

EL COMPLEJO INMOBILIARIO URBANÍSTICO: DOMINIO PÚBLICO, ¿SUBSUELO PRIVADO?

Juan José Guimerá Rico
Profesor de Derecho Administrativo ULL

RESUMEN

La Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, introdujo la figura del complejo inmobiliario como técnica para permitir la superposición de calificaciones urbanísticas en el suelo, vuelo y subsuelo. El precepto fue la reacción del legislador urbanístico estatal ante la proliferación de casos en los que los particulares, amparados por la falta de regulación urbanística expresa y por la doctrina de la DGRN, procedían a independizar funcionalmente el vuelo y el subsuelo de sus terrenos, consiguiendo así reservarse aprovechamientos, actuales o futuros, que el planeamiento no preveía. Las líneas que siguen tienen como propósito contribuir a aclarar el sentido y finalidad de esta figura, así como a resaltar su utilidad como instrumento de planificación urbana.

PALABRAS CLAVE: urbanismo, complejo inmobiliario, subsuelo, dominio público.

ABSTRACT

«Building complex: public domain, ¿private subsoil?». Spanish State Land Law 8/2007 sanctioned the building complex as the appropriate technique to allow overlapping of different urban qualifications in airspace, soil and subsoil. The norm was the national legislator's reaction to the proliferation of cases in which individual owners proceeded to virtually segregate airspace and subsoil from their domains, thus keeping urban rights and uses, whether actual or future, which were not granted by planning. The following lines aim to help clarify the sense and purpose of this figure, as well as to highlight its usefulness as an instrument for urban planning.

KEYWORDS: urban planning, building complex, subsoil, public domain.



I. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUBSUELO

1. LOS PROBLEMAS

La potencialidad del subsuelo¹ para albergar usos y aprovechamientos no necesariamente reconocidos en la legislación o en el planeamiento urbanístico es fuente habitual de conflictos y, quizá por eso mismo, vivero de soluciones imaginativas. Canarias ha conocido varias de ellas, desde la constitución notarial de servidumbres de paso por subsuelo ajeno para permitir la propiedad separada de las galerías de agua² hasta el Decreto autonómico 117/2006, que contempla la posibilidad de conceder cédulas de habitabilidad a las llamadas «casas-cueva»³. En la ciudad, sin embargo, la falta de un régimen jurídico unitario e inequívoco respecto del subsuelo, en ocasiones ha hecho que los intentos de hacer convivir racionalmente distintos tipos de uso en el subsuelo y sobre la rasante topen con impedimentos de diversa índole.

Baste señalar dos ejemplos:

Durante la tramitación del Plan General de Ordenación (PGO) de Santa Cruz de Tenerife surgió un problema respecto de algunos convenios urbanísticos en los que se preveían, en suelo urbano consolidado, cesiones de suelo a cambio de la atribución a sus propietarios de aprovechamientos privados para la construcción de plazas de aparcamiento destinadas al uso público bajo la vertical del suelo a ceder, en el que había de ubicarse una plaza⁴. La Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias informó negativamente estos convenios por entender, entre otras razones, que el dominio público alcanzaba también al subsuelo y que por lo tanto la explotación privada de un aparcamiento requeriría o bien la concesión con arreglo al artículo 78 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL), o bien la desafectación y posterior adjudicación por alguno de los procedimientos del artículo 77 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de los Espacios naturales de Canarias (TRLOTENC), ninguno de los cuales admite

¹ Según la RAE, subsuelo es el «terreno que está debajo de una capa de tierra». En sentido jurídico, las SSTs de 8 de mayo y 27 de octubre de 1988 se refieren a él como la extensión vertical hacia debajo de los linderos de una determinada finca.

² Que explicó su propio autor, el notario GUIMERÁ PERAZA, M., en «El derecho de subsuelo (aguas subterráneas)», *Anuario de Derecho Civil*, enero/marzo 1961, pp. 121-138, y desarrolló NIETO GARCÍA, A., «Aguas subterráneas, subsuelo árido y subsuelo hídrico», en *Revista de Administración Pública*, núm. 56, 1968, pp. 9-92.

³ Lo comenta MATHEU DELGADO, J.A. en «El derecho de subsuelo y el nuevo régimen jurídico de las casas-cueva en Canarias», *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 16, 2010, pp. 425-434.

⁴ *La Opinión*, edición del 17 de octubre de 2010.

la adjudicación directa⁵. Los convenios fueron retirados del documento que se continuó tramitando⁶.

En La Laguna, el Plan Especial de Protección del Casco Histórico (PEPCH) preveía la obtención por cesión de un espacio destinado a calle, que discurría transversalmente por un solar. Sus propietarios solicitaron licencia de construcción para un edificio de tres plantas sobre rasante y dos de aparcamiento subterráneo. El proyecto era conforme con el PGO, en donde se clasificaba el suelo como urbano consolidado, pero no contemplaba la cesión del vial establecida en el PEPCH. Tras algunas negociaciones con los técnicos municipales, el proyecto fue modificado para incluir dicha cesión, compensándose la pérdida de edificabilidad mediante la autorización para construir una planta adicional en uno de los ahora dos edificios que quedaban a ambos lados de la calle a ceder. La concesión de la licencia al proyecto modificado suscitó las dudas de algunos técnicos municipales en cuanto a su legalidad, ya que bajo el espacio destinado al uso público quedaba un aparcamiento privado, sin concesión ni desafectación.

En ambos casos, lo que está haciendo la Administración es dar por supuesto el carácter público del subsuelo⁷, bien por la afección en el planeamiento de la superficie a una finalidad pública, bien por considerar que ya es público por naturaleza, planteamientos ambos que deben reputarse equivocados. El subsuelo no es dominio público natural (sólo lo son los recursos naturales que se hallen en él), y en todo caso la demanialización del subsuelo no es competencia de las Comunidades Autónomas⁸, y tampoco cabe presuponer que sea de titularidad pública con carácter patrimonial⁹, pese a la presunción que en este sentido establece el último inciso del artículo 1.1 del Anexo del TRLOTENC¹⁰.

⁵ Salvo que se trate de cesiones a otras entidades del sector público o entidades religiosas o beneficenciales, o de permutas en el marco de un procedimiento de ocupación directa para la obtención de terrenos destinados a sistemas generales o incluidos en espacios naturales protegidos.

⁶ A partir del Decreto 82/2013 cambia el criterio: suspende las determinaciones del PGO de Santa Cruz de Tenerife y aprueba normas sustantivas de ordenación con el fin de posibilitar las actuaciones de reposición de viviendas públicas en el ámbito territorial de Los Gladiolos-García Escámez. En ellas, se admite expresamente el uso de aparcamiento en todo o en parte del subsuelo situado bajo áreas peatonales y plazas, sin limitación de plantas.

⁷ El Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1868, que establecía las bases generales del régimen jurídico de las minas y demanializaba todo el subsuelo de la nación, propició numerosos litigios que llevaron al Tribunal Supremo a limitar notablemente los efectos de esa declaración, finalmente derogada con la promulgación del Código Civil en 1889. *Vid.* SAINZ MORENO, F., «El subsuelo urbano», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 130, 2006, pp. 255-274.

⁸ STC de 29 de diciembre de 1998, a propósito de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley de Aguas de 1985.

⁹ Se plantea la cuestión, aunque no la resuelve, CUESTA REVILLA, J., «El subsuelo y su ordenación urbanística», *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2002, pp. 81-98.

