

El subsuelo urbanístico. Estudio jurisprudencial

Marisol IBÁÑEZ PICÓ

Licenciada en Derecho. Técnico Urbanista.

RESUMEN: En el presente estudio se analiza la Jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo sobre el subsuelo urbanístico. Tras un previo apunte sobre la regulación de los aspectos concretos relacionados con el subsuelo, como son las legislaciones sobre Aguas, Obras Públicas y vías de comunicación, Redes de Telecomunicación, Minas, Patrimonio Histórico Artístico y Urbanismo, se elabora un cuadro-esquema y breve resumen de todas aquellas Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo desde 1900 a 1994 que han tratado el tema del subsuelo, para finalmente abordar un estudio más preciso de cada una de las diferentes cuestiones sobre las que tales Sentencias se pronuncian.

I. OBJETO Y METODOLOGÍA

Analizar la Jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo sobre el subsuelo urbanístico, tras un breve estudio de su régimen jurídico y planteamientos doctrinales, puede contribuir, al menos, a tener una visión clara de cómo se han presentando hasta ahora los conflictos sobre el tema y cómo y en base a qué argumentos o consideraciones se han ido resolviendo, que puede ser muy útil a la hora de intentar elaborar unas posibles bases sobre su regulación.

Se han analizado todas aquellas Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo desde 1900 que han tratado el tema del subsuelo urbanístico.

Para su localización, debido a que las resoluciones, en muy raras ocasiones trataban directamente el tema como objeto principal, se

ha acudido también a aquellas que versaban sobre elementos relacionados con el subsuelo.

Así, a través de voces como: «sótanos», «aparcamientos», «minas», «aguas»,... se conseguía dar con las conclusiones del Tribunal Supremo sobre el objeto de estudio, sin pretender ningún caso, por exceder de nuestro objeto, el tratar particularmente o en profundidad estos aspectos.

Respecto a las fuentes utilizadas, el material base ha sido la «Colección Legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia» de la Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia y la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia.» desde 1900 a 1930 y el «Repertorio de Jurisprudencia ARANZADI» a partir de 1930 hasta 1994. Además de las fuentes que se mencionan en el apéndice bibliográfico final.

2. BREVE SÍNTESIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUBSUELO

La determinación de la extensión vertical de la propiedad de los terrenos contenida en el artículo 350 del Código Civil (en adelante Cc),

Este trabajo es resultado y resumen de las prácticas del stage para el título del Máster en Urbanismo de la Univ. Carlos III, 1994-95, desarrollado en la D.G. Vivienda, Urbanismo y Arquitectura, MOPTMA, bajo la dirección de J. G.ª Bellido. [recibido el 27-05-96].

constituye el punto de partida del régimen jurídico del subsuelo.

Según este precepto:

«El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre minas y aguas y en los reglamentos de policía».

La legislación estatal sobre bienes de las entidades locales (artículos 79 a 83 de la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; artículos 74 a 87 del Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, y el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/86, de 13 de junio) no define la «extensión vertical» de sus bienes inmuebles.

La Constitución Española, por su parte, se limita únicamente a incidir en la importancia de la función social de la propiedad, pero la configuración de ésta en cuanto a objeto corresponde al legislador ordinario. Así, el tema deberá ser examinado en la legislación civil, que contiene el régimen jurídico general del derecho de propiedad.

No obstante, si existe, y en algunos casos desde hace muchos años, una regulación de aspectos o elementos concretos relacionados con el subsuelo, como son las legislaciones sobre Aguas, Obras Públicas y vías de comunicación, Redes de Telecomunicación, Minas, Patrimonio Histórico Artístico y Urbanismo.

2.1. Aguas subterráneas

El régimen jurídico de las aguas subterráneas y, más concretamente, el tema del dominio de las mismas se abordaba en el Cc en sus artículos 408, 417 y 350.

El primero, declaraba de dominio privado las aguas subterráneas que se hallan en predios de esta naturaleza, pero no determinaba hasta donde alcanzaban sus derechos sobre el subsuelo y el artículo 417 Cc, afirmaba que, sólo el propietario de un predio u otra persona con su licencia podía investigar en él aguas subterráneas. Ahora bien, no por ello y con base en el artículo 350 Cc cabría atribuir un derecho ilimitado sobre el subsuelo al propietario del suelo, porque su

derecho sobre las aguas subterráneas habrá de ser, en cualquier caso, el que determine la legislación de aguas.

Esta remisión, referida originariamente al régimen establecido por la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 (LA79), se ve modificada, por la nueva Ley de Aguas 29/85, de 2 de agosto (LA85), cuya Disposición Derogatoria estableció la derogación de «los artículos 407 a 425 del CC. de 24 de julio de 1889, en cuanto se opongan a lo establecido en la presente Ley». Ley que en su artículo 1.2 incluye las aguas subterráneas en el dominio público:

«Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico».

Sin embargo, la declaración de dominio público de las aguas subterráneas aún permite al propietario del suelo conservar ciertos aspectos de su posición jurídica anterior. Así se le reconoce un derecho de aprovechamiento sin necesidad de título administrativo hasta un volumen total anual de 7000 m³ (arts. 52.2 y 57.1 LA85), y un derecho preferente para el otorgamiento de autorizaciones de investigación y, por tanto, para la obtención de la concesión de utilización, art. 66.3 LA85 (GALLEGUZ, ANABITARTE *et alii*, 1986: 464).

Por último, parece interesante hacer referencia a la incidencia que tuvo en el régimen jurídico de las aguas subterráneas el R.D. de 29 de diciembre de 1868 sobre minas, ya que en la clasificación de sustancias minerales que se contenían en dicho Decreto, se incluían en la 3^a sección las aguas subterráneas, lo que las otorgaba un régimen específico, contrario al previsto en la Ley de Aguas de 1866.

Para aclarar dudas al respecto se dictó la R.O. de 30 de marzo de 1872 que recogía la situación resultante del Decreto para las aguas subterráneas: el alumbramiento se regiría por la Ley de Minas y el aprovechamiento por la de Aguas. Sin embargo, poco tiempo después se varió esta interpretación por la R.O. de 5 de diciembre de 1876, que declaraba «que el Decreto de 29 de diciembre de 1868 y la R. O. aclaratoria de 30 de marzo de 1872 sólo pudieron referirse a las aguas subterráneas en terrenos del Estado».

2.2. Obras Públicas y Vías de Comunicación

R.D. de 20 de junio de 1972, sobre obras subterráneas en suelo urbano. El contenido de este Decreto no afecta directamente a nuestro objeto de estudio, y su interés reside, en evidenciar la desconexión de las obras subterráneas respecto al suelo y su régimen urbanístico.

La Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres 16/1987, de 30 de julio (LOTT), establece que son aplicables a los túneles del ferrocarril las limitaciones de la propiedad previstos en la Ley de Carreteras 25/1988, de 29 de julio (LC88).

Por lo tanto, será de aplicación a los túneles de los ferrocarriles lo previsto en los artículos 21 y siguientes de la LC88 sobre autovías.

Los túneles, más una zona de ocho metros de anchura a su alrededor, forman parte del dominio público, así como también «será en todo caso de dominio público el terreno ocupado por los soportes de la estructura».

El terreno contiguo al dominio público queda sometido a la servidumbre de 25 metros (zona en la que no podrán realizarse obras ni se permitirán más usos que aquellos que sean compatibles con la seguridad vial, previa autorización en cualquier caso, del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo) y a la afección de 100 metros dentro de la cual cualquier obra o plantación exige autorización (arts. 22 y 23 LC88).

La aplicación de estos preceptos en todas las direcciones radiales puede suponer la imposición de servidumbres legales de protección también sobre la superficie. Por lo cual, «los particulares que pretendan construir, edificar, realizar obras y otras actividades» en terrenos cuyo subsuelo esté ocupado por un túnel de ferrocarril deben obtener previamente la conformidad de la empresa titular de la línea, y si no la obtienen podrán reiterar la petición de la autorización a la Administración, según establece el artículo 170 de la LOTT.

2.3. Redes de Telecomunicación

La ley 31/1988, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones establece, en su artículo 17 que:

«La explotación de servicios portadores o servicios finales de telecomunicación lleva aparejado el derecho a establecer la red e infraestructura necesarias para la prestación de los mismos... los diferentes instrumentos de ordenación urbanística del territorio deberán tener en cuenta la instalación de servicios de telecomunicación».

2.4. Minas

Las minas constituyen una propiedad distinta de la propiedad del subsuelo en que se encuentran y que regula el artículo 350 CC.

a) El Decreto Ley de 29 de diciembre de 1868 sobre minas: Estableció las «bases generales para la nueva legislación de minas» y planteaba en sus artículos 5 y 6, como idea básica, la separación de la titularidad del suelos y del subsuelo y las normas que debían regir esa separación:

«El suelo, que comprende la superficie propiamente dicha y además, el espesor a que haya llegado el trabajo del propietario, ya sea para el cultivo, ya para solar y cimentación, o con otro objeto cualquiera distinto del de la minería. El subsuelo que se extiende indefinidamente en profundidad desde donde el suelo termina.».

«El subsuelo se halla originariamente bajo el dominio del Estado».

Con base en estas determinaciones establecidas en el artículo 5, la doctrina ha tratado de fijar medida al espesor del suelo, entre diez y cincuenta metros, así SUSTAETA ELUSTIZA (1978: 165) realiza unas consideraciones al respecto:

«La delimitación del espesor de dicha capa, indudablemente vendrá determinada y habrá de ponerse en relación con la masa de edificación y superestructura que haya de apoyarse en él. No creemos pueda establecerse el citado límite con criterio rígido, no que sea idéntico en toda clase de terrenos por cuanto el destino y coeficiente de edificabilidad de éstos será determinante en su caso por la magnitud de tal medida.»

En cualquier caso, el suelo y el subsuelo pasan a constituir realidades distintas y separadas entre sí, y a este principio respondía el artículo 476 CC, según el cual no corresponden como regla general al usufructuario del suelo los productos de las

minas, ya que al ser independiente el derecho de la superficie sobre el derecho del subsuelo, no puede imponer sobre éste una determinada relación de aprovechamiento.

Sin embargo habría casos en los que la superficie y el subsuelo formarían una sola propiedad, eso sucedería cuando las minas correspondiesen al primer grupo de los establecidos en el D.L. de 29 de diciembre, puesto que, según su artículo 7, eran cedidas por el Estado al dueño de la superficie.

b) Legislación de minas vigente: la Ley 22/1973, de 21 de julio (modificada por la Ley 54/1980, de 5 de noviembre, y desarrollada por el Reglamento General para el Régimen de la Minería, aprobado por Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto), declara que todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional, territorial y plataforma continental son bienes de dominio público, cuya investigación y aprovechamiento el Estado podrá asumir directamente o ceder en la forma y condiciones que se establecen en esa Ley (Art. 2 Ley de Minas de 1973). El artículo 23 de la Ley de Minas de 1973 extiende la declaración de demanialidad a las «estructuras subterráneas».

