

La división en volúmenes de la propiedad pública en el ámbito urbanístico

María de los Ángeles Fernández Scagliusi.

Becaria de Investigación.
Universidad de Sevilla.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LAS OPERACIONES DE DIVISIÓN DE LA PROPIEDAD PÚBLICA EN EL CONTEXTO DE LA TEORÍA GENERAL DEL DOMINIO PÚBLICO. II. DIVISIÓN EN VOLÚMENES DE LA PROPIEDAD PÚBLICA EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO. III. VÍAS DE APERTURA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD DIVIDIDA. 1. La división vertical de la propiedad demanial. 2. Aplicación práctica de la operación de “división en volúmenes”. A. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. B. La doctrina del Tribunal Supremo. 3. La exigencia de desafectación previa. ¿La división en volúmenes de la propiedad pública arrastra el régimen jurídico demanial?

RESUMEN:

El régimen jurídico de los bienes demaniales se ha caracterizado tradicionalmente por el mantenimiento riguroso de los dogmas que lo presiden: inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad. Consecuentemente, esta clase de bienes se ha resguardado de todo acto que pudiera suponer la adquisición del bien o de cualquier derecho sobre el mismo por parte de un particular. Al considerarse, sin embargo, que el tráfico jurídico privado menoscaba la función pública de los bienes demaniales, sí se ha admitido la constitución de derechos de ocupación concedidos por la Administración en forma de autorizaciones y concesiones demaniales, que sólo ocasionan el nacimiento de derechos reales de carácter estrictamente administrativos que no contravienen el principio de inalienabilidad.

Frente a esta visión hiperprotectora del principio de inalienabilidad, surge la conveniencia de matizar sus efectos siempre y cuando —y esto es clave— el destino demanial al que están afectos los bienes no se vea perjudicado. Ahondando

en esta idea, el ordenamiento jurídico está virando hacia una tendencia favorable a admitir la constitución de derechos reales civiles a favor de particulares sobre el demanio. Debido a que, además, toda la protección otorgada a la propiedad pública obstaculiza ciertas operaciones urbanísticas en la órbita del urbanismo, se ha posibilitado un derecho real de uso de naturaleza enfiteútica: el derecho de superficie, cuya constitución no deja de plantear elementos problemáticos. Cuando este derecho de superficie grava el suelo o el subsuelo de una propiedad pública da lugar a la transmisión onerosa del dominio útil de esas parcelas divididas. Al cederse el derecho de propiedad pleno de las mismas se hace uso de la posibilidad prevista en el urbanismo de que la propiedad se estratifique en fincas separadas en la superficie o rasante, el vuelo o el subsuelo. Este fenómeno nos sitúa ante los supuestos de división en volúmenes de la propiedad, estratificación o segregación vertical de parcelas plenamente asumida por la legislación urbanística, cuyo análisis es objeto del presente trabajo.

Palabras clave:

Propiedad pública; régimen jurídico de los bienes demaniales; urbanismo; derecho de superficie; división en volúmenes; subsuelo; desafectación.

ABSTRACT:

Public property's legal system has been characterized by the strict maintenance of their dogmas. Consequently, this type of assets have been protected of acts that could suppose their acquisition or any right by an individual. However, providing that it has been considered that only private's traffic reduces the public duty, it has been accepted the establishment of rights of occupancy granted by the Administration in the form of authorizations and licenses, originating rights in rem strictly administrative.

Against this abstract point of view of the principle of inalienability, appears the convenience of qualifying their effects as long as the state-owned land target is not damaged. Expanding on this idea it has started a trend in favor of admitting the constitution of civil rights in rem for individuals. Due to all this protection, certain urban operations have been hindered and therefore it has enabled the division into volume of property, stratification or vertical segregation of parcels fully accepted by the planning legislation which is the subject of this article.

Key words:

Public property; public property's legal system; urbanism; rights in rem; division into volumes; underground.

I. INTRODUCCIÓN: LAS OPERACIONES DE DIVISIÓN DE LA PROPIEDAD PÚBLICA EN EL CONTEXTO DE LA TEORÍA GENERAL DEL DOMINIO PÚBLICO

El Derecho de las propiedades públicas está impregnado de influencia de la dogmática clásica, uno de cuyos postulados más asentados es que la mejor garantía para preservar la integridad de los bienes demaniales y garantizar su destino público es sustraerlos al tráfico jurídico-privado, de manera que ni la Administración ni los particulares pueden disponer libremente de los mismos mientras conserven ese carácter demanial.

Como efecto directo de esa concepción, en nuestro entorno jurídico nacional ha sido tradicional el mantenimiento riguroso de los dogmas que configuran el régimen jurídico exorbitante de los bienes demaniales: inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad. El demanio está caracterizado por un régimen estricto que trata de mantener esos bienes, evitando negocios jurídicos que puedan perjudicarlos. El art. 132.1 de la Constitución se hace eco de esas tres notas básicas de protección del dominio público al afirmar: «la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación». Asimismo, el art. 6 a) LPAP proclama que «la gestión y administración de los bienes y derechos demaniales por las Administraciones públicas se ajustarán a los siguientes principios: a) inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad».

Aunque la Carta Magna no define lo que entiende por las reglas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, estos conceptos, nacidos como mecanismos de protección se interpretan comúnmente de un modo consabido que, no obstante, conviene recordar¹.

