



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2 A CORUÑA

SENTENCIA: 00611/2019

Recurso de Apelación nº 4360-2018

EN NOMBRE DEL REY

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados

D^a. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (Presidenta)

D^a. MARÍA AMALIA BOLAÑO PIÑEIRO

D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR

En la ciudad de A Coruña, a 3 de diciembre de 2019.

En el recurso de apelación que con el nº 4360/2018 pende de resolución en esta Sala, interpuesto por el Letrado de la Tesorería General de la Seguridad Social en nombre y representación de dicha Administración; contra la sentencia nº 69/2018, de 20 de julio de 2018, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Ourense, dictada en autos de PO nº 124/2017. Es parte apelada el Concello de Ourense, representado por el Procurador D. Jorge Bejerano Pérez y asistido de la Letrada D^a Gemma Tamargo Suárez; y D^a Cristina Rodríguez Martínez, representada por la Procuradora D^a Marta María Rey Fernández y asistida del Letrado D. Antonio Feijoo Miranda.

Es Ponente la Magistrada D^a MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el titular del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Ourense se dictó con fecha 20 de julio de 2018 sentencia en procedimiento ordinario nº 124/2017, con la siguiente parte dispositiva: *"Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la resolución de 6 de abril de 2017, de la Junta de Gobierno Local del Concello de Ourense, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la denegación de licencia de obra dictada por el Concello de Ourense, sobre el local sito en Plaza de San Antonio, licencia urbanística 3213/08.*

Las costas del Concello de Ourense serán satisfechas por la parte actora, señalándose como límite máximo de la condena en costas, por los honorarios de abogado, la suma de 500 euros".

SEGUNDO.- Por la representación de la Tesorería General de la Seguridad Social se interpuso recurso de apelación contra dicha resolución judicial, en el que se solicitó que se estime el recurso.

TERCERO.- El recurso fue admitido a trámite y se dio traslado a las demás partes, formulando oposición la representación del Ayuntamiento de Ourense, que interesa se desestime el recurso y se confirme íntegramente la resolución judicial recurrida, por ser conforme a Derecho.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, ante la que se personaron el Letrado de la Tesorería General de la Seguridad Social en nombre y representación de dicha Administración; el Concello de Ourense, representado por el Procurador D. Jorge Bejerano Pérez; y D^a Cristina Rodríguez Martínez, representada por la Procuradora D^a Marta María Rey Fernández; por providencia se declararon conclusas las actuaciones; y mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 28 de noviembre de 2019.

QUINTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.





FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en todo aquello en lo que no discrepen de los de la presente.

SEGUNDO.- *Fundamentación jurídica del recurso de apelación y de la oposición al mismo.*

La parte apelante, la Tesorería General de la Seguridad Social, sostiene que se ha producido una indebida interpretación del concepto de cosa juzgada, artículo 222 LEC, porque la sentencia apelada se basa en la fundamentación jurídica de la sentencia de este Tribunal de 26 de diciembre de 2008, que anulaba la Orden de 2003 de aprobación del PGOU de Ourense en cuanto que reconocía la titularidad privada del aparcamiento en el subsuelo del espacio público. Y defiende que sus objetos son distintos, no fue parte, y no se dan las tres identidades, además de que se refiere al aparcamiento y no al local de la TGSS que está parte en el suelo y parte en el subsuelo, y el uso del parking es privativo mientras que el de la TGSS es público.

Refiere que el concello deniega la licencia en base a dos sentencias del TSJG: la de 26 de diciembre de 2008, y la de 10 de junio de 2004 que anula la modificación del PGOU de 1986 en la zona 16 del SU 21. Esta segunda se declaró inejecutable por auto de 15 de enero de 2009 legalizándose la edificación realizada por la constructora hermanos Carrajo, de donde entiende deriva la validez de la licencia de apertura del parking.

Lo que pretende la apelante es la aplicación del PGOU de 1986, es suelo urbano consolidado y grafiado como equipamiento y servicios urbanos; y entiende que al anularse el plan de 2003, es de aplicación el de 1986.

En segundo lugar, la infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con los artículos 103 a 108 del TRLGSS, Real Decreto Legislativo 8/2015, y artículos 1, 2, 3, 6 y 7 del RD 1221/1992, y 4, 5 y 16 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas de 2003 y doctrina de los actos propios.



El objeto del recurso sobre que recae la sentencia apelada lo constituye resolución municipal por la que se deniega licencia de obras, porque la propiedad y uso del subsuelo no es de titularidad privada dado que las licencias de obra y de ocupación devinieron nulas al anularse el PGOU de 2003. Se parte de que debajo de la plaza pública no puede haber un aprovechamiento privado. Y defiende la parte apelante que el local para el que se solicitan la licencia de obra y de apertura es de titularidad de la TGSS, conforme a la escritura pública de compraventa de 24 de julio de 2003 e inscripción en el Registro de la Propiedad. Se trata de patrimonio que está afecto a sus fines públicos. La titularidad del local es de la TGSS. Es un bien patrimonial afecto a un servicio público. Y el destino que se le va a dar es público.