2.5. Bienes de valor arqueológico

La Ley 16/ 1985, de 25 de junio del Patrimonio Histórico Español, en su artículo 44 declara de dominio público:

«Todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar. El descubridor deberá comunicar a la Administración competente su descubrimiento en el plazo máximo de treinta días e inmediatamente cuando se trate de hallazgos casuales. En ningún caso será de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el artículo 351 del Código Civil.»

2.6. Legislación urbanística

Ni las leyes del suelo de 1864 a 1895, ni de 1956 a 1975 contuvieron ninguna referencia expresa a tal ocupación del subsuelo.

La LS 76 hacía tan solo unas mínimas referencias al subsuelo, en sus artículos 24.1, al tratar los Planes de Saneamiento; art. 12, sobre determinaciones de los Planes Generales de Ordenación Urbana y art. 178, que declara la necesidad de licencia por movimiento de tierras.

Es ya en 1978, cuando aparece por primera vez en nuestro Derecho urbanístico una referencia expresa tanto en el Reglamento de Disciplina Urbanística, en su artículo 1.15, sobre actos sujetos a licencia previa, entre los que incluye «las instalaciones subterráneas dedicadas a aparcamientos, actividades industriales, mercantiles o profesionales, servicios públicos o cualquier otro uso a que se destine el subsuelo»; como en el artículo 68 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, según el cual «los proyectos de urbanización no podrán modificar las previsiones del Plan que desarrolle, sin perjuicio de que puedan efectuar las adaptaciones de detalle exigidas por las características del suelo y subsuelo en la ejecución material de las obras.»

La LrS 90 no introduce novedades, sin embargo, la LS 92 recoge ya una regulación del subsuelo como elemento independiente del suelo:

«La competencia urbanística concerniente al planeamiento comprenderá las siguientes facultades: ...f) limitar el uso del suelo y del subsuelo y de las edificaciones. ...» (art. 3.2 LS92).

«En desarrollo de previsiones contenidas en Planes Territoriales y sin necesidad de previa aprobación de Plan General de Ordenación Urbana, podrán formularse y aprobarse Planes Especiales con las siguientes finalidades: ... b) Ordenación de recintos y conjuntos histórico-artísticos, y protección del paisaje, de las vías de comunicación, del suelo y subsuelo, del medio urbano, rural y natural, para conservación y mejora en determinados lugares, ...» (art.84.1 LS92)

«... Estarán sujetos igualmente a previa licencia los actos de uso del suelo y el subsuelo, tales como las parcelaciones urbanas, los movimientos de tierra, las obras de nueva planta, modificación de estructura...» (art. 242 LS92).

Puede afirmarse, por consiguiente, que hasta la LS92, el subsuelo carecía de una regulación urbanística propia y la Ley solo intervenía en su régimen cuando, y en la misma medida que pudiese afectar al suelo.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1. Cuadro-Esquema de las Sentencias del Tribunal Supremo sobre el subsuelo

Nº/Ref.	Fecha	Jurisdicción	Tema	Contenido
1. 84/03 CLE	5 mar. 1903	Cont-Adm.	Aguas subt.	Alumbramiento de aguas subt. Respeto aprovechamientos preexistentes.
2. 119/07 CLE	29 oct. 1907	Cont-Adm.	Aguas subt.	Alumbramiento de aguas subt. Respeto aprovechamientos preexistentes.
3. 88/08 CLE	8 jun. 1908	Cont-Adm.	Aguas subt.	Alumbramiento de aguas subt. Respeto aprovechamientos preexistentes.
4. 96/09 CLE	20 mar. 1909	Cont-Adm.	Aguas subt.	Alumbramiento de aguas subt. Respeto aprovechamientos preexistentes.
5. 41/12 RGLJ	22 mar. 1912	Cont-Adm.	Aguas subt.	Interdicto de recobrar la posesión de unas aguas.
6. 182/14 CLE	22 dic. 1914	Cont-Adm.	Aguas subt.	Alumbramiento de aguas-art 23 ley de aguas-indemnización de perjuicios.
7. 167/17 CLE	22 nov. 1917	Cont-Adm.	Aguas subt.	Alumbramiento de aguas-art 23 ley de aguas.
8. «Enciclopedia Jca Seix» pgs 500 y 501	11 may. 1920	Cont-Adm.	Ferrocarril Subt.	Concesión de ferrocarril subt.-Ley de Ferrocarriles secundarios- Admón competente.
9. 126/28 CLE	10 jul. 1928	Cont-Adm.	Aguas subt.	Art. 24 ley de aguas-preferencia dchos preexistentes.
10. 822/30 Ar.	1 abr. 1930	Civil	Separación dcho. Prop. Suelo-subs.	Acción de retracto de comuneros-cuestión de hecho-copropiedad inexistente.
11. 333/48 Ar.	5 mar. 1948	Cont-Adm.	Ferrocarril Subt.	No sometimiento a la jurisdicción municipal-Ley gral clasif, construcción y explotación Ferroc. de 23 nov. 1877-ley minas 29 dic.1868-Ley de Ferroc. Secundarios 26 marzo 1908-R.O 19 sept. 1916.
12. 3779/53 Ar.	28 oct. 1953	Civil	Separ. dcho. Prop. Suelo-subs.	No existe copropiedad entre suelo y subs.-no cabe acción de retracto de comuneros.
13. 1843/56 Ar.	12 abr. 1956	Cont-Adm.	Aguas subt.	Alumbramiento de aguas en canarias-obras de perforación legales-no se acreditan daños o perj. a otros aprovechamientos preexistentes.
14. 2793/56 Ar.	16 abr. 1956	Cont-Adm.	Aguas subt.	Orden M.O.P.U. recurrida-convalidación-respeto ley de aguas.
15. 3518/56 Ar.	8 oct. 1956	Cont-Adm.	Redes serv.	Compañía telefónica-tendido subt. de cables en población-aplicación contrato vigente estado-compañía.
16. 8541/57 Ar.	19 nov. 1957	Cont-Adm.	Aguas subt.	Orden de paralización de obras perforación -facultad del Alcalde-art 23 Ley de Aguas-respeto dchos preexistentes.
17. 3836/58 Ar.	3 dic. 1958	Civil	Dcho prop.	Cuestión de hecho- no vulneración art. 350 cc.
18. 4649/62 Ar.	4 dic. 1962	Cont-Adm.	Aguas subt.	Carácter excepcional de las restricciones al dcho reconocido por el art.23 ley de aguas-peligro legal como contingencia inminente de un mal-a demostrar por quien alega.
19. 3690/78 Ar.	17 oct. 1978	Cont-Adm.	Red serv.	Instalación linea alta tensión-carácter reglado licencia-prohib. Concesión en precario-«facultas variandis» admón-interés público-deber de indemnizar.
20. 2879/79 Ar.	22 may. 1979	Cont-Adm.	Desconexión usos suelo-subs.	Modific. Planes: zonas verdes y espacios libres- régimen legal-aparcamiento subt. En espacio libre reservado en superficie-modif. sustancial insignificante.
21. 2783/81 Ar.	30 jun. 1981	Cont-Adm.	Dcho prop.	Limitaciones urbanísticas-licenc. obras condicionada-subrogación adquirente.
22. 5023/81 Ar.	30 sep. 1981	Cont-Adm.	Dcho prop.	Limitaciones urbanísticas-licenc. munic. condicionada-enajenación de finca-subrogación adquirente-buena f. registral-aparc. vehículos: equip. urbaníst.
23. 1924/84 Ar.	3 abr. 1984	Civil	Dcho prop.	Interpretación actualizada art. 350 CC.-cede ante las relaciones de vecindad.

Nº/Ref.	Fecha	Jurisdicción	Tema	Contenido
24. 1173/86 Ar.	20 dic. 1986	Cont.-Adm.	Dominio públ.	Depósito de gasóleo-ocupación de terreno dominio públ.-procedimiento inadecuado-Nulidad.
25. 3855/87 Ar.	13 may. 1987	R.D.G. R. Y N.	Registro.	Unidad subt. Destinada a aparc., formada por la agrupación de porciones de subs.segregadas de otras fincas-apertura de folio como finca independiente.
26. 6596/87 Ar.	30 jun. 1987	Cont.-Adm.	Uso subs.	Denegación licencia para perforación de pozo de agua-no prohibido en Plan-compatible con zona verde.
27. 2619/88 Ar.	6 abr. 1988	Cont.-Adm.	Minas	Necesidad de licencia munic.-movimientos de tierra que modifican el destino previsto en planes-obra autónoma.
28. 7260/88 Ar.	26 sep. 1988	Cont.-Adm.	Minas	Trabajos de explotación minera a cielo abierto-necesidad licenc. munic. de movimiento de tierras.
29. 7466/88 Ar.	10 oct. 1988	Cont.-Adm.	Minas	Necesidad de solicitar licenc. munic. De movimiento de tierras.
30. 9384/88 Ar.	13 dic. 1988	Cont.-Adm.	Propiedad	Expropiación forzosa-reversión subs. como parte sobrante.
31. 153/89 Ar.	21 ene. 1989	Cont.-Adm.	Red serv.	Ausencia de normas urbanísticas-aplicación de lo previsto en el contrato de concesión.
32. 1285/89 Ar.	21 feb. 1989	Cont.-adm.	Red serv.	El planeamiento determina el trazado de las redes de abastecimiento de agua.
33. 1389/89 Ar.	23 feb. 1989	Cont.-Adm.	Red serv.	Línea telefónica-supremacía de las normas urbanísticas con respecto al contrato.
34. 9396/89 Ar.	12 dic. 1989	Cont.-Adm.	Uso subs.	Cambio de uso permitido-no hay aumento de volumen.
35. 6030/90 Ar.	11 jul. 1990	Cont.-Adm.	Concepto.	Distinción sótano-semisótano.
36. 6673/90 Ar.	24 jul. 1990	Cont.-Adm.	Dominio Públ.	Subs. de vía publ. munic.-Misma naturaleza.
37. 6182/92 Ar.	6 jul. 1992	Civil	Dcho. Prop.	Presunción de que el propietario del suelo lo es también del subsuelo.

3.2. Resumen de la Juriprudencia del Tribunal Supremo (entre 1900-94)

§ 1. 5 marzo 1903. Cont.-Adm. (CLE nº 84): El Alcalde acordó la suspensión de los trabajos de alumbramiento de aguas, debido al peligro existente de que con los mismos se mermasen las aguas de una fuente pública.

El TS afirma la subordinación de la eficacia jurídica del artículo 22 de la Ley de Aguas a las prescripciones del artículo 23, que limita el derecho del propietario del predio, por lo que respecta al alumbramiento de aguas subterráneas por medio de pozos, socavones y galerías.