En primer lugar, inalienable significa que no se puede realizar ningún acto traslativo del dominio público mientras los bienes tengan el carácter de dema-

¹ Sobre esta cuestión son de destacar los trabajos de CLAVERO ARÉVALO, M., «La inalienabilidad del dominio público», *Revista de Administración Pública*, núm. 25, 1958; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre la imprescriptibilidad del dominio público», publicado en *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955; PAREJO GAMIR, R. y RODRÍGUEZ OLIVER, J.M., *Lecciones de dominio público*, ICAI, Madrid, 1976; y SAINZ MORENO, F., «El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración Pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999.

niales. Cuando dicha regla se infringe, esto es, en los supuestos de transmisión de bienes demaniales a particulares, la consecuencia jurídica es la nulidad absoluta de los contratos de enajenación por falta de objeto². En segundo lugar, la imprescriptibilidad supone que los bienes de dominio público no pueden ser objeto de prescripción adquisitiva y que no pueden perder su carácter público por el transcurso del tiempo. En otros términos, frente a la posibilidad de la adquisición de la propiedad de los bienes privados ajenos, incluso los patrimoniales de la Administración por quien los posee durante un cierto tiempo (arts. 1957 y 1959 del Código civil), los bienes de dominio público no pierden esa condición, ni la Administración su titularidad, cualquiera que fuese el tiempo de posesión por los particulares. En cuanto a sus efectos, esta regla impide no sólo la pérdida a favor de un particular de la titularidad total del bien demanial, sino también la pérdida de sus partes físicas o de parte de sus facultades jurídicas y, en consecuencia, tampoco pueden adquirirse por prescripción servidumbres sobre bienes de dominio público³. Finalmente, la regla referida a la inembargabilidad ocasiona la imposibilidad de que se dicte mandamiento de ejecución o providencia de embargo contra los bienes demaniales, evitando así quebrantar el interés general mediante la interrupción del uso o servicio público al que están afectos los bienes.

De esta manera, la Constitución coloca al dominio público en un régimen de total indisponibilidad, resguardándolo de todo acto consciente o inconsciente, directo o indirecto, que pueda suponer la adquisición del bien o de cualquier derecho sobre el mismo por parte de un particular⁴.

En este contexto, la regla de la inalienabilidad es entendida en el sentido más amplio y rígido posible, prohibiendo todo acto de disposición sobre el

² Como sostiene SAINZ MORENO, «El dominio público...» *op.cit.*, p. 506: «Las cosas inalienables están fuera del comercio de los hombres y, por consiguiente, no pueden ser objeto de contrato (art. 1271 del Código Civil). Su propietario no puede disponer de ellas, transmitiéndolas a otro, mientras conserven este carácter. (...) A diferencia de lo que sucede con los bienes patrimoniales, cuya enajenación está «prohibida» en tanto que no la autorice el órgano competente (arts. 61 y ss. de la Ley del Patrimonio del Estado), la enajenación de los bienes de dominio público es imposible jurídicamente en tanto conserven ese carácter. Su enajenación, por tanto, no constituye un negocio jurídico contrario a una prohibición o viciado de incompetencia, sino un negocio sin objeto posible (art. 1261.2, en relación con el 1271 del Código Civil (...)).»

³ CARRILLO DONAIRE, J.A., *Las servidumbres administrativas (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 162-163.

⁴ GONZÁLEZ GARCÍA, J., «Notas sobre el régimen general del dominio público» publicado en *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 81 y ss.

bien, tanto de la propiedad como de constitución sobre el mismo de derechos reales limitados de goce, de crédito y cualesquiera otras posibles cargas⁵.

Este impedimento de someter los bienes de dominio público a tráfico jurídico, colocándolos en una caja blindada que los resguarde de los negocios de Derecho privado fue explicado por MARTÍNEZ USEROS⁶ argumentando que el principio sustancial de la teoría del dominio público es la inalienabilidad por los procedimientos de Derecho privado, a causa del daño o peligro que pudieran causarle a la afectación o destino.

No obstante, dado que se considera que sólo el tráfico jurídico privado menoscaba la función pública de los bienes demaniales, no existe inconveniente en admitir que sí sean objeto de tráfico jurídico administrativo, consintiendo derechos de ocupación concedidos por la Administración en forma de autorizaciones y concesiones demaniales que ocasionan el nacimiento de derechos reales de carácter estrictamente administrativo (más precarios y limitados en sus efectos que los derechos reales de carácter civil). De las principales diferencias existentes entre los derechos reales administrativos y los derechos reales de carácter civil merecen ser destacadas las siguientes⁷:

En primer lugar, los derechos reales administrativos están siempre sujetos a plazo o término, mientras que los derechos reales civiles se caracterizan por su naturaleza perpetua. Por otro lado, los derechos reales administrativos sólo pueden ser adquiridos por título administrativo traslativo (concesión o autorización de uso especial), por lo que no son susceptibles de prescripción adquisi-

⁵ Esta visión absoluta del principio de inalienabilidad para garantizar la inseparabilidad de los bienes de la función pública y el mantenimiento de la titularidad administrativa fue explicada por CLAVERO ARÉVALO, M., en su obra «La inalienabilidad...», *op. cit.*, pp. 11 y ss., afirmando que: «La inseparabilidad de los bienes de su destino público constituye la meta y la razón de ser de la inalienabilidad. Sólo cuando el interés público exige tal separación, ésta se produce con la desafectación determinante del cese del dominio público y de la inalienabilidad. Pero la regla de la inalienabilidad no sólo protege la afectación a una función pública, sino que la protege de una manera específica y propia. Protege la afectación conservando la titularidad administrativa o pública de los bienes. (...) Reducir la inalienabilidad a la protección del mero goce o de la afectación, es admitir la validez de todas las transmisiones que no perjudiquen tal afectación. Ello supone negar la inalienabilidad del dominio público, porque la protección del uso y del goce administrativo se consigue con simples medidas de policía».

⁶ MARTÍNEZ USEROS, E., «Imprudencia de servidumbres sobre dominio público» publicado en el libro homenaje al profesor GARCÍA OVIEDO, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, Sevilla, 1954, pp. 137 a 176.

⁷ CARRILLO DONAIRE, J.A., *Las servidumbres... op. cit.*, pp. 163-167.

tiva. En cambio, los derechos reales civiles, como contemplan los arts. 1930 y 1940 del Código civil, sí pueden hacerlo. Otra característica diferenciadora entre ambas figuras es el carácter revocable de las concesiones y autorizaciones demaniales, del que deriva su falta de eficacia *erga omnes*. Los derechos reales, por su parte, sí pueden ser oponibles *erga omnes* ya que su carácter absoluto implica que los mismos puedan hacerse valer contra todos incluso coactivamente. Finalmente, el titular de la concesión o autorización no puede ejercer por el mismo y en nombre propio las acciones posesorias frente a perturbaciones de terceros; en cambio, frente a las lesiones o perturbaciones de terceros, el titular del derecho real civil tiene a su disposición las acciones posesorias.