¹⁰ Que define el suelo como «el recurso natural, tierra o terreno utilizado para el aprovechamiento urbanístico, comprensivo siempre, junto con la superficie, del vuelo y del subsuelo precisos para realizar dicho aprovechamiento. Cuando el instrumento de ordenación no precise el subsuelo que corresponda al aprovechamiento urbanístico, dicho subsuelo se presume público». Pero la Ley



Por otra parte, tampoco puede entenderse que la mera afección a un uso o destino públicos implique automáticamente la demanialización, porque la incorporación de los bienes afectados al dominio público y por lo tanto la activación de su especial régimen jurídico se produce con la entrega efectiva del bien a la Administración, en coherencia con la teoría clásica del título y el modo¹¹. El artículo 3.2 RBEL es claro: «Sin perjuicio de la vinculación del suelo a su destino urbanístico desde la aprobación de los planes, la afectación de los inmuebles al dominio público se producirá, en todo caso, en el momento de la cesión de derecho a la Administración actante conforme a la legislación urbanística». Ese momento es el de la firmeza del acuerdo de reparcelación con arreglo al artículo 50 del Reglamento de Gestión y Ejecución del Sistema de Planeamiento de Canarias RGEPC (modo), no la aprobación del instrumento de ordenación, que según el artículo 44 TRLOTENC produce la vinculación de los terrenos al destino que resulte de su clasificación y calificación (título).

2. LAS RAZONES

El arraigo de este prejuicio en la Administración podía entenderse justificado por la jurisprudencia, que venía considerando que el dominio público se extiende hacia arriba y hacia debajo de manera análoga a lo que el artículo 350 del Código Civil establece respecto de la propiedad del suelo¹². Sin embargo, las sentencias que se pronunciaban en este sentido lo hacían a propósito de suelos que ya eran públicos por expropiación, cuando después de haberse satisfecho el justiprecio correspondiente

6/2006, de 17 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias, no lo incluye entre los bienes de su titularidad, y el artículo 2.2 letra a) del anteproyecto de Ley de Suelo de Canarias, actualmente en tramitación, elimina esa referencia.

¹¹ Más aún, ni siquiera la constancia del uso público implica por sí sola la condición de bien demanial [sistemas generales de titularidad privada, instalaciones esenciales para la competencia, infraestructuras adscritas a una sociedad mercantil de capital público vinculadas materialmente a la prestación de un servicio público...]. La STS de 6 de abril de 1998 (RJ 1998/2794) estimó que el destino «al uso público de los terrenos en superficie no acredita que éstos tengan la naturaleza de bienes de dominio público pues el subsuelo no tiene esa condición y es [era, en el caso enjuiciado] objeto de aprovechamiento privativo para aparcamiento».

¹² La STS (3.ª) de 24 de julio de 1990 (RJ 1990/6673) afirma que el subsuelo de la vía pública «goza de la misma naturaleza que éste, es decir, la de un bien de dominio público del municipio, y por lo tanto imprescriptible». Pero el dominio público no es una clase de propiedad, sino una técnica de intervención. En palabras del TC, «la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*. El bien de dominio público es ante todo una *res extra commercium*» (STC 227/1988, de 29 de noviembre). Sobre este punto se extienden, recogiendo la doctrina más destacada, GONZÁLEZ SANFIEL, A.M., *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Montecorvo, 2000, o SERRANO ALBERCA, J.M., *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*, Thomson-Aranzadi, 2009.



a los aprovechamientos originalmente previstos en superficie, el planeamiento cambiaba para, por ejemplo, permitir un aparcamiento subterráneo de gestión privada mediante concesión¹³.

La cuestión no era en absoluto pacífica. En algún caso flagrante fue inevitable conceder la reversión¹⁴ y la incertidumbre ponía en peligro operaciones urbanísticas de importante calado económico¹⁵. El problema de fondo estaba en la creciente importancia económica del subsuelo¹⁶, visible no sólo a ojos de la Administración en suelos ya públicos, sino también para los particulares, quienes empezaron a buscar fórmulas que les permitieran minimizar la pérdida patrimonial que conlleva una expropiación o una cesión obligatoria. Así se desarrolló la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) sobre los complejos inmobiliarios¹⁷, en los que se vio la fórmula idónea para dotar de independencia funcional al subsuelo y al vuelo respecto de la superficie, de manera que pudieran cumplirse las determinaciones urbanísticas respecto de ella, al tiempo que se reservaban otros aprovechamientos, actuales o futuros, que el planeamiento no contemplara. Esto era posible porque la preocupación clásica del legislador urbanístico había sido limitar el *ius aedificandi*, pero no decía nada de la facultad de disposición, que incluye la de

¹³ Caso paradigmático es el resuelto por la STS 11330/1988, de 13 de diciembre (rec. 2946/1987). El Ayuntamiento de Santander había expropiado unos terrenos para remodelar una plaza. Más tarde proyectó y adjudicó un aparcamiento subterráneo en régimen de concesión. Los expropiados solicitaron la reversión de la parte de subsuelo que les correspondía por la superficie expropiada, sosteniendo que era terreno sobrante. Obtuvieron un pronunciamiento favorable, pero fue revocado por el Supremo, que entendió que «el aprovechamiento del subsuelo de la plaza por parte de la Corporación municipal es una facultad que le asiste como titular del dominio público de la misma, en aplicación “mutatis mutandis” del artículo 350 del Código Civil, por lo que en tanto la superficie ocupada por los inmuebles siga cumpliendo la misma finalidad que determinó su adquisición coactiva y subsista por tanto la afectación, no puede haber derecho alguno de reversión». En igual sentido, la STS de 14 de mayo de 2002 (RJ 2002/7895).

¹⁴ El Canal de Isabel II expropió unos terrenos para ejecutar unas obras de canalización subterránea destinadas al servicio público de abastecimiento de agua potable. Concluidas éstas, aportó el suelo a una Junta de compensación. La STS de 20 de julio de 2002 (RJ 2002/8632) declaró haber lugar a la reversión del suelo no ocupado efectivamente por las obras, por considerarlo parte sobrante.

¹⁵ En la llamada «Operación Chamartín», el Ayuntamiento de Madrid pretendía soterrar las líneas de trenes de cercanías y financiar la obra mediante la construcción y venta de viviendas en la superficie antiguamente expropiada, exponiendo a la Administración a acciones de reversión basadas en la desaparición de la *causa expropriandi*, por no ser ya necesario el suelo para la ubicación de las infraestructuras ferroviarias. La STS de 26 de septiembre de 2012 (RJ 2012/9423), declaró no haber lugar al derecho por entender que no se había producido aún la desafectación («falta de prueba sobre la alteración del fin específico que motivó la expropiación»). La operación quedó en suspenso cuando la STSJ Madrid 972/2013, de 21 de junio, anuló el Plan Parcial de Reforma Interior por contemplar más edificabilidad de la legalmente permitida.

¹⁶ Véase GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., «La creciente importancia del subsuelo y su tratamiento urbanístico», en *CT/Catastro* núm. 57, 2006, pp. 33-50.

¹⁷ Resolución DGRN de 5 de abril de 2002, ampliamente comentada por la doctrina y en particular en ALEGRE ÁVILA, J.M., *Subsuelo, becho y derecho. Planteamiento tradicional, estudio jurisprudencial y reconstrucción técnica del subsuelo*, Thomson-Aranzadi, 2008, que es hasta la fecha el estudio más completo al respecto.



constituir derechos reales limitativos de la propiedad que pueden acceder al Registro de la Propiedad como fincas independientes¹⁸.

Con este subterfugio, los sujetos obligados a entregar un suelo para dotación logran la inscripción separada del subsuelo y cumplían sus deberes urbanísticos con la entrega sólo de la superficie¹⁹. A resultas de ello se generaban usos y aprovechamientos no previstos en el Plan, y tras la STC 61/1997 las Comunidades Autónomas intervinieron para tratar de atajar esta situación, con planteamientos diversos²⁰ (en cuyo relato no podemos detenernos aquí) y, en algunos casos, dudosamente constitucionales, por cuanto *de facto* afectaban a la regulación básica del derecho de propiedad, que es competencia exclusiva del Estado²¹. Si se quería abordar este asunto, la intervención del legislador estatal resultaba imprescindible.