§ 2. 29 octubre 1907. Cont.-Adm. (CLE nº 119): El TS reitera su doctrina, en relación a la subordinación de los derechos reconocidos en la ley de aguas a los propietarios donde se alumbran aguas al principio fundamental del respeto debido a otro derecho preexistente.

§ 3. 8 junio 1908. Cont.-Adm. (CLE nº 88): Sentencia en la que el TS resuelve sobre un caso similar con idénticos argumentos y conclusiones.

§ 4. 20 marzo 1909 Cont.-Adm. (CLE nº 96): Sentencia en la que el TS resuelve sobre un caso similar con idénticos argumentos y consideraciones.

§ 5. 22 marzo 1912. Cont.-Adm. (RGLJ nº 41): El TS niega la consideración de productos mineros a las aguas subterráneas por lo que no pueden ser objeto de concesión minera, ni cabe tampoco aplicarles en modo alguno el régimen de la minería. Declara que las cuestiones sobre posesión de aguas tiene carácter privado correspondiendo el conocimiento de éstas a los Tribunales ordinarios según dispone el artículo 254 de la Ley de Aguas.

§ 6. 22 diciembre 1914. Cont.-Adm. (CLE nº 182): El TS reitera su doctrina, interpretando los artículos 19, 23 y 24 de la Ley de Aguas, en concordancia con los demás

de la misma que reconocen al dueño de un terreno el derecho a alumbrar y aprovechar aguas, que tales derechos no son absolutos, sino que se hallan subordinados a la existencia de otros anteriores.

§ 7. 22 noviembre 1917. Cont.-Adm.

(CLE nº 167): Sentencia en la que el TS resuelve sobre un caso similar con idénticos argumentos y consideraciones.

§ 8. 11 mayo 1920. Cont.-Adm.

(Enciclopedia Jurídica Seix, Apéndice del año 1920, pgs. 500 y 501): El Ayuntamiento recurrió la Real Orden por la cual se otorgó a D. Miguel Otamendi la concesión del Metropolitano en Madrid, alegando que la concesión debía corresponderle a él, ya que se trataba de una vía de comunicación urbana y que en cualquier caso los terrenos que habían de ocuparse le pertenecían, por entender que el dominio del subsuelo de las vías públicas le correspondía con arreglo al artículo 344 del CC.

El TS desestima el recurso, por entender que las concesiones de ferrocarriles metropolitanos no están incluidas en las disposiciones relativas a los ferrocarriles de servicio general, ni a los destinados al uso privado, ni a los tranvías. Por lo cual si el Estado estima del caso tramitar una petición de concesión de ferrocarril metropolitano o subterráneo con arreglo a la Ley de Ferrocarriles secundarios que atribuye la concesión al Ministerio de Fomento, no puede el Ayuntamiento de la población respectiva impugnar dicha concesión considerando que corresponde otorgarla a la Corporación municipal.

No se pronuncia sobre el tema de si los terrenos del subsuelo que atraviesa el metropolitano pertenecen al Ayuntamiento, por tratarse de una cuestión civil.

§ 9. 10 julio 1928. Cont.-Adm.

(CLE nº 126): El TS estima en parte el recurso interpuesto por la Compañía de los Caminos de Hierro del Norte de España, por uno de los motivos y no haber lugar al recurso, por los restantes invocados.

Se afirma que perteneciendo a quien abre un nuevo pozo, otro más antiguo situado a menor distancia de cien metros, no existe base para apreciar la infracción del artículo 24 de la Ley de Aguas.

§ 10. 1 abril 1930. Civil (Ar. 822): Se ejercitó por el demandante una acción de retracto que fue estimada negativamente por los tribunales de instancia.

El TS debe pronunciarse aquí únicamente sobre una cuestión de hecho: determinar si

entre las dos casas de que se trata y que pertenecen a las partes litigantes existen signos que hagan presumir que se trata de una copropiedad, en cuyo caso habría de estimarse la procedencia de dicha acción de retracto.

Se alega como único argumento para probar la comunidad, la existencia de un sótano que tiene entrada exclusiva por la colindante, pero sin que pueda demostrarse, a juicio del TS, la existencia de la comunidad puesto que «los dos fundos tiene entradas diferentes, numeración distinta, están divididos y separados en toda su extensión por muros medianeros y, finalmente, están inscritos como fincas distintas en el Registro de la Propiedad, teniendo además cabida y linderos distintos y procediendo de personas todas extrañas unas a otras».

El Tribunal no entra a discutir sobre lo invocado en relación al artículo 350 del Cc, debido a la naturaleza especial y sumaria del juicio de retracto, en el que no puede resolverse nada que afecte al derecho de propiedad.

§ 11. 5 marzo 1948. Cont.-Adm. (Ar. 333): Recurso contra una Orden del Ministerio de Obras Públicas por la que, al conceder autorización a la Compañía Metropolitano de Madrid para construir en su línea subterránea unos pozos de ventilación, se le impuso como condición la de ajustarse a la Ordenanza para la ejecución de obras en la vía pública aprobadas por el Ayuntamiento de Madrid. Dicha Ordenanza obligaba a la Compañía a solicitar previamente la licencia municipal correspondiente y quedar sujeta al pago de los derechos y arbitrios determinados en las Ordenanzas vigentes sobre el particular.

El Tribunal Supremo revoca la Orden recurrida y declara que la Compañía recurrente no está sujeta, en cuanto a la inspección y realización de obras en el término municipal de Madrid a la jurisdicción de su Ayuntamiento, ni a solicitar de él la licencia para ellas, como tampoco al pago de impuestos por las mismas, y que únicamente la realización de las obras de apertura de los pozos de ventilación motivantes de este recurso se ajustarían a las Ordenanzas de obras que el Ayuntamiento de Madrid aprobó en 11 de octubre de 1935, que hizo suyas la Administración para este caso.

§ 12. 28 octubre 1953. Civil (Ar. 3779): Los actores solicitaron que se condenase a la comunidad de regantes demandada a otorgar

a su favor escrituras públicas de retroventa de los subsuelos correspondientes a las fincas o terrenos de los que ellos son propietarios.

Se planteaba, en consecuencia, el problema de si los distintos dueños del suelo y subsuelo podían considerarse como comuneros, dándose a favor de ellos el retracto de comuneros.

El TS afirma que no puede apreciarse por analogía el derecho de retraer a los propietarios del suelo con relación a los del subsuelo, ya que no existe copropiedad o comunidad de uso, disfrute y disposición. Estima bastante este fundamento para mantener la sentencia recurrida por lo que no entra ya en el examen de otros motivos.

§ 13. 12 abril 1956. Cont.-Adm.

(Ar. 1843): Alumbramiento de aguas en Canarias. Se trataba de unas obras de perforación absolutamente legales, no acreditándose daños o perjuicios a otros aprovechamientos preexistentes.

§ 14. 16 abril 1956. Cont.-Adm.

(Ar. 2793): La Comunidad de Regantes «Heredad-Capellanía de Cuchara» recurrió una Orden de 22 de noviembre de 1950 dictada por el Ministerio de Obras públicas, que confirmaba un acuerdo de la Jefatura de Obras Públicas de Las Palmas que convalidaba las modificaciones introducidas por la Heredad del Valle de los Nueve al construir las obras autorizadas para el alumbramiento de aguas subárvreas en el cauce público del Barranco de los Cernícalos.

El TS absuelve a la Administración de la demanda interpuesta y declara la firmeza y subsistencia de la orden recurrida, ya que considera que con ésta se ha facilitado y dado lugar a ejecutar las condiciones básicas exigidas por la autorización de 12 de junio de 1942.

§ 15. 8 octubre 1956. Cont.-Adm.

(Ar. 3518): El Ayuntamiento de Gijón recurrió una resolución de la Delegación del Gobierno en la Compañía Telefónica Nacional de España que establecía que el tendido aéreo que discurría por el centro de dicha Avenida debería ser sustituido por otro de las mismas condiciones, ubicando los postes fuera de la calzada y a su borde, hasta que por dicha Delegación se considerase que el estado de urbanización y edificación, y los servicios municipales de la misma y densidad telefónica existente, llevasen a la procedencia de efectuar la instalación subterránea.

El Ayuntamiento solicitó la revocación de dicha resolución y que se declarase la

obligación de la compañía de solicitar la autorización municipal para la nueva instalación señalando el lugar y la forma la autoridad municipal.

El TS desestima el recurso por considerar aplicable lo previsto por el contrato vigente entre la Compañía y el Estado y según el cual no cabría en este caso apreciar la condición de barrio céntrico.

§ 16. 9 noviembre 1957. Cont.-Adm.

(Ar. 3137): El TS se pronuncia sobre la innecesidad de solicitar la autorización especial exigible para alumbrar aguas en terrenos de dominio público cuando se trata de terrenos particulares. Régimen especial de aguas en Canarias.

§ 17. 3 diciembre 1958. Civil (Ar. 3836):

El Ayuntamiento de Funes interpuso demanda con D. José D. para que se declarase que era propiedad del Ayuntamiento y no cañada la porción de terreno perteneciente al llamado Soto Mañero, y que, por consiguiente, el Ayuntamiento ostentaba el derecho a su roturación y consiguiente cultivo sobre el terreno mencionado. La demanda fue estimada por el Juzgado, que declaró que era propiedad del Ayuntamiento el terreno perteneciente al llamado soto Mañero, declarando que sobre él tenía derecho el Ayuntamiento de roturación y cultivo y don José D. el de disfrute de hierbas y aguas coexistentes los de ambas partes. El demandado interpuso recurso ante la Audiencia Territorial de Pamplona, la cual revocó en parte la sentencia apelada y declaró que era propiedad del Ayuntamiento la porción de terreno perteneciente al llamado Soto Mañero con los límites señalados, perteneciendo al demandado el disfrute exclusivo de hierbas y aguas de la indicada finca, absolviéndole de los restantes pedimentos.

Interpuesto recurso de casación, el TS lo desestima. El TS niega que se hayan desconocido los derechos de dueño reconocidos en los artículos 348, 350 y 349 del Cc tal y como alegan los recurrentes, y afirma que la cuestión se centra en un problema de hecho: el de determinar si «Soto» y «Cañada Mañero» son un mismo paraje y si está sometido a la prohibición de roturar.

§ 18. 4 diciembre 1962. Cont.-Adm.

(Ar. 4649): Se discutía sobre si la captación de aguas en el pozo artesiano abierto en heredad propia por don Gabriel S.Z. y cuyas obras ordenó suspender la alcaldía de Los Gallardos,

amenazaba peligrosamente el caudal de los ríos Jausto y Serena que mediante un embalse y sucesiva acequia vienen utilizando propietarios de fincas sitas en el pazo de Alfaix.