Y que el concello reconoce su titularidad sobre el local y de las plazas de aparcamiento que ha adquirido porque le gira el IBI, se le incoó expediente de disciplina urbanística por el mal estado del muro de cierre del local que está bajo la plaza, se le admitió la autoliquidación presentada con la solicitud de licencia de obras y se le advirtió de las deficiencias en el proyecto presentado.

En el informe de 31 de marzo de 2016 se indica que el subsuelo es de titularidad municipal pero la posesión la detentan particulares y la TGSS.

Por otra parte, refiere la defensa del concello demandado que conforme resulta del informe de la aparejadora municipal de 22 de noviembre de 2011, al anularse el PGOM de 2003, recobra su vigencia el PGOU de 1986, y considera que es una zona calificada como sistema general de equipamientos y de servicios urbanos, pero en la realidad es un espacio libre verde, por lo que la situación es de fuera de ordenación y no se puede otorgar la licencia de obra ni es compatible el uso solicitado.

Por sentencia de este Tribunal de 2001, firme en 2004, se anula la modificación puntual del PGOM de 1986, en cuanto que admitía la cesión del suelo para espacio libre pero solo con relación a la superficie y se reservaba el cedente la titularidad del subsuelo, y en la sentencia se considera que ese subsuelo es demanial municipal; mientras que la TGSS considera que el subsuelo es de su propiedad privada.





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

Bajo la vigencia del Plan de 2003, que no decía nada sobre la titularidad del suelo, se concedieron licencias, pero este plan se anuló en la parte que admitía la titularidad privada del subsuelo.

En el plan de 1986 se califica el suelo como sistema general de equipamientos y servicios urbanos, constituido por servicios urbanos. La Seguridad Social presta servicios sociales y asistenciales, gestiona los mismos, y lo que pretende construir es una oficina gestora. La realidad consolidada es que lo que existen son edificios residenciales y comerciales, como consecuencia de la anulación del Plan de 2003 y recobra la vigencia el de 1986. Se habían concedido licencias. Antes de anular las licencias se aprobó el plan de 2003 que vuelve a calificar el espacio como espacio libre sistema local permitiéndose la titularidad privada del subsuelo, que da lugar a una nueva sentencia de 26 de diciembre de 2008 que anula el plan de 2003 y se anula la titularidad privada del subsuelo.

Y considera que el concello no puede renunciar a la titularidad, artículo 47.7 de la LOUGA. Que el Plan, en contra de la ley, y cuya nulidad fue declarada por sentencia, se reservase la titularidad del subsuelo para el promotor que se la transmitió a terceros, no afecta a la demanialidad. Es Suelo de titularidad pública municipal y se remite al artículo 144.1 de la Ley 2/2016.

Antes de que por sentencia se declarara la titularidad pública, el plan de 1986 permitió que el promotor se quedara con el subsuelo, que transmitió a terceros, pero ello no afecta a la demanialidad municipal porque la titularidad privada se declaró nula por sentencia. Y que se inscribiera en el Registro de la Propiedad carece de relevancia porque se declaró nula esa modificación del plan de 1986 por sentencia y los bienes demaniales son imprescriptibles, inalienables e inembargables.

Finalmente y en todo caso, que el proyecto presenta defectos.

TERCERO.- Efecto de cosa juzgada de las sentencias dictadas por este Tribunal para la resolución del presente recurso.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 222 al regular la cosa juzgada material, dispone que



"1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.

3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.

...

4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal".

Ha de partirse de la doble vinculación que produce la cosa juzgada material, de una parte, negativa o excluyente, obligando al órgano judicial a declarar inadmisibile el proceso cuando advierte que el objeto de este coincide o es jurídicamente idéntico a lo resuelto en sentencia firme en un proceso anterior; y, de otra, positiva o prejudicial, por la que, si el segundo proceso es solo parcialmente idéntico a lo decidido en el primero, la decisión de aquel no podrá, sin embargo, contradecir lo definitivamente resuelto en este.

La doctrina del Tribunal Supremo sobre la vinculación positiva de la cosa juzgada, se encuentra sintetizada en la sentencia 1994/2017, de 18 de diciembre de 2017 (RC 4/2017) en la que se argumenta:

"Por su parte la sentencia de 10 de febrero de 2016 (rec. 197/2015), reproduciendo la de 18 de julio de 2012, recursos de casación nº 985 y 1106/2009, señala que: «... esta misma Sala del Tribunal Supremo ha declarado, entre otras, en sus Sentencias de fechas 10 de junio de 2000 (recurso de casación 919/1996, fundamento jurídico quinto), 29 de junio de 2002 (recurso de casación 1635/1998, fundamento jurídico segundo), 2 de diciembre de 2003 (recursos de casación 7365/1999, fundamento jurídico segundo y 8074/1999, fundamento jurídico segundo), y 17 de mayo de 2006 (recurso de casación 1530/2003,





fundamento jurídico tercero), que los principios de igualdad jurídica y de legalidad en materia procesal impiden desconocer o reabrir el análisis de lo ya resuelto por sentencia firme, efecto que no sólo se produciría con el desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro en supuestos en que concurren las identidades de la cosa juzgada, sino también cuando se elude lo resuelto por sentencia firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan una estrecha dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto de la cosa juzgada (Sentencias del Tribunal Constitucional 182/1994, 171/1991, 207/1989 ó 58/1988). No se trata, decíamos en aquellas sentencias, de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo ganado firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada que no puede desconocerse por otros órganos juzgadores ni reducir a la nada la propia eficacia de aquella. La intangibilidad de lo decidido en una resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos, es, pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial, tal como se consagra en el artículo 24.1 de la Constitución, de suerte que éste es también desconocido cuando aquella lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución judicial firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto. No estamos, por tanto, ante una controversia pasada en autoridad de cosa juzgada sino frente a un conflicto al que la jurisdicción ha dado una respuesta, que no cabe desconocer ahora, de modo que todas las razones y argumentos, ya expresados para solucionarlo, han de ser reproducidos en cuanto guarden relación con los esgrimidos en este recurso de casación».

La cosa juzgada material, en su vertiente positiva, supone que no puede decidirse en un proceso ulterior una cuestión litigiosa de manera distinta o contraria a como ya ha sido resuelto por sentencia firme en un pleito precedente. De manera que cabe en un nuevo pleito invocar cosa juzgada para que sirva de base o punto de partida a la sentencia que en este se dicte. Es decir, con la cosa juzgada, en esta vertiente positiva (o prejudicial), se crea una premisa que vincula a lo que se resuelva en un proceso judicial futuro. Para ello no es necesario que el pleito nuevo sea una



reproducción exacta de otro precedente, pues no se exige que la identidad se produzca respecto de todos los componentes de los dos procesos (art. 1255 Cc). Basta con que se produzca una declaración precedente que actúe como elemento condicionante y prejudicial de la resolución que ha de dictarse en el nuevo juicio.

Se aplica en este caso la cosa juzgada en su vertiente positiva o prejudicial, puesto que son pronunciamientos judiciales firmes e inatacables de este Tribunal, de 2004 y 2008, y en ellas se considera que la Plaza de San Antonio es pública en suelo y subsuelo. Son sentencias, además, que anulan disposiciones generales y producen efectos erga omnes, artículo 72.2 LJCA. Y es el causahabiente de quien fue parte en aquel recurso, artículo 222.3 LEC, puesto que le compró los locales, siendo indiferente del uso que se dé, público o privado, por lo que precisaría de concesión administrativa al ser un bien de dominio público municipal -o bien de acudir a la colaboración o contrato entre Administraciones-.

CUARTO.- Sobre la doctrina de los actos propios.

Sobre la doctrina de los actos propios, conforme a reiterada jurisprudencia del T.S., la aplicación de esta doctrina ha de ser prudente. Así, la St. T.S. 17 de mayo de 2013 (Rec. 441/2010), refiere lo siguiente: "...ha de ser cautelosa, pues como destaca la STS de 28 de julio de 2006 "Solo existe acto propio cuando concurre la expresión inequívoca de una voluntad de configurar de modo inalterable una relación o situación de derecho con eficacia frente a otras personas"...

Por su parte en la St. de 19 de octubre de 2017 (recurso 1980/2016) establece los presupuestos para su aplicación en los siguientes términos:

"En definitiva, los criterios y exigencias de la referida doctrina jurisprudencial pueden resumirse en los siguientes puntos:

a) El principio "venire contra factum proprium non valet", es concreción de varios principios jurídicos esenciales, como los de buena fe, seguridad jurídica y respeto a la confianza legítima. Una misma y única realidad no puede dar lugar, o no debería dar lugar, a respuestas contradictorias. Como se recogió en la sentencia antes citada, "La fuerza vinculante de





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

estos actos le viene dada por los principios de buena fe, de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica", pues las Administraciones públicas, todas sin excepción, deben ajustar su actuación a dicha vinculación (véase el artículo 3.1, párrafo segundo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, sin que después puedan alterarla de manera arbitraria, según reza el apartado II de la exposición de motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero, por la que se añadió ese segundo párrafo a la redacción inicial del precepto. Así lo hemos recordado recientemente en la sentencia de 22 de enero de 2013 (casación 470/11, FJ 7º)".

