

Algunas reflexiones sobre las cuestiones básicas del régimen jurídico del subsuelo

Luciano PAREJO ALFONSO

Cat. Derecho Administrativo, Univ. Carlos III de Madrid (*)

RESUMEN: Sin perjuicio de su adaptación a las profundas transformaciones económico-sociales en lo que va de siglo, el entero edificio jurídico-civil sigue pivotando, en lo fundamental, sobre los pilares asentados en la época de la codificación sobre la base del modelo francés. Por lo que hace a la propiedad del suelo, aunque el proceso de publicación ha inducido su decantación en propiedad-función al hilo mismo de la legislación administrativa culminada con la urbanística, precisando los límites del contenido del derecho en la dimensión horizontal y en la vertical –el vuelo– tradicionalmente asociada a ella, no sucede otro tanto en la dimensión también vertical representada por el subsuelo. Hoy, los progresos en la construcción posibilitan un aprovechamiento normal de éste hasta hace poco desconocido, haciendo relevante la cuestión de hasta donde llegan las facultades del propietario de la superficie. Partiendo de la situación actual, en este trabajo se ensaya la búsqueda de una solución a la altura de las exigencias del tiempo actual. Con apoyo en los avances que ya se han producido en la doctrina constitucional y científica, se sostiene que la ordenación territorial y urbanística constituye hoy el *locus* de la delimitación positiva última, en todas las dimensiones, del poder dominical sobre el suelo, con la consecuencia de resultar ser de dominio público el subsuelo no sujeto a éste.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL SISTEMA JURÍDICO-CIVIL Y LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PRIVADO, DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Es evidente, dada su naturaleza cultural y su condición de mecanismo de ordenación social, la historicidad del Derecho. Las instituciones jurídicas surgen en función de y responden a necesidades sociales, por lo que la

evolución de éstas forzosamente arrastra la de aquellas. Debemos a un gran iuspublicista, León DUGUIT (1911) (1), una temprana exposición, lúcida y global, de las profundas mutaciones inducidas por el progreso de las sociedades occidentales, con resultado de su cuestionamiento, en el prodigioso sistema jurídico (Derecho privado) articulado en la Europa continental a lo largo del s. XIX bajo la poderosa influencia del modelo francés, cuajado en la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* de 1789 y el Código civil de Napoleón de 1804; mutaciones hoy calificables globalmente como «publicación»

(*) Este artículo es la ponencia presentada por el autor al Seminario sobre «La ordenación y gestión urbanística del subsuelo», organizado por el Centre de Política de Sol i Valoracions, ETSA-UPB, Barcelona, celebrado el 21

febrero 1994. Se agradece al CPSV la oportunidad de publicarlo aquí [recibido el 12-01-96].

(1) Se trata de las conferencias pronunciadas por el autor, en calidad de curso breve y a invitación de la Facultad de Derecho, en Buenos Aires durante los meses de agosto y septiembre de 1911.

del Derecho privado (2) y que realmente se han verificado sustancialmente en la realidad, sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial. Se trata de una transformación profunda y general del sistema jurídico en su conjunto, que sólo superficialmente puede entenderse hoy completamente en entredicho desde el resurgimiento experimentado –al calor de la llamada crisis del Estado social y del bienestar y de las políticas en boga de la «privatización» y la «desregulación»– por la perspectiva jurídica individualista o subjetivista del Derecho. Sea como fuere, la exposición de L. DUGUIT continua siendo sumamente útil, como inmediatamente se comprobará, para abordar e intentar resolver, en la actualidad, la cuestión de la propiedad privada y el subsuelo.

Para el autor citado, el sistema surgido de la Declaración de 1789 y el Código de 1804 (y por extensión, podemos decir nosotros, nuestro propio sistema jurídico-civil) descansa en los cuatro elementos esenciales siguientes:

1) **La libertad individual**, que se concibe como un derecho subjetivo del hombre que vive en sociedad. Es el derecho de obrar, de desarrollar sin trabas la propia actividad física, intelectual y moral, frente al que el Estado nada puede hacer que lo lesione, siéndole posible intervenir únicamente en la medida en que sea necesario para garantizar y proteger la libertad de los demás.

Esta específica concepción de la libertad presupone y descansa sobre la noción de derecho subjetivo (3), entendido como poder que corresponde a una voluntad de imponerse como tal a una o varias otras voluntades, cuando quiere una cosa que no está prohibida por la Ley (4). Y la noción de derecho subjetivo permite, a su vez, una construcción «subjetiva» del orden jurídico como constelación de derechos subjetivos de las personas privadas y también del Estado.

Por tanto y en todo caso, con dicha noción de derecho subjetivo se corresponde una concepción «individualista» de la sociedad y del Derecho objetivo, es decir, del Derecho imponiéndose como regla de conducta a los individuos y a la colectividad organizada o

Estado. El individualismo, que cuenta con una larga tradición comenzada con la filosofía estoica, encuentra una formulación jurídica precisa en el Derecho romano clásico y alcanza una formulación también jurídica completa y definitiva en el s. XVIII, puede resumirse en las siguientes notas:

a) el hombre es, por naturaleza libre y titular de derechos inalienables;

b) su integración, libre y consciente en sociedad, tiene por fin asegurar justamente la protección de aquellos derechos con el mínimo coste (la mínima restricción o limitación posible);

c) la colectividad, es decir, el Estado no tiene, pues, otro fin que el de la protección de los repetidos derechos individuales, por lo que sólo puede restringirlos o limitarlos cuando ello sea necesario a tal fin; y

d) el Derecho objetivo encuentra su fundamento, por tanto, en la protección de los derechos subjetivos de cada uno, prohibiendo al Estado su lesión e imponiendo a cada uno la obligación de respeto a los derechos de los demás.

De ahí que el artículo 4 de la Declaración de 1789 determine que la libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro, de suerte que el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos, no pudiendo tales límites ser determinados más que por Ley.

Debe reseñarse aquí que DUGUIT entiende que esta concepción de la libertad es tan metafísica como la misma noción de derecho subjetivo; y ello por la misma vinculación y, por tanto, dependencia de aquélla respecto de ésta (que él califica, como nos consta, de metafísica), pero, además, porque es en sí misma insostenible. La idea del hombre natural, independiente y aislado, previo a la sociedad, es extraña a realidad, pura ficción. El hombre es un ser social, por lo que toda otra concepción supone una *contradictio in adjectio*, ya que todo derecho implica, por definición, la relación entre dos sujetos. El hombre aislado (Robinson) no puede tener,

(2) El propio L. DUGUIT (1911) habla más bien de triunfo de una concepción «positivista» o «realista» (frente a la «metafísica», que está en la base de la codificación), determinante de un signo «socialista» (empleado este concepto sin connotación política alguna) y, por tanto, de un cambio en sentido «socializador» del sistema jurídico.

(3) Que L. DUGUIT (1911: 15-20) critica, calificándola de «metafísica», aspecto que aquí ahora no interesa.

(4) De ahí que la libertad pueda entonces construirse como un derecho, es decir, como un poder de imponer a otro el respeto a mi voluntad de desarrollar libremente mi actividad física, intelectual y moral.

pues, derechos. Hablar de derechos individuales anteriores a la sociedad es, pues, hablar de la nada.

2) La autonomía de la voluntad y la personalidad (y la capacidad) jurídicas correspondientes a un sujeto de Derecho.

La libertad, en efecto, se concibe como algo más que lo ya expuesto, precisamente como un derecho de querer jurídicamente, un derecho de poder, por acto de voluntad y bajo ciertas condiciones, crear una situación jurídica. Lo que lleva de la mano a la autonomía de la voluntad, que no es otra cosa que un elemento de la libertad. Es la misma libertad jurídica, en tanto que poder de querer jurídicamente y, por ello, derecho a que ese querer sea socialmente protegido.

Consecuentemente, la autonomía presupone el sujeto de Derecho, es decir, la persona, entendida como titular de derechos subjetivos. Pero como el derecho subjetivo es un poder de querer, la persona o sujeto de Derecho debe ser forzosamente un ser o ente dotado de voluntad, lo cual plantea toda la problemática de la explicación y construcción de las personas colectivas o jurídicas y, en particular, las públicas (nada pacífica hasta nuestros mismos días).