3. SU REGULACIÓN EN LA LEY ESTATAL: EQUIPARACIÓN DEL SUBSUELO AL VUELO

Y en efecto, el legislador estatal de 2007 intervino, estableciendo, en lo que aquí nos interesa, tres premisas que mantiene el vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (en adelante, TRLSRU): a) zanja el debate respecto de la naturaleza del *ius aedificandi*, ratificando *expressis verbis* el carácter estatutario de la propiedad del suelo (arts. 2.1 y 11.1 TRLSRU); b) entra a regular también el resto de facultades propias del dominio, y c) delimita la extensión vertical de éste por remisión a los planes. En definitiva, lo que hace el legislador estatal es aplicar al

¹⁸ Sobre la delimitación urbanística del derecho de propiedad urbana en nuestra Comunidad Autónoma véase VILLAR ROJAS, F.J., «El derecho de propiedad del suelo», *Derecho Urbanístico de Canarias*, Thomson-Reuters, 2010, pp. 83-142.

¹⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «La propiedad urbanística del suelo, el vuelo y el subsuelo», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 41, 1995, pp. 597-606, criticaba que las administraciones municipales sigan exigiendo la cesión «como si la propiedad del suelo se extendiera hasta el centro de la tierra, cuando es obvio que las necesidades públicas que tales viales, zonas verdes y dotaciones están llamados a satisfacer podrían quedar cubiertas con la mera cesión de la superficie o con la simple imposición de una servidumbre de uso público sobre ésta». Ciertamente, es claro que son posibles otras técnicas jurídicas, distintas de la incorporación al demanio, para cumplir el destino público a que el plan adscriba un suelo determinado, y, de todas las posibles, la pérdida del derecho de propiedad —ya sea por expropiación o por la obligación legal de cederlo gratuitamente— más gravosa es la pérdida del derecho de propiedad, lo que permite cuestionar si el régimen tradicional de cesiones obligatorias es compatible con la garantía constitucional del derecho a la propiedad privada.

²⁰ El artículo 39.1 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña parece admitir la reserva privada de subsuelo situado bajo terrenos destinados a un uso público, asunto que mereció el comentario de MEZQUITA DEL CACHO, J.L., «El vuelo o subsuelo como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 672, pp. 1433-1481. Galicia (art. 41 Ley 2/2016) y Castilla-León (artículo 38.3.b Ley 5/1999) distinguen entre aprovechamientos accesorios, no computables, y aprovechamientos independientes.

²¹ RUIZ BURSON, F.J., «La licencia urbanística de los complejos inmobiliarios privados», *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 32, 2013, a propósito de la legislación andaluza.

subsuelo el mismo régimen que al vuelo, como evidencia el artículo 12 TRLSRU al tratar del contenido del derecho²².

No niega el artículo 350 del Código Civil ni la doctrina de la DGRN, pero la somete a presupuestos, requisitos y límites²³, con el fin de controlar la legalidad urbanística y prevenir la adquisición de derechos al margen del planeamiento²⁴. Se parte del reconocimiento general de que las «fincas» pueden situarse tanto en la rasante como en el vuelo o el subsuelo (artículo 26.1 TRLSRU), lo que constituye toda una invitación a los planificadores para ordenar tridimensionalmente, y se da solución a los problemas apuntados más arriba.

Respecto de los suelos que ya son públicos, se mantiene la tradición jurisprudencial²⁵: seguirán siendo públicos en toda su extensión vertical, estableciendo el artículo 47 TRLSRU algunos supuestos de reversión y retasación para los suelos que hubieran sido expropiados, que se aplicarán si la asignación de nuevos aprovechamientos o la alteración de usos se produce «en el marco del ejercicio pleno de la potestad de ordenación»²⁶.

²² «Contenido del derecho de propiedad del suelo: facultades.

1. El derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien.
2. Comprende asimismo la facultad de disposición, siempre que su ejercicio no infrinja el régimen de formación de fincas y parcelas de relación entre ellas establecido en el artículo 26.3.

Las facultades referidas en los apartados anteriores alcanzan al vuelo y al subsuelo 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».

²³ Por ello, no es exacto afirmar que «la ley se ha limitado a recoger una reiteradísima práctica registral que así lo venía ya imponiendo», como hace GONZÁLEZ PÉREZ, J., en *Comentarios a la Ley de Suelo*, Thomson-Civitas, vol. I., p. 850.

²⁴ RUEDA PÉREZ, M.A., en «Comentario al artículo 17», GUTIÉRREZ COLOMINA, V. y CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, A., *Estudio del articulado del Texto Refundido de la Ley de Suelo estatal*, Thomson-Aranzadi, 2009, p. 632, lo expresa así: «El enfoque de las normas contenidas en estos artículos se enmarca en la orientación legislativa cada vez más intensa de profundizar en la aplicación del control de legalidad que ejercen notarios y registradores, extendiendo o ampliando el ámbito de dicho control desde el estrictamente privado civil al administrativo urbanístico».

²⁵ Entre otras, las SSTS de 30 de octubre de 2002, 24 de junio de 1990 y 16 de junio de 1998. En ésta última se afirma que el subsuelo de la vía pública «goza de la misma naturaleza que éste, es decir, la de un bien de dominio público del municipio, y por lo tanto imprescriptible».

²⁶ «Supuestos de reversión y retasación.

1. Si se alterara el uso que motivó la expropiación de suelo en virtud de modificación o revisión del instrumento de ordenación territorial y urbanística, procede la reversión salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - a) Que el uso dotacional público que hubiera motivado la expropiación hubiera sido efectivamente implantado y mantenido durante ocho años, o bien que el nuevo uso asignado al suelo sea igualmente dotacional público.
 - b) Haberse producido la expropiación para la formación o ampliación de un patrimonio público de suelo, siempre que el nuevo uso sea compatible con los fines de éste.
 - c) Haberse producido la expropiación para la ejecución de una actuación de urbanización.



Y en los suelos privados que hayan de ser objeto de cesiones obligatorias se presupone incluido el vuelo o subsuelo (artículo 23.1 TRLSRU), como viene sucediendo hasta ahora, a menos que quepa segregarlos mediante la formación de fincas independientes en régimen de complejo inmobiliario.

Llegamos así al momento de examinar en qué situaciones y bajo qué requisitos les es dado a los propietarios de suelo constituir un complejo inmobiliario.

II. EL COMPLEJO INMOBILIARIO

1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Desde su introducción en la LS07, la regulación legal del complejo inmobiliario ha sufrido varias modificaciones con las que se fueron resolviendo algunos problemas que planteaba la redacción original. El que en ella era el párrafo 5 del artículo 17 pasó a constituir, en el Texto Refundido de 2008, el párrafo 1 del artículo 18, mejorando algo el tratamiento sistemático. Más tarde, el artículo 25 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, reforzó la exigibilidad de licencia al introducir el que ahora es el segundo párrafo del artículo 26.2 TRLSRU, que ordena a notarios y registradores comprobar el otorgamiento de la misma para elevar a público y para inscribir la constitución o modificación del complejo.