b) La Administración, como todo sujeto de derecho puede quedar obligada a observar hacia el futuro la conducta que ha seguido en actos anteriores, inequívocos y definidos, creando, definiendo, estableciendo, fijando, modificando o extinguiendo una determinada relación jurídica. Esos actos pueden ser expresos, mediante los que la voluntad se manifiesta explícitamente, presuntos, cuando funciona la ficción del silencio en los casos previstos por el legislador, o tácitos, en los que la declaración de voluntad se encuentra implícita en la actuación administrativa de que se trate (STS de 4 de noviembre de 2013, rec. de cas. 3262/2012).

c) El dato decisivo radica en que, cualquiera que fuere el modo en que se exteriorice, la voluntad, aparezca, inequívoca y definitiva, de manera que, dada la seguridad que debe presidir el tráfico jurídico (artículo 9.3 de la Constitución) y en aras del principio de buena fe, enderezado a proteger a quienes actuaron creyendo que tal era el criterio de la Administración, esta última queda constreñida a desenvolver la conducta que aquellos actos anteriores hacían prever, no pudiendo realizar otros que los contradigan, desmientan o rectifiquen."

Lo cierto es que no existe el reconocimiento por parte del concello de la titularidad de la TGSS por cuanto de las razones en que se basa la parte recurrente, algunas de ellas no son demostrativas de un reconocimiento o de una vulneración de los actos propios porque con relación a la licencia, con la solicitud ha de presentar la autoliquidación y de forma previa es lógico que se indiquen las deficiencias del proyecto. El recibo de IBI se gira a quien tiene a su nombre el inmueble en



el Catastro, y en todo caso y salvo que se haya producido la prescripción, podrá exigir la devolución de ingresos indebidos caso de que proceda. En todo caso lo que sí que detenta es la posesión y el uso, por lo que resulta lógica la necesidad de realizar determinadas obras que le fueron requeridas. Y en las sentencias a que se hará después referencia, ya se dice que no es propietaria.

QUINTO.- Fondo del recurso. Ausencia de titularidad a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social.

La parte apelante cita el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su artículo 103, al regular el patrimonio: "1. Las cuotas, bienes, derechos, acciones y recursos de cualquier otro género de la Seguridad Social constituyen un patrimonio único afecto a sus fines, distinto del patrimonio del Estado.

2. La regulación del patrimonio de la Seguridad Social se regirá por las disposiciones específicas contenidas en la presente ley, en sus normas de aplicación y desarrollo y, en lo no previsto en las mismas, por lo establecido en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas...".

En el artículo 104, regula la titularidad, adscripción, administración y custodia, disponiendo que "1. La titularidad del patrimonio único de la Seguridad Social corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social. Dicha titularidad, así como la adscripción, administración y custodia del referido patrimonio, se regirá por lo establecido en esta ley y demás disposiciones reglamentarias...".

En el artículo 105, también citado en el recurso de apelación, se regula la adquisición de bienes inmuebles; en el 106 su enajenación; y en el 107 el arrendamiento y cesión de bienes inmuebles.

El artículo 108, sobre la inembargabilidad establece que "Los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Seguridad Social son inembargables. Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos del patrimonio de la Seguridad Social, ni contra sus





rentas, frutos o productos del mismo, siendo de aplicación, en su caso, lo dispuesto sobre esta materia en los artículos 23, 24 y 25 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria”.



Por otra parte, el Real Decreto 1221/1992, de 9 de octubre, sobre el patrimonio de la Seguridad Social, en su artículo 1 que *“El patrimonio de la Seguridad Social se regirá por lo dispuesto en este Real Decreto y demás disposiciones complementarias y, en lo que en ellas no se halle previsto, se aplicará la legislación reguladora del Patrimonio del Estado, si bien las referencias que en la misma se efectúan al Ministro de Economía y Hacienda, Ministerio de Economía y Hacienda, Dirección General del Patrimonio del Estado, Delegación de Hacienda o unidades administrativas de los mismos se entenderán hechas, respectivamente, al Ministro de Trabajo y Seguridad Social, a la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social y a las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social o unidades administrativas de las mismas”.*

Y en el artículo 3: *“1. Los bienes, derechos y demás recursos del patrimonio de la Seguridad Social se titularán a nombre de la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos y condiciones que se establecen en este Real Decreto.*

2. La Tesorería General de la Seguridad Social promoverá la inscripción, a su nombre, de los bienes y derechos inscribibles del patrimonio de la Seguridad Social, en los correspondientes registros...”.

Y se recuerda su carácter inembargable en el artículo 6: *“1. Conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Seguridad Social son inembargables. Ningún Tribunal ni Autoridad Administrativa podrá dictar providencia de embargo, ni despachar mandamientos de ejecución contra los bienes y derechos del patrimonio de la Seguridad Social, ni contra las rentas, frutos o productos del mismo...”.* Correspondiendo, conforme a su artículo 7, a la Tesorería General de la Seguridad Social, bajo la dirección, vigilancia y tutela del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la adquisición, disposición y administración de los bienes, derechos y demás



recursos que integran el patrimonio de la Seguridad Social, sin perjuicio de las facultades que las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, los Servicios Comunes de la misma y las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social tienen atribuidas.