El sujeto de Derecho ha de tener, por tanto, una voluntad autónoma, es decir, libre (en el ámbito de su capacidad de obrar). Por acto de su voluntad le cabe, consecuentemente, alterar su esfera jurídica. Realiza entonces un acto jurídico (acto protegido por el Derecho en la medida en que tenga un objeto no prohibido por la Ley), cuyo efecto consiste en la disminución de la esfera de un sujeto y la ampliación de la de otro. De ahí la importancia en el sistema civil considerado del contrato.

3) El *contrato*, por tanto, como acto jurídico por excelencia, determinante de la relación jurídica entre dos o más sujetos de Derecho.

4) El *principio de responsabilidad por culpa*, como consecuencia lógica de todo lo anterior.

5) El *principio de la inviolabilidad del derecho de propiedad*, entendido, en cuanto derecho subjetivo, como «poder de imponer a otro el respeto a mi voluntad de usar como me parezca de las cosas que posea a título de propietario».

Aun cuando este principio aparece en la exposición de DUGUIT lógicamente ligado a la libertad y la autonomía de la voluntad, se enumera aquí en último lugar, por centrar

justamente nuestro interés. Porque, en efecto, esa vinculación luce claramente en los artículos 1 y 2 de la Declaración de 1789, cuando señalan que los hombres nacen y se mantienen libres e iguales en derechos y que esos derechos son la libertad y la propiedad, añadiendo luego el artículo 17 de la misma Declaración que éste último es inviolable y sagrado.

La propiedad es una institución jurídica que, como todas las instituciones de este tipo, ha surgido para la satisfacción de determinadas necesidades sociales. La cuestión es, así, la de la necesidad a la que responde específicamente la propiedad. Se trata de la de afectar ciertas riquezas a fines individuales o colectivos determinados y, por tanto, de garantizar esa afectación. Para ello:

a) todo acto que sea conforme a tales fines debe ser protegido, y

b) todo acto contrario a los mismos debe ser reprimido socialmente.

La propiedad sirve a este doble resultado.

La codificación decimonónica regula la propiedad sobre las cuatro bases siguientes:

a) La legalización de las situaciones existentes, que no se cuestionan y se declaran intangibles para el futuro.

b) Conforme a la filosofía individualista que la inspira, la atención exclusiva al fin individual, de suerte que la propiedad queda determinada como «...el complemento y algo así como la condición misma de la libertad, de la autonomía individual».

c) El entendimiento, en efecto, de la propiedad como único medio para otorgar al poseedor de una cosa un derecho subjetivo absoluto por su duración, sus efectos, su objeto (la cosa apropiada) y el sujeto pasivo (todos los individuos distintos del poseedor). En otras palabras, la adopción de la construcción del *dominium* romano.

d) La exclusividad del derecho, manifestación clara de la autonomía de la voluntad humana, de la soberanía del individuo, al igual que el poder legislativo se construye como la manifestación por excelencia de la soberanía del Estado. Ello significa que *dominium* e *imperium* tienen el mismo origen y se desarrollan a la par.

Para DUGUIT la consecuencia más grave de esta construcción radica en que si el propietario tiene derecho a usar, gozar y disponer de la cosa, debe tener igualmente el derecho de no usar, no gozar y no disponer, es decir, de realizar un ejercicio antisocial o, por

lo menos, asocial del derecho, que, en cuanto absoluto, debe ser respetado por el Estado, el cual sólo puede imponerle restricciones externas por razón de policía.

Ocurre, sin embargo, que la institución de la propiedad privada, como todas, está sujeta a la evolución de las necesidades económico-sociales. En nuestras sociedades modernas, las necesidades a que responde la propiedad han experimentado una profunda transformación, determinada por el incremento de las exigencias derivadas de la interdependencia social, con la consecuencia inevitable —por lo que respecta a la que cabría denominar como la propiedad capitalista, no así a la conceptuable como propiedad de uso o consumo individuales— de una «socialización» (5) de la propiedad, conducente a la superación del estadio de la «propiedad-especulación» y la instauración del propio de la «propiedad-función». Esta mutación tiene dos consecuencias: a) la propiedad deja de ser un derecho del individuo para convertirse en una función social; y b) los casos de afectación de riqueza a colectividades, que deben ser jurídicamente protegidos, resultan ser cada vez más numerosos.

Las causas de la quiebra del modelo civil «codificado» de la propiedad residen justamente, de un lado, en la concepción del derecho dominical como derecho subjetivo, lo que transmite a aquél los inconvenientes propios de este concepto (6); y, de otro, en la restricción de la protección jurídica a los fines individuales, considerados erróneamente suficientes (no cubren, por ejemplo, los supuestos de propiedad para fines colectivos, lo que DUGUIT denomina «propiedad-afecta»).

La interdependencia social implica hoy que la propiedad sea, para el poseedor de una riqueza determinada, un deber de orden objetivo de emplear aquélla en mantener y aumentar la cohesión social. Por el mismo hecho de poseer tal riqueza, sólo él puede, en efecto, cumplir la específica función propia del bien y necesaria a la sociedad. Está pues obligado a realizar esa función y no está protegido socialmente más que si la cumple y en la medida en que la cumpla. La propiedad

es, así, no tanto un simple derecho subjetivo, cuanto más bien una función social (un derecho-deber). Esta perspectiva proporciona una base adecuada para la fácil explicación de las soluciones legales y jurisprudenciales y de ella resultan dos proposiciones fundamentales:

a) el propietario tiene el deber y, por tanto, el poder de emplear la cosa que posee en la satisfacción de las necesidades individuales; y

b) el propietario tiene el deber y, por tanto, el poder, de emplear la cosa que posee en la satisfacción de necesidades comunes.

Quiere esto decir que sólo los actos que, siendo de utilidad individual, lo son también social y gozan, por tanto, de protección jurídica, quedan verdaderamente cubiertos por la propiedad.

Esta conclusión se aparta abiertamente de la construcción tradicional, basada en el carácter absoluto de la propiedad y, por tanto, en la cobertura por ésta de cualesquiera actos del propietario, con la sola excepción de los que produzcan daño a tercero. Para DUGUIT esta salvedad (destinada a salvar la contradicción con la realidad del sedicente carácter absoluto de la propiedad) es pura logomaquia, pues si existe obligación de resarcimiento del daño es sólo porque éste está prohibido (pues exige culpa y ésta implica infracción de la Ley). Con cita de jurisprudencia que, remontándose incluso a mediados del s. XIX, requiere para la validez de los actos del propietario un ejercicio basado en un «interés serio y legítimo», una «utilidad propia verdadera» o un «objeto consistente», señala cómo los civilistas han debido reconocer la paradoja de un derecho absoluto con limitaciones; paso éste que en absoluto logra solventar las dificultades, pues si la propiedad sólo estuviera afectada por limitaciones, bastaría con la imposición al propietario del deber de abstenerse de ciertos actos. Pero es así que, en la realidad, se imponen al propietario, además, deberes u obligaciones positivos, cuyo incumplimiento da lugar a responsabilidad.

De ahí un nuevo e ingenioso paso, que, por demás, vuelve a revelar el paralelismo entre

(5) Importa precisar que con la «socialización» de la propiedad DUGUIT no pretende decir que la propiedad se ha colectivizado o que debiera colectivizarse. El mismo indica que nunca ha escrito que la situación económica que representa la propiedad haya desaparecido o que deba desaparecer; antes al contrario, se manifiesta partidario de la propiedad privada. Su única

pretensión es llamar la atención sobre el cambio de la noción jurídica sobre la cual descansaba su protección jurídica, sosteniendo que, en su nuevo concepto, ve reforzada esa protección.

(6) A este respecto DUGUIT (1911: 149) expone que «el *dominium* del individuo no es más inteligible como derecho que el *imperium* del gobernante poseedor de la fuerza».

dominium e imperium. Consiste en la teoría del abuso del derecho, cuya contradicción se desvela por el siguiente simple razonamiento. Decir que el ejercicio abusivo de un derecho no está permitido o que el que abusa de su derecho no goza de protección jurídica es decir simplemente que no se tiene derecho de hacer, que se excede de los confines propios del derecho que se posee, lo que no es nada nuevo: si hay derecho, éste cesa donde comienza el abuso. Se trata del mismo procedimiento empleado, ahora con éxito, en el control de los actos administrativos discrecionales. El *imperium*, considerado absoluto (también el derecho de propiedad es, por absoluto, discrecional), ha podido ser controlado mediante, primero, la técnica de la desviación de poder, confundida luego justamente con la más precisa de exceso de poder. Si en el Derecho público se ha llegado a reconocer que la desviación de poder es, en realidad, un exceso de poder, también en el Derecho privado debería reconocerse que el llamado abuso de derecho no es otra cosa que un exceso sobre los límites propios de dicho derecho.