El TS, afirma que el cercén al goce y disponibilidad de la cosa que el artículo 348 del Cc reconoce al propietario, en armonía con lo previsto por el artículo 23 de la Ley de Aguas, exige que el peligro suponga un riesgo o contingencia inminente de un mal, que estribe en algo más que meras conjeturas. Por ello, debido a que al cabo de casi un año desde que manó el pozo, el dictamen pericial postrero no acuso perjuicio alguno, el TS estima el recurso.

§ 19. 17 octubre 1978. Cont.-Adm.

(Ar. 3690): La Compañía Sevillana de Electricidad solicitó del Ayuntamiento de Huétor-Vega licencia para instalar un centro de transformación y la correspondiente línea aérea de alta tensión, resolviéndose conceder la licencia condicionando la de la línea aérea en el sentido de concederse a título precario con posibilidad de revocación cuando razones de interés público, urbanístico o de seguridad del vecindario, así lo aconsejasen, en cuyo caso podría exigirse la variación del tendido aéreo o su conversión en subterráneo. La Compañía interpuso recurso de reposición que fue desestimado y recurso contencioso-administrativo que fue estimado.

La Administración apeló, confirmando el TS la sentencia impugnada que declaraba los actos impugnados contrarios a Derecho en cuanto imponían la condición de precariedad. Precariedad, que como afirma el TS en sus considerandos, carece de todo fundamento y justificación. Insiste en el carácter reglado de la autorización administrativa así como en la posibilidad de la Administración de imponer la variación que estime pertinente a fin de ejecutar los planes debidamente aprobados.

§ 20. 22 mayo 1979. Cont.-Adm.

(Ar. 2879): Estando previsto en el Plan un aparcamiento en superficie, se produce una modificación de planeamiento y se sustituye por aparcamiento subterráneo. Se discute de si, al tratarse de una zona verde es necesario seguir el régimen especial previsto en la ley, de aprobación por el Consejo de Ministros previo informe favorable del Consejo de Estado.

El TS estima que se trata de una alteración no sustancial que únicamente requiere la aprobación de otro proyecto urbanístico de la

manzana y que incluso es beneficioso para la zona verde al dejar libre espacio en superficie.

§ 21. 30 junio 1981. Cont.-Adm.

(Ar. 2783): El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la obligación de mantener el uso previsto de aparcamiento en los bajos del edificio. Obligación «ob rem» que se transmite con la cosa.

Supuesto muy similar al siguiente.

§ 22. 30 septiembre 1981. Cont.-Adm.

(Ar. 5023): Se discutía sobre la posibilidad de autorizar a un uso diferente el bajo de un edificio cuya licencia de edificación se otorgó condicionada a la reserva de esa zona para aparcamiento de vehículos, ya que ese bajo fue transmitido a un tercero que lo ha adquirido como libre.

El TS niega esa posibilidad y afirma que en cualquier caso se trata de una obligación «propter rem» frente a la cual el adquirente de buena fe sólo le queda el ejercicio de las correspondientes acciones civiles y penales contra quien se lo transmitió como libre de cargas. Se hace especial hincapié en la necesidad de evitar que el régimen legal de ordenación urbana quede al arbitrio de los particulares y en la concepción de esas llamadas limitaciones urbanísticas como definidoras del contenido normal de la propiedad de los inmuebles.

§ 23. 3 abril 1984. Civil (Ar. 1924): Se denunció por parte del recurrente las perforaciones que los demandados han realizado en su finca así como la introducción en la misma de cables de acero y cemento. La demanda fue estimada en Primera Instancia, condenando a parte de los demandados a retirar los anclajes, cables y demás elementos introducidos en la finca del actor y a indemnizar a éste por los daños y perjuicios ocasionados, confirmando posteriormente esa sentencia la Audiencia Territorial de Barcelona.

El TS realiza una interpretación actualizada del artículo 350 del Cc, estimando que no hubo vulneración de dicho precepto porque no se lesionó el interés protegible del demandante, ya que no se causó ningún perjuicio al actor como consecuencia de la inmisión.

§ 24. 20 diciembre 1986. Cont.-Adm.

(Ar. 1173): El TS anula la ocupación por silencio de una parte del subsuelo de una Plaza del municipio para la instalación de un depósito de gasoleo que había sido denunciado por un vecino. Estima que el trámite seguido

lo fue para la autorización de la actividad de almacenamiento de gasóleo, no para una ocupación de terrenos de dominio público, por lo que, en caso de haberse efectuado alguna referencia a tal aspecto en el acto licenciatario, lo cual no consta, ella sería nula, al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento para ello establecido.

§ 25. 13 mayo 1987. Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado. (Ar. 3855):

Se plantea la posibilidad de abrir folio, como finca independiente la unidad subterránea destinada local de aparcamiento formado con la agrupación de diversas porciones de subsuelo que son segregaciones de otras fincas.

La D.G.R. y N. niega esa posibilidad y afirma que en los folios de cada una de las fincas de procedencia debía seguir constando el dominio con su natural alcance en profundidad, si bien debía expresarse en el mismo folio la limitación que para tal dominio implican los derechos que otros tienen sobre la unidad subterránea.

§ 26. 30 junio 1987. Cont.-Adm.

(Ar. 6596): El TS anula los acuerdos impugnados y ordena que se expida la pertinente licencia para la realización de obras de perforación de un pozo. Afirma que no puede denegarse la licencia a las obras no prohibidas expresamente por el Plan. Insiste el TS en la compatibilidad de las obras con la zona verde de que se trata, por el carácter de subterráneas de las mismas.

§ 27. 6 abril 1988 Cont.-Adm. (Ar. 2619): Se debatía la cuestión de la procedencia o no del requerimiento efectuado por el Ayuntamiento a la sociedad recurrente para que solicitase la oportuna licencia municipal, antes de iniciar las explotaciones mineras a cielo abierto.

El TS afirma que la licencia resulta preceptiva, ya que se trata de una obra autónoma (es innecesaria la licencia cuando el movimiento de tierras se realiza como una de las fases del proyecto de urbanización) y es aplicable lo previsto en el artículo 73. b) de la Ley de Suelo sobre la prohibición de romper la armonía del paisaje o desfigurar la perspectiva propia del mismo con cualquier tipo de movimiento de tierras.

§ 28. 26 septiembre 1988. Cont.-Adm.

(Ar. 7260): Sentencia en la que el TS resuelve un caso similar al anterior, con idénticos argumentos y conclusiones.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valladolid se siguió recurso promovido por la entidad «A.G., S.A.» y en el que fue parte demandada el Ayuntamiento de Fabero sobre solicitud de licencia para legalizar explotaciones mineras a cielo abierto.

§ 29. 10 octubre 1988. Cont.-Adm.

(Ar. 7466): Sentencia en la que el TS resuelve un caso similar a los dos anteriores, con idénticos argumentos y conclusiones.

El Ayuntamiento de Puebla de Lillo acordó el 4 de abril de 1984 requerir a la empresa «ITSA» y otra, a fin de que antes de iniciar aquella temporada los trabajos de explotación minera a cielo abierto en el paraje de Respina, solicitase del mismo licencia municipal de movimiento de tierras. Interpuestos recurso de reposición y posteriormente recurso contencioso-administrativo, ambos fueron desestimados. El TS, también desestimó el recurso ante él interpuesto.

§ 30. 13 diciembre 1988. Cont.-Adm.

(Ar. 9384): Se trata de un recurso sobre reversión de terrenos expropiados por el Ayuntamiento de Santander para la remodelación de una plaza. La petición de reversión se produjo cuando el Ayuntamiento adjudicó la ejecución y explotación de un aparcamiento subterráneo en régimen de concesión. Los actores solicitaron la reversión de la parte de subsuelo que correspondía a la superficie que se expropió, sosteniendo que tal subsuelo constituía terreno sobrante y argumentaron que la expropiación se había realizado para la remodelación de la superficie de la plaza sin que nunca se hubiese expropiado el subsuelo para hacer en él un aparcamiento subterráneo.

La Sala de la Audiencia Territorial de Burgos reconoció el derecho de los actores a la reversión solicitada.

El TS estimó el recurso formulado por el Ayuntamiento, ya que cuando se ejecutaron las obras de remodelación de la plaza no quedó porción sobrante alguna y así lo entendieron los actores, puesto que durante casi veinte años no ejercitaron el derecho de reversión. Además, el TS afirma que el aprovechamiento del subsuelo de la plaza por parte de la Corporación municipal es una facultad que le asiste como titular del dominio público sobre la misma en aplicación del artículo 350 CC.

§ 31. 21 enero 1989. Cont.-Adm. (Ar. 153):

Se trataba de determinar si como establecía la sentencia apelada, para la instalación de

cables telefónicos en los Colegios a que se refieren las actuaciones del expediente administrativo, la Compañía Telefónica Nacional de España puede llevar a cabo su instalación de forma aérea, o como ha resuelto el Ministerio de Educación y Ciencia de forma subterránea.

El TS siguiendo lo previsto en anterior Jurisprudencia, concluyó affirmando que se trataba de un supuesto en el que en ausencia de norma urbanística que dispusiera que las conducciones telefónicas hubiese de instalarse de forma subterránea se ha de estar a lo previsto en el contrato vigente, por lo cual en este caso no era posible imponer la instalación subterránea.

§ 32. 21 febrero 1989. Cont.-Adm.

(Ar. 1285): Se recurren los condicionamientos con que se otorgó una licencia a la entidad «O.I., S.A.», para la apertura y reposición de zanja para canalizar con tubería por mejora de red, ya que se amparaban en un plan no aprobado definitivamente y por tanto no vigente.

El TS estima el recurso, affirmando que son las normas urbanísticas las únicas que pueden referirse al trazado de las redes de servicios.

§ 33. 23 febrero 1989. Cont.-Adm.

(Ar. 1389): Se suscitaba la cuestión de la colocación de los postes para el tendido de las instalaciones telefónicas con la problemática de la prevalencia de las normas específicas derivadas de la Ley del Suelo y las resultantes del contrato concertado entre el Estado y la C.T.N.E.

El TS afirma la supremacía de las normas urbanísticas sobre las cláusulas convencionales contenidas en el Contrato del Estado con la Compañía, y desestima el recurso interpuesto por la Compañía Telefónica.

§ 34. 12 diciembre 1989. Cont.-Adm.

(Ar. 9396): A la sociedad recurrente le fue concedida licencia municipal de instalación, apertura y funcionamiento de actividad calificada, para centro de cálculo. En una visita de inspección, apertura y funcionamiento de actividad calificada, para centro de cálculo. En una visita de inspección se comprobó que se había procedido a un cambio de uso en la planta sótano, la cual, autorizada en los planos como garaje e instalaciones, había sido destinada en parte a la construcción de cámaras acorazadas y archivos, suprimiéndose veintidós plazas de garaje por lo que se requirió a la empresa

titular al efecto que legalizara las obras realizadas solicitando de la Gerencia el cambio de uso, que fue denegado por no ser, según el criterio del organismo municipal, legalizables tales obras. La Gerencia denegó el cambio de uso y retiró temporalmente la licencia con la consiguiente clausura y precinto de la actividad.