Mas lo cierto es que no se pone en duda que la TGSS puede ser titular de bienes de dominio público y de que son inembargables. De lo que aquí se trata es de si puede ser titular del subsuelo de una plaza pública, cuando por sentencia firme se ha anulado tal determinación del Plan.

Con respecto al dominio público, en general, dispone la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, dispone en su artículo 80, que "1. *Los bienes comunales y demás bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles y no están sujetos a tributo alguno.*

2. Los bienes patrimoniales se rigen por su legislación específica y, en su defecto, por las normas de Derecho privado".

Y el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, en el artículo 78, que "1. *Estarán sujetos a concesión administrativa:*

a) El uso privativo de bienes de dominio público.

b) El uso anormal de los mismos.

2. Las concesiones se otorgarán previa licitación, con arreglo a los artículos siguientes y a la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones locales".

Y respecto de los principios, en el artículo 132 de la CE dispone que "1. *La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.*

2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

3. *Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación*".

Por otra parte, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su artículo 4, *"Por razón del régimen jurídico al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones públicas pueden ser de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales"*.

Artículo 5: *"1. Son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales.*

2. Son bienes de dominio público estatal, en todo caso, los mencionados en el artículo 132.2 de la Constitución.

3. Los inmuebles de titularidad de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos constitucionales del Estado se considerarán, en todo caso, bienes de dominio público.

4. Los bienes y derechos de dominio público se regirán por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación y, a falta de normas especiales, por esta ley y las disposiciones que la desarrollen o complementen. Las normas generales del derecho administrativo y, en su defecto, las normas del derecho privado, se aplicarán como derecho supletorio".

Y en el artículo 16: *"Salvo disposición legal en contrario, los bienes y derechos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos se entienden adquiridos con el carácter de patrimoniales, sin perjuicio de su posterior afectación al uso general o al servicio público"*.

Ello a su vez ha de ser puesto en relación con la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, actualmente derogada pero de aplicación al caso, en cuyo artículo 47 dispone que *"7. Las cesiones de suelo obligatorias establecidas por la presente ley comprenderán el suelo, el subsuelo y el vuelo, sin*



perjuicio de lo dispuesto en el apartado 8 siguiente. En ningún caso podrá renunciar la administración a las cesiones correspondientes a las reservas mínimas de suelo para dotaciones públicas establecidas por la presente ley". Y en el artículo 213: "2. Las licencias u órdenes de ejecución que se otorgasen con infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes, espacios libres, dotaciones o equipamientos públicos previstos en el planeamiento serán nulas de pleno derecho. En estos casos, el conselleiro competente en materia de urbanismo requerirá al alcalde para que proceda según lo dispuesto en el artículo anterior".

Normativa que ha de ser puesta en relación con el carácter de dominio público del bien objeto de autos y con el contenido de las sentencias dictadas con anterioridad al respecto por este mismo órgano judicial. De forma que no se pone en duda que la satisfacción del interés general también le corresponde a la Administración apelante, pero es distinto del que persigue la Administración municipal, y que es el que se ha de tratar de conseguir, inicialmente, con sus bienes.

Así, del examen de las actuaciones resulta que la Tesorería General de la Seguridad Social solicitó el otorgamiento de licencia de obra sobre el local sito en la Plaza de San Antonio. La modificación puntual del plan fue anulada por sentencia de 24 de mayo de 2001 de este Tribunal confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2006. Se aprueba el PGOM de 2003 que también ha sido anulado. La sentencia de este Tribunal de 26 de diciembre de 2008 anulaba el Plan en la parte que admitía la titularidad privada del subsuelo. Y el PGOU de 1998 clasifica el suelo como urbano y como sistema general de equipamientos y servicios urbanos, y no dice nada sobre la titularidad del suelo. Se habían concedido licencias para el uso del suelo. Y sobre la titularidad pública del subsuelo de la Plaza se pronuncia la sentencia de este Tribunal de 10 de junio de 2004, confirmada por la del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2006, de forma que la titularidad privada sobre el subsuelo fue anulada. Y al margen de las previsiones del Plan, no puede privatizarse un bien de dominio público ni alterar su titularidad.

Existe además otro procedimiento, nº 182/2011, en que se discute sobre si la propiedad del subsuelo de la Plaza de San Antonio puede ser de titularidad privada, y la sentencia de 9





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZIA

de febrero de 2018 condena al Concello de Ourense a tramitar y resolver el procedimiento de revisión de oficio, sentencia que es firme pero que no se pronuncia sobre el fondo.