Los cambios más significativos los introdujo la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación urbanas (L3R), que modificó también la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (LPH) para permitir la constitución obligatoria del complejo en ámbitos de actuación de rehabilitación

-
- d) Haberse producido la expropiación por incumplimiento de los deberes o no levantamiento de las cargas propias del régimen aplicable al suelo conforme a esta ley.
 - e) Cualquiera de los restantes supuestos en que no proceda la reversión de acuerdo con la Ley de Expropiación Forzosa.
2. En los casos en que el suelo haya sido expropiado para ejecutar una actuación de urbanización:
 - a) Procede la reversión, cuando hayan transcurrido diez años desde la expropiación sin que la urbanización se haya concluido.
 - b) Procede la retasación cuando se alteren los usos o la edificabilidad del suelo, en virtud de una modificación del instrumento de ordenación territorial y urbanística que no se efectúe en el marco de un nuevo ejercicio pleno de la potestad de ordenación, y ello suponga un incremento de su valor conforme a los criterios aplicados en su expropiación.
El nuevo valor se determinará mediante la aplicación de los mismos criterios de valoración a los nuevos usos y edificado por el párrafo anterior, será de aplicación al derecho de retasación lo dispuesto para el derecho de reversión, incluido su acceso al Registro de la Propiedad.
 3. No procede la reversión cuando del suelo expropiado se segreguen su vuelo o subsuelo, conforme a lo previsto en el apartado 5 del artículo 26, 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».



o de regeneración y renovación urbana aun sin el consentimiento unánime de los propietarios. No hay lugar aquí para detenerse en un análisis detallado de la reforma²⁷, de modo que limitaremos los comentarios a las modificaciones que consideramos más relevantes para nuestro estudio: a) definición legal del complejo inmobiliario, b) admisión de su variante discontinua y c) admisión de excepciones al deber de obtener licencia²⁸. Finalmente, en el TRLSRU cambia la ubicación de la norma, que pasa de ser el artículo 17 al 26, y se introducen algunos retoques en la redacción.

Todo este periplo pone de manifiesto que el legislador está ante una figura nueva, cuyos efectos en la práctica aún no han sido del todo ponderados pero que parece útil para los nuevos objetivos en la gestión de suelo²⁹, y aunque en general puede decirse que las sucesivas modificaciones operadas en la norma han servido para aclarar su ámbito de aplicación, es llamativo que algunas expresiones que ya planteaban dudas desde la LS07 se mantienen en el texto actualmente vigente, como la referencia a la «previa desafectación» o la exigencia de hacer constar en el título constitutivo las «limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público», sobre las que también haremos un comentario.

2. CONCEPTO

No existía, antes de la reforma de 2013, un concepto legal de complejo inmobiliario³⁰. La LPH lo contemplaba como una figura especial de propiedad horizontal, que surgió como respuesta a la necesidad de articular jurídicamente la construcción

²⁷ Al respecto puede consultarse, desde una perspectiva civil, GONZÁLEZ CARRASCO, M.^aC., «Modificación de la Ley de Propiedad Horizontal por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas». *Centro de Estudios de Consumo*, UCLM, 2013, disponible en <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/36.pdf>.

²⁸ Hay otra modificación, que sólo es menor en apariencia: la L3R sustituyó en el artículo 17.3 del TRLS08 (hoy 26.5 TRLSRU) la expresión «se podrá constituir» por «constituirá». El legislador reaccionaba así a algunos excesos de la DGRN, que parecía dispuesta a admitir sin ambages la propiedad volumétrica, completamente independiente de la propiedad del suelo. Véanse las Resoluciones de 24, 26 y 27 de febrero de 2007 (dictadas precisamente con ocasión de la negativa de una registradora a inscribir una escritura de cesión gratuita de un particular a favor de la Administración, reservándose el derecho de construir aparcamientos debajo del suelo cedido, y del que se reservaba el subsuelo como propio), criticadas por SORIA MARTÍNEZ, G., «La inscripción separada del suelo y del subsuelo y la nueva regulación de la Ley 8/2007, de Suelo Estatal, y su Texto Refundido aprobado por el Real Decreto-Ley 2/2008: Comentario a la doctrina de la DGRN en relación con el artículo 17 de las citadas leyes», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 79, 2008, pp. 2227-2236.

²⁹ Como se decía en la Exposición de Motivos de la Ley de 2007, ahora se «apuesta por la regeneración de la ciudad existente» y se «propone un modelo de ciudad compacta».

³⁰ La Carta Registral de Roma de 1982 lo definía como «aquella pluralidad de fincas ligadas por un punto de conexión que da lugar a relaciones entre las mismas, estando llamados a pertenecer a una pluralidad de personas». Por su parte, la STS de 27 de octubre de 2008 dice que el complejo inmobiliario se caracteriza «por la existencia de una pluralidad de inmuebles conectados entre sí, a través de elementos o servicios comunes, o de un régimen de limitaciones y deberes entre los mismos,



de urbanizaciones, singularmente turísticas, compuestas por edificaciones separadas pero que comparten instalaciones o servicios comunes (una piscina, por ejemplo). En términos sencillos puede decirse que es una agrupación de comunidades de propietarios³¹, de tal modo que cada uno de los elementos integrados en el complejo tendrá asignada no una, sino dos cuotas de participación: una en los elementos que son comunes sólo a su edificio, y otra en el total de elementos comunes del complejo. Ahora, el último inciso del artículo 26.6 TRLSRU lo define como «todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distinguen elementos privativos, sujetos a una titularidad exclusiva, y elementos comunes, cuya titularidad corresponda, con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privativos».

Como se puede observar, la definición es tan amplia que permite incluir en ella a una simple división horizontal. De ahí que el TRLSRU retocara el artículo 17.6 TRLS08, hoy 26.6, para aclarar que se refiere específicamente a los complejos inmobiliarios regulados en el artículo 24 LPH. Con ello quedan excluidas las divisiones horizontales simples, pero aún queda la duda de si la propiedad horizontal tumbada³², figura afín al complejo inmobiliario, cae dentro de su ámbito de aplicación. La DGRN parece dejar la decisión en manos de notarios y registradores, quienes deberán ponderar las concretas circunstancias del acto dispositivo para comprobar si del mismo resulta una parcelación del terreno³³ (en cuyo caso será preceptiva la licencia) o si por el contrario éste mantiene su unidad «jurídica y funcional»³⁴ como elemento necesariamente común³⁵.

Este criterio distintivo es coherente con la voluntad del legislador estatal de impedir las parcelaciones ilegales, pero el ejercicio de este control, aunque reforzado por la intervención de aquellos profesionales, se encomienda principalmente a las administraciones urbanísticas. Por ello, nos inclinamos aquí por considerar que la propiedad horizontal tumbada está también sometida a licencia, que es lo que parece desprenderse del artículo 26.4 TRLSRU³⁶ y lo que de hecho ya venía exigiendo la DGRN³⁷.

con vocación de pertenecer a una multiplicidad de titulares para la consecución y mantenimiento de intereses generales y particulares de los partícipes».

³¹ Aunque el artículo 24.2.a) de la LPH admite gestionar el complejo con una sola comunidad.

³² Aquellos supuestos en los que varias edificaciones independientes se construyen sobre suelo común a todas ellas.

³³ Res. DGRN de 21 de enero de 2014.

³⁴ Res. DGRN de 5 de noviembre de 2012.

³⁵ STS 1.ª de 18 de octubre de 2013, rec. 1506/2011.

³⁶ «La constitución de finca o fincas en régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario autoriza para considerar su superficie total como una sola parcela...». El segundo párrafo insiste: «El complejo inmobiliario podrá constituirse sobre una sola finca o sobre varias...». Ambas referencias, unidas a la amplia definición de complejo inmobiliario que da el 26.6, obligan a entender que el legislador pretende incluir también la propiedad horizontal tumbada.

³⁷ Las resoluciones de la DGRN de 10 de diciembre de 2003, 14 de junio de 2004 o 27 de enero de 2006 exigían licencia para la constitución de complejos inmobiliarios que estuvieran



3. CLASES: PRIVADO/URBANÍSTICO Y CONTINUO/DISCONTINUO

Aunque no se trasladaba al texto del TRLS08, el artículo 2.5 L3R distinguía entre complejos inmobiliarios privados y urbanísticos: complejo inmobiliario *privado* es el sujeto al régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria a que se refiere el artículo 17.6 del TRLS08 (ahora 26.6 TRLSRU), así como a los regímenes especiales de propiedad establecidos por el artículo 24 LPH, mientras que el complejo inmobiliario *urbanístico* es el integrado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 17.4 del TRLS08 (26.6 en el TRLSRU), por superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el vuelo, destinadas a la edificación o uso privado y al dominio público. El TRLSRU mantiene la distinción. Así pues, lo que convierte en urbanístico a un complejo inmobiliario es precisamente la superposición en la vertical del suelo de calificaciones urbanísticas públicas y privadas.

