en que incurre la demandante entre los plazos establecidos a los efectos de poder proceder a la venta de las viviendas protegidas del artículo 12 de la Ley, y el plazo de duración del régimen legal de las viviendas del artículo 5 de la misma norma.

A continuación resume los argumentos esgrimidos por las partes contendientes, que fueron los que a continuación desarrollamos, a la vista de sus textos.

Por la actora, esto es, la Asociación para la derogación de la Ley VPO y sus normas de desarrollo, el motivo fundamental por el que debía ser estimado el recurso se centraba en la infracción del principio de legalidad de las normas impugnadas del Reglamento de Viviendas Protegidas. Así, respecto de la Disposición transitoria 1ª, apartado 1º, se decía por los recurrentes, que estábamos ante una disposición vulneradora del principio de legalidad, dado que por medio de la misma se procedía a regular una condición limitativa del dominio privado, siendo así que conforme al contenido de los artículos 348 del Código Civil, 33 y 53 de la Constitución española, la regulación de las limitaciones del dominio, están reservadas a la Ley. En su opinión, dicho apartado del precepto, -que trata de la regulación de las segundas o posteriores transmisiones de viviendas calificadas como protegidas a la entrada en vigor de dicha norma-, impone un requisito temporal como condicionante para poder proceder a las segundas o posteriores transmisiones (diez años, salvo que se hubiera establecido un plazo menor en el programa a que estuviera acogido la vivienda), por completo ajeno a la legalidad establecida, esto es, a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Medidas para la Vivienda y el Suelo 13/2005, de 11 de noviembre, en cuanto que dicho precepto establece que el plazo de duración del régimen legal de protección de dichas viviendas, sean para venta, uso propio o arrendamiento ha de ser el establecido en cada programa en el correspondiente plan de vivienda y suelo, o en todo caso por Acuerdo del Consejo de Gobierno. Siendo esto así, a su entender, el Reglamento vulnera con dicha limitación temporal, el principio de reserva legal, y en consecuencia, los artículos indicados.

De otro lado, y en cuanto al apartado segundo de la misma Disposición Transitoria 1ª del Reglamento, el mismo es directamente tachado de inconstitucional por los recurrentes. Consideran que dicho precepto que regula los derechos de tanteo y retracto sobre segundas o ulteriores transmisiones de viviendas calificadas como protegidas a la entrada en vigor del Reglamento, impone también una serie de limitaciones muy importantes al derecho de propiedad, siendo así que en cuanto tales limitaciones debieron ser reguladas por norma con rango de Ley, y no por norma reglamentaria. En este sentido entendían los recurrentes que la regulación de los derechos de tanteo y retracto contenida en el artículo 12 de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, en modo alguno se refiere a las viviendas ya calificadas como protegidas, sino a las que se califiquen en el futuro, de ahí que respecto de las ya calificadas, consideren que sólo es el Reglamento el que establece dicha regulación vulnerándose el principio de legalidad, considerando que es argumento determinante a su favor que la citada ley careciese de disposiciones transitorias sobre el particular.

En cuanto a la Disposición transitoria 2ª que regula las descalificaciones de viviendas protegidas adquiridas, adjudicadas o construidas para uso propio con anterioridad al Decreto que aprueba el Reglamento, estableciendo una serie de condicionantes en orden a dicha posible descalificación, también se considera nula por la Asociación recurrente en base a idéntica motivación: por entender que constituyen limitaciones al derecho de propiedad establecidas por vía reglamentaria, con vulneración del principio de legalidad establecido en los artículos 33 y 53 de la Constitución española.

Por su parte, la Junta de Andalucía, al contestar la demanda, negó la existencia de vulneración alguna del principio de legalidad en las disposiciones transitorias impugnadas. Señalaba la Sra. Letrada de la Junta de Andalucía, que la Ley 13/2005, vino a establecer un régimen general y uniforme para todas las viviendas protegidas, respecto del que no es dable distinguir entre viviendas calificadas como protegidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005, y con posterioridad a la misma, dado que cuando la ley se refiere a las viviendas protegidas lo hace en un sentido omnicompreensivo, en orden a la consecución de la finalidad de garantizar la función social de las viviendas protegidas. De otro lado, consideraba que el argumento de parte en orden a la inexistencia de disposiciones transitorias en la Ley, no es válido en la defensa que pretende, desde el momento en que cualquier caso, a falta de norma transitoria en una Ley, siempre procede la aplicación supletoria de las del C. Civil (art. 4.3) y en consecuencia lo dispuesto en su Disposición transitoria primera, a cuyo dictado responden precisamente las disposiciones transitorias impugnadas y sus previsiones de retroactividad en grado mínimo. Y es que a juicio de la Administración, de lo que tratamos no es de la infracción del principio de reserva de ley, sino de un supuesto de retroactividad impropia o mínima de la norma de referencia, a cuyo dictado responden los preceptos impugnados del Reglamento, y cuya admisión es plena en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. En cualquier caso, añade, que las transitorias impugnadas no entrañan “per se” restricción alguna en relación con las viviendas calificadas como protegidas con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto, tanto porque tales restricciones o limitaciones ya eran contemplados en la regulación anterior y programas al amparo de los cuales se construyeron y edificaron, como porque se deja subsistente cualquier plazo inferior a diez años que establecieran dichos programas.