Huelga decir que nuestro Código civil es tributario del sistema erigido en los términos que quedan expuestos y objeto de crítica, en función de la realidad de los tiempos (ya a principios de siglo por DUGUIT). Basta para justificar este aserto con llamar la atención sobre la sistemática misma del Código, articulado en cuatro libros dedicados, respectiva y significativamente, a las personas, es decir, los sujetos de Derecho (y la autonomía de su voluntad); los bienes, la propiedad y sus modificaciones (la plasmación patrimonial de la autonomía de la voluntad); los diferentes modos de adquirir la propiedad; y las obligaciones y los contratos (la relación entre los sujetos dotados de autonomía de la

voluntad para crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas). Desde luego, la noción de propiedad recogida en su artículo 348 C.c. responde al concepto consagrado en la época de la codificación: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las Leyes».

Si es cierto que, por lo que hace a la propiedad inmobiliaria en general y, más concretamente, del suelo, la legislación sectorial urbanística —con sanción, hoy, constitucional y para la entera propiedad (art. 33.2 CE)— ha cumplido entre nosotros la evolución anunciada por DUGUIT de la propiedad-especulación a la propiedad-función (obligando a entender, cuando menos, que los artículos 348 y 350 del C.c. sólo pueden decir hoy lo que resulta de su interpretación conforme con la Constitución y la legislación urbanística en desarrollo de la misma (7)), confuso sigue siendo el panorama por lo que respecta a la dimensión vertical (hacia abajo) del contenido del derecho de propiedad, lo que demuestra la dificultad y complejidad de los procesos y las transformaciones sociales y, por tanto, de los jurídicos. En este extremo concreto no parece haberse cumplido aún la aludida evolución, quizás porque la legislación y la ordenación urbanísticas se han concentrado fundamentalmente en la superficie y en el vuelo (8). Se impone, pues, la investigación de la realidad o no de tal extremo, a fin de extraer las naturales consecuencias en orden al régimen jurídico del subsuelo.

2. LA SITUACIÓN ACTUAL

La cuestión de la utilización del subsuelo ha cobrado en los últimos años interés y

(7) Y hoy también la legislación agraria, al menos la de alguna Comunidad Autónoma, como, por ejemplo, la andaluza y la extremeña.

(8) Consciente quizá de esta circunstancia y del error que supone, el texto legal general vigente de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, fruto de la operación de refundición aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de Junio, incluye ya toda la dimensión vertical de la propiedad en el ámbito propio de la actividad urbanística. No es este el lugar para examinar la legitimidad de esta innovación en el marco de una operación de mera refundición. Aunque la procura de la utilización en congruencia con la utilidad pública y la función social como finalidad propia de la actividad urbanística (art. 3.1) y la división del territorio en clases de suelo y el establecimiento en ellas de zonas como facultades propias de la competencia urbanística (art. 3.2, c y d) aparezcan

referidas únicamente al suelo, luego otra de estas últimas facultades y concretamente la consistente en limitar el uso (art. 3.2, j) se refiere ya expresamente, además de a las edificaciones, al suelo y subsuelo, con las consecuencias que de ello deben derivarse para la interpretación del alcance de las anteriores determinaciones legales (es significativo, en orden a lo dicho en el texto, que aquí el legislador no incluya el vuelo, singularizando exclusivamente el subsuelo; forma de operar, claramente ilustrativa de la inclusión tradicional, con toda naturalidad, del vuelo en el suelo). Algunos proyectos legislativos urbanísticos actualmente en curso por iniciativa de Comunidades incluyen ya claramente y con mejor técnica el vuelo y el subsuelo como dimensiones a las que se extiende con naturalidad y de idéntica forma la ordenación urbanística. Es el caso de los proyectos de las Comunidades de Madrid y Valencia.

actualidad. La causa es clara: el desarrollo de las técnicas arquitectónicas y de la construcción vienen abriendo nuevas y cada vez mayores posibilidades para la utilización efectiva del subsuelo, lo que hace a éste objeto de tensiones y pretensiones antes inexistentes o que, por lo menos, se manifestaban más esporádicamente y con mucha menor intensidad. En efecto, mientras el subsuelo, fundamentalmente el urbano, ha quedado por lo general fuera de las posibilidades ordinarias o normales (y a coste razonable) de aprovechamiento efectivo lucrativo, ha sido objeto de escasa atención jurídica y desde luego normativa. Ha bastado básicamente con la regla general establecida desde el centro de gravedad de la propiedad de la tierra: la superficie. Regla que luce aún en el artículo 350 C.c. y que consiste en una suerte de presunción de que todo el subsuelo sigue la suerte del suelo-superficie («el propietario de un terreno es dueño de la superficie y de lo que está debajo de ella ...»).

Porque, en efecto, esa regla del Código civil, que aparentemente soluciona la cuestión de forma tajante, no puede tenerse en modo alguno como tal solución, siquiera para el subsuelo en toda su profundidad. Ni siquiera la concepción civilista tradicional de la propiedad como derecho absoluto entiende esta característica como ausencia de límites; límites estos que vienen dados por el contenido que deba asignarse al poder del propietario por razón de sus intereses legítimos protegibles. Por tanto, la expresión «dueño de lo que está debajo de la superficie» no puede interpretarse y aplicarse en sus propios términos, sino con la extensión que resulte de los referidos intereses.

Justamente este es el punto de vista que asume tempranamente (ya en 1925) J. GONZÁLEZ, al tratar de la dimensión vertical de la propiedad, para sostener que:

«El derecho de propiedad sobre los predios presenta una densidad máxima en el plano horizontal, donde la facultad de excluir a terceras personas y rechazar sus inmisiones se halla dotada de máxima energía; pero a medida que nos alejamos en la línea vertical, hacia arriba o hacia abajo, se debilita el poder de hecho del propietario y la reacción jurídica contra las perturbaciones de su derecho» (GONZÁLEZ, 1925: 32).

Así, pues, el contenido del derecho de propiedad del suelo, de la tierra tiene una extensión cierta, aunque imprecisa, y por ello determinable en función justamente del criterio del interés del titular, que –según J. GONZÁLEZ– presenta su máxima densidad (podría decirse que su núcleo de certeza positiva) en la superficie y, por tanto, en los volúmenes más inmediatos –por arriba y por abajo– a ésta, a partir de los cuales va atenuándose o diluyéndose en la misma medida de la lejanía con respecto a la superficie. Si se considera que ya en la regla del artículo 350 C.c. está incluida la «limitación» o «sujeción» derivada de la legislación sectorial (pública) por razones de «policía» (especialmente en el subsuelo: legislación de minas y aguas), es evidente que la zona gris de la extensión vertical (en ambos sentidos) de la propiedad, derivada de la progresiva atenuación o difuminación del interés del propietario, ya descrita, encuentra un límite asimismo preciso en las disposiciones de la legislación pública excluyente de la utilización privada (dando lugar así a la que cabría denominar zona de certeza negativa). En términos de representación gráfica, la extensión vertical del derecho de propiedad resultante sería la que refleja la Figura 1.

Cuando los problemas relativos a la utilización del subsuelo se han multiplicado y agudizado, por razón del avance y perfeccionamiento ya mencionados de las técnicas de la construcción, es decir, hoy, las primeras respuestas jurídicas se mantienen en perfecta «línea de continuación» del anterior planteamiento tradicional, aspirando sólo a su perfeccionamiento, a su afinamiento, siendo lógico que así sea. Y en esta situación nos encontramos aún.