La STSJ, Contencioso sección 2 de 26 de diciembre de 2008 (ROJ: STSJ GAL 7830/2008-ECLI: ES: TSJGAL: 2008:7830) Sentencia: 1013/2008 Recurso: 5502/2003- Procedimiento Ordinario N° 5502/2003, cuyo objeto venía constituido por la Orden de 29-4-03 de la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Vivenda por la que se otorgó aprobación definitiva al Plan General de Ordenación Municipal de Ourense, y a los efectos que aquí interesan, dice: *"QUINTO: Respecto de la cesión y uso del subsuelo del espacio libre, el Ayuntamiento y las entidades codemandadas sostienen la procedencia de que el PGOM haya recogido las determinaciones de la modificación puntual de 1995 con un doble razonamiento: es posible la superposición de propiedades privadas y de dominio público, y la cesión de la superficie para espacio libre fue voluntaria y no obligatoria. Sobre estas cuestiones hay que reiterar lo que se dijo en la sentencia del recurso N° 5088/00 sobre que no importaba tanto si era posible un suelo de dominio público sobre un subsuelo de propiedad privada como si en una cesión obligatoria de suelo que iba a formar parte del dominio público, como es el destinado al sistema de espacios libres, podía el cedente reservarse el subsuelo como propiedad privada. Lo primero - propiedad privada bajo dominio público- se admite por la Dirección General de los Registros no sólo en la Resolución de 5-4-02 sino en las posteriores de 24-2-07, 26-2-07 y 27-2-07. El artículo 11.1.f) de la Ley 1/1997 preveía, sin otras concreciones, aparcamientos privados bajo el viario y los espacios libres públicos. El artículo 17.4 de la Ley estatal del Suelo (Ley 8/2007 y RDL 2/2008) contempla las superficies superpuestas de dominio público y uso privado. Pero lo que no cabe admitir es que la cesión fuese totalmente voluntaria. En el apartado 4 de la Memoria de la Modificación puntual de 1995 se decía que originaba un aumento del número de viviendas, calculado en 88, lo que suponía, a 3,5 habitantes por cada una, un incremento de la población de la zona de 308 personas, con la consiguiente necesidad de aumentar los espacios libres en 1.540 m²., cifra que se rebasaba ampliamente porque la modificación suponía que quedaban como espacios libres 2.789 m². Por ello la Memoria consideraba que se daba cumplimiento a*



lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley del Suelo de 1992 (equivalente al artículo 49.2 de la Ley del Suelo de 1976). El contenido de estos preceptos se reproduce en el artículo 94.3 de la Ley 9/2002, que se remite a su artículo 47. En la redacción originaria de esta Ley, que era la que estaba en vigor cuando se aprobó el PGOM litigioso, el número 7 del artículo 47 exigía que las cesiones obligatorias comprendieran tanto el suelo como el subsuelo y el vuelo; y si bien el apartado siguiente preveía la posibilidad de uso del subsuelo de espacios de dominio público por los propietarios del polígono, tal posibilidad se articulaba mediante la técnica de la concesión de dominio público, si bien sin necesidad de concurso. Es cierto que este número 8 fue modificado por la Ley 15/2004, y tras ella su párrafo segundo establece la posibilidad de que reglamentariamente se regule la utilización del subsuelo de los espacios públicos para aparcamientos privados; pero este texto no era el vigente cuando se dictó la Orden impugnada. Por ello el recurso tiene que ser acogido parcialmente y anulada la Orden recurrida en cuanto el PGOM admite en el ámbito litigioso la titularidad privada del aparcamiento situado en el subsuelo del espacio libre público, pues tal determinación es contraria a la indicada normativa aplicable". Por consecuencia, se estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden de 29-4-03 de la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Vivenda por la que se otorgó aprobación definitiva al Plan General de Ordenación Municipal de Ourense y se anula, por ser contraria a derecho, en cuanto dicho Plan admite en el ámbito que recoge la precedente modificación puntual de la antigua zona 16 del SU-21 del Plan de 1986, aprobada por acuerdo municipal de 10-11-95, la titularidad privada del aparcamiento situado en el subsuelo del espacio libre público.

Esta sentencia fue confirmada por la STS, Contencioso sección 5 del 10 de noviembre de 2011 (ROJ: STS 7137/2011-ECLI:ES:TS:2011:7137)Recurso: 1818/2009, en que se declara la pérdida de objeto del recurso de casación como consecuencia de la firmeza de sentencia que anuló el Plan General, privando así de objeto, de forma sobrevenida, a los recursos de casación pendientes, artículo 72.2 de la LJCA -en recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Ourense, la mercantil Construcciones Hermanos Carrajo, S.A., y la mercantil Parking Buenos Aires, S.A.-.





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

Por consecuencia de lo expuesto ha de compartirse, con la sentencia apelada, sobre el carácter público del subsuelo de la Plaza de San Antonio, sin que haya constancia de la existencia de un cambio normativo posterior, al igual que no existe concesión municipal para el uso del subsuelo, al margen de cómo haya adquirido la TGSS la propiedad o de su inscripción registral, y puesto que por sentencia de esta Sala y Sección ya se concluyó considerando que la cesión en su día acordada no puede ser del subsuelo por lo que es nula la reserva de titularidad del subsuelo en favor del promotor, incorporándose lo cedido al dominio municipal. Por consecuencia, no se puede otorgar la licencia solicitada.