Frente a la tradicional enunciación del principio de inalienabilidad del dominio público hiperbólica, surge la conveniencia de matizar sus efectos, dado que su pretensión esencial no es tanto la garantía de un régimen de apropiación⁸ como de destino. Si el destino demanial al que está afectado el bien no se ve perjudicado, el dogma de la inalienabilidad continúa cumpliendo su objetivo. La demanialidad pública debe limitar sus exigencias a rechazar sólo aquellas alienaciones que contraríen la afectación demanial. Como argumenta PAREJO ALFONSO⁹: «*Si el aseguramiento de la servicialidad de las cosas o los bienes al fin público puede producirse sin necesidad del sacrificio de su situación en el tráfico jurídico-privado, basta –conforme al ordenamiento en vigor, y según acredita el art. 33.2 de la Constitución y numerosa legislación ordinaria (la urbanística, la de costas, la de carreteras, etc.)–, bien con la delimitación jurídico-pública del contenido de los derechos reales, bien con la limitación del mismo o la imposición de servidumbres*».

Ahondando en esta idea, en los últimos tiempos se ha iniciado una tendencia en el ordenamiento jurídico favorable a admitir la constitución de derechos reales civiles a favor de particulares sobre el dominio público cuando su constitución no comprometa la afectación ni el destino público de estos bienes¹⁰.

⁸ El Tribunal Constitucional, en su sentencia 227/1998, de 29 de diciembre, ha precisado que el significado de la institución jurídica del dominio público no es el de una forma específica de la apropiación. Al respecto, señala que la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión a través de unas reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*. Así, el bien de dominio público es, ante todo, *res extra commercium*.

⁹ PAREJO ALFONSO, L., «Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general», en *Revista de Administración Pública*, núm. 100–102, 1983.

¹⁰ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, Tomo I, Madrid, 2006.

El estado de las cosas va implantando esta orientación del ordenamiento, que pretende así reducir las limitaciones para los ocupantes privativos del dominio público que sustentan su derecho en una autorización o concesión demanial. Esta posibilidad de que algunas ocupaciones demaniales se basen en un título civil y no en un derecho real administrativo, junto a la limitación de la extensión de la demanialidad de la obra pública para aumentar la financiación privada de infraestructuras¹¹, han sido propuestas por la doctrina¹² ya que la extensión excesiva del régimen exorbitante del dominio público produjo consecuencias perjudiciales en la gestión y administración de los bienes demaniales, así como dificultades en el uso por terceros y una menor flexibilidad y rentabilidad en su gestión. En este contexto debe mencionarse el hecho que en otros países de nuestro ámbito jurídico¹³ y especialmente en Francia¹⁴, se haya reaccionado frente a la expansión excesiva del ámbito objetivo de la demanialidad pública y de su régimen jurídico.

¹¹ Como expresa CARRILLO DONAIRE, J.A., en su obra *Las servidumbres... op. cit.*: «La necesidad creciente de infraestructuras que demanda la sociedad contemporánea está siendo suplida por las Administraciones públicas acudiendo a fórmulas novedosas de ingeniería jurídica que permiten un alto grado de privatización de la construcción y explotación de bienes públicos. Esta colaboración público-privada, se conecta directamente, en el ámbito de la gestión patrimonial pública, con las nuevas modalidades contractuales que se sitúan en la órbita de las obras públicas y de la financiación privada de infraestructuras. Desde la perspectiva de la contratación, estas fórmulas se materializan en contratos atípicos que han conocido un gran desarrollo en la práctica, aunque ha de reconocerse que en este ámbito la legislación ha caminado muy por detrás de la realidad, lo que ha tenido que ser mitigado con la utilización sesgada y parcial de cláusulas generales y tipos contractuales de la contratación administrativa».

¹² PAREJO ALFONSO, L., en su trabajo «Dominio público...» *op. cit.*, p. 2401 señala: «En la actualidad, por tanto, es una pretensión absurda continuar poniendo en cuestión que sobre los bienes de dominio público recaen, al igual que sobre los que no lo son, verdaderos derechos reales y, desde luego, el pleno de la propiedad».

¹³ Véase BARCELONA LLOP, J., «Novedades en el régimen jurídico del dominio público en Francia», *Revista de Administración Pública*, núm. 137, pp. 549 y ss. Y más reciente MOREU CARBONELL, E., «Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las "obligaciones de dominio público"», *Revista de Administración Pública*, núm. 161, 2003.

¹⁴ El autor que más incisivamente ha estudiado esta posibilidad es Yves GAUDEMET. De sus trabajos pueden verse: *La superposition des propriétés privées et du domaine public*, *Rec. Dalloz Sirey*, 1978, pp. 293 y ss; *Les constructions en volume sur le domaine public*, *Cah. jur.élect. ed du gaz*, 1991, pp. 297 y ss; y *Division en volumes*, *Juris-Classeur, Droit Administratif*, fasc. 40, 2000. En esta misma línea véase YOLKA, Ph., *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, París, 1997, pp. 392 y ss.

II. DIVISIÓN EN VOLÚMENES DE LA PROPIEDAD PÚBLICA EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO

La posibilidad de dividir en volúmenes la propiedad pública debe tomar como punto de partida el hecho de que la afectación a una utilidad pública fija un régimen de protección especial del dominio público, dirigido al cumplimiento de sus exigencias, pero ceñido también a los requerimientos de la misma. Y es que la dogmática clásica ha formulado el principio de inalienabilidad otorgando a sus efectos la máxima amplitud posible. Se ha entendido dicha regla en un sentido absoluto y abstracto, perdiendo su origen funcional e instrumental y, consecuentemente, sus limitaciones. Según esta interpretación sumamente estricta de la regla de la inalienabilidad, no cabe constituir ningún tipo de derecho real sobre el dominio público. Sin embargo, esta rigidez tradicional no debe hacernos perder de vista la verdadera razón de ser del régimen demanial: la afectación a una finalidad pública. Debe tenerse en cuenta que la Constitución establece que el régimen jurídico de los bienes de dominio público se inspira en el principio de inalienabilidad, pero no obliga a que dicho principio se aplique de manera absoluta.