Fernando SAINZ MORENO (1990), que ha realizado un excelente estudio a propósito del subsuelo urbano y quien recoge el anterior planteamiento de J. GONZÁLEZ, mantiene, en efecto, la posición que puede resumirse como sigue:

a) El subsuelo es objeto de una regulación caracterizada por una gran imprecisión. Si la norma básica está contenida en el artículo 350 C.c., resulta aplicable también, junto a ella y complementándola, toda una pléyade de normas administrativas sectoriales de distinto rango, época y alcance. Es claro que, por razón de la evolución técnica y de las posibilidades de aprovechamiento constructivo del subsuelo

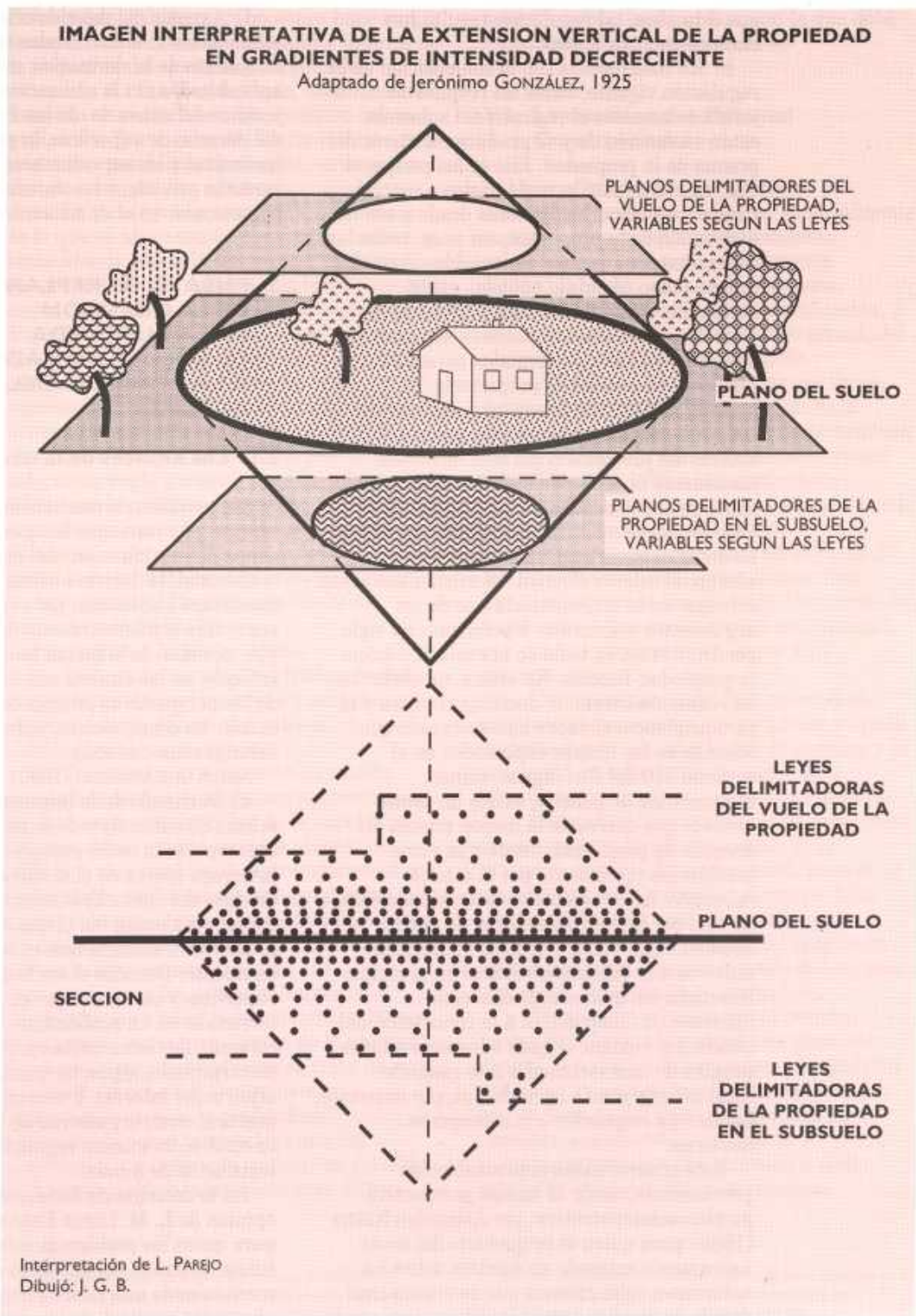


FIGURA I. Interpretación de la extensión vertical de la propiedad, según Jerónimo GONZÁLEZ, 1925 (adaptación de LPA).

que ésta abre, tal regulación resulta hoy claramente insuficiente.

b) En congruencia con la composición de la regulación vigente, todas las respuestas jurídicas actuales al régimen del subsuelo están en función de y se producen a través del prisma de la propiedad. Ello es así porque el C.c., en el que está la regla básica o central, construye y organiza las cosas desde y con la institución de la propiedad; así pues, todas las cosas, tanto las que son apropiables, como las que no lo son (dominio público), están atribuidas a una (los sujetos ordinarios del Derecho o las personas públicas actuando como tales) u otra persona (las personas públicas) en calidad de propietario.

c) El criterio fundamental y decisivo de todas las respuestas no es otro que el del interés del propietario del bien (centrado justamente en la superficie), por más que sea ciertamente impreciso. El contenido del derecho del propietario se extiende, pues y en su dimensión vertical, sólo hasta donde alcance el interés efectivo del mismo; elemento éste que ya se vio constituía uno de los argumentos esgrimidos a principios de siglo por DUGUIT en su tesis de la evolución hacia la propiedad-función. En efecto, no obstante su redacción literal, la doctrina civilista y la jurisprudencia siempre han sostenido que, además de los límites expresados en el artículo 350 del C.c. (aguas, minas, reglamentos de policía), existe un *límite natural* que deriva de la noción misma del derecho de propiedad; límite que viene establecido justamente por el *interés razonable* del propietario, determinado éste, a su vez, por la *posibilidad real de utilizar* el subsuelo. Los viejos y tópicos apotegmas alusivos a la extensión vertical en principio ilimitada (en ambos sentidos: cielos e infiernos), ni respondían a la concepción del *dominium* romano (ligado a las necesidades propias de una sociedad a este respecto fundamentalmente agrícola), ni, por supuesto, pueden ya responder a la concepción moderna.

Este criterio había sido establecido previamente, desde la misma perspectiva jurídico-administrativa, por Alejandro NIETO (1968), para quien el propietario del suelo únicamente extiende su dominio sobre los volúmenes subterráneos que se encuentran debajo de aquél y a que tiene acceso operando desde el suelo, junto con un perímetro de protección de sus intereses.

d) A partir del referido criterio, las soluciones son diferenciadas según los casos y en función de la normativa concretamente aplicable. De ahí la utilización, en el tráfico jurídico del subsuelo, de las figuras jurídicas del derecho de superficie, la propiedad horizontal y las servidumbres, en el de carácter privado, y las autorizaciones y las concesiones, en el de naturaleza pública.

3. ENSAYO DE REPLANTEAMIENTO DE LA CUESTION EN LA BUSQUEDA DE SOLUCIONES ADECUADAS A LA REALIDAD DEL TIEMPO ACTUAL

3.1. Los avances de la doctrina

Sin perjuicio de mantenerse, en lo sustancial y conforme ha quedado dicho, en «línea de continuación» del enfoque tradicional, la doctrina actual ha detectado ya cuestiones que llaman por sí mismas a un verdadero replanteamiento de aquél. Ocurre que, por mor de la fuerza inercial del aludido enfoque, no las analiza con total desembarazo de las perspectivas propias de éste y no extrae, en consecuencia, todas las posibles y debidas consecuencias.

Así, SAINZ MORENO (1990):

a) Partiendo de la imprecisión del concepto mismo de subsuelo y de la improcedencia de la contraposición entre éste y el suelo, se interroga acerca de si el subsuelo no será cosa distinta del suelo. Tras estudiar los Derechos italiano y alemán (en el que se habla de *Erdbkörper*), sostiene que es incorrecto limitar en nuestro Derecho el suelo a la pura superficie y mantiene que el propietario del terreno lo es, en realidad, de un volumen o columna de tierra hasta un cierto límite (determinado, según ha quedado visto, por el criterio del interés). Y cita en favor de su postura, como argumento de Derecho positivo, la cuadrícula minera regulada en la legislación de minas.