Y en la STSJ, Contencioso sección 1 del 10 de junio de 2004 (ROJ: STSJ GAL 3547/2004 - ECLI: ES: TSJGAL: 2004:3547) Sentencia: 490/2004-Recurso: 5088/2000; contra los Acuerdos de 23-7-98, 27-5-99, 12-7-01, 25-10-01 y 31-1-02 del Ayuntamiento de Ourense por los que, respectivamente, se concedió a "Construcciones Hermanos Carrajo, S.A." licencia de construcción de edificios en Avenida de Buenos Aires-Camino Caneiro; se le autorizó la introducción de modificaciones en sus proyectos; se aprobaron nuevas reformas de los proyectos; se otorgó licencia de ocupación de los edificios, y se concedió a "Parking Buenos Aires, S.A." licencia de apertura de aparcamiento subterráneo. En la misma se dice, a los efectos que aquí interesan, que: *"SEXTO: Asimismo tiene que ser aceptado lo que se alega por la recurrente sobre lo que denomina infracciones de normas y procedimiento y afección ilegal sobre superficie cedida al dominio público. Como se explica en la Memoria de la modificación puntual, el teórico incremento de población derivado de la construcción de 88 viviendas determinaba la necesidad de ampliar los espacios libres en 1.540 m² (artículos 49.2 de la LSTR 1976 y 25.1.c) del RPU) Por ello al menos esa superficie tenía que ser objeto de cesión con el referido destino. No importa tanto si es posible un suelo de dominio público sobre un subsuelo de propiedad privada como si en una cesión obligatoria de suelo que va a formar parte del dominio público, como es el destinado al sistema de espacios libres, puede el cedente reservarse el subsuelo como propiedad privada. En cuanto a lo primero los demandados alegan que la doctrina y al Jurisprudencia lo admiten, aunque no citan ninguna concreta sentencia u opinión doctrinal que lo muestre, si bien la RDGRN*



de 5-4-2002 admite que se inscriba en el Registro de la Propiedad un subsuelo como bien patrimonial bajo un suelo de dominio público, ambos de titularidad municipal. Respecto de lo segundo cabe decir que la sentencia de 16-1-97 de esta Sala, cuya copia se acompañó a la primera demanda, fue confirmada por la de 12-11- 2001 del Tribunal Supremo; y la STS de 30-11-2002 dice lo siguiente: "Conforme a lo dispuesto en el artículo 47.1 del Reglamento de Gestión Urbanística, de 25 de agosto 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 llegó a la conclusión -con doctrina que confirmamos en el presente caso- de que el subsuelo de un terreno cedido con destino a calle de uso público forma parte del dominio público local, con la obvia consecuencia de que cualquier intervención privada que implique su uso privativo está sujeta necesariamente a concesión administrativa, conforme al artículo 78 del RBEL". En consecuencia también tiene que ser considerada contraria a derecho la modificación puntual en cuanto admite que la cesión obligatoria de suelo para espacio libre se haga exclusivamente en cuanto a su superficie y reservándose el cedente la titularidad del subsuelo".

Por consecuencia se estimó el recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos de otorgamiento de las licencias y contra la aprobación de la modificación del PGOU en la Zona 16 del SU-21, acordando la demolición de lo construido a su amparo.

Por otra parte, el auto de 15 de enero de 2009 que estima el incidente de inejecución no convalida ni permite el otorgamiento de licencias urbanísticas relativas al subsuelo público sin la previa y preceptiva concesión demanial y no produce efectos de cosa juzgada porque no se examina la legalidad de las licencias dado que ello excede del contenido de un incidente de ejecución.

Con respecto a las referencias a la normativa hipotecaria, el Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la redacción oficial de la Ley Hipotecaria -actualmente derogada-, dispone en su artículo 34 que "El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente". Pero que se inscribiera en el Registro de la Propiedad carece de relevancia porque se declaró nula esa modificación del plan de 1986 por sentencia y los bienes demaniales son imprescriptibles, inalienables e inembargables, de manera que las consecuencias del artículo 34 de la LH no son aplicables frente a la irrenunciable e imprescriptible demanialidad - artículo 132 CE-.

Finalmente, del informe técnico municipal, folio 165 del expediente administrativo, resulta lo siguiente: con la aplicación de la normativa del PGOM de 1986, el local objeto del proyecto se ubicaría en la zona 10 del sector urbano 21, en el cual se grafía la zona denominada en la actualidad Plaza de San Antonio como suelo del sistema general de equipamientos y servicios urbanos. Y en la actualidad, la realidad física existente y consolidada no se corresponde con dicha clasificación, por lo cual es una clara situación de fuera de ordenación, por lo que no sería factible el otorgamiento de la licencia de obra y no sería compatible el uso solicitado.