Por ello, salvaguardando el destino demanial del bien, no hay motivo para extender la demanialidad en sentido físico más allá de lo requerido por la afectación, es decir, siempre que la afectación no sufra se puede emplear la práctica de las “divisiones en volúmenes de la propiedad”, que implica la creación de distintas fincas mediante la división de las mismas: una superficiaria, de dominio público y otra, que, tras su desafectación, queda configurada como un bien patrimonial. No existe causa para mantener obligatoriamente la demanialidad del subsuelo y del vuelo, en los casos en que éstos no participan de la afectación pública que grava la superficie. Al considerar que la demanialidad de la superficie de un terreno conlleva también la demanialidad del vuelo y del subsuelo se manifiesta la confusión entre el concepto civil de accesión¹⁵ y el régimen exorbitante del dominio público que debería limitarse a las exigencias de la afectación y no extenderse sin justificación. Si en todo o parte del vuelo o subsuelo de un terreno demanial se ha perdido la finalidad pública o ésta no

¹⁵ Según la teoría civilista de la accesión, el propietario del suelo lo es también, en ausencia de título contrario, del subsuelo y del vuelo. Hay que recordar que el art. 350 del Código civil establece: «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, salvo las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía».

es necesaria, no hay impedimentos para permitir la convivencia de dependencias demaniales y de propiedad privada sobre un mismo bien.

Como ha explicado GAUDEMET¹⁶:

«La demanialidad no representa tanto un régimen de apropiación como una realidad dominada por el concepto de afectación; afectación a una utilidad pública que determina un régimen de protección específico, orientado a las exigencias de dicha afectación, pero limitado también a los requerimientos de la misma. La demanialidad pública no es en puridad un régimen de propiedad, sino un régimen de Derecho público ligado a las exigencias del interés público, que tiene por ello —podría decirse— un carácter más funcional que real o patrimonial. Sin embargo, este dato básico es insuficientemente apreciado». Por ello, la orientación general de la futura evolución: «(...) debería recentrar el régimen jurídico-público del dominio público sobre el único elemento que justifica dicho régimen: la afectación de ciertos patrimonios públicos al servicio de utilidades públicas directas».

Este mismo autor expone¹⁷:

«El dominio público sólo se prolonga en volumen en la medida que la afectación lo requiera; es decir, los volúmenes superpuestos o subyacentes al dominio público no forman parte de éste si son indiferentes al fin o afectación a la que se destina la superficie o dependencia demanial en cuestión».

Esos volúmenes que no tienen por qué formar parte del dominio público pueden transmitirse y utilizarse para constituir fincas separadas, sirviendo para usos urbanísticos diferentes. De esta forma, si sobre el vuelo, el suelo o el subsuelo¹⁸, previamente desafectado, se admite que se constituyan derechos de su-

¹⁶ GAUDEMET, Y., «El futuro del Derecho de las propiedades públicas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 40, 2000, p. 14 (traducido por CARRILLO DONAIRE, J.A., de la versión original, titulada “*L’avenir du droit des propriétés publiques*”, publicada en los *Mélanges* en honor del Prof. François Terré, Paris, 1999).

¹⁷ GAUDEMET, Y., «El futuro del Derecho...» *op. cit.*, p. 19.

¹⁸ Conviene precisar que son varias las posturas sobre la delimitación del subsuelo. La doctrina y la jurisprudencia mantienen que sea el interés del propietario el elemento determinante de la titularidad del suelo. Así, NIETO GARCÍA, A., explica en su obra «El subsuelo urbanístico», publicado en el libro *Derecho Urbanístico Local*, Civitas, Madrid, 1992, que en Derecho español se ha acogido la teoría del interés desarrollada por IHERING, conforme a la cual el suelo llega hasta donde llega el interés de su aprovechamiento, y en el punto en que termina ese interés empieza el subsuelo. Por ello, como argumenta ARNAU ESTELLER, A.J., *Los aparcamientos...op. cit.*, p. 66 y ss., «Más allá de ese interés el titular del terreno no tiene derecho a oponerse a su uti-

perficie o que se transmita el derecho de propiedad pleno, se está favoreciendo la financiación privada de las inversiones sobre el dominio público. En otros términos, se posibilita una mayor “rentabilización” o “valorización” de los bienes demaniales que proporciona expectativas más sólidas y fiables a las inversiones privadas para la construcción y gestión de obras públicas, y fortalece los derechos de los ocupantes privativos del dominio público. Asimismo, al contener la expansión de la demanialidad, sin que la misma se hipertrofie, se facilitan las operaciones de financiación privada de infraestructuras.

La cuestión no deja de ser, sin embargo, conflictiva. La constitución de derechos reales sobre el dominio público y más aún la operación de división en volúmenes de la propiedad demanial deben racionalizarse y regularse porque en caso contrario existe riesgo de dañar gravemente la afectación. El uso desmedido y descontrolado de estas prácticas puede chocar con las exigencias del principio de inalienabilidad. El régimen demanial debe ser aplicado con cautela para no perder su razón de ser. Por ello, si bien es cierto que se deben matizar sus consecuencias, también lo es que la afectación originaria que cumplen los bienes no tiene que ser perjudicada. La teoría general del dominio público necesita dulcificarse y la posibilidad de estratificar los volúmenes de la propiedad es una manifestación de dicha flexibilización. Como límite infranqueable, esta técnica no podrá admitirse cuando contraríe la afectación.

Este régimen hiperproteccionista de la propiedad pública obstaculiza ciertas operaciones urbanísticas. Por este motivo, en la órbita del urbanismo se ha posibilitado un derecho real de uso de naturaleza enfiteútica, construido en torno al derecho de superficie. Sin embargo, la constitución del mismo sobre el dominio público no deja de ser una cuestión problemática, dado el impedimento de gravar los bienes demaniales con derechos reales civiles que trae como consecuencia el principio de inalienabilidad.