En la doctrina civilista, esta es también la opinión de L. M. LÓPEZ FERNÁNDEZ (1991), para quien los problemas relacionados con el límite (inferior) del subsuelo son solucionables manteniendo una cierta parte o profundidad, en sección vertical, de la corteza terrestre como integrante del suelo, por más que tenga perfiles o dimensiones imprecisos. Pero, sea

dicho incidentalmente, tal postura hace surgir de suyo, mas allá del aludido límite inferior de la propiedad del suelo, la posibilidad de la existencia de una cosa distinta, cabalmente el subsuelo en sentido estricto; cuestión que no se plantea. Tratándose del límite inferior, todo lo que hay por debajo de él sería, entonces, o bien dominio público o bien *res nullius*.

b) En punto justamente a la naturaleza de lo que se sitúa (en la dimensión vertical y hacia abajo) mas allá del interés protegible del propietario, es decir, del subsuelo *stricto sensu*, parte de la necesaria limitación del dominio público, ya que, en tanto que construido sobre el principio de afectación, sólo cabe sostener su existencia allí y en los supuestos donde legalmente se establezca en función de un uso o un servicio públicos. Consecuentemente, el dominio público no vale, como regla general, para la calificación del subsuelo propiamente dicho. Entiende, sin embargo, que la cuestión así planteada es más de orden teórico que práctico, postulando en todo caso la reviviscencia de la vieja regla del Decreto-Ley de 29 de Diciembre de 1868 (9).

Por su parte, A. NIETO (1990):

1º. Destaca la novedad del fenómeno del aprovechamiento urbanístico en sentido propio, es decir, del uso del subsuelo para hábitats humanos complejos.

2º. Comprueba la existencia no sólo de aprovechamientos urbanísticos subterráneos que son continuación de los de la superficie (sótanos, aparcamientos, otras plantas de edificios), sino también de aprovechamientos urbanísticos subterráneos independientes. No se plantea aquí el autor la cuestión de si estos últimos aprovechamientos independientes (y, por supuesto y en consecuencia, las construcciones y los usos resultantes) son bienes, objetos o cosas independientes. Pero sí se interroga, por contra, acerca de lo que sea el subsuelo, respondiendo que se trata de una *cosa distinta del suelo* (entendiendo comprendido en éste la profundidad determinada por el interés legítimo del propietario) y que *tiene la naturaleza jurídica de dominio público* (afirmación esta última

sobre la naturaleza jurídica, con la que debe coincidirse, como luego veremos).

3.2. La doctrina del Tribunal Constitucional

La ampliación, generalización y normalización de los supuestos, especialmente en suelo urbano, del aprovechamiento urbanístico del subsuelo propiamente dicho (10) hacen, además de necesario, urgente un mayor esfuerzo de clarificación, a la altura de la realidad del tiempo actual, del régimen jurídico de dicho subsuelo.

Es de utilidad, para comenzar esa tarea, por razones obvias de continuación de la comparación con el «modelo» –y como también hace en su trabajo sobre el subsuelo urbano SAINZ MORENO (1990) (11), partir de la doctrina que sobre la propiedad ha establecido el Consejo Constitucional francés (especialmente en su decisión 85/4198, de 13 de Diciembre de 1985, *Amendement Tour Eiffel*, relativa a la Ley de 14 de Diciembre del mismo año sobre comunicación audiovisual), que puede sintetizarse, en lo que aquí interesa, así:

– Diferenciación entre la propiedad en cuanto derecho poseído por su titular y ligado estrechamente a la libertad de la persona y la propiedad en cuanto objeto, material o inmaterial, sobre el que recae dicho derecho.

– Relevancia del segundo de los conceptos expuestos para la determinación de la extensión vertical de la propiedad, pues de lo que se trata es de delimitar el campo de la propiedad privada constitucionalmente garantizada, ya que esa garantía implica la existencia de un estatuto privado de las cosas (del objeto del derecho de propiedad).

– Así como en relación con el derecho mismo la Constitución opera una garantía directa, limitando efectivamente al legislador ordinario, no sucede lo mismo cuando de lo que se trata es del objeto del derecho en cuestión; aspecto éste en el que la Constitución realiza una remisión a dicho legislador para que delimite el campo

(9) A tenor del artículo 6 de dicha norma, el subsuelo (se entiende de suelo propiedad privada) se halla originariamente en el dominio del Estado, que puede abandonarlo al aprovechamiento común, cederlo gratuitamente al dueño del suelo o enajenarlo mediante canon a los particulares o asociaciones que lo soliciten.

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

(11) Este autor, a quien se sigue en este punto, toma las referencias del Consejo Constitucional francés de F. COLLY (1988).

respectivo de las cosas privadas y de las cosas públicas (con una presunción en favor de las primeras). Mientras no reduzca el campo de las cosas privadas de modo tal que el derecho de propiedad no pueda cumplir efectivamente su función de hacer posible la libertad personal, la actuación delimitadora del legislador debe reputarse como constitucional.

– En punto a las «limitaciones» (mas bien límites) públicas en la dimensión vertical (en el caso, el vuelo) de la propiedad, éstas, cuando sólo implican «molestias soportables», no atentan contra el artículo 17 de la Declaración de 1789 y no suponen, por tanto, una lesión indemnizable (una expropiación) del derecho dominical.

Esta es justamente también la posición de nuestro Tribunal Constitucional, para el cual:

* En el artículo 33 de la Constitución española debe distinguirse el derecho de propiedad en sentido objetivo o institucional (nº 2 del precepto) y el derecho en sentido subjetivo (nº 3 del precepto). En el primer caso se trata del derecho de propiedad propiamente dicho o en cuanto tal, vinculado al libre desarrollo de la personalidad y, por tanto, a la libertad en general, mientras que en el segundo se está mas bien ante el objeto de ese derecho, la situación patrimonial concreta e individualizada constituida en cada caso conforme a dicho derecho, es decir, a título jurídico de propiedad (12).

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

El punto de partida a este respecto es desde luego la anterior garantía constitucional del derecho de propiedad, consecuencia –así debe entenderse– del principio implícito de la apropiabilidad de los bienes con contenido patrimonial (consecuencia, a su vez, del principio general de libertad y de libre desarrollo de la personalidad (arts. 10.1 y 17.1

CE y de sus concretas manifestaciones, en el orden económico-social, en los derechos al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio, art. 35.1 CE, y a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, art. 38 CE); garantía que, sin embargo, inmediatamente se relativiza en función de determinaciones constitucionales expresas, tales como los arts. 128.1 (subordinación al interés general de toda la riqueza del país en sus diversas formas y con independencia de su titularidad) y 45.2 CE (deber de velar por la utilización de todos los recursos naturales). Estas últimas determinaciones constitucionales hacen plenamente congruente, en efecto, la regulación contenida en el artículo 132 CE, que excluye la directa apropiación privada de concretos bienes y faculta al legislador ordinario para ampliar la exclusión a otros distintos; prescripciones que avalan, así, la interpretación de la delimitación constitucional de un *ámbito* (precisable por el legislador ordinario) *excluido de la garantía de la propiedad privada* (campo de los bienes o de las cosas situadas *extra commercium* o no apropiables por los sujetos ordinarios del Derecho) (13).

* Como consecuencia lógica de todo lo anterior, la significación institucional del dominio público se cifra no tanto en la idea de «apropiación» de los bienes o las cosas, como en la de exclusión de las reglas propias del tráfico jurídico ordinario (y, por tanto, de la de organización jurídica de dichos bienes o cosas conforme a la institución de la propiedad privada), conectada por ello con un conjunto de reglas específicas y exorbitantes dirigidas a la protección de su estatuto propio. Por ello mismo, el *dominio público representa una línea divisoria de carácter general, determinante de la clasificación de los bienes o las cosas en susceptibles o no de apropiación precisamente en los términos del derecho de propiedad privada* (básicamente, STC 227/1988, de 29 de Noviembre).

Esta doctrina del Tribunal Constitucional no violenta en modo alguno la regulación contenida en el Código civil, rectamente interpretada. Pues con la clasificación establecida por dicho Tribunal se corresponde perfectamente la de este Código entre bienes o cosas, de un lado, y derecho de propiedad como

(12) Cfr.: SsTC 11/1983, de 2 de Diciembre; 166/1986, de 19 de Diciembre; y 67/1988, de 18 de Abril.

(13) Cfr.: SsTC 37/1987, de 26 de Marzo; 227/1988, de 29 de Noviembre; y 149/1991, de 4 de Julio.

derecho mas perfecto sobre tales bienes o cosas, de otro; distinción, que resulta ya de la misma sistemática del Código: Título I, «De los bienes», y Título II, «De la propiedad».

Conforme al artículo 333 C.c., todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación (14) se consideran o bienes muebles o bienes inmuebles. Luego no existen, jurídicamente hablando, bienes o cosas distintos a éstos: todos deben entrar en una u otra de las dos categorías. Y conforme al artículo 338 C.c., los bienes o las cosas son de dominio público o de propiedad privada, lo que significa que, *stricto sensu*, no deben existir bienes o cosas no imputables a un sujeto o persona (privado o público).