El TS desestima el recurso planteado por la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid y confirma la sentencia apelada, que admitía ese cambio de uso, ya que el aumento de volumen que suponía no superaba la edificabilidad permitida.

§ 35. 11 julio 1990. Cont.-Adm. (Ar. 6030): Se impugnó el decreto de la Gerencia Municipal de Urbanismo ratificado en reposición, denegatorios de la solicitada licencia de instalación, apertura y funcionamiento para la actividad de garaje-aparcamiento, a lo que se opuso la demandada Gerencia Municipal de Urbanismo.

El TS, estima el recurso ya que no podían considerarse aplicables, como se pretendía, las normas urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid puesto que el local en cuestión no podía considerarse como subterráneo, o en planta de sótano, siendo su situación real la de semisótano.

§ 36. 24 julio 1990 Cont.-Adm. (Ar. 6673): Se realizaron unos trabajos frente a la casa de los actores, para la instalación de alcantarillado, por encargo del Ayuntamiento, consecuencia de los cuales, se produjo accidentalmente un socavón por la pala excavadora, que puso al descubierto la existencia en dicha casa de un habitáculo, incorporado a la misma. Ese socavón originó humedades y malos olores en la dependencia contigua, situadas ambas en el subsuelo, y la primera, debajo de la aludida vía pública. Los recurrentes solicitaron indemnización por los daños producidos por las obras municipales en la habitación que tenían en el subsuelo.

El TS afirma que el subsuelo de una vía pública municipal goza de su misma naturaleza y rechaza las aportaciones de un recibo de pago de la contribución territorial urbana, una fotocopia de una página del Registro Fiscal y certificaciones de Catastro, negando poder alguno a la Hacienda Pública para realizar delimitaciones demaniales, por lo que desestima el recurso.

§ 37. 16 octubre 1990. Cont.-Adm.

(Ar. 8248): Se denegó por el Ayuntamiento de

Madrid una licencia de apertura para garaje particular por estimarse contraria al planeamiento. El solicitante demostró que, con anterioridad a la vigencia del Plan Especial vigente, desenvolvía ya la actividad o uso del local para garaje particular de su propio automóvil, por lo que no le podían alcanzar las prohibiciones de ese plan que respetó las situaciones preexistentes como derechos adquiridos.

El TS confirma la sentencia de instancia que declaró el derecho del recurrente al otorgamiento de la licencia solicitada.

§ 38. 6 julio 1992. Cont.-Adm. (Ar. 6182): Ante la existencia de dos contratos similares en una transacción, como en uno de estos no se detalla expresamente la propiedad del sótano a diferencia del otro, el recurrente pretende que se declare la no transmisión del sótano.

El TS afirma que una vez probada por el demandado la propiedad de la superficie, no tiene que probar que el subsuelo de la finca es suyo.

3.3. Análisis de la Jurisprudencia

Una vez clasificada y resumida brevemente la Jurisprudencia existente sobre el tema, parece adecuado para proceder a su examen y comentario, diferenciarla en orden a las cuestiones sobre las que tales Sentencias se pronuncian:

Aguas Subterráneas

Las primeras Sentencias examinadas se refieren a conflictos suscitados en relación al dominio de las aguas subterráneas.

Ya se ha hecho referencia a la regulación de las aguas subterráneas. Es interesante por tanto, el contrastarla ahora con como ha sido interpretada por el TS a la hora de resolver cuantas cuestiones sobre el tema se le han ido planteando.

Parece importante resaltar el hecho de que ante una normativa que confería al propietario plena libertad para alumbrar aguas subterráneas (Art. 18 LA79: «Pertenecen al dueño de un predio en plena propiedad las aguas subterráneas que él hubiera obtenido por medio de pozos ordinarios»), apareciese una jurisprudencia respetuosa con los derechos preexistentes, que

niega un carácter absoluto y sin condiciones al derecho del propietario del suelo.

Así nos encontramos con una línea jurisprudencial que pretende evitar la distinción establecida por la LA79, entre el régimen de los pozos ordinarios, que en base a lo dispuesto en el artículo 19 podían menguar las aguas de los vecinos, y el de los pozos artesianos, galerías y socavones que no podían distraer o apartar aguas públicas o privadas de su corriente natural (art. 23 LA79), eso si, respetando siempre las distancias mínimas en cada caso establecidas.

«... todo el sentido de la ley revela que los derechos reconocidos a los propietarios de terrenos no son absolutos, sino que se hallan subordinados en la explotación de las aguas, lo mismo corrientes que subterráneas, a que exista o no otro preferente que pueda ser perjudicado, y que es obligado respetar...» (STS 8 de junio de 1908).»

... siendo doctrina reiteradamente afirmada por este Tribunal Supremo, interpretando los art. 19, 23 y 24 de la Ley de Aguas, en concordancia con las demás de la misma que reconocen al dueño de un terreno el derecho a alumbrar y aprovechar aguas, que tales derechos no son absolutos, sino que se hallan subordinados a la existencia de otros anteriores que podrían quedar impunemente vulnerados si sólo se atendiera a la distancia marcada en el art. 24 y no se tuviera presente la limitación establecida en el art. 23, y al recto sentido y espíritu de dicha ley que no consiente ni autoriza el ejercicio de derechos cuando con él pueda causarse menoscabo de otros preexistentes y legítimos...» (STS. 22 diciembre 1914).

«...los derechos reconocidos en la ley de Aguas a los propietarios de los terrenos donde emergen o se alumbran están subordinados al principio fundamental del respeto debido a otro derecho preexistente; de manera que en ningún caso puede válidamente invocarse los preceptos que declaran aquéllos si con su ejercicio se lesionan el anterior y más privilegiado, resolviendo así la ley semejante conflicto sólo reducible cuando hubiese compatibilidad entre unos y otros derechos...» (STS. 29 noviembre 1907).

También se encuentran numerosas resoluciones del Tribunal Supremo en relación a la facultad de los alcaldes de suspender las obras de alumbramiento con pozos artesianos, galerías o socavones que distraigan aguas públicas o privadas, facultad que en ningún caso puede ser arbitraria y que tiene como fundamento la protección de los derechos preexistentes.

Así por ejemplo, la sentencia de 4 de diciembre de 1962 establece que

«El peligro legal en cuestión ha de estribar en algo más que meras conjeturas o en un por si acaso para que se perciba la relación probable de causalidad» y la de 5 de marzo de 1903 «que la eficacia jurídica del art. 22 de la ley de Aguas en que principalmente se apoya la demanda, está subordinada a las prescripciones terminantes del 23, que restringe o limita el libre ejercicio del derecho del propietario del predio, por lo que respecta al alumbramiento de las aguas subterráneas por medio de pozos, socavones y galerías, repetando los aprovechamientos legítimos preexistentes, cuya protección confía a las Autoridades administrativas, cuando por consecuencia de las obras se crean amenazados...»

Ferrocarril Subterráneo

El tema del subsuelo va adquiriendo interés poco a poco, a medida en que las nuevas técnicas permiten nuevos aprovechamientos del mismo.

La aparición del ferrocarril metropolitano supone una posibilidad de uso del subsuelo, antes impensable.

Y es a partir de la construcción del metro de Madrid en 1919, cuando empiezan a plantearse cuestiones tan interesantes como la de determinar si los Ayuntamientos son o no propietarios del subsuelo que se encuentra bajo las vías públicas, y por tanto a ellos corresponde otorgar las concesiones para su utilización, tal y como ocurrió cuando por una Real Orden de 12 de enero se otorgó a D. Miguel Otamendi la concesión del Metropolitano en Madrid, y el Ayuntamiento impugnó esa Real Orden en vía contenciosa-administrativa.

El Ayuntamiento alegaba que la concesión le correspondía a él ya que se trataba de una vía de comunicación urbana y que, además, aunque fuese de aplicación la Ley de 23 de noviembre de Ferrocarriles, la concesión no podía otorgarla el Ministerio de Fomento sin la aprobación de las Cortes. También denunciaba que la concesión se había hecho sin «salvar el derecho del Ayuntamiento para ser expropiado o indemnizado del valor de los terrenos que han de ocupársele por entender que el dominio del subsuelo de las vías públicas le corresponde con arreglo al art. 344 del Cc.»

El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

«No puede menos que admitirse como hecho el que la modalidad de los ferrocarriles subterráneos llamados metropolitanos no ha sido objeto de disposiciones especiales porque las dictadas en materia de ferrocarriles no se ocupan de esta clase de vías férreas, no siéndoles aplicables las de la ley de 23 de noviembre de 1877, en razón a que éstas sólo comprenden, según los artículos 2, 3, 5 y 6, a los ferrocarriles de servicio general o sea los destinados a la explotación pública para el transporte de viajeros y mercancías, siendo además preciso que la línea se halle incluida en el plan general de ferrocarriles a los de servicio...»

«Respecto a las imprecisiones 1^a y 4^a, que ambas han sido hechas por el Ayuntamiento de Madrid, y se basan en estimar vulnerado el derecho de propiedad que sobre los terrenos del subsuelo correspondientes a vías públicas, que han de ocuparse, estima le pertenecen con arreglo al art. 344 del Código Civil, por cuanto la infracción alegada del art. 27 de la ley de 1912, sólo puede invocarla como lo hace a título de de propietario, y por ello pueden examinarse conjuntamente ambas impugnaciones, y como quiera que la Administración se funda para negar que la corporación no es propietaria de los terrenos, la contienda quedó planteada en este punto, que por la naturaleza esencialmente civil del derecho controvertido, no puede absolverlo la Sala, la cual carece de competencia para declarar si esos terrenos pertenecen al Ayuntamiento como particular o del Estado como se alega de contrario, invocando entre otros, los preceptos de los arts. 5 y 6 del Decreto-ley de Minas de 29 de diciembre de 1868 y por cuya razón hay que estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción, formulada sobre este punto, respecto a las Reales órdenes recurridas de 12 de enero de 1917 y la del 26 del propio mes y año, que fundándose en que el Ayuntamiento no es propietario de los terrenos, desestima sus peticiones y confirma la concesión hecha por dos anteriores».

Se centraba, por tanto, el conflicto en un enfrentamiento entre lo establecido en el Cc., en sus artículos 343 y 344 y lo dispuesto en el artículo 6 del D.L. de 29 de diciembre de 1868 sobre bases para la nueva legislación de minas (al que ya se ha hecho referencia anteriormente).

El Tribunal Supremo no se pronunció sobre si los terrenos del subsuelo que atravesaba el metropolitano pertenecían o no al Ayuntamiento de la población respectiva, por tratarse de una cuestión civil.