El derecho real de superficie es un instrumento característico utilizado por la Administración para ceder suelo a los particulares, consiguiendo la edifica-

lización por parte de las Administraciones Públicas». No obstante, él critica la adopción del criterio del interés del propietario como elemento definidor del subsuelo apropiable por el titular del suelo. «El criterio del interés depende de dos factores: de la voluntad del propietario y del estado de la técnica en cada momento concreto, lo que genera gran incertidumbre e inseguridad jurídica. Más aún, tras el concepto constitucional del derecho de propiedad, hay que entender que la extensión vertical del subsuelo alcanza hasta donde marca el planeamiento. Pero, en todo caso, hasta donde sea imprescindible para garantizar el uso que el planeamiento da al suelo. No hay que olvidar que el derecho de un propietario sobre un garaje subterráneo es una atribución del planeamiento».

ción sin perder la propiedad. La legislación urbanística se ha encargado de regular este derecho, pero no lo ha creado. En efecto, la institución existía anteriormente, a pesar de no contar con una identificación sistemática ni con una clara regulación legal. Desde la elaboración del Código civil el art. 1655 dispone que los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga, que se establezcan desde la promulgación del mismo, cuando sean por tiempo indefinido, se registrarán por las disposiciones establecidas para el censo enfiteutico. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido considerando que entre los «gravámenes de naturaleza análoga» estaba implícitamente incluido el derecho de superficie y que el mismo es una variedad del censo enfiteutico¹⁹.

Como establecen los arts. 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (TRLRHL) se atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. El derecho de superficie produce una derogación del principio de accesión debido a que lo que se incorpora a la finca a partir de dicho momento ya no pasa a ser propiedad del *dominus soli*. A la extinción del mismo, por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que se deba satisfacer indemnización alguna, cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho.

Como ha apuntado el Tribunal Supremo, el derecho de superficie puede constituirse sobre el suelo, el vuelo y el subsuelo. De este modo, el derecho de superficie invertido, a través del cual se puede construir en el subsuelo, bien de forma independiente a la construcción sobre el suelo, bien a la par y con base en el mismo derecho²⁰, se configura como una de las posibilidades jurídicas para conseguir la transmisión onerosa del dominio útil de parcelas ubicadas en

¹⁹ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, vol. III. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario registral*, Tecnos, Madrid, 2005, aclaran que cuando la superficie se constituye por tiempo indefinido su analogía con el censo llevará a estimar que sobre el suelo se ha operado la división del dominio. Asimismo, DÍEZ PICAZO, L., en su obra *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, vol. III*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008 explica la larga y lenta evolución de la enfiteusis en la que encuentra su origen el derecho de superficie.

²⁰ ARNAU ESTELLER, A.J., *Los aparcamientos en el subsuelo municipal urbano*, Iustel, Madrid, 2007, p. 124. Al respecto, este autor señala que: «En caso de que el suelo sea un bien de dominio público y, por tanto, inalienable, para poder constituir un derecho real limitado sobre el mismo de duración indefinida, previamente debería desafectarse y convertirse en bien patrimonial. Pero en caso de que su duración se limite en el tiempo hay autores que opinan que podría constituirse sobre el dominio público».

el subsuelo en régimen de propiedad dividida. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que dicha transmisión onerosa puede también efectuarse cediendo el derecho de propiedad pleno sobre la cosa y, por tanto, sin necesidad de constituir un derecho real de uso de naturaleza enfiteútica. Esta posibilidad, es decir, la cesión del dominio de parcelas ubicadas en el subsuelo refleja la posibilidad, prevista en el urbanismo, de que la propiedad se divida verticalmente para formar fincas separadas en la superficie o rasante, el vuelo o el subsuelo; situándonos, consecuentemente, ante los supuestos de división en volúmenes de la propiedad, estratificación o segregación vertical de parcelas, plenamente asumida por la legislación urbanística²¹. Esta técnica, que da lugar a la creación de fincas separadas y autónomas mediante la división de las mismas, una superficiaria de dominio público y una convertida, tras su desafectación, en bien patrimonial es la cuestión de la que nos ocuparemos a continuación.

III. VÍAS DE APERTURA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD DIVIDIDA

1. La división vertical de la propiedad demanial

La necesidad creciente de infraestructuras que demanda la sociedad, el incremento de espacios públicos y la consiguiente presión sobre la ordenación del suelo y el subsuelo urbano²² han originado fenómenos de división en volúmenes de la propiedad pública; en un intento de favorecer fórmulas novedosas

²¹ Hay que decir que las normas urbanísticas pueden consentir distintos usos para el suelo y el subsuelo, previa desafectación de este último, siempre que no exista contradicción con el planeamiento y se obtenga la licencia urbanística oportuna. Concretamente, es el art. 17 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (TRLR) el que admite la posibilidad de dividir verticalmente la propiedad para constituir fincas separadas en la superficie o rasante, el vuelo o el subsuelo, de manera que en cualquiera de ellas puedan existir parcelas con edificabilidad y uso urbanístico independiente.

²² Como bien indica LÓPEZ PULIDO, J.P., en su trabajo «La ordenación del subsuelo urbano», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 278, 1998, p. 59: «Cada vez más y no sólo por aspectos demográficos, sino derivados de nuestro tejido industrial, comercial y viario, las ciudades reconducen su crecimiento urbanístico, por la falta y encarecimiento de los terrenos. Así, no son sólo los aparcamientos, bajo terrenos públicos y privados, los que son parte de nuestro entorno suburbano, con las galerías de servicios, sino que también existen vías bajo rasante para vehículos, que completan las redes de comunicaciones viarias con las de ferrocarriles, suburbanos o no. También ha pasado a formar parte de nuestro entorno la existencia de grandes superficies comerciales con plantas bajo rasante (aunque los exponentes más claros sean *Les Halles* y *La Défense* de París, también en nuestro país se dan)».

de financiación y gestión privada de obras públicas y de técnicas jurídicas que superen las dificultades ocasionadas por los instrumentos del dominio público, pero sin menoscabar los requerimientos del uso y del servicio público²³. El subsuelo urbano, que puede aprovecharse mejor gracias a los grandes progresos de la técnica, es capaz de ser utilizado para muy variados usos y solucionar así muchos problemas urbanos concentrados en la superficie²⁴.