Frente a tales razonamientos de las partes contendientes, la sentencia comienza diciendo que la cuestión a resolver es conocer si la disposición reglamentaria es contraria a la Ley o excede de sus previsiones, partiendo de la base de que el artículo 33 de la Constitución al referirse al derecho de propiedad contiene una auténtica y material reserva de Ley, lo que por otra parte, dice, no implica que el reglamento carezca de poder alguno en la regulaciones de la propiedad, sino que necesitará de habilitaciones legales. Por ello, lo primero que hace es atender al marco de la remisión. Y el primer marco de remisión viene predeterminado por el artículo 12 de la Ley 13/05, que dispone que «los compradores de viviendas protegidas, no podrán transmitir las “inter vivos” ni ceder su uso por ningún título, durante el plazo mínimo de diez años desde la fecha de formalización de la adquisición». Con ello, entiende el juzgador que se estaría cumpliendo con el precepto constitucional, por cuanto esos límites a la facultad de disposición estarían establecidos por una ley, cuya comprensión y justificación se obtiene del enunciado de su artículo 1 de acuerdo con el derecho de los vecinos de Andalucía a obtener una vivienda digna ex. Artículo 47 de la Constitución.

Asimismo, Solventada esta cuestión, analiza el posible efecto retroactivo de las disposiciones del Capítulo IV del Título I del Reglamento, y en concreto, el referido plazo de diez años a las segundas o posteriores transmisiones de viviendas que ya estuvieran calificadas como protegidas a su entrada en vigor, partiendo de la afirmación de que el principio de irretroactividad de la leyes contenido en el artículo 2 del Código Civil, y consagrado en el artículo 9.3 CE, no es un principio tan absoluto que no permita matizaciones conforme a la doctrina y jurisprudencia que cita. Por último considera que debe tenerse presente en el análisis de la cuestión que el principio de reserva de ley prevenido en el artículo 53 CE, está circunscrito al contenido esencial de derecho.

Determinado así el marco general del enjuiciamiento, pasa a analizar pormenorizadamente cada una de las disposiciones impugnadas.

En cuanto a la Disposición transitoria primera, distingue a su vez, entre la prohibición de diez años establecida y aquellas otras limitaciones del dominio contenidas en el capítulo IV del Título I del mismo. Y concluye que en el primer caso, el establecimiento de un plazo de diez años para disponer afecta al contenido esencial del derecho de propiedad desde el momento en que dicho derecho fundamental, sin la facultad de disposición se desnaturaliza, asemejándose más a un usufructo, con lo que por ser un efecto desfavorable estaría vedada la retroactividad de la norma. Sin embargo, respecto del segundo supuesto, afirma que no existe afectación de dicho esencial contenido, y por lo tanto, tampoco motivos de anulación de dicho precepto, ni en lo que afecta al plazo, ni en lo que se refiere a los condicionantes o requisitos básicos de destino, adquirente, precio y régimen de comunicaciones del citado capítulo IV del Título I, al que se remite la norma transitoria.

En lo que afecta al plazo, desde el momento en que la propia disposición impugnada salva el plazo de prohibición general de diez años en los supuestos en los que el programa al que estuviera acogida la vivienda estableciese un plazo inferior, con lo que dice, <<difícilmente se puede deducir la eficacia práctica del efecto retroactivo establecido>>. Por lo que se refiere a las restantes condiciones, no afectándose el contenido esencial del derecho de propiedad y

no habiendo especificado la parte actora «aquellos aspectos en lo que representa un régimen más desfavorable para los titulares de la vivienda protegida», considera el Tribunal que no procede la anulación.