Separación Suelo-subsuelo como Objeto de Derecho de Propiedad

Cuestión fundamental y premisa de cualquier otra consideración, es la posibilidad de que sobre un terreno recaigan derechos de propiedad distintos sobre diversos planos dentro de una misma proyección vertical del suelo.

Al respecto ha de afirmarse, que como fácilmente puede comprobarse de la Jurisprudencia y legislación examinadas, la disociación entre la propiedad del suelo y del subsuelo es muy antigua, al menos en los elementos relacionados con el subsuelo que se trataban, como podían ser las minas y las aguas. Su dominio era perfectamente atribuible a persona distinta de la del propietario del suelo. Recordemos la vigencia del Decreto Ley de 1868 sobre bases para la nueva legislación de minas, en que la propiedad del subsuelo era pública.

El tema es tratado indirectamente por el Tribunal Supremo, en dos supuestos en los que se pretendía el ejercicio de la acción de retracto de comuneros.

En la Sentencia de 28 de octubre de 1953, el propietario de un subsuelo, anteriormente segregado del suelo, pretendía el ejercicio de una acción de retracto respecto de ese suelo, el cual se había transmitido a un tercero.

El Tribunal Supremo afirma:

«... que cualquiera que fuese la conceptuación y alcance de los derechos del propietario del suelo con relación a los subsuelos y a la de los dueños de éstos relativamente a aquél, aparecerán siempre como una unidad de dominación total y completamente independiente, con potestad de disposición exclusiva... pudiendo darse casos en que la extensión de los subsuelos exceda con mucho horizontalmente de los límites de los suelos cuando estas propiedades están en manos distintas.»

«... puede afirmarse que aplicar por extensión o analogía el derecho de retraer a los propietarios de suelo con relación a los de subsuelo y viceversa, sería tanto como desconocer el fin a que obedeció su creación, lo cual pugna con el espíritu y letra del art. 1.522 del Código Civil»

Esta sentencia confirmó la interesante resolución dictada por la Sala de lo Civil, de la Audiencia Territorial de Las Palmas, de 20 de octubre de 1956, que declaraba que la explotación de los subsuelos en Canarias, era por completo independiente de las superficies

prediales y productos que pueden cultivarse en las mismas,

«Aparecerán siempre como una unidad de dominación total y completamente independiente, con potestad de disposición exclusiva, sin que pueda ponerse, en modo alguno, que exista una copropiedad o comunidad de uso, disfrute y disposición, pues pueden darse casos en que la extensión de los subsuelos exceda con mucho horizontalmente de los límites de los suelos, cuando estas propiedades están en manos distintas, como ocurre en el presente caso de autos, y, así mismo, es factible en múltiples casos, que el valor o precio de los subsuelos sea mucho mayor que los suelos... Por ello, resulta inadmisible admitir la acción de retracto, tanto en el propietario de una mina con respecto a la superficie, como en el dueño de ésta con relación al subsuelo, desde el momento que ambas propiedades se hallan absolutamente separadas, independientes y alejadas por completo de todo condominio, o copropiedad entre ambas explotaciones, toda vez que no existe cotitularidad en la misma cosa que autorice el ejercicio de la acción del retracto.»

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 1958, cita también otra de 1 de abril de 1930, en la que exponían las mismas argumentaciones. Negaba la posibilidad de una acción de retracto, por estimar que entre las dos casas de que se trataba, no existían signos que hiciesen presumir que se daba una propiedad común:

«...no puede menos de apreciarse que el hecho único de que en parte del subsuelo de una de las casas exista un sótano que tiene entrada exclusiva por la colindante, y cuya existencia no consta de los respectivos títulos de dominio, y, por tanto, no está inscrita su propiedad ni su posesión en el Registro de la Propiedad, ni se ha comprobado cuándo, cómo o por quién fue construido y de qué fecha data su excavación, no puede apreciarse, decimos porque éstos tienen entradas diferentes, numeración distinta, están divididos y separados en toda su extensión por muros medianeros, y, finalmente, están inscritos como fincas distintas en el Registro de la Propiedad, teniendo además cabida y linderos distintos y procediendo de personas todas extrañas unas a otras ...»

Que afirmaciones tan importantes, cuando se han producido de forma expresa, sean, como es el caso de la Sentencia de 28 de octubre de 1958, un «obiter dicta», no puede revelar más que el hecho de que la posibilidad

de desmembración de la propiedad suelo-subsuelo, se trata de una práctica harto aceptada y común.

Distintos usos en suelo y subsuelo

De igual forma, existe también una desconexión o independencia entre la ordenación urbanística del subsuelo con respecto a la del suelo.

Así puede hablarse de una posibilidad de usos distintos en el suelo y en el subsuelo, según los haya determinado el planeamiento.

La Sentencia de 22 de mayo de 1979 (Ar. 2879), trata la desconexión de usos entre suelo y subsuelo. De forma que, estando prevista un área de aparcamiento en la superficie del terreno, en el proyecto que se discute se transforma en subterráneo; transformación que el Tribunal Supremo declara ajustada a derecho e incluso elogia debido a la mejoría que puede suponer para la zona verde.

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

Se confirma la desconexión de regímenes jurídicos posibles para el suelo y para el subsuelo, salvaguardando, en todo caso, eso sí, la necesidad de compatibilidad, dada la posible incidencia entre ellos. De esta forma, así como en esta última sentencia el TS muestra su agrado por el posible beneficio que puede producir esa modificación, se tiene muy en cuenta la posibilidad de una incidencia negativa en el suelo de cualquier actividad en el subsuelo.

En este orden de consideraciones está lo previsto por la Sentencia de 30 de junio de 1987 (Ar. 6596), que anula los acuerdos impugnados y ordena se otorgue la licencia solicitada para la perforación de un pozo, al no

estar expresamente prohibida por el Plan y ser compatible con el carácter de zona verde del terreno:

«... Del planeamiento urbanístico señalado extrae la Sociedad recurrente argumentos para sostener la posibilidad de la obra cuya construcción se insta, señalando además el carácter subterráneo de los trabajos realizados, en todo compatibles con el carácter de zona libre de los terrenos donde ellos van a tener lugar y la desproporción entre tales obras, por su carácter limitado y la exigencia de la redacción de plan especial para poder efectuarlas,... máxime cuando en este caso el juego del planeamiento actúa en sentido opuesto a la edificabilidad, pues mientras ésta sólo es factible cuando la autoriza el plan y en la forma que lo permite, salvo los casos de los arts. 85 y 86 de la Ley de Régimen del Suelo, el resto de las obras, primordialmente si como éstas son subterráneas y de mero sondeo, sólo puede denegarse cuando expresamente el plan las prohíbe, circunstancia que en el caso, cual se ha puesto de manifiesto, no se da».

Encontramos bastantes Sentencias en relación a la exigencia de previa licencia para las obras en el subsuelo artículo 1 del Reglamento de Disciplina Urbanística, en virtud del cual, se consideran como excavaciones los movimientos de tierra excepto aquellas que hayan sido programadas como obras ejecutables en un proyecto de urbanización definitivamente aprobado o de edificaciones que dispongan de licencia otorgada.

Así la Sentencia de 6 de abril de 1988 (Ar. 2619):

«... innecesaria la licencia, cuando el movimiento de tierras se realiza como una de las fases del proyecto de urbanización, criterio que viene a robustecer su exigibilidad, cuando se trate de una obra autónoma, independientemente de cualquier condicionamiento urbanístico, máxime al pronunciarse en el mismo sentido el art. 73 b) de la Ley del Suelo, sobre la prohibición de romper la armonía del paisaje o desfigurar la perspectiva propia del mismo con cualquier tipo de movimiento de tierras que a título enunciativo ejemplifica el Reglamento citado, aludiendo a las obras de desmonte, explanaciones, excavaciones y terraplenado, preceptos directamente obligatorios, per se, aunque no estuvieran recogidos en ningún plan y que sugieran unas facultades de intervención para ejercer el control de tan variadas actividades, imposible de realizar sin la obligatoriedad de su sometimiento a licencia municipal.

... de modo que aunque las actividades mineras de la empresa, que conlleven el movimiento de tierras, no supongan como las puramente urbanísticas ese conjunto de técnicas de creación y desarrollo de las ciudades, sino la simple distribución y utilización racional del espacio, fuera incluso de los núcleos habitables, tiene su acogida en la Ley del Suelo y en lo que una explotación minera a cielo abierto tiene de modificación de la superficie en la que actúa, por la formación de escombreras, depósito de mineral y acarreo del mismo, incide sin duda en la fisonomía del paisaje, cuyo control está confiado a los ayuntamientos a través de sus facultades de intervención en el uso del suelo, según los artículos 178 y 179 de la misma Ley, ejercitadas sin merma las demás competencias concurrentes, cuyas respectivas autorizaciones no excluyen la necesidad de obtener licencia municipal para legalizar las obras, propósito que no puede considerarse logrado hasta que no coincidan todas las dispensas que individualmente deban obtenerse».

Sentencia de 26 septiembre 1988
(Art. 7260):

«... Sin que en contra quepa validamente argumentar con la finalidad no urbanística de dichos movimientos de tierras, por cuanto el Ordenamiento contenido en dicha Ley y el citado Reglamento no se detiene en lo propiamente urbanístico, tal como la apelante lo entiende, sino que se amplía a la total disciplina del suelo sobre el que cualquier actividad, sea de urbanización o no, deba desarrollarse, a fin de preservarlo para el cumplimiento del destino que, bien por la ley o bien por el planeamiento se le haya señalado...»

Y en el mismo sentido, 10 de octubre de 1988 (Ar. 7466).

Redes de servicios

El uso del subsuelo está también limitado por el respeto a las servidumbres impuestas por razón del trazado de las redes de servicios municipales o para la protección de vías de comunicación o redes de telecomunicación.

Las características y trazado de tales redes de servicio corresponde en todo caso al Plan General de Ordenación Urbana (art.72.3 A g-) y al Plan Parcial (art. 83.2g-).

El planeamiento es el instrumento que debe imponer la instalación o modificación del trazado de las redes de servicios, exigiendo el

Tribunal Supremo con gran rigor su efectiva vigencia:

«...siendo claro que las normas de revisión del Plan General de Ordenación no tiene vigencia hasta la publicación de su aprobación definitiva, es evidente que los mencionados condicionados que el Ayuntamiento apelado impuso a la licencia de autos exigiendo la instalación de una tubería de 100 milímetros de diámetro y una boca de incendio en el lugar que determinase la Oficina Técnica Municipal, no podían ampararse en las normas no vigentes de dicho Plan General...por lo que desaparecido el soporte del Plan General para imponer tales condiciones, queda por ver si los acuerdos recurridos podían establecerlos al amparo de la aludida norma 5.2 del R.D. 2059/81, de 10 de abril que cita la sentencia apelada ... esa norma constituye una exigencia a incluir en el planeamiento para la ordenación de terrenos cuando se trate del trazado de redes de abastecimiento de agua. No es, por tanto, una norma de aplicación directa sin planeamiento, sino que se refiere de manera expresa a la ordenación y urbanización de terrenos a través de figura de planeamiento que prevean y establezcan la ordenación y urbanización de terrenos que incluyan trazado de redes de abastecimiento de agua.» STS. 21 febrero de 1989 (Ar. 1285).