La división en volúmenes de la propiedad demanial o segregación vertical de parcelas es la estratificación de la propiedad que implica la creación de fincas separadas y autónomas mediante la división de las mismas: una, la superficiaria, de dominio público y una segunda que, tras su desafectación, se convierte en bien patrimonial. Sobre y debajo de la superficie se configuran objetos de derecho diferentes, susceptibles de titularidad diferenciada. Esta técnica, que permite nuevos aprovechamientos aptos para ser ejecutados sobre el terreno en sentido vertical sin afectar el destino o utilidad pública, ha sido objeto de una larga evolución histórica. Debe tenerse en cuenta que el problema de la determinación de la extensión de la propiedad en sentido vertical se ha resuelto, en un primer momento, acudiendo simplemente al art. 350 del Código civil y al viejo aforismo de *cuis est solum eius est usque ad sidera (aut ad coelum), usque ad inferos*, por lo que el dominio del propietario del suelo sobre el subsuelo se consideraba ilimitado, se extendía en profundidad indefinidamente, es decir, el fundo, la finca, se delimitaba verticalmente (en la terminología tradicional, hasta el cielo y los infiernos)²⁵. La doctrina nunca ha aceptado bien este principio²⁶ y el Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre la necesidad

²³ En este sentido, ARNAU ESTELLER A.J., *Los aparcamientos... op. cit.*, p. 125.

²⁴ ALEGRE ÁVILA, J.M., *Subsuelo: hecho y derecho. Planteamiento tradicional, estudio jurisprudencial y reconstrucción técnica del régimen jurídico del subsuelo*, Thomson. Aranzadi, Ávila, 2008. Asimismo, NOGUERA DE LA MUELA, B., *El subsuelo. Tramos urbanos y estaciones*, publicado en *Las infraestructuras ferroviarias del III milenio* (coordinado por MONTORO CHINER, M.J.), Cedecs, Barcelona, 1999.

²⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil español, vol.III, Derecho de bienes*, Edisofer, Madrid, 2010. y CASTÁN TOBEÑAS, J., «La propiedad y sus problemas actuales», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XLV, 1962, pp. 451 y ss.

²⁶ Es interesante la reflexión al respecto de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en *Estudios de Derecho Ambiental y Urbanístico. La propiedad urbanística del suelo, el suelo y el subsuelo*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 127: «Es general también en la doctrina española, lo mismo que en la extranjera, el rechazo del manido aforismo medieval «usque ad sidera, usque ad inferos», que, sin embargo, como ocurre siempre con los tópicos gratos al oído y favorables al propio interés, sigue firmemente arraigado en las conciencias de los propietarios, lo que «hic et nunc» es tanto como decir de la sociedad entera, porque quienes no lo son están muy lejos de haber renunciado a la posibilidad de serlo y operan, por lo tanto, con los mismos esquemas».

de mantener una interpretación restrictiva del mismo²⁷; aunque lo cierto es que, a pesar de ello y de que el poder jurídico que ejerce el propietario sobre su terreno haya sido limitado espacialmente como consecuencia de la función social a la que se adscriben los predios, «la vieja sombra del aforismo medieval, tan arraigada en nuestra mentalidad, sigue ejerciendo su influencia», tal y como ha concluido FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ²⁸.

La Administración acude a la interpretación clásica del art. 350 del Código civil, aplicando el régimen demanial no sólo a la superficie, sino también al subsuelo y al vuelo para garantizarse la libre disponibilidad de toda la propiedad, como si la misma se extendiera en profundidad ilimitadamente. En consonancia con esta concepción amplia de la propiedad, la afectación de los bienes demaniales también padece tal amplitud. En efecto, tradicionalmente, se ha considerado que la mejor forma para que los bienes demaniales satisfagan la función que, mediante la afectación, estaban llamados a cumplir, era resguardarlos de posibles negocios jurídicos que puedan perjudicarlos. Por este motivo, el uso privativo del demanio sólo se ha permitido mediante autorizaciones y concesiones demaniales. Las prohibiciones de disposición sobre el bien, para la doctrina clásica, alcanzan no sólo a la propiedad, sino a la constitución de cualesquiera posibles cargas; razón por la cual los bienes demaniales únicamente podían ser objeto de tráfico-jurídico administrativo y no civil²⁹. Los derechos de utilización privativa de bienes de dominio público

²⁷ Puede citarse, como ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1^a) de 3 de abril de 1984 –R⁷ 1924– que aclara: «si bien es cierto que el art. 350 del Código civil está previsto para proteger el derecho de propiedad, es el propio precepto el que admite limitaciones al dominio, sus términos no pueden en los actuales tiempos, dado el progreso de la técnica, mantenerse de una forma rigorista 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, de aquí que tanto en razón de ello, como por las relaciones de vecindad, de las cuales es claro exponente el art. 569 del C. Civ. las que han de tender a suavizarse, la interpretación del precepto, sin merma de los derechos dominicales, pero sin exagerados proteccionismos, sobre todo en los casos de inmisión, cuando, como consecuencia de ella, no se hayan derivado perjuicios, (...) cuando la realidad probada acredita que ningún perjuicio ha sufrido el actor como consecuencia de la inmisión, el que a la vista de su resultado, no puede pretender la tutela del precepto, lo que supondría una aplicación del mismo amparadora de situación que traspasa considerablemente el interés protegible del dueño, con merma de las normales relaciones de vecindad y convivencia».

²⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Estudios de Derecho Ambiental y Urbanístico... op.cit.*, p. 144.

²⁹ El primero en construir teóricamente la idea hoy generalizada en la doctrina, fue DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 23, 1971.

tienen en todo caso naturaleza jurídica administrativa y precisan de un título administrativo habilitante, ya sea una autorización o, en los supuestos de mayor relieve, una concesión demanial³⁰.