Por lo que se refiere a los derechos de tanteo y retracto, en el apartado segundo de la misma Disposición transitoria primera, parte de la realidad de que dichas limitaciones están ya recogidas legalmente en la Ley 13/2005, y vuelve a plantearse, que aun cuando son auténticas limitaciones al derecho de propiedad, sin embargo, no afectan al contenido esencial de dicho derecho, puesto que sólo se condiciona la transmisión, pero no se impide, con lo que no puede existir infracción del principio de reserva legal. En cuanto a la retroactividad de la norma, la rechaza desde el momento en que ni siquiera la parte actora expone en qué aspectos la aplicación retroactiva del texto reglamentario es desfavorable, en cuanto «frontera constitucional entre la retroactividad e irretroactividad de las normas».

Por último, en cuanto a la Disposición transitoria segunda del Reglamento, considera que desde el momento en que es la propia disposición reglamentaria «la que se encarga de excluir efecto retroactivo alguno, limitándose sus disposiciones, por tanto, a establecer el trámite al que debe sujetarse el procedimiento descalificatorio que, por no afectar a la esencia del derecho de propiedad, y teniendo en cuenta su carácter estatutario, no están afectadas por una reserva de ley y pueden tener efecto retroactivo de carácter mínimo que ya recoge la disposición transitoria primera del Código Civil» no existe motivo alguno para su anulación.

Por todo ello, desestima el recurso.

#### **IV. DOCTRINA QUE CONTIENE LA SENTENCIA**

Lo más reseñable de la doctrina contenida en la sentencia, son dos concretos puntos: la aplicación de la doctrina sobre la retroactividad de las normas jurídicas, y el estudio realizado sobre el derecho de propiedad, su función social y el principio de legalidad.

En cuanto al principio de irretroactividad de la leyes (que comprende cualquier disposición escrita con carácter de generalidad, entre ellas, las reglamentarias, SSTS 22-11-1980, de 13 de noviembre de 1981, 26 de enero de 1982 y 29 de febrero de 1997), parte la sentencia en su análisis de su afirmación en los artículos 2.3 del Código Civil, 83 y 9.3 de la Constitución, añadiéndose en cuanto a éste último precepto, en cuanto garantiza el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, se está refiriendo a los derechos fundamentales que se recogen en el Título I de la Constitución (y por lo tanto al derecho de propiedad), conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional representada entre otras por las SSTC 27/1981, de 20 de julio, 8/1982, de 4 de marzo, y 6/1983, de 4 de febrero.

Hecha no obstante esta afirmación, enseguida puntualiza que **“el principio de irretroactividad de la leyes no es tan absoluto que no permita matizaciones”**. Y ello, según señala la sentencia, parece pacíficamente admitido por la doctrina del Tribunal Supremo, que diferencia entre *«una retroactividad de grado máximo, que se aplica a la relación o situación jurídica básica creada bajo el imperio de la norma antigua y en cuanto a todos los efectos consumados o no. De grado medio, en que la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aun no consumados o agotados. Y una retroactividad de grado mínimo, en que la nueva legislación sólo tiene efectos para el futuro»*, añadiendo que **“Esta retroactividad de carácter mínimo es aceptada pacíficamente por la jurisprudencia, en particular, cuando lo que pretende la nueva norma es establecer una regulación uniforme para un sector tan sensible y tan propicio a abusos, como ha demostrado la experiencia, de las viviendas de promoción oficial, protegiendo los derechos de los usuarios mediante un aumento del tiempo de vinculación de la clasificación”**. También en este sentido, especifica la sentencia, el Tribunal Supremo ha diferenciado **«entre retroactividad auténtica (disposiciones normativas que, con posterioridad, pretenden anular efectos ex novo a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia norma) y una retroactividad impropia (disposiciones que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales, aun no concluidas); y sólo la primera es la realmente prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución»**. Ello lo completa citando una sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2000, en la que declara que *«la irretroactividad de la ley tiene su fundamento y límite en el respeto de los derechos adquiridos pero, no obstante, no se comprenden en ellos las facultades legales y las simples expectativas, que si pueden regirse por la nueva Ley, dado que solamente los primeros han entrado definitivamente en el patrimonio de la persona cuando nace la norma nueva»*.