Podría entenderse, pues, que existe, al menos aparentemente, una cierta contradicción entre los dos citados preceptos legales, en la medida en que el primero admite implícitamente la existencia de bienes o cosas insusceptibles de apropiación (y, en tal sentido, no referibles a un sujeto de Derecho). Se trata, sin embargo y en efecto, de una pura apariencia, provocada por la perspectiva personalista o subjetiva propia del sistema establecido en el Código, que tiene que imputar a alguna «persona» incluso los bienes que no son susceptibles de apropiación, siquiera sea en términos de propiedad privada propiamente dicha. En realidad, pues, no hay contradicción, porque en el artículo 333 C.c. se habla sólo de cosas o bienes y no se dice que éstas estén efectivamente apropiadas en los términos del artículo 348 C.c. y en el artículo 338, también del C.c., se diferencia entre dominio público y propiedad privada, por lo que debe entenderse que, en principio, sólo a ésta se refiere luego el citado artículo 348.

Las cosas o los bienes son, desde luego, según su naturaleza propia. Pero son también según la acción del hombre (en razón de la acción del hombre sobre la naturaleza). Como ya ha quedado antes referido, hoy los avances técnicos permiten ordinariamente aprovechamientos del subsuelo y del vuelo y los permiten, además, de forma independiente totalmente de los aprovechamientos del suelo o de la superficie.

Es de notar, en este punto, que el Código de Napoleón de 1804 ya fue consciente de ello cuando incluyó el artículo 552 (conforme al cual la propiedad comporta la de lo que está

por encima y por debajo) no precisamente en el Capítulo de la propiedad, sino en el del derecho de accesión sobre aquello que se une o incorpora a la cosa o el bien, estableciendo ciertamente, pues, una presunción en favor del propietario del suelo (superficie) por lo que respecta a la utilización del vuelo y del subsuelo, pero partiendo de que éstos son cosas distintas del suelo.

Justamente esta es la razón de que la doctrina francesa hable, desde esta perspectiva vertical, de la «superposición» de «propiedades» (por ej., en el suelo dominio público y en el vuelo o en el subsuelo —sobre o bajo el dominio público— un aprovechamiento de propiedad privada, o a la inversa).

De otro lado, al compás de la evolución técnica, lo que antes era excepcional (supuestos de demanialización sectorial: minas, aguas, vías, ferrocarriles, etc.) ha llegado a ser normal. NIETO (1990) habla por ello, como ya se ha visto y respecto del subsuelo urbano o con tal destino, de «aprovechamientos urbanísticos independientes».

De ahí que, hoy, la mejor doctrina civilista y, por todos, Luis DIEZ PICAZO (1978: 160), sostenga que el subsuelo es, en unos casos (cuando existe interés del propietario de la superficie) pura prolongación del suelo; y en otros (cuando ha cesado el interés del propietario de la superficie y prima el interés general) mas bien «un objeto jurídico autónomo e independiente». Y ello porque, en la actualidad, la relación entre suelo y subsuelo parece haberse invertido: la prioridad corresponde al dominio público, siendo subsidiario el privado.

En consecuencia, puede decirse que, en el presente, *la operación legislativa ordinaria de deslinde* —en el marco del orden constitucional— *entre los ámbitos de las cosas que están en el comercio o en el tráfico jurídico ordinario* (organizándose conforme a la institución de la propiedad privada) *y de las cosas que, por contra, están fuera de dicho comercio y tráfico* (organizándose de forma específica y, fundamentalmente, con arreglo a la técnica demanial) presenta, por lo que hace al bien tierra o suelo, *dos dimensiones*: una *horizontal*, es decir, de la superficie o suelo (comprensiva de los volúmenes en el vuelo y en el subsuelo incluidos en el interés efectivo ordinario derivado de la posesión de la superficie); y otra *vertical*, relativa al vuelo y al subsuelo propiamente dichos.

(14) Lo que significa, a *contrario sensu*, que pueden existir cosas o bienes no susceptibles de apropiación.

La evolución en tal sentido ha culminado en el Derecho urbanístico, que opera hoy como mecanismo general y de cierre de la referida operación legislativa, teniendo en cuenta que aquel Derecho tiene por objeto –según dice expresamente el artículo 1 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992– «establecer el régimen urbanístico de la propiedad del suelo», de todo el suelo del territorio nacional, por tanto. En efecto:

1º. En el plano de las cosas o bienes, los conceptos «suelo» (arts. 1, 3.1, etc.), «terreno» (arts. 3.2.d), 3.3, etc.), «construcciones, edificaciones, edificios y obras» (arts. 3 y otros muchos), «suelo y subsuelo» (art. 3.2.j) utilizados por la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana vigente, se corresponden, en el Código civil, con los siguientes: «tierras, edificios y construcciones de todo género» (art. 334.1º) y «terreno» (art. 350 C.c.)

2º. En el plano de los derechos de uso, disfrute y disposición, la referida Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana circunscribe el contenido de la propiedad al resultante de las referidas facultades, aplicadas a los bienes existentes, conforme a la naturaleza real o efectiva de éstos, sean naturales (superficies de suelo no urbanizable) o sean artificiales (superficies de suelo edificado, es decir, edificaciones o construcciones), conforme resulta, sin duda alguna, de los artículos 15, 16, 17 y 21 de dicha Ley y está reconocido desde hace tiempo por la doctrina y la jurisprudencia contencioso-administrativa (15). La razón de que ello sea así estriba en la publicación por entero del que la referida Ley denomina «proceso urbanístico» o también «proceso urbanizador y edificatorio» y que tiene por objeto la transformación del suelo precisa para la materialización de los aprovechamientos urbanísticos definidos por el correspondiente planeamiento; publicación, que luce clara e inequívocamente en los cuatro primeros

artículos del texto legal y que también se encuentra perfectamente establecida en la doctrina y la jurisprudencia contencioso-administrativa, haciendo supérflua aquí cualquier justificación de ella (16).

Pues bien, el precitado contenido urbanístico de la propiedad del bien suelo debe entenderse –so pena de imponerse la conclusión de la sustitución material de la regulación civil por la urbanística– que se corresponde perfectamente, en la actualidad, con el determinado en el artículo 348 C.c., a tenor del cual ha de interpretarse, a su vez, el artículo 350 del mismo Código (lo que implica que «la sujeción a las normas administrativas» aludida por este precepto pasa a equivaler a «dentro de los límites» derivados de dichas normas o «según la delimitación» operada por éstas).

3º. De los dos puntos anteriores se infiere, sin necesidad de mayor argumentación, que la misma Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana excluye el «aprovechamiento urbanístico» tanto de los bienes o cosas a que se refiere al tratar, con carácter general, de la propiedad, como, por tanto, del contenido propio o intrínseco de ésta en cuanto derecho. Y no podía ser de otra forma, en cuanto que la Ley configura el referido aprovechamiento como creación de la ordenación urbanística y, principalmente, del planeamiento, es decir, como creación del poder público (piénsese, en efecto y para que se vea claro ese origen, que en el momento de su determinación el aprovechamiento carece de verdadera realidad, es pura virtualidad, realidad virtual o potencial). Así resulta, sin más, de lo dispuesto en los artículos 2, 3 y 8, en relación con el básico artículo 23 de la repetida Ley urbanística. Pues a tenor del último de los preceptos citados, el contenido urbanístico de la propiedad (como derecho) ha de *integrarse* –justamente en el curso del proceso urbanístico– con facultades, reductibles todas a la materialización del

(15) Lo cual supone el reconocimiento legal urbanístico del derecho del propietario de una superficie que tenga ya realmente la condición de solar a la edificación de éste. Así resulta, en efecto, de los artículos 14, 31 y 33 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, TR RD-Legislativo 1/1992 (en el contexto de una interpretación sistemática de la misma, perfectamente establecida por la doctrina y que aquí puede darse por supuesta).