Por ello, para posibilitar la explotación de los bienes demaniales por parte de los particulares, dentro de un régimen de vigilancia administrativa que garantice el cumplimiento de la utilidad pública, se configura la concesión demanial. La misma puede definirse como una figura jurídica de derecho administrativo que permite la explotación por particulares determinados (concesionarios) de bienes de dominio público (por estar afectos al servicio público)³¹, en la que la actividad del concesionario se desarrolla, bajo la tutela administrativa de la Administración titular de los bienes afectos, con la finalidad de garantizar la protección del uso de aquellos bienes, que deberá realizarse de acuerdo con el pliego de cláusulas administrativas generales y particulares que regulen la concesión³². En definitiva, esta figura jurídica consiste en la posibilidad de que la Administración pública permita la utilización parcial y temporal del dominio público, con carácter exclusivo y a cambio de un canon que debe satisfacer el concesionario. Entre la Administración concedente y el concesionario surge la relación concesional, regulada en el título por el que se otorga el derecho. Como consecuencia de esta situación concesional, el concesionario queda facultado para el aprovechamiento de los bienes demaniales, en las condiciones que establezca el título concesional. Las principales características de su régimen jurídico son su otorgamiento en régimen de concurrencia y su adjudicación que debe formalizarse en documento administrativo (art. 93.1 LPAP); su duración máxima que no puede exceder de 75 años (art. 93.3 LPAP); el canon que debe abonar el concesionario por la ocupación del dominio público (art. 93.4 LPAP); su transmisibilidad (art. 98 LPAP) y la demolición de las obras, construcciones e instalaciones fijas existentes sobre el bien demanial que debe llevarse a cabo cuando se extinga la concesión demanial (art. 101 LPAP) y constitución de un derecho real sobre las otras.

³⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 748.

³¹ FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Alcance y delimitación del contrato de concesión de obra pública: connotaciones y características en la realización de las infraestructuras del transporte», I Congreso Internacional de Transporte: los retos del transporte en el siglo XXI, Castellón de la Plana, 4-6 mayo 2004 (coordinado por MARTÍNEZ SÁNZ, F. y PETIT-LAVALL, M.V.).

³² GIRONÉS CEBRIÁN, M.E., *Los aparcamientos municipales. Nuevo régimen jurídico*, Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 2004, pp. 319-320.

Ampliando las posibilidades de utilización privativa del demanio aparece el Derecho urbanístico. El urbanismo comporta un cambio al sistema jurídico tradicional que restringía el régimen de uso privativo del subsuelo bajo suelo de dominio público a la figura jurídico-administrativa de la concesión, ya que se puede ahora optar entre regímenes diferentes y figuras jurídicas posibles³³. En este sentido y avanzando en las modalidades de ocupación, el urbanismo permitió la segregación vertical de parcelas mediante el derecho de superficie, que aporta numerosas ventajas. El derecho de superficie que recae sobre una finca ajena o parte de ella origina facultades de uso, goce y disfrute con la extensión e intensidad del propietario. Al utilizar esta institución, la Administración pública no ejerce una vigilancia directa, sino que sólo impone condiciones que aseguren la reversión de la edificación. Como hemos indicado, el derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. Quiere decirse que tanto la transmisión en régimen de derecho de superficie como la concesión administrativa generan una titularidad temporal y sujeta a reversión; sin embargo, la concesión demanial no constituye un derecho real civil ni engendra régimen de división de la propiedad. Así, las diferencias permiten ver que con la constitución del derecho de superficie, el aprovechamiento de esos bienes demaniales por parte de los particulares se asemeja más al de los bienes privados.

En este orden de consideraciones, puede afirmarse que el derecho de superficie permite, de manera temporal³⁴, la cesión del dominio útil de parcelas ubicadas en el vuelo³⁵ o en el subsuelo. La posible cesión del dominio útil que

³³ GIRONÉS CEBRIÁN, M.E., *Los aparcamientos... op.cit.*, pp.108-109.

³⁴ El TRLS ha establecido la naturaleza temporal del derecho de superficie (su duración máxima es de 99 años), por lo que, finalizado el plazo, se reconsolidan la propiedad, revirtiendo las obras y el dominio útil a favor del nudo propietario.

³⁵ Hay autores que, por el contrario, defienden la distinción entre el derecho de vuelo y el derecho de superficie. Entre ellos, ARNAIZ EREGUREN, R., *Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 118-119, precisa que: «si bien ambas figuras jurídicas se sitúan en el ámbito de los problemas jurídicos que plantea la división de los inmuebles en espacios cúbicos definidos en la proyección vertical de la finca, lo que da lugar a una cierta parificación normativa en su tratamiento, tal y como resulta de la redacción del art. 16.1 del Reglamento Hipotecario, las diferencias entre una y otra son profundas. En efecto:

El derecho de superficie, tiene como finalidad propia, la de permitir la enajenación temporal de una pars domini, de tal forma que el derecho transmitido revierta inexcusablemente a su titular transcurrido el plazo previsto en su constitución. Por el contrario, el derecho de levante o de vuelo supone la transmisión o la reserva para su titular de la facultad de edificar en nombre propia una parte concreta y determinada de la finca ajena.

permite el derecho de superficie se diferencia de la transmisión o cesión del derecho de propiedad pleno de terrenos ubicados en el vuelo o subsuelo de bienes de dominio público, por dicha naturaleza temporal que caracteriza al primero y la correspondiente reversión cuando finaliza su plazo.

Es dicha cesión del derecho de propiedad de terrenos ubicados en el vuelo o subsuelo la que origina la estratificación o división en volúmenes de la propiedad pública, esto es, la independencia total del subsuelo y del vuelo respecto de la finca de la que forman parte los anteriores.

Este tipo de operaciones se encuentran amparadas en el art. 17 del TRLS. El art. 17, contenido en el Título II “Bases del régimen del suelo”, define en primer lugar los conceptos de finca y de parcela, para aclarar, a continuación, que la propiedad puede dividirse verticalmente con el objeto de constituir fincas separadas en la superficie o rasante, el vuelo³⁶ o subsuelo y que sobre cualquiera de ellas cabe constituir parcelas con edificabilidad y uso urbanístico independiente e inscribirse como tales. La inscripción en el Registro de la Propiedad, previa escritura notarial de segregación, se hará de acuerdo con lo establecido en el art. 8.3³⁷ de la Ley Hipotecaria, al que se remite el art. 16.2³⁸ de su Reglamento, para las transmisiones de construcciones bajo el suelo sin constituir derecho de superficie.