A su vez, los complejos inmobiliarios pueden ser continuos o discontinuos, en función de si los elementos construidos se ubican en una sola parcela o no. Así resulta del artículo 26.4 TRLSRU³⁸, trasunto actual del antiguo 17.3 TRLS08. En la primera versión del TRSLS08 sólo existía el primer párrafo, que contempla el problema más común: la construcción de un aparcamiento privado bajo suelos de dominio público. Una superposición de calificaciones sencilla, en la que sólo haya dos volúmenes edificables o dos titularidades distintas, que coinciden en sus linderos horizontales. Pero situaciones más complejas, como las expuestas en los ejemplos citados al principio, parecían quedar excluidas.

encauzando actuaciones urbanizadoras: «La formación de fincas que pasan a ser elementos privativos en un complejo inmobiliario en cuanto crea nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad ob rem otros elementos, que pueden ser también porciones de suelo como otras parcelas o viales, evidentemente ha de equipararse a una parcelación a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia [...]. Por el contrario, la propiedad horizontal propiamente tal, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca o derecho de vuelo que le sirve de soporte, no puede equipararse al supuesto anterior pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación, toda vez que no hay alteración de forma —la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas—, superficie o linderos».

³⁸ «4. La constitución de finca o fincas en régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario autoriza para considerar su superficie total como una sola parcela, siempre que dentro del perímetro de ésta no quede superficie alguna que, conforme a la ordenación territorial y urbanística aplicable, deba tener la condición de dominio público, ser de uso público o servir de soporte a las obras de urbanización o pueda computarse a los efectos del cumplimiento del deber legal a que se refiere la letra a del apartado 1 del artículo 18. El complejo inmobiliario podrá constituirse sobre una sola finca o sobre varias, sin necesidad de previa agrupación, siempre que sean colindantes entre sí o únicamente se hallen separadas por suelos que, de acuerdo con la ordenación territorial y urbanística, deban tener la condición de dominio público, ser de uso público, servir de soporte a las obras de urbanización, o ser computables a los efectos del cumplimiento del deber de entregar a la Administración el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención».



En efecto, un complejo inmobiliario formado por varios volúmenes edificables dentro de cuyo perímetro hubieran de localizarse usos dotacionales quedaba prohibido, ya que la obligación de segregar los suelos objeto de cesión, para su entrega posterior a la Administración, impedía considerar como una parcela al suelo común al complejo. Y sin embargo, con arreglo a la doctrina de la DGRN, el complejo inmobiliario puede ser discontinuo, e incluso puede estar constituido por propiedades horizontales edificadas sobre fincas distintas; basta que compartan elementos o incluso sólo servicios comunes. Estos supuestos parecían quedar fuera de la norma. Tal como estaba redactada, generaba una contradicción con la regulación de las actuaciones de regeneración urbana, que desde 2011 admitían la delimitación de ámbitos discontinuos³⁹. Así que la reforma de 2013 añadió el segundo párrafo del que ahora es el artículo 26.4 TRLSRU. Aunque la redacción es farragosa, su sentido es claro: el legislador no se opone a la constitución de complejos inmobiliarios verticales, ni tampoco a los discontinuos. Lo que no permite es que, en este último caso, se pueda considerar que el perímetro total del complejo constituye una *parcela*.

Para el planificador, esto supone que las parcelas en superficie no tienen por qué coincidir en sus linderos con las parcelas en el vuelo o subsuelo.

III. EL RÉGIMEN DE FORMACIÓN DE FINCAS DEL ART. 26 TRLSRU

1. PRESUPUESTOS

A) *Que exista ordenación*

Con arreglo al artículo 26.5 TRLSRU⁴⁰, el primer presupuesto para la constitución del complejo es que exista ordenación. Es la consecuencia lógica e ineludible de la declaración genérica del artículo 2.1, en relación con el 11.1 TRLSRU: la propiedad urbana (también la del subsuelo) es estatutaria, y no hay aprovechamiento sin plan.

Como quedó explicado, la figura está pensada sobre todo para encauzar actuaciones de renovación en suelo urbano, pero lo cierto es que una vez plasmada

³⁹ Artículo 18 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial y de simplificación administrativa. En el TRLSRU, artículo 24.1, segundo párrafo. Igual previsión encontramos en el Decreto autonómico 85/2015, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de renovación y modernización turística de Canarias.

⁴⁰ «5. Cuando los instrumentos de ordenación urbanística destinen superficies superpuestas, en la rasante y en el subsuelo o vuelo, a la edificación o uso privado y al dominio público se constituirá un complejo inmobiliario de carácter urbanístico en el que aquéllas y estas tendrán 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. Tales fincas podrán estar constituidas, tanto por edificaciones ya realizadas, como por suelos no edificados, siempre que su configuración física se ajuste al sistema parcelario previsto en el instrumento de ordenación».

la norma en negro sobre blanco, su literalidad resulta aplicable a otras situaciones. El legislador estatal habla de «instrumentos de ordenación», y ello obliga a entender que la superposición de fincas puede establecerse mediante cualquiera de los documentos previstos en el artículo 31 TRLOTENC.

En suelo urbanizable no ordenado, el Plan Parcial (siempre, claro está, que no contradiga las determinaciones básicas del PGO) podría incluir aprovechamientos subterráneos independientes y prever la constitución de complejos inmobiliarios urbanísticos. Como es lógico, deberán contemplarse en el correspondiente proyecto de equidistribución y ponderar su edificabilidad, usos e intensidad, del mismo modo en que se haría en la superficie.

¿Y en suelo rústico? Ciertamente el complejo inmobiliario es una propiedad horizontal, que por definición presupone el aprovechamiento edificatorio, y «el suelo rural carece de atribución de uso urbanístico o edificabilidad»⁴¹. Pero el 26.5 TRLSRU manda constituirlo cuando se superpongan parcelas destinadas a la edificación o al uso privado, con otras de dominio público, y el artículo 12, al tratar del contenido del derecho de propiedad del suelo en general (el artículo 13 especifica el contenido para el suelo en situación de rural y el 14, en situación de urbanizado), dice que comprende la facultad de disposición, «siempre que su ejercicio no infrinja el régimen de formación de fincas y parcelas y de relación entre ellas establecido en el artículo 26».

La clave está entonces en que el planeamiento atribuya aprovechamientos urbanísticos *independientes*⁴²; es decir, que dote al subsuelo o al vuelo de un contenido económico que permita su identificación como *finca* separada de la propiedad del suelo. Cobra así sentido la aclaración con la que empieza el artículo 26, que dedica su primer apartado a distinguir entre «parcela» y «finca», dando un concepto legal⁴³ de ésta que no existía en el derecho positivo anterior⁴⁴. En síntesis, parcela es el ámbito

⁴¹ Como apunta RUEDA PÉREZ, M.A. comentando el artículo 17 TRLS08 en GUTIÉRREZ COLOMINA, V. y CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, A., ob. cit., p. 633.

⁴² Esta distinción es la que llevó al Tribunal Supremo a distinguir entre aparcamientos (de uso público) y garajes (accesorios de la propiedad de una vivienda en superficie) en la sentencia de 22 de octubre de 1996, comentada por ARNAU ESTELLER, A.J., *Los aparcamientos en el subsuelo municipal urbano*, Iustel, Biblioteca de Derecho Municipal, 2007. Es práctica generalizada en los Planes, que algunas CC.AA. elevan a rango de ley, no computar como edificabilidad la construcción bajo rasante de garajes y trasteros vinculados a las viviendas construidas en superficie, u otras edificaciones destinadas a albergar instalaciones de servicio.