(16) Es importante, no obstante, llamar la atención acerca del hecho de que el artículo 1 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana vigente incluye en el objeto de ésta la regulación de «... la actividad administrativa en materia de

urbanismo...», naturalmente con el genérico alcance competencial que resulta de los dos artículos siguientes. Pero también en el dato no menos importante de que, según el artículo 19 de la misma Ley, la aprobación del planeamiento preciso en cada caso determina el deber de los propietarios afectados de incorporarse al proceso aludido en el texto, en las condiciones y los plazos fijados por aquel planeamiento, lo que significa que ni la configuración del proceso (la ordenación urbanística *stricto sensu*), ni el proceso mismo son actividades en la disposición de los sujetos ordinarios del Derecho, tratándose de actividades públicas, en las que el acceso de los privados está sujeto a determinados requisitos jurídico-administrativos.

aprovechamiento urbanístico; facultades que, por tanto, no están previamente en dicho contenido y, por ello, han de ser adquiridas por el propietario (específicamente: el aprovechamiento urbanístico ha de ser *atribuido* a éste).

Pero nótese, además y esto es lo que ahora principalmente interesa, que esa atribución-adquisición del aprovechamiento urbanístico no aparece referida a todo el aprovechamiento creado por la ordenación urbanística, sino exclusivamente a una parte, precisamente a la «susceptible de apropiación privada», como confirman los artículos 20.2.b, 26, 27 y 28, siempre de la misma Ley urbanística. De ello se infiere necesariamente que: la otra parte del aprovechamiento urbanístico no es, en principio, susceptible de apropiación privada (de donde resulta el deber de cesión o de adquisición sustitutiva a que se refiere el ya citado artículo 20.1.b) y, además, todo el aprovechamiento urbanístico es, en su origen y hasta su apropiación (en la parte susceptible de ella), público.

La conclusión que obligadamente se impone entonces, desde la perspectiva constitucional y del artículo 333 C.c., no es otra que la de que *la definición por la ordenación urbanística del aprovechamiento del mismo carácter*, que constituye una decisión pública compleja, *forma parte de y se inscribe en la operación de la delimitación infraconstitucional legítima del campo respectivo de las cosas o los bienes intra y extra commercium*. La referida ordenación, en efecto, primero crea una cosa (aún virtual) con el carácter, por su origen, de pública, pero inmediatamente traza en ella una línea divisoria, en virtud del cual parte de aquella cosa pasa a ser susceptible de apropiación y a poder organizarse, bajo determinadas condiciones (17), conforme a la institución de la propiedad (véase Figura 2).

4°. Desde la óptica del artículo 333 C.c. (definición de las cosas o los bienes por razón de que sean o puedan ser objeto de apropiación), el aprovechamiento urbanístico no es, por tanto, sino *una cosa o un bien y*, concretamente, un bien *inmueble*. Así puede deducirse, teniendo en cuenta la vocación de

materialización del aprovechamiento, de los criterios clasificatorios consistentes en «las construcciones de todo género adheridas al suelo» (regla 1ª), «la unión fija a bien inmueble» (regla 3ª) o «construcción destinada por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo» (regla 9ª) o, en todo caso, «las concesiones administrativas de obra pública» (regla 10ª), del artículo 334 C.c. Lo corrobora desde luego el artículo 307.5 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana vigente, cuando determina que los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico son inscribibles en el Registro de la Propiedad.

Quiere esto decir que el aprovechamiento urbanístico, en cuanto cosa o bien, es distinto de la cosa o bien suelo o tierra o terreno. Se trata, pues, de *un bien con individualidad jurídica indudable*. Ocurre que mientras el régimen del suelo es, desde el punto de vista de la propiedad, claro, no sucede lo mismo, conforme resulta ya de las consideraciones precedentes, con el del aprovechamiento urbanístico. En todo caso, interesa precisar que el «aprovechamiento urbanístico» engloba —por su misma generalidad, es decir, por su comprensión también de cualesquiera usos o utilidades distintos de aquéllos de los que sea susceptible naturalmente el suelo (los tipificados, por ello, para el suelo «no urbanizable») — cuantos «aprovechamientos» de este carácter «distintos» estén previstos por la legislación sectorial.

5° El régimen jurídico de este nuevo bien —«aprovechamiento urbanístico»— es específico y determinado con carácter general por la legislación territorial y urbanística (que «encuadra» las soluciones de la legislación sectorial):

a) En su origen (en el momento de creación misma del bien, en tanto que no es una cosa natural, existente en la realidad física, sino una cosa resultado de la acción del hombre, concretamente de la colectividad) es un bien público, pero cuyo acto de creación contiene ya la determinación de su condición —en parte diversa— de «apropiable» (se entiende por los sujetos ordinarios del Derecho). Esta singular

(17) En estas condiciones, absolutamente capitales sin embargo, no puede entrarse aquí por razones obvias. De todas formas, la principal no es otra que el desarrollo correcto y pleno de la actividad urbanística expresada en el proceso urbanizador y edificatorio que tiene por finalidad la materialización del aprovechamiento, es decir, su transformación o transmutación de

cosa virtual (pública) en cosa o bien (privado y, a término, real). Esta transformación es decisiva para la «integración» de la situación en que, como modelo, consiste la propiedad: el uso, disfrute y disposición plenos de un objeto real. Pero requiere del propietario una actividad, en calidad de colaborador en la obra-servicio públicos urbanísticos.

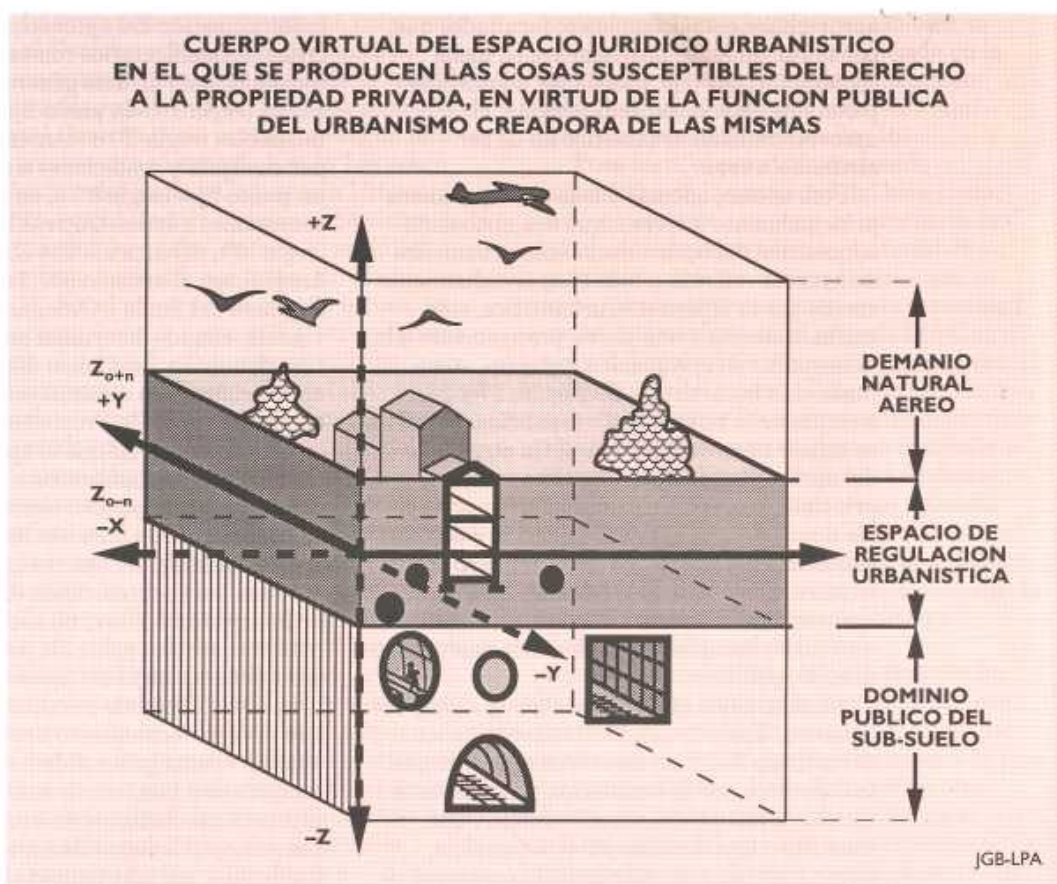


FIGURA 2. Sección ideal del espacio jurídico virtual de regulación urbanística en el espacio de dominio público envolvente.

configuración jurídica del bien considerado deriva directamente de su especial naturaleza: se trata de algo, no tanto de existencia no actual, sino potencial o virtual, que es posible en virtud justamente de una decisión pública. Tal naturaleza explica, a su vez, la íntima relación del bien con la actividad precisa para su transformación en «actualidad», es decir, para la materialización del aprovechamiento (18). Quiere decirse pues

que, desde la perspectiva de su vocación de «actualidad», el bien se ofrece primariamente como obra-servicio público (19). Adquiere pleno sentido, así que el «derecho» sobre dicho bien (su apropiación en términos de derecho de propiedad privada) depende de la actividad de ejecución de la obra-servicio públicos (y, por tanto, de los deberes a ella vinculados). De donde resulta la decisiva importancia en el urbanismo de la distinción entre «derechos en

(18) Esta íntima conexión entre «aprovechamiento urbanístico» y «actividad urbanística», que se cumple a través del «proceso urbanizador y edificatorio», explica también la peculiaridad de la configuración jurídica del bien en su origen: es, simultáneamente, público en su totalidad, pero al mismo tiempo y al menos en parte, susceptible de apropiación; esto último, precisamente para su materialización a través de la actividad urbanizadora y edificatoria correspondiente.