Se anula, por tanto, en apelación el acuerdo de la Comisión Permanente del Ayuntamiento de Algemesí, que había condicionado la licencia de obras para abrir una zanja e instalar una tubería a que la tubería tuviese cierta medida y a que se instalase una boca de incendios. El Tribunal Supremo no considera que el estar previsto esa exigencias en la norma básica para la edificación, aprobada por R.D. 2059/81 sea suficiente para que sea legal dicha imposición, ya que tal norma no es de aplicación directa sino que debe estar recogida en el Plan.

Las determinaciones de la normativa urbanística sobre el trazado de las redes de servicios, tendrán, en todo caso, prevalencia con respecto a lo establecido en el contrato, que sólo será aplicable en municipios en los que el Plan no regule el tema.

Se encuentra abundante Jurisprudencia en relación a conflictos planteados por la instalación de estas redes, manteniendo este criterio sin vacilaciones el Tribunal Supremo en todas las Sentencias dictadas:

«... en ausencia de una normativa urbanística aplicable, que disponga expresamente la

obligatoriedad para las conducciones telefónicas, que se realicen en inmuebles como las de actual referencia, tanto en edificios como en los terrenos donde los mismos se ubiquen, de instalación de forma subterránea, como la Administración apelante pretende –norma que, ciertamente, en caso de existir prevalencia al respecto, sobre las estipulaciones del contrato de concesión celebrado entre el Estado y la Compañía Telefónica Nacional de España, aprobado por Decreto de 31 de octubre de 1946–, ha de estarse a lo dispuesto en el apartado 7º de la Base 15, del referido contrato de concesión; pues bien, esta Base además de señalar la obligatoriedad de que en los denominados «barrios céntricos» de las ciudades importantes los alambres y cables serán en general subterráneos, establece la excepción de poderse instalar dichos elementos conductores de telefonía, mediante cables o alambres aéreos con los «apoyos que se consideren más adecuados», de donde resulta que, a falta de normativa urbanística vigente al respecto, la forma de instalación subterránea de tales elementos viene determinada en función a la condición expresada de «barrio céntrico» de ciudades importantes, la cual, como ya tiene declarado esta Sala en reiteradas sentencias, ha de inferirse conforme a la realidad y concepción urbanística actual; por ello, al no haberse acreditado en las actuaciones dichas circunstancias para la exigencia de la forma de instalación pretendida por la Administración ahora apelante, no es posible aplicar dicha normativa en el sentido que la misma postula.

Por otra parte, el adecuado funcionamiento del servicio telefónico, atendida su especial naturaleza jurídica, entraña un «interés público» protegible de tal servicio, cuyo «interés público» ha de prevalecer sobre meros «intereses económicos» en disputa, que aun siendo muy respetables han de subordinarse a aquél; ahora bien, atendidas las circunstancias anteriormente expuestas, la exigencia de las condiciones de la instalación pretendida, –en forma subterránea–, además de no ampararse en normativa jurídica alguna, entrañan, más que una necesidad técnica, una perfección que lleva aparejado un costo desproporcionado no exigible cuando el gasto que el mismo origina repercute en la minoración de otras atenciones dado lo limitado de la disponibilidad presupuestaria para las mismas; por otro lado, no se puede ignorar que la Administración apelante trata de justificar su pretensión en unos posibles daños y perjuicios que la «instalación aérea» de la conducción podría en un futuro originar, pero tales posibles consecuencias no se demuestran ni siquiera indicariamente, en las actuaciones.» STS. 1 enero 1989 (Ar. 153).

«... La conjunción de las normas indicadas tanto las que regulan las relaciones entre el Estado y la

C.T.N.E. como las emanadas de la Ley del Suelo, con la prevalencia de estas últimas, en función de la alta urbanización de la zona afectada cuya calificación como «núcleo de urbanización» y «barrio céntrico» dentro de la ciudad por su notoriedad es algo incuestionado, a lo que hay que añadir y tener presente lo previsto en los artículos 3 apartado 2º y cuarto especialmente de la Ordenanza vigente los cables telefónicos han de instalarse necesariamente en galerías visitables y, no habiéndose llevado a efecto, en «subsuelo por canalizaciones entubadas» sin que sean admisibles los tendidos aéreos, consecuencia más acorde con la evolución de los tiempos, la necesidad de conservar la estética de las ciudades, que quedarían gravemente afectadas, en zonas de gran desarrollo urbanístico, con la instalación de postes de tendidos eléctricos o telefónicos, respondiendo así a la orientación progresista en la interpretación de las normas con una proyección tuitiva de los intereses más trascendentales de la comunidad, a cuyos servicios han de acomodarse las entidades enfrentadas y cuyo reflejo de inmediatividad con respecto a esta ciudad está representado por el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 7 de marzo de 1985, y su normativa complementaria...» STS. 23 de febrero 1989 (Ar. 1389).

Debe mencionarse la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1978 (Ar. 3690), que declaraba contrario a Derecho el otorgamiento de una licencia a título de precario. El Ayuntamiento otorgó la licencia para instalar un centro de transformación y la correspondiente línea aérea de alta tensión, condicionando la de la línea aérea en el sentido de concederla con posibilidad de revocación «cuando razones de interés público, urbanístico o de seguridad del vecindario, así lo aconsejasen, en cuyo caso podría exigirse la variación del tendido aéreo o su conversión en subterráneo».

«... que la elevación del rango del servicio a la categoría de «público», sin duda por cubrir una necesidad colectiva vital, dentro de las exigencias de la vida moderna, lleva consigo unas medidas de protección para el mantenimiento y regularidad del mismo, explicadas dogmáticamente mediante la condensación de este instituto como principio del servicio público; lo cual es por completo incompatible con la precariedad de la autorización...»

...dado el carácter reglado de toda autorización o licencia, según constante jurisprudencia, no existe la posibilidad de que la Administración pueda apartarse de los criterios que vengan adoptados en los preceptos legales de obligada observancia...»

Naturaleza subsuelo subyacente al Dominio Público

Otra de las cuestiones que se plantea en nuestra Jurisprudencia es la difícil tarea de decidir sobre si el subsuelo tiene la misma naturaleza jurídica del suelo o bien, su naturaleza puede ser distinta en base a los diversos usos y propiedades.

En favor de la tesis de atribuir al subsuelo la misma naturaleza que el suelo, encontramos algunas sentencias del Tribunal Supremo.

La Sentencia de 24 de julio de 1990 (Ar. 6673) se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de una habitación subterránea descubierta accidentalmente en el subsuelo al realizar una obras municipales, y declara que:

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

También trata esta cuestión la Sentencia de 20 de diciembre de 1986 (Ar. 1173), que anula la ocupación por silencio de una parte del subsuelo de la Plaza de la Constitución de la Villa de Cee, para la instalación de un depósito de gasóleo que había sido denunciada por un vecino y exige para la instalación el otorgamiento de la correspondiente licencia:

«... por cuanto, aunque es cierto que el concepto de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico no responde ya al viejo criterio quiritorio romano, dados los límites que establece, por ejemplo la legislación minera, si que todavía el concepto de propiedad del artículo 348 del Código Civil comprende el subsuelo más inmediato y su ocupación permanente por parte de un particular, cuando el dominio es público, cual en el caso acaece y dado que tal circunstancia no se discute en momento alguno, permite ello subsumir el caso, bien en el apartado segundo del citado artículo 59 del Reglamento de Bienes, bien en el apartado cuarto del mismo, ya que tal ocupación no sólo impide otra a realizar por un tercero, sino el mismo uso municipal, tan corriente en la actualidad, de instalación de redes de servicios, bien sean directamente prestados por la Corporación, bien sean efectuadas por concesionarios de ellos...»

La Sentencia de 13 de diciembre de 1988 (Ar. 9384), dictada en un recurso sobre reversión de terrenos expropiados por el

Ayuntamiento de Santander para la remodelación de una plaza, trata el caso de una petición de reversión por parte de los demandantes, que se produce cuando el Ayuntamiento adjudica la ejecución y explotación de un aparcamiento subterráneo en régimen de concesión. Los actores alegaban que dicha expropiación se llevó a cabo para remodelar la superficie de la plaza sin que el subsuelo se hubiera expropiado para construir en él un aparcamiento. La Sala de la Audiencia Territorial de Burgos reconoció el derecho a la reversión, pero el Tribunal Supremo estimó el recurso de apelación declarando que:

«... el aprovechamiento del subsuelo de la plaza por parte de la Corporación municipal es una facultad que le asiste como titular del dominio público sobre la misma, en aplicación «mutatis mutandis» del artículo 350 del Código Civil, por lo que en tanto la superficie ocupada por los inmuebles expropiados siga cumpliendo la misma finalidad que determinó su adquisición coactiva y subsista, por tanto, la afectación no puede haber derecho alguno de reversión.»

Las dudas se plantean en el momento de utilización real de ese subsuelo, al no existir normas al respecto, parecen posibles dos interpretaciones:

a) Considerar el subsuelo como dominio público, lo cual supondría una extensión del demanio no justificada, ya que la situación demanial surge en nuestro Ordenamiento como consecuencia de la afección objetiva del bien a un uso o servicio público o de una decisión legal específica.

b) Considerar el subsuelo como bien patrimonial. Esta solución es defendida, entre otros autores, por ARNAIZ EGUREN (1993: 110). Los aparcamientos subterráneos, que mantiene que «parece la solución más lógica si se admite el criterio de que la finca, sobre todo en el ámbito de la propiedad de la superficie terrestre, sino más bien como espacio cúbico susceptible de entenderse desde el punto de vista civil, como objeto independizado de derechos y desde el punto de vista urbanístico, como una realidad física a la que es posible atribuir un aprovechamiento determinado.»

Ahora bien, aceptar esta última tesis, nos lleva a plantearnos otras cuestiones, como muy bien señala ARNAIZ EGUREN, ya que, si atribuimos la condición de patrimonial al subsuelo subyacente al suelo de dominio

público no debe quedar sujeto a concesión, sino someterse al régimen de enajenación previsto para el patrimonio ordinario de las Administraciones Públicas, lo que supondría que cuando la transmisión tuviera carácter temporal habría de llevarse a efecto por vía de constitución de derecho de superficie. Sin embargo la circunstancia de que el suelo correspondiente tenga la condición de demanio implica la necesidad de que la utilización de los espacios relacionados con él se condicione en su uso a un deber de conservación y respeto al destino que tiene el suelo bajo el que se encuentran.