⁴³ «1. Constituye: a) Finca: la unidad de 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. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral. b) Parcela: la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o el subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso o sólo uso urbanístico independiente».

⁴⁴ En Derecho Civil, la definición tradicional de finca era la que daba ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, tomo II, Registro de la Propiedad, 5ª edición, Bosch, Barcelona, 1954, p. 63: «trozo de terreno, edificado o no, cerrado por una línea poligonal y perteneciente a un solo propietario o a varios en común», luego modernizado para adaptarlo a las realidades del tráfico como aquel «bien inmueble



físico sobre el que opera el planificador, y finca el bien susceptible de apropiación que resulta de la acción de éste, que puede dividirse o segregarse⁴⁵, pero «sólo si cada una de las fincas resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y a la ordenación territorial y urbanística» (apartado 2), y ello tanto si la división o segregación se produce en el mismo plano (parcelación, contemplada en el 26.3 TRLSRU), como en la dimensión vertical del suelo (constitución del complejo inmobiliario urbanístico, artículo 26.4 TRLSRU).

Es verdad que, de ordinario, esto no ocurre en suelo rústico, pero es una posibilidad que ni la ley estatal ni la autonómica canaria excluyen⁴⁶. En teoría, la previsión de superficies superpuestas con calificaciones distintas podría facilitar, por ejemplo, la ordenación de infraestructuras subterráneas de transporte o de distribución de energía eléctrica, o la explotación de yacimientos mineros arqueológicos de forma compatible con la protección de los valores medioambientales o paisajísticos del suelo. Pero el complejo inmobiliario no sirve en estos casos: en el primero, porque no es necesario —doctrina sobre el uso inocuo sobre el suelo ajeno⁴⁷—, y en el segundo, porque los derechos de explotación minera no pueden ser asimilados al aprovechamiento urbanístico⁴⁸.

B) *Que prevea titularidades distintas*

En segundo lugar, la constitución del complejo inmobiliario exige que las parcelas resultantes estén destinadas «a la edificación o uso privado y al dominio público». Por tanto, quedan descartados los supuestos en los que quieran superponerse dos o más planos, todos ellos destinados al dominio público aunque se destinen a

consistente en el espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con una titularidad unitaria y objeto de tráfico como unidad», según GARCÍA GARCÍA, J.M., «La finca como base del sistema inmobiliario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, 1994, p. 2437. Con el tiempo, la edificabilidad se convirtió en elemento clave del concepto. En este sentido, la Resolución de la DGRN de 30 de mayo de 2009.

⁴⁵ No es lo mismo: la división es la desaparición de una finca registral por su fraccionamiento en dos o más fincas nuevas. La original desaparece y se cancela su número en el registro. En la segregación, se separa parte de la finca original, que se redefine, para crear una nueva.

⁴⁶ Por ejemplo, en asentamientos rurales. Véase a este respecto VILLAR ROJAS, F.J., «La gestión urbanística del suelo rústico. Un régimen emergente», *Veinte años de derecho urbanístico canario*, ed. Montecorvo, 2007, pp. 777-802.

⁴⁷ La STS 3 de abril de 1984 estimó constitutiva de abuso del propio derecho la acción que interpuso el propietario de un suelo contra su colindante, que había realizado obras en el subsuelo que se extendían por debajo de la del demandante, por considerar que ello no le causaba ningún perjuicio patrimonial. Es esta mentalidad, y no la falsa idea de que el subsuelo sea dominio público, lo que permite construir líneas de metro sin que pueda decirse que invaden el derecho de propiedad de las fincas bajo las cuales discurren.

⁴⁸ STS de 19 de mayo de 2011 (RJ2011/4488), que anula el Plan Territorial Especial de Ordenación de los barrancos de Güímar.



usos distintos o se atribuyan a diferentes Administraciones⁴⁹. Y es lógico si, como acabamos de ver, el primer presupuesto es que existan aprovechamientos urbanísticos. Esto no significa que el planeamiento no pueda (o deba) contemplar tales situaciones, sólo que no se articularán mediante la figura del complejo inmobiliario. Si por el contrario se prevén usos superpuestos, pero todos de titularidad privada, no hay razón de interés público que impida a los propietarios del suelo o de los inmuebles a construir organizar sus relaciones como mejor tengan por conveniente. El complejo inmobiliario podrá constituirse, pero no será urbanístico, y estará sujeto a licencia por aplicación del artículo 26.6 TRLSRU.

En realidad, la titularidad pública o privada del aprovechamiento que sobrevuele o discorra bajo la parcela demanial es irrelevante. Lo que la norma pretende conciliar es la existencia de parcelas superpuestas *con regímenes jurídicos distintos*, el de la propiedad privada (o patrimonial de la Administración) y el del uso público, que también puede establecerse sobre fincas de titularidad privada⁵⁰.

C) ¿Que se proceda a la previa desafectación?

Se mantiene en el TRLSRU el requisito de la previa desafectación, que ya estaba en la LS07. Por las razones que quedaron expuestas, la desafectación será necesaria sólo si en el ámbito para el que se prevé la constitución del complejo inmobiliario existen ya parcelas de dominio público, y en todo caso su utilidad es relativa porque a) si fueron adquiridas mediante expropiación, la asignación de nuevos aprovechamientos dará lugar a la retasación (e incluso a la reversión en los supuestos recogidos en el artículo 47 TRSLRU y b) no exime de la obligación de enajenarlas mediante procedimientos de licitación pública⁵¹. En suelos urbanizables, no se precisa desafectación porque no existe aún dominio público.

⁴⁹ Da cuenta de algunos ejemplos GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, C., «Calificaciones superpuestas sobre y bajo rasante: Notas en torno al deslinde tridimensional de parcelas y su alcance práctico en el marco de la normativa estatal vigente», *Actum Inmobiliario & Urbanismo*, núm. 14, enero/febrero 2011: «Se puede apreciar la calificación urbanística de zona verde pública del suelo y en el subsuelo una calificación urbanística de dotacional privado, sobre la que se concede un derecho de superficie en el subsuelo, o aparcamientos privados o públicos de distinta titularidad, así como calificaciones del suelo en el nivel de cota urbana como dotacional de servicios colectivos, verde básico, espacios libres ajardinados, servicios infraestructurales o viario a cota urbana y en el nivel inferior al mismo, prever infraestructuras viarias o ferroviarias, o viales elevados u otras estructuras».

⁵⁰ En las declaraciones de obra nueva, el art. 28.4.a) TRLSRU ordena al registrador comprobar que el suelo no tiene carácter demanial *o está afectado por servidumbres de uso público general*.

⁵¹ El art. 77 TRLOTENC, a propósito de los patrimonios públicos de suelo, obliga a que su enajenación se formalice a través de los procedimientos contemplados en la legislación de contratos del sector público, que es más generosa porque excluye de su ámbito de aplicación a los «contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles», pero la remisión del TRLOTENC a «los procedimientos y su condición de *lex specialis*» obliga a interpretar que el legislador autonómico ha elegido expresamente sujetarse a los principios de publicidad y transparencia. El Anteproyecto de Ley de Suelo de Canarias (art. 300) tampoco hace



Lo que no caben son los atajos. No es admisible calificar como patrimonial el subsuelo de una parcela dotacional a ceder⁵². Si se distinguen usos en la superficie y en el subsuelo se están generando fincas (26.1 TRLSRU), que con arreglo al artículo 35 REGESPC son susceptibles de propiedad privada y deben ser objeto de adjudicación entre los propietarios afectados, los deberes de cesión obligatoria se limitan a lo expresamente previsto en el artículo 18.1 TRLSRU, que en relación con el 23.1 presume incluidos el vuelo o el subsuelo. Pero el Plan que prevé usos distintos en la superficie y en el subsuelo enerva esa presunción, al delimitar cuál es la extensión vertical del dominio necesario⁵³ para satisfacer las necesidades públicas y, por tanto, hasta dónde alcanzan aquellos deberes. Lo procedente en estos casos es constituir el complejo inmobiliario, pues es precisamente el supuesto de hecho contemplado en los apartados 4.º, segundo párrafo, y 5.º del artículo 26 TRLSRU.