(19) Este punto de vista es capital para la comprensión e interpretación del entero sistema urbanístico: la publicación de

la actividad urbanística (obra-servicio públicos), la concentración de esta última en la transformación, es decir, en el proceso urbanizador y edificatorio; la articulación del régimen urbanístico de la propiedad en torno a las ideas de incorporación obligatoria al referido proceso (colaboración en la obra-servicio públicos) e integración sucesiva de facultades o secuencia de patrimonialización al compás mismo del cumplimiento del repetido proceso; y la posibilidad de la separación entre estatuto de propiedad y estatuto de la gestión de la obra-servicio público (concesión de ésta para la ejecución del planeamiento).

el contexto del proceso de materialización del bien» y «derechos una vez ultimada esa materialización»; distinción, de otro lado, que no es peculiar del urbanismo y que se da en toda concesión de obra o de servicios públicos. No empece a ello la existencia de un tráfico jurídico del bien antes, durante y después de su materialización, pues de tal tráfico son susceptibles todas las cosas, tanto las materiales, como las inmateriales.

b) La precedente específica configuración del «aprovechamiento urbanístico» hace posible que la ordenación del territorio y el urbanismo constituyan el *locus* de la delimitación última, además de horizontal, *vertical* (mediante integración, en su caso, de las decisiones adoptadas en el contexto de la legislación sectorial) del bien suelo, tierra o terreno; delimitación, que por ser urbanística, goza de la flexibilidad propia del sistema de ordenación urbanística.

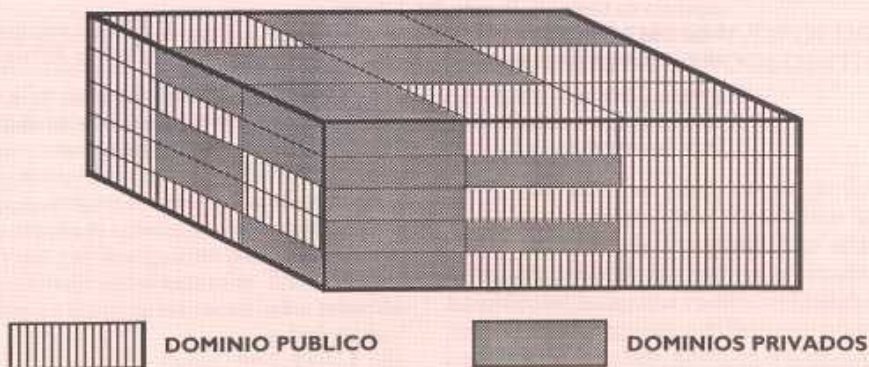
c) En efecto, la estructura misma del ordenamiento urbanístico –marco legal escueto y remisión amplia al planeamiento– permite un gran escalonamiento y, por tanto, una apreciable flexibilidad en la toma de decisiones, lo que vale decir un muy amplio margen de libertad de configuración del bien.

Cabe distinguir a este propósito dos supuestos básicos:

1°. La delimitación de la porción del *subsuelo que forma parte del suelo-superficie* (en correspondencia con la tradicional de la parte del vuelo que forma cuerpo –el *Erdkörper*– con dicho suelo-superficie en calidad de aprovechamiento materializable-patrimonializable en relación con la titularidad de dicho suelo-superficie). Aquí el aprovechamiento-construcción en el subsuelo forma parte de la «edificación» propia de suelo-superficie, reoperando sobre la legislación jurídico-civil: el aprovechamiento urbanístico total, es decir, en vuelo y subsuelo, integra, una vez materializado, una unidad jurídica, disponible en el tráfico jurídico ordinario, en su caso, divisible u organizable de formas diversas en el seno de dicho tráfico jurídico-privado, siempre con respeto de la ordenación urbanística (ver Figura 3). Su régimen jurídico es, por tanto, el determinado conjuntamente por la legislación jurídico-civil y la ordenación territorial y urbanística (puesto que en el tráfico jurídico-privado ha de respetarse, en todo caso, esta última).

2°. La correlativa delimitación del *resto del subsuelo*, es decir, del independiente del suelo superficie (que no sigue la suerte de la organización jurídica de éste). Aquí el aprovechamiento-construcción es también independiente del asignado a la superficie (con su parte de vuelo y subsuelo). Una vez

DIVISION INTERNA ALEATORIA DEL CUERPO JURIDICO URBANISTICO EN DOMINIOS PUBLICOS Y PRIVADOS, TANTO EN PLANOS HORIZONTALES COMO SUPERPUESTOS EN PLANOS VERTICALES



LPA-JGB

FIGURA 3. Subdivisiones espaciales internas de dominios públicos y privados aleatoriamente entremezcladas conviviendo en un mismo espacio construido sobre o bajo el suelo.

materializado, integra un bien, una cosa material-bien inmueble independiente (véase también Fig. 3). Su régimen jurídico viene determinado por las siguientes notas:

- Naturaleza pública, por ser resultado de una delimitación operada por el poder público.
- Su delimitación tiene como límites los generales de la ordenación territorial y urbanística y, además, los que resultan de la legislación sectorial (aguas, minas, transportes, etc.) Esta concurrencia normativa no es excepcional, es perfectamente paralela a la que se da (y se admite con toda normalidad) en la superficie y en el vuelo entre la ordenación territorial-urbanística y las ordenaciones sectoriales: carreteras, demanio marítimo, demanio portuario, demanio hidrológico, servicio público de suministro de energía eléctrica, obras públicas, transporte ferroviario, etc.), jugando en ella la primera una clara función de integración o armonización espacial. Lo mismo debe predicarse para la dimensión vertical subterránea.

- Consecuentemente, el subsuelo «independiente» es un bien de dominio público

urbanístico (municipal-autonómico) (20) como regla general-residual, salvo justamente cuando se trate de un bien del dominio público estatal o autonómico en virtud de la legislación sectorial correspondiente (que la ordenación territorial debe respetar y encuadrar «espacialmente»).

- Dejando de lado el que determine la legislación sectorial (cuando sea aplicable), el régimen de su utilización no puede ser otro, lógicamente, que el propio del dominio público o, en su caso, de patrimonios públicos de suelos municipales o, en su caso, autonómicos. Quiere esto decir, que además de los usos que resulten de la gestión administrativa directa, cabe desde luego el uso privado. La técnica para hacer este posible es, como regla, la concesión, pero —en el supuesto de aplicabilidad del régimen propio de patrimonios públicos de suelo— resultarán igualmente aplicables las por éste autorizadas.

(20) Pudiendo formar parte, cuando así se determine (por encajar en la lógica institucional correspondiente), del patrimonio público (principalmente municipal) de suelo.

BIBLIOGRAFÍA

- COLLY, François (1988): «Le Conseil Constitutionnel et le droit de propriété», *R.D.P.* 1: 136 ss.
- DÍEZ PICAZO, Luis (1978): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, Madrid.
- DUGUIT, L. (1911): *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, trad. española de Carlos G. Posada, Ed. Librería Española y Extranjera de Francisco Beltrán (sin año de edición), Buenos Aires.
- GONZÁLEZ, Jerónimo (1925): «Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 1.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M. (1991): «El subsuelo urbano», *Anuario de Derecho Civil*, oct.-dic. 1991: 1.636-7.
- NIETO GARCÍA, Alejandro (1968): «Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico», *Revista de Administración Pública* 56.
- (1990): «El subsuelo urbanístico», *Revista Española de Derecho Administrativo* 66: 187-200.
- SAINZ MORENO, Fernando (1990): «El subsuelo urbano», *Revista de Administración Pública* 122: 153-208, mayo-agosto.