De tal forma que, la única figura que asegura cierto control administrativo es la de la concesión [STS de 20-XI-1986].

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

Así la posibilidad citada de utilización efectiva del subsuelo por el Ayuntamiento en la Sentencia de 20 de diciembre de 1986, y la pérdida de ese interés por parte del actor, que adquirió con la expropiación el Ayuntamiento en el caso de 13 de diciembre de 1988.

No son suficientes las Sentencias dictadas sobre esta cuestión, pero parecen confirmar las consideraciones arriba señaladas. Ante la ausencia de normativa, el Tribunal Supremo, intenta atender a los problemas concretos evitando los inconvenientes que podrían acarrear al caso unas u otras soluciones.

Cuestiones registrales

El artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario es que se refiere al acceso al Registro del derecho de subedificación, dice así:

«El derecho a elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo subsuelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del nº 3 de la ley y sus concordantes».

Sobre el tema de acceso al Registro abriendo folio como finca independiente, de una superficie subterránea, la Dirección General de Registros y Notariados se ha pronunciado ya en una ocasión.

Se debatía el tema de si era posible constituir como una sola finca, a efectos registrales, un aparcamiento subterráneo con porciones de terreno de varias fincas, situado bajo las mismas.

La Resolución dictada por la Dirección General de Registros y Notariado el 13 de mayo de 1987 (Art. 3855) lo niega:

«... en los folios de cada una de las fincas de procedencia debe seguir constando el dominio con su natural alcance en profundidad (sin marcas sectoriales), si bien debe expresarse en el mismo folio la limitación que para tal dominio implican los derechos que otros tiene sobre la unidad subterránea.

... En resumen, no hay propiamente segregación, sino afectación de determinados sectores subterráneos de las fincas de procedencia».

El resto de Sentencias del Tribunal Supremo sobre el objeto de estudio, son ya más difíciles de clasificar por temas. Cada una de ellas trata alguna cuestión puntual sobre el mismo, normalmente de forma muy indirecta, pero es de notable interés analizar también su contenido.

Entre estas Sentencias estaría la de 11 de julio de 1990, que declara la improcedencia de aplicar ordenanzas de sótano a un espacio que considera semisótano, pronunciándose así a cerca de la diferencia conceptual de las dos figuras:

«... a este local en forma alguna puede considerárselo subterráneo, o en planta de sótano, siendo su situación real la de semisótano, y que por uno de sus lados, el que corresponde con la fachada principal del edificio, tiene su techo a nivel más alto que la rasante de la calle General García Escámez, y por otros dos, los que se consideran lateral izquierdo y fondo, da a un «patio inglés» o foso abierto entre sus muros y el terreno circundante, de tres metros de anchura, cuyo suelo se encuentra a igual nivel que el local, existiendo en aquel lado dos ventanas rasgadas que le proporcionan ventilación y en éstos, en plano inclinado, primero y horizontal después la rampa de bajada al mismo y las entradas a él, están formadas por tres puertas correderas con reja en un tercio de su superficie características constructivas que incluso permitirían considerarlo como algo más que

semisótano y en una situación intermedia entre semisótano y planta baja, ...»

Otras dos Sentencias a señalar son las de 30 de junio y 30 de septiembre de 1981, que se pronuncian sobre la posibilidad de cambiar el uso establecido para los espacios subterráneos, al haberse transmitido como libres tales locales, cuando en realidad estaba condicionado el otorgamiento de la licencia al destino efectivo a tales usos.

El Tribunal Supremo es claro en ambos supuestos, y afirma que en cualquier caso se trata de una limitación de la propiedad por razones urbanísticas, de carácter «ob rem» (se transmite con la cosa), que el adquirente debe asumir pese a su buena fe registral.

Sirve como base argumental el hecho de que los usos impuestos: aparcamiento subterráneo, tienen una finalidad en el Plan, sirven para liberar la superficie de un posible colapso.

«... se trata de la necesidad de mantener la eficacia del mencionado destino de aparcamiento, impuesto en su día a la superficie en que el propio recurrente reconoce pretende situar la actividad aquí cuestionada, resulta insoslayable, y ello por las razones siguientes:

a) Porque aún cuando las normas urbanísticas del P.G.O.U. de Valencia y su comarca adaptado a la solución Sur,... prevean sólo a nivel de P.P.- y, por tanto, no entre las disposiciones relativas a la edificación o uso y aprovechamiento del suelo- el establecimiento de áreas de aparcamiento de vehículos, y aún cuando esta previsión pudiera entenderse que va literal y fundamentalmente dirigida a la consecución de aparcamientos en superficie de carácter público como requisitos de equipamiento urbanístico del sector afectado por el Plan, es lo cierto que la verdadera «ratio legis» del precepto no es otra que la de arbitrar la más amplia solución del hoy acuciante problema suscitado por el progresivo aumento de vehículos o de toda índole y la perentoria necesidad en que se encuentran las Corporaciones Locales, de modo principal las de las grandes poblaciones, de proveer adecuadamente a su estacionamiento, a fin de hacer posible la mayor fluidez en la circulación y de evitar el colapso total del tráfico viario, y que, por ende, como quiera que la finalidad de albergar los vehículos de sus diferentes moradores, o de la mayor parte de ellos, persigue la misma finalidad y descansa en idéntico fundamento, resulta obvio que dicha condición en manera alguna podrá calificarse de arbitraria y desamparada del necesario respaldo normativo, sino, antes al contrario, dotada del suficiente, con base en la misma norma urbanística antes citada,».

Por el contrario, en la Sentencia de 12 de diciembre de 1989, el Tribunal Supremo admite la conversión de un sótano destinado igualmente a garaje, en archivo ya que el aumento que tal operación llevaba no superaba la edificabilidad permitida.

La Sentencia de 6 de julio de 1992, afirma la presunción de que el propietario del suelo lo es también del subsuelo, al declarar que:

«... dicho precepto sienta el principio de que el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, ya continuación señala la extensión y límites de sus poderes. Luego es claro que si «Construcciones Escolares S.A.» adquirió la superficie que constituye la finca 2a tal y como queda representada en los planos, todo lo que fuese de propiedad ajena (aquí, en hipótesis, de la finca 2b) que estuviese dentro de su superficie debería de hacerse constar en los títulos de los demandados. Eso es lo que afirma la sentencia recurrida, y lo que no vulnera la carga probatoria; nadie tiene que probar de modo específico que el subsuelo de su finca es suyo, le basta con la prueba de su propiedad sobre la superficie «prima facie».

La Sentencia de 3 de abril de 1984, realiza una interesante interpretación del artículo 350 del Cc. En ella se confirma que la interdicción del abuso de derecho (consagrada en el artículo 7.2 del Cc) impide que el propietario rechace el uso de su subsuelo, cuando tal uso no le causa ningún daño («ius inociu»).

Así, el Tribunal Supremo, estima que ha habido una vulneración al art. 350 del Cc, al condonar la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona a los demandados a retira unos anclajes, cables y otros elementos, hoy inservibles, introducidos en el subsuelo de una finca.

«... que si bien es cierto que el artículo 350 del Cc está previsto para proteger el derecho de propiedad, es el propio precepto el que admite limitaciones al dominio, y sus términos no pueden en los actuales tiempos, dado el progreso de la técnica, mantenerse de una forma rigurosa y absoluta cuando las relaciones de vecindad, principalmente en los grandes núcleos de población, exigen la acomodación de técnicas constructivas a los nuevos adelantos universalmente aceptados. La interpretación del precepto debe hacerse sin merma de los derechos dominicales, pero sin exagerados protecciónismos, sobre todo, en los casos de inmisión, cuando, como consecuencia de ella, no se hayan derivado perjuicios, como en el caso que se

examina, en el que toda la limitación del derecho de uso del subsuelo del actor se ha reducido a la permanencia en su interior de unos cables o anclajes inservibles, utilizados para montar un muro pantalla... la retirada de los cuales originaría unos cuantiosos gastos, cuya ejecución en modo alguno puede ampararse en el pre citado

artículo 350 del Cc, cuando la realidad probada acredita que ningún perjuicio ha sufrido el actor como consecuencia de la inmisión, por lo que no puede pretender la tutela del precepto, lo que supondría una aplicación del mismo que traspasa el interés protegible del dueño, con merma de las normales relaciones de la vecindad y convivencia.»

BIBLIOGRAFÍA

- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE TÚNELES Y OBRAS SUBTERRÁNEAS (A.E.T.O.S.) (1990): *Los túneles de España en cifras.*
- ARNÁIZ EGUREN, Rafael (1993): *Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica su acceso al Registro de la Propiedad*, 1.^a ed. Editorial Civitas, Madrid.
- CASTÁN TOBEÑAS, José (1950): *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. II. 7^a ed. Ed. Reus, Madrid.
- DÍEZ PICAZO, Luis (1978): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II, Editorial Tecnos, Madrid.
- GALLEGOS ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH y Díaz Lema (1986): *El Derecho de Aguas en España*, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid.
- GARCÍA-BELLIDO y GARCÍA DE DIEGO, J (1994a): «Configuración de la propiedad desagregada: dualidad de derechos en la propiedad inmobiliaria», *Revista de Derecho Urbanístico* 138 y 139.
- (1994b): «La ordenación urbanística del subsuelo». CyTET, XXVIII, 109: Madrid.
- GIBSON Michael (1984): *Monstruos, dioses y hombres de la mitología griega*, 9^a ed. Ed. Anaya, Madrid, 1990.
- GIMERA PEDRAZA (1961): «El Derecho de Subsuelo», *Anuario de Derecho Civil* t. I, fasc. 1º.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ Jerónimo (1925): «Extensión del Derecho de propiedad en sentido vertical», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 1.
- JUNCÀ UBIERNA José Antonio (1990): *El Túnel. II. Historia y mito*, Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos y Centro de Estudios y Experimentación de obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, Madrid.
- NIETO, Alejandro (1970): «El subsuelo urbanístico», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 66, abril-junio.
- PAREJO ALONSO, Luciano (1994): «Algunas reflexiones sobre las cuestiones básicas del Régimen Jurídico del subsuelo». CyTET, XXVIII, 109:
- SAINZ MORENO Fernando (1990): «El Subsuelo urbano», *Revista de Administración Pública* 122.
- SUSTAETA ELUSTIZA, Angel (1978): *Propiedad y Urbanismo*, Editorial Montecorvo, Madrid.
- VILLACAÑAS GONZÁLEZ, Pedro (1953): «La propiedad en sentido vertical», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 302, julio-agosto.
- WOLFF Martín (1947): *Derecho de cosas*. 3^º t., vol 1^º, 2^a ed., traducida y anotada por Pérez González y Algur, Bosch, Madrid.