Nosotros nos permitiríamos añadir al estudio realizado por la Sala, la cita de las mas recientes sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia, representadas entre otras por SSTs de 9-4-2008, RJ 134165; 28-9-2007, RJ 7028; 28-3-2007, RJ 2304; 6-2-2007, RJ 862; 4-7-2007, RJ 5988 y 4-7-2006, RJ 5988, citando al tiempo, como especialmente relevante la STS de 24 de enero de 2000, RJ 331, (ponente Sr. Rafael Fernández Montalvo), en cuanto además se hace eco, no sólo de la doctrina jurisprudencial anterior, sino también de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia.

Por lo que respecta al estudio del derecho de propiedad y el principio de reserva de Ley, -que constituía por otra parte el argumento jurídico único y fundamental de la demanda de la Asociación actora-, la sentencia expone como no podía ser de otra forma, la doctrina constitucional sobre la materia. Primero cita la STC 111/1983, de 2 de diciembre, por la que se desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el R.D.Ley 2/1983, de 23-2-1983 sobre expropiación por razones de utilidad pública e interés social de los Bancos y otras sociedades del Grupo RUMASA, y después la STC 37/1987, de 26 de marzo desestimatoria asimismo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la Ley del Parlamento de Andalucía núm. 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria. Así, comienza señalando que el derecho de el derecho de propiedad privada es un derecho que se configura y protege, ciertamente, **«como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos,**

***de acuerdo con las Leyes, en atención a valores e intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a servir***». Dicho esto, añade que el principio de reserva de ley que previene el art. 53 de la Constitución «*está circunscrita al contenido esencial del derecho*». Y respecto de cual sea el contenido esencial de los derechos fundamentales, dice que «*viene marcada en cada caso por el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasara a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales*». A su vez, descendiendo a la comprensión del contenido esencial del derecho de propiedad concluye –como por otro lado recoge la sentencia del Tribunal Constitucional citada–, que el mismo, conforme a la concepción del artículo 348 del Código Civil, es el «*derecho de gozar y disponer de una cosa, en este caso de un inmueble*», siendo éste a su juicio el contenido esencial que ha de ser respetado por el principio de reserva de ley del artículo 53 de la Constitución.

## V. COMENTARIO

Se trata ésta como decíamos al principio, de la primera sentencia dictada por la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sobre el Reglamento de Viviendas Protegidas de la Comunidad Autónoma, de ahí que la destaquemos, siendo así que sus pronunciamientos nos parecen absolutamente acertados, en su desestimación del recurso interpuesto.

Por lo demás, lo que resulta más relevante a nuestro juicio, no es sólo la doctrina que contiene, sino al tiempo lo que nos enseña dicha sentencia sobre lo que debe ser una hábil defensa letrada. En efecto, lo que resulta curioso en este caso, es que siendo el argumento fundamental y único del ataque la pretendida infracción del principio de legalidad por parte del reglamento impugnado, sin embargo, haya sido la propia representación letrada de la Junta de Andalucía, la que haya sacado a colación el problema de la retroactividad de la norma, siendo así que éste era precisamente el punto más álgido de la discusión jurídica. Con ello, consigue adelantarse a los argumentos del demandante, y obtener una sentencia acorde a sus pretensiones conforme por lo demás con consolidada Jurisprudencia.

De otro lado, es interesante el doble estudio jurídico que la sentencia realiza sobre el principio de irretroactividad de las normas del artículo 9.3 de la Constitución y el principio de reserva de ley en la regulación de los derechos fundamentales, en este caso, el derecho de propiedad. La sentencia así, se hace eco de la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia conforme a lo previsto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, recogiendo en consecuencia los límites impuestos al señalado derecho por la necesaria función social que debe cumplir toda propiedad privada, y especialmente aquella que ha sido participada de fondos públicos, que es tanto como decir con el dinero de todos los contribuyentes.

## OTRAS SENTENCIAS DE INTERÉS

### **Sentencia de la Sala de Granada de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 21 de abril de 2008: El procedimiento de contratación no está sometido al silencio positivo.**

El interés de la sentencia estriba en la discusión que se provoca en torno al concepto de silencio, esto es, sobre si el silencio a la petición de abono de liquidación de obras dentro de un contrato obra constituye o no estimación de dicha solicitud.