Por último, en actuaciones de dotación, el artículo 18.2.b) TRLSRU permite sustituir el deber de cesión de parcela neta por la entrega de superficie edificada o edificabilidad no lucrativa dentro del complejo, pero sólo cuando lo primero sea «físicamente imposible».

D) *Que se establezcan las «limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público»*

El régimen jurídico del dominio público presenta a primera vista una importante incompatibilidad con el del complejo inmobiliario. Todos los elementos privativos integrados en éste están obligados a satisfacer los gastos de mantenimiento de los elementos comunes⁵⁴, mientras que cuando la Administración adquiere el pleno dominio de los suelos objeto de cesión, lo hace libre de cargas por imperativo legal (artículo 23.1 TRLSRU)⁵⁵. Desde el punto de vista técnico-hipotecario, la existencia

esta salvedad. Con todo, cabe plantearse si la desafectación del volumen subterráneo comprendido en una parcela de atribución privativa no convertiría a la Administración en copropietaria de la finca subterránea, haciendo surgir a favor de los propietarios del suelo y subsuelo contiguos el derecho de retracto de comuneros del art. 1.522 del Código Civil. En tal caso se activaría otra de las excepciones contempladas en la legislación de contratos del sector público que permite la adjudicación directa cuando se «efectúe a favor de quien ostente un derecho de adquisición preferente reconocido por disposición legal».

⁵² Como ocurre en algunos ámbitos del PGO de Puerto del Rosario, en Fuerteventura.

⁵³ O «dominio útil», que según la STS de 26 de marzo de 2001 se extiende verticalmente sólo en la medida en que le sea aprovechable al titular del derecho de propiedad. Comenta la noción GONZÁLEZ VARAS, S., *Urbanismo y Ordenación del Territorio*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 286.

⁵⁴ La STS 1842/2009, de 1 de abril de 2009, considera nulas las cláusulas estatutarias que persiguen exonerar a uno de los comuneros de la obligación de contribuir a los gastos comunes del complejo.

⁵⁵ Lo que obligaría a plantearse si la participación de un elemento privativo de carácter demanial en los gastos de mantenimiento de los elementos comunes constituye una carga contraria al principio de inalienabilidad. Nos inclinamos aquí por entender que no lo es; al fin y al cabo, existen multitud de oficinas públicas en locales integrados en edificios divididos horizontalmente, como se



de fincas independientes en el vuelo o el subsuelo son excepciones al principio de accesión, ya que habrán de referenciarse siempre en relación con el suelo. Por eso, lo ideal será constituir el complejo con carácter de discontinuo de tal modo que la parcela dotacional quede del todo independizada, cosa que no siempre será posible.

En el complejo inmobiliario vertical, donde la superposición de fincas se hace en la misma proyección de los linderos de la superficie, los nuevos aprovechamientos se asignan a un suelo que en superficie es de dominio público. Es en estos supuestos donde la previsión de las «limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público» cobra toda su importancia: el número de plantas de vuelo que comprende el uso público⁵⁶, el espesor de la capa de tierra que haya de separar la superficie de la edificación subterránea, el régimen de responsabilidad a que quedan sujetos los propietarios de las fincas superpuestas... Las circunstancias concurrentes en cada caso determinarán cuáles son las previsiones más apropiadas para cohonestar la inalienabilidad del demanio con la operatividad del régimen de funcionamiento del complejo. Ello incluye superar la confusión a la que abocaba la propia resolución de la DGRN de 5 de abril de 2002, cuando decía que «el suelo o forjado que separe los volúmenes sobre y bajo rasante es el mínimo común denominador de las entidades agrupadas en el complejo», porque tal afirmación supone confundir un simple punto físico de contacto (un lindero) con los elementos verdaderamente comunes (el suelo). El forjado no tiene por qué ser un elemento común, ni cabe considerarlo así en un complejo inmobiliario urbanístico. La separación entre superficies superpuestas deberá articularse con arreglo a las reglas de la medianería⁵⁷.

2. REQUISITOS: EL DEBER DE OBTENER LICENCIA. EXCEPCIONES

Será durante el procedimiento de concesión de la licencia cuando se controle la concurrencia de los anteriores presupuestos. Como quedó apuntado, la pretensión de controlar los efectos urbanísticos de la facultad de disposición (que ya antes

reconoce en la Circular 3/2015, de 22 de abril, de la Intervención General de la Administración del Estado. Sobre la diferencia entre «carga» y «afección», puede verse la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 18 de diciembre de 2012 (rec. 520/2012), cuyas afirmaciones son proyectables a este supuesto: la cuota de participación no supone un gravamen porque no limita el contenido económico del derecho, sino que lo delimita, al ser el inmueble sobre el que se proyecta inseparable del edificio en su conjunto.

⁵⁶ En la web del Ayuntamiento de Santa María de Guía se incluye como documento complementario a la revisión del PGO que se viene tramitando (aprobación iniciada publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia* núm. 145, de 14 de noviembre de 2012) un borrador de convenio que puede consultarse en <http://www.plangeneralguiagc.es>, por el cual los dueños del suelo cuya obtención se pretende se reservan y patrimonializan el vuelo a partir de la tercera planta de altura y también el subsuelo.

⁵⁷ Es la tesis de los «engalabernos» que defiende GOMÁ LANZÓN, I., «La propiedad tridimensional. Un ejemplo más de la creación notarial del Derecho», *Notario del siglo XXI. Revista online del Colegio Notarial de Madrid*, núm 27, sept/oct 2009.



enarbolaban las Comunidades Autónomas) se reforzó en 2011⁵⁸ con la introducción de la mención expresa a la licencia previa como «requisito indispensable para su inscripción» (artículo 26.6 TRLSRU). Con ello, no sólo se sometían a licencia los actos de división o segregación a los que se refiere el artículo 26.2, sino también la constitución de un complejo inmobiliario, discontinuo o no, urbanístico o privado⁵⁹.

Ahora bien, en suelos urbanizables (o urbanos si la cesión es conveniada o impuesta en el marco de una actuación de renovación urbana), carecía de sentido exigir una doble licencia, una para la constitución del complejo y otra para el proyecto de ejecución. Además, obligaba al interesado a otorgar dos escrituras separadas, con el consiguiente aumento de sus costes, que podían ser elevados. Resultaba absurdo: el control de legalidad se puede llevar a cabo en el mismo procedimiento de autorización de la actuación urbanizadora, o de concesión de la licencia de edificación. Por ello, con buen criterio, la L3R volvió a modificar el artículo, añadiéndole las dos excepciones que aparecen hoy en el TRLSRU. No será necesaria la autorización

- a) «cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquél» (porque ya se garantiza ahí que no se infrinjan las parcelaciones diseñadas en el planeamiento), y
- b) «cuando la modificación del complejo inmobiliario no provoque un incremento del número de sus elementos privativos», esto es, en los complejos inmobiliarios privados como regla general, pero también en los urbanísticos cuando se trate meramente de reconfigurar su estatuto jurídico.

En cuanto a la primera excepción, cabe observar que no es necesario que la licencia contemple el número máximo de elementos privativos del complejo; bastará con que contemple las *fincas* comprendidas en éste, que como puntualiza el último inciso del artículo 26.5 TRLSRU pueden ser edificaciones ya realizadas o simples volúmenes⁶⁰. Claro está, la modificación posterior para aflorar a la realidad

⁵⁸ El objetivo, según propia confesión del Gobierno-legislador, era «evitar la entrada en el Registro de la Propiedad de adquisiciones que no se corresponden con la normativa urbanística o con las licencias preceptivas y que podrían por tanto venderse a terceros sin adecuarse a la legislación urbanística».