En el informe del folio 167 se aclara lo siguiente: el PGOM de 2003 fue declarado nulo por sentencia de 17 de abril de 2008. Como consecuencia de la nulidad, recobra vigencia el PGOM de 1986. Y se vuelven a informar todos los expedientes en trámite. El PGOU clasifica el suelo como urbano y lo califica como equipamiento y servicios urbanos.

Y a modo de resumen de lo hasta aquí expuesto, en el informe del folio 168, se comienza haciendo referencia a la firma del convenio en 1994, entre la Congregación propietaria del suelo y el concello, que se compromete a aprobar una modificación puntual del PGOM de 1986 y la Congregación a la ejecución de las obras que se cederían al dominio público. Se aprueba la modificación, se recalifica el suelo y queda con uso



residencial, comercial y con un espacio libre público que había de ser objeto de cesión obligatoria (la Plaza de San Antonio), a excepción del subsuelo que se lo reservaba el promotor y se destina a garaje-aparcamiento y a uso comercial.

La modificación fue anulada por la sentencia de este Tribunal antes referida y se confirma en casación, al considerar que la modificación puntual era contraria a derecho en cuanto admitía que la cesión obligatoria del suelo para espacio libre se hiciera exclusivamente en cuanto a la superficie pero reservándose el cedente la titularidad del subsuelo. Se aprueba el plan de 2003, hoy anulado también, que califica la zona como residencial y comercial y califica el espacio como espacio libre sistema local sin hacer referencia a la titularidad del suelo. Se conceden licencias, antes de las referidas sentencias, y se plantea incidente de inejecución, en base a que por la nueva normativa se han concedido licencias, antes de que por sentencia se anularan las licencias dictadas al amparo de la modificación nula del PGOM de 1986.

En el recurso contra el PGOM de 2003, uno de los motivos es que admite la titularidad privada del subsuelo bajo el espacio libre verde, habiéndose anulado el plan en la parte en que admitía la titularidad privada del subsuelo, al entender que la cesión no fue voluntaria, y se anula la titularidad privada del subsuelo, por ser contraria al artículo 47.7 de la LOUGA conforme al cual las cesiones obligatorias comprenden tanto el suelo como el subsuelo y el vuelo, y que en el caso del parking que ocupa la mitad del subsuelo de la plaza, ha de acudir necesariamente a la concesión administrativa - artículo 78 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales-

Y el informe de la aparejadora municipal de 22 de noviembre de 2011 considera que en el proyecto se pretende el otorgamiento de licencia en una zona calificada como sistema general de equipamientos y servicios urbanos y que la realidad física existente y consolidada (espacio libre verde) no se corresponde con dicha calificación por lo que estaríamos ante un fuera de ordenación, de forma que no se puede otorgar la licencia de obra ni es compatible el uso solicitado.





Ha de compartirse, con el informe del Departamento de licencias del Concello de Ourense, que no se puede renunciar a un bien de dominio público, se puede recuperar su posesión y el subsuelo de la Plaza de san Antonio, junto con el suelo y el vuelo, es un bien de naturaleza demanial municipal y una vez recuperado, su utilización privativa tiene que autorizarse por cualquiera de las vías que establece la legislación de patrimonio de las Administraciones públicas, y la falta de autorización o concesión, en los bienes demaniales, impide la obtención de licencia -artículo 196.1 de la LOUGA-.

De esta forma y conforme dispone la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del Suelo de Galicia, actualmente vigente, en su artículo 144: "1. Cuando los actos de edificación y uso del suelo y del subsuelo fueran realizados en terrenos de dominio público, se exigirán las autorizaciones o concesiones preceptivas previas por parte del titular del dominio público. La falta de estas o su denegación impedirá al órgano competente otorgar la licencia y al particular obtener el título habilitante.

...".

Por consecuencia de lo expuesto, procede la desestimación del recurso de apelación.

SEXTO.- Costas procesales.

Con imposición de las costas del recurso de apelación a quien lo interpuso al ser desestimado (artículo 139 de la LJCA), por el importe total de 1.000 euros por todos los conceptos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Letrado de la Tesorería General de la Seguridad Social en nombre y representación de dicha Administración; contra la sentencia nº 69/2018, de 20 de julio de 2018, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Ourense, dictada en autos de PO nº 124/2017.



2) Hacer imposición del pago de las costas procesales a la parte apelante dentro del límite establecido en la fundamentación jurídica de la presente resolución.

Contra esta sentencia cabe interponer, bien ante el Tribunal Supremo, bien ante la correspondiente Sección de esta Sala, el recurso de casación previsto en el artículo 86 de la Ley jurisdiccional, que habrá de prepararse mediante escrito a presentar en esta Sala en el plazo de treinta días y cumpliendo los requisitos indicados en el artículo 89.2 de dicha ley.

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, junto con certificación y comunicación, una vez firme esta sentencia.

Así se acuerda y firma.