La actora del pleito, la empresa “Balear de Servicios y Obras S.A.”, había resultado adjudicataria del contrato de ejecución de las obras de acondicionamiento de la variante CC-332, de Canjáyar a Gádor, en un determinado tramo. Hay que destacar que en su mayoría se trataba de obras ejecutadas por razones de emergencia, en las que se hicieron necesarias varias modificaciones por desprendimiento de taludes. En dicha situación, la Administración, que este caso era la Diputación Provincial de Almería, estaba obligada a convalidar los gastos de las continuas modificaciones para atender el pago de las obras y evitar el enriquecimiento injusto

En estas condiciones, la empresa constructora solicita el abono de la cantidad por el acondicionamiento de dicha variante, siendo así que sus reclamaciones se dirigían tanto al cobro de las obras realmente ejecutadas, como del interés de la inversión que representaba la obra realmente ejecutada y no certificada como los intereses de demora en la aprobación provisional. La Administración no resuelve, y el objeto del recurso lo constituye la resolución presunta de la Diputación Provincial de Almería por la que se que desestimaba la solicitud, si bien que la empresa solicitaba la directa convalidación de pagos reclamados, en el entendimiento de que el silencio de la Administración había provocado un acto presunto positivo. La Sala responde reiterando anteriores pronunciamientos que se hacen eco de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 28 de febrero de 2007, conforme a la cual no puede ser acogida la alegación esgrimida por el recurrente de que trata de la ejecución de un acto positivo. Por el contrario, afirma que el procedimiento de contratación no está sometido al silencio positivo, de tal manera que *“La ejecución del contrato y todas sus incidencias deben reconducirse al procedimiento contractual de adjudicación del contrato, porque en ese expediente se recogen el conjunto de derechos y deberes de las partes. Como se trata de expedientes iniciados de oficio, la consecuencia del silencio para el administrado, según el artículo 42 de la Ley de Procedimiento, ha de ser la desestimación de su solicitud”, a lo que añade que “A igual conclusión se llega con la aplicación de la legislación autonómica competente para la determinación del sentido del silencio, así la Ley última Autonómica 19/01 y su disposición adicional primera, otorga carácter negativo al silencio de la administración en la reclamación de intereses derivados de la contratación”*.

### **Sentencia de la Sala de Granada de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 21 de abril de 2008 (Recurso nº 5443/2002): Necesidad de motivación en los Planes de Ordenación de Territorio. Supuestos de protección. Vinculación de las Directrices.**

Con fecha de 10 de octubre de 2002, apareció publicado en BOJA Decreto 222/2002, de 30 de julio, por el que se aprobaba el Plan de Ordenación del Territorio del Poniente de Almería.

Frente a dicha Disposición se interpuso recurso por una serie de particulares que venían a solicitar la anulación de las fuertes vinculaciones que en determinadas Directrices del Plan, se proyectaban sobre sus fincas, infringiéndose las normas materiales y procedimentales de obligado cumplimiento, señaladamente, el cumplimiento de los trámites de catalogación del Decreto 104/94, de 10 de mayo.

La Sala estima que las normas impugnadas en cuanto tales Directrices, son vinculantes en cuanto a sus fines, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 1/1994 de Ordenación del Territorio, pero que sin embargo en su declaración en el Plan, de una parte no se han seguido los pasos analíticos del art. 7 del Decreto 104/94, y otra, falta el presupuesto de la protección que declaran. En efecto, con dicho Plan de Ordenación Territorial del Poniente Almeriense se pretendían declarar todos los espacios libres de invernaderos de la llanura de El ejido en “artales a proteger”, efectuando dicha protección de forma genérica, afectando a todas las formaciones de esta especie existentes en el ámbito, siendo así que no se habían cumplimentado los pasos requeridos por el artículo 7 del Decreto 104/94, señaladamente, en cuanto a la necesidad de precisar el tamaño de la población y su área de distribución natural, determinación de sus hábitats característicos con descripción detallada, o establecimiento de los factores de incidencia negativa, y definición de medidas específicas en orden a su conservación. Pero es que por otro lado, considera la Sala que hubiera sido preciso que en el Plan, se hubiera cuidado la motivación de la existencia del presupuesto necesario para la protección acordada, lo que no le consta al Tribunal, en cuanto que no se incorporó al mismo la información textual, estadística y cartográfica exigida por la Ley 1/94, siendo así que el sistema de información territorial constituye un instrumento de apoyo para la toma de decisiones en la materia, máxime en un supuesto como el presente en el que tratamos de zonas agrícolamente antropizadas entre invernaderos. Por todo ello se desestima el recurso.

### **Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2008. Planeamiento General y Planeamiento Especial. Materias propias de dicho instrumento especial.**

En la STS de 2 de junio de 2008, se contienen interesantes consideraciones sobre la naturaleza de los Planes Especiales.