⁵⁹ Criterio que luego ratificó la L3R, al modificar el artículo 10.3 LPH, para el que «requerirá autorización administrativa, en todo caso, la constitución y modificación del complejo inmobiliario a que se refiere el artículo 17.6» del TRLS08 (complejo inmobiliario privado, según la definición de la propia L3R en su artículo 2). La Res. DGRN de 21 de enero de 2014 entiende que la exigencia de licencia, como «requisito indispensable» para la inscripción, «se justifica por las múltiples implicaciones que pueden producir los complejos inmobiliarios y la necesidad de extremar su control administrativo y registral», salvo en las excepciones expresamente recogidas en el propio artículo.

⁶⁰ Que acceden al Registro mediante la constitución de derechos de vuelo, ex. art. 16.2 del Reglamento Hipotecario, cuya reforma de 1998 fue anulada por el TS por insuficiencia de rango. Al respecto puede consultarse DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I., «Breves consideraciones en torno al derecho



registrar cada uno de los elementos estará sujeta a licencia, salvo que proceda aplicar la segunda excepción⁶¹.

Ésta plantea además el problema de qué ocurre con la subdivisión de locales comerciales, o con la creación de nuevas plazas de aparcamiento. El 53 del Reglamento para la Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística (RD 1093/1997) autoriza para obviar una nueva licencia en estos casos, «salvo que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garaje constituye condición esencial de su concesión». Los principios de jerarquía y de ley posterior obligan a entender derogada esta norma porque el artículo 26.6 TRLSRU no hace esta distinción, pero sólo para los complejos inmobiliarios del artículo 24 LPH⁶².

Si, como se viene repitiendo, el sentido del control administrativo es verificar que no se producen parcelaciones contra Plan ni se adquieren aprovechamientos al margen del mismo, éstas serán las únicas causas posibles de denegación, sin que quepan consideraciones de oportunidad. El silencio es positivo, *a contrario sensu* del artículo 11.4 TRSLRU, a menos que se declare al mismo tiempo la obra nueva, que como acto de edificación requiere licencia expresa conforme al 11.3, y siempre como es lógico que aquellas causas efectivamente no concurren.

En supuestos de modificación y revisión de los planes, conceder la licencia a condición de que el Plan efectivamente llegue a aprobarse e inscribir el complejo con esa condición suspensiva parecería una solución menos restrictiva que simplemente denegarla. Lo cierto es que sin «finca» prevista en el Plan, cualesquiera negocios

de elevación y las modificaciones introducidas por el Reglamento Hipotecario de 1998. Análisis de la STS de 24 de febrero de 2000», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 659, 2000, pp. 2003-2032; y DIAZ FRAILE, J.M., «El derecho de vuelo en la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998. Estudio especial de su temporalidad tras la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 2001, pp. 301-324.

⁶¹ Conforme a las resoluciones de la DGRN de 28 de mayo y 17 de octubre de 2014, «la constitución o modificación de un conjunto inmobiliario al igual que los actos de división, agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, requerirán en todo caso la obtención de la correspondiente autorización administrativa, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación».

⁶² En este sentido, las resoluciones de la DGRN de 21 de febrero y 3 de octubre de 2014. En divisiones horizontales no integradas en un complejo, aún cabe defender la innecesariedad de la licencia para los supuestos del art. 53 RD 1093/1997, como hace la resolución DGRN de 17 de octubre de 2014. El Anteproyecto de Ley de Suelo de Canarias contempla expresamente la obligatoriedad de licencia del complejo inmobiliario (art. 330.1.h) pero exonera de ella a aquellas actuaciones en cuya tramitación «haya intervenido o podido intervenir la Administración competente, emitiendo su parecer sobre la adecuación de dichas actuaciones a la legalidad urbanística (art. 331.2.a)». En el caso de incremento de número de locales comerciales, esto puede ocurrir durante el procedimiento de otorgamiento de la licencia de actividad.



jurídicos que quieran articularse carecerán de objeto y por lo tanto su constitución estará viciada de nulidad⁶³.

IV. NOTA FINAL: LA PLANIFICACIÓN EN ALTURA, UN MANDATO DEL LEGISLADOR

Algún autor⁶⁴ ha criticado, por insuficiente, el régimen jurídico que acaba de describirse, pero es que el legislador estatal hace lo que puede con arreglo a sus competencias, que es delimitar el contenido y la extensión del derecho de propiedad. No puede prever y resolver todos los problemas que puedan darse en el uso del mismo, sino ofrecer un instrumento flexible que pueda acomodarse a las características particulares de cada caso, en función de las circunstancias morfológicas, técnicas, jurídicas o de cualquier otra índole presentes en el suelo de que se trate. Aplicarlo es tarea del planificador. Es cierto que desde el punto de vista teórico subsisten algunos interrogantes, como la discutida naturaleza jurídica del aprovechamiento urbanístico o si resulta constitucionalmente razonable que cesión obligatoria equivalga a pérdida de la propiedad. Pero estas dudas no traen causa de una supuesta deficiencia en la regulación del subsuelo, sino en la mutabilidad del régimen jurídico de la propiedad urbana, y en todo caso se resolverán con arreglo a los mismos criterios que operan en la superficie.

Por eso, aunque el legislador autonómico goza de cierto margen para perfeccionar el marco jurídico en el que habrá de operar el complejo inmobiliario urbanístico, su intervención no es realmente necesaria. El Anteproyecto de Ley de Suelo de Canarias apenas incluye unas pocas referencias que son reproducción de lo dispuesto en la ley estatal. Aunque hemos visto algunos intentos puntuales de hacer uso del complejo inmobiliario como técnica para la superposición de calificaciones, los problemas que pueden plantearse son atribuibles, más que a omisiones del legislador estatal o autonómico, a las dificultades técnicas, a la falta o desconocimiento de los instrumentos jurídicos apropiados, o simplemente a la inercia de décadas de planificación meramente superficial.

El nuevo régimen se propone precisamente cambiar esta inercia. El régimen de formación de fincas superpuestas del artículo 26 TRLSRU constituye una invitación a los planificadores para cumplir con su tarea de ordenar integralmente el *territorio*, concepto que abarca tanto la superficie como el subsuelo.

En conclusión: no sólo se puede planificar en altura, sino que se debe. La progresiva introducción de criterios de eficiencia en la ordenación del territorio, el principio del mínimo impacto de nuestra Ley de Directrices y la conveniencia de

⁶³ La STS de 10 de mayo de 1999 ya declaró nulas las reservas de vuelo establecidas por el promotor de viviendas, por vulnerar la protección de los derechos de consumidores y usuarios y la naturaleza del vuelo como elemento común.

⁶⁴ VÁZQUEZ MATILLA, F.J., «La insuficiencia de la regulación del subsuelo en la nueva Ley del Suelo», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 271, pp. 29-58.



anticiparse a las pretensiones de los particulares de consolidar aprovechamientos al margen del planeamiento ya eran un significativo aliciente para hacerlo. Ahora el mandato está explicitado en el artículo 22.5.a) TRLSRU, que exige que la memoria económica requerida en la ordenación y ejecución de actuaciones sobre el medio urbano, sean o no de transformación urbanística, contemple expresamente «la posible utilización del suelo, vuelo y subsuelo de forma diferenciada»⁶⁵.

Recibido: marzo 2016

Aceptado: mayo 2016



⁶⁵ Posibilidad que, en realidad, depende sólo de dos factores: la ambición del planificador y la viabilidad técnica y económica. En todo caso, las SSTs de 15 de julio de 1983 (RJ 1983/4060) y 16 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9054) expresamente permiten los usos subterráneos accesorios que no estén en pugna con las determinaciones establecidas para la superficie, exigiendo que para justificar la denegación se acredite el perjuicio al bien común protegido.