El caso enjuiciado se refiere a la impugnación por particular, de acuerdo adoptado por la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Málaga, por el que se aprobaba definitivamente el Texto Refundido de revisión y adaptación del Plan General

de Ordenación Urbana de Torrox, promovido por el Ayuntamiento, siendo así que se pretendía tanto la anulación del citado Plan como que se declarase la improcedencia de tramitar un Plan Especial sobre la zona en la que el actor es dueño de la parcela. La Sala de lo contencioso administrativo de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia de 30 de octubre de 2003, desestimó el recurso interpuesto, por considerar que frente a lo alegado por el actor, es plenamente posible la remisión del planeamiento general al Plan Especial en las materias propias de dicho instrumento especial. Esta tesis será confirmada por el Alto Tribunal.

En efecto, el recurrente entendía como improcedente la figura del Plan Especial propuesto sobre la franja de terreno en la que se encuentra su parcela, en cuanto ya en el anterior Plan estaba clasificado como urbano, sin que sea justificación la esgrimida por la Administración sobre la necesidad de armonizar en el futuro las actuaciones del Ayuntamiento y de la Demarcación de Costas en el área en el que se encuentra la parcela, colindante con el dominio público. Frente a ello la Sala de lo contencioso administrativo de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en cuanto Sala de instancia, asume que conforme a la doctrina del Tribunal Supremo que, *«Las relaciones entre el Plan General y Plan Especial no viene regidas por la sumisión absoluta de éstos últimos al primero, pues como dijo la sentencia del Tribunal Supremo de seis de junio de 1995, “el Plan Especial no desarrolla los Planes Generales en cuanto a sus determinaciones, sino las suyas propias” en atención a los fines que el encomienda el Ordenamiento jurídico»*. Y respecto de dichos fines, entiende que es perfectamente posible el de la determinación de la ordenación de terrenos en zona marítimo-terrestre.

No estando conforme con ello, recurre en casación el particular, y el Tribunal Supremo en su sentencia de casación, desestima el recurso. El Alto Tribunal en dicha sentencia acepta los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia, entendiendo que es obligado partir del artículo 17 del Texto refundido de 1976, en cuanto que dicho precepto prevé que los Planes especiales pueden desarrollar las previsiones de los Planes generales Municipales, de los Planes Directores Territoriales o de las Normas complementarias y Subsidiarias del Planeamiento *«para la ordenación de recintos y conjuntos artísticos, protección del paisaje y de las vías de comunicación, conservación del medio rural en determinados lugares, reforma interior, saneamiento de poblaciones y cualesquiera otras finalidades análogas»*, siendo así que conforme a lo ya señalado por dicho Tribunal en sentencia de casación de 4 de mayo de 1999, *«cuando los Planes especiales son desarrollo de planes urbanísticos superiores pueden perseguir cualesquiera de las finalidades que el precepto citado reseña, sin olvidar la finalidad genérica que en el mismo se incluye por vía analógica; también se induce que los Planes especiales persigan algunas o todas las finalidades mencionadas, incluidas las que lo son por vía analógica»*. Añade además el Tribunal Supremo, que esa formulación del artículo 17 del T.R. de 1976, entendida con la amplitud que reseña, encuentra su reflejo en los distintos apartados del artículo 76 del Reglamento de Planeamiento, en el que se enuncian las diferentes finalidades, sin que tal enumeración sea cerrada dado que refiere asimismo “cualesquiera otras finalidades análogas”. Por todo ello, a la vista del tenor de los preceptos y de la Jurisprudencia en al materia, concluye que no cabe tachar de contraria a derecho la remisión que en el caso de autos se realiza al Plan Especial, dado que existen razones suficientes que justifican dicha

remisión, señaladamente, que tratamos de la ordenación pormenorizada de una zona en la que *«concurren circunstancias que la singularizan, por tratarse de un área en la que se incluyen terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre o afectados por la servidumbre de protección y en la que como consecuencia de ello se produce una concurrencia competencial entre Administraciones y una nada hipotética confrontación entre intereses públicos y privados. Tales circunstancias son suficientes para que, como concluye la sentencia recurrida, la remisión al Plan Especial no deba considerarse arbitraria ni contraria a derecho»*.

Desestima así, el recurso de casación interpuesto, confirmándose la sentencia dictada por la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sintetizándose así en este punto de las relaciones entre Plan Especial y Plan General y de las finalidades que los Planes Especiales están llamados a cubrir, la doctrina en la materia, que por lo demás es perfectamente reproducible en Andalucía, a lo señalado por el artículo 14.1 h) de la Ley 7/2002 de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía.