El derecho de levante culmina inevitablemente en la constitución de la propiedad horizontal, en cualquiera de sus modalidades, entre su titular y el del dominio del resto del espacio edificable de la finca que constituye su objeto. El derecho de superficie es, en sí mismo, susceptible de organización en propiedad horizontal, si bien el derecho exclusivo a los elementos de atribución privativa y el derecho compartido sobre los elementos comunes se limitará a la propiedad superficiaria, con exclusión del dominio residual del concedente, denominado gráficamente en la Ley titular del Suelo, aunque, en realidad la noción física de éste llegue a desaparecer en tanto dure la titularidad superficiaria».

³⁶ Es interesante destacar que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de mayo de 2010, –*JUR* 162055– aclara que: «el derecho de vuelo o sobreelevación es una manifestación del más general derecho de superficie, cuya regulación fragmentaria y dispersa, se encuentra en la legislación urbanística y sobre todo en el art. 16 del Reglamento Hipotecario».

³⁷ El art. 8.3 de la Ley Hipotecaria afirma que se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número Las fincas urbanas y edificios en general, aunque pertenezcan a diferentes dueños en dominio pleno o menos pleno.

³⁸ El art. 16.2 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria señala: «El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, 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 apartado 3 del art. 8 de la Ley y sus concordantes».

No obstante lo anterior, hay autores que consideran que de la regulación incorporada al art. 17 se desprende que el subsuelo es una porción integrante del dominio del suelo o terreno³⁹. Así, defienden que la Ley del Suelo confirma la tesis sostenida por una línea jurisprudencial según la cual el suelo y el subsuelo son una única cosa, y que de sus artículos se desprende claramente que el subsuelo es parte integrante del derecho de dominio del propietario del terreno.

2. Aplicación práctica de la operación de “división en volúmenes”

A. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Aunque el supuesto de estratificación de la propiedad fue introducido por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), ya en su resolución de 5 de abril de 2002 (BOE núm. 129, de 30 de mayo), se refiere a la segregación respecto de una finca de un aparcamiento subterráneo y las dificultades que para el Registro comporta la constitución como finca independiente, en un volumen absolutamente diferenciado de la finca superior que le sirve de soporte. La principal novedad que introduce esta resolución es la posibilidad de otorgar un uso privativo al subsuelo no sólo a través de un derecho de ocupación administrativo como la concesión demanial, sino mediante la desafectación del mismo. De esta manera, ratifica la oportunidad de alterar la calificación jurídica del subsuelo, que se convierte en bien patrimonial, conservando la calificación jurídica del suelo que continúa siendo demanial.

³⁹ ALEGRE ÁVILA, J.M., explica en su obra *Subsuelo: hecho y derecho... op. cit.*, pp. 89 y ss que: «Al hilo de la regulación de concretas instituciones, el subsuelo se incorpora al corpus urbanístico de la propiedad inmueble en tanto que noción integrante del derecho de dominio del propietario del suelo o terreno. Así se desprende de manera inequívoca de la regulación incorporada a los arts. 17 («Formación de fincas y parcelas y relación entre ellas») y 35 y 36, relativos al derecho de superficie. (...) Una idea, la del subsuelo situado debajo de los terrenos de dominio público como dominio público, requirente, en caso de constitución de un complejo inmobiliario con fincas de dominio privado, de la previa y necesaria desafectación, que es el corolario de la consideración de aquél, el subsuelo, como integrante o componente del derecho de propiedad del dominio del suelo o terreno». Por su parte, ARNAU ESTELLER, A. J., *Los aparcamientos... op. cit.*, p.68 también entiende que la nueva Ley del suelo se suma a la postura sostenida por la jurisprudencia (SSTS de 1 de diciembre de 1987 y de 13 de diciembre de 1988), según la cual el suelo y el subsuelo son una única cosa.

Al respecto la DGRN afirma que

«Cabe que el subsuelo tenga un destino diferente del suelo y que pertenezcan a distintos titulares, siendo frecuentes aparcamientos construidos debajo de zonas de recreo en virtud de una reserva del subsuelo por el promotor que cedió la zona de dominio público. La posibilidad de desdoblamiento de titularidad pública del suelo y privada del subsuelo se pone de manifiesto en los procedimientos de expropiación forzosa, en la que el titular del suelo expropiado puede reservarse la facultad de construir bajo tierra siempre que el fin expropiatorio no sea incompatible con la indicada reserva».

Tras admitir esta operación de división vertical de parcelas, la citada resolución se centra en la interpretación de los preceptos del Código civil relativos a la propiedad y a la accesión. Sobre los mismos, declara que la concepción liberal del dominio, resumida en el viejo aforismo romano *«usque ad sidera usque ad inferos»*, se ha visto matizada por la legislación especial y no se corresponde con la configuración del derecho de propiedad contenida en la Constitución⁴⁰. En la delimitación del derecho de propiedad, deben tenerse en cuenta la función social, que delimita intrínsecamente su extensión, y aquellas leyes cuyo objeto es la determinación de las facultades del propietario como ocurre en materia urbanística.

Refiriéndose a los requisitos necesarios para la operación que la DGRN permite a los usos diversos que pueden otorgarse al suelo y al subsuelo, ésta señala:

«Las normas urbanísticas pueden permitir un uso para el subsuelo distinto del correspondiente al suelo. Para ello, será premisa indispensable que tal posibilidad no sea contradictoria con el planeamiento, y que si los terrenos inicialmente eran dotacionales públicos, se cumplan los requisitos legales en orden a la desafectación como bien demanial del subsuelo para su configuración como bien patrimonial. Por supuesto, será precisa además la correspondiente licencia urbanística, que no es sino el acto administrativo mediante el cual adquiere

⁴⁰ En relación con la configuración del derecho de propiedad realizado por la Constitución, la resolución explica que el dominio no se configura como un derecho ilimitado y unitario, en el que sólo por ley cabe restricciones a su contenido, sino que por el contrario la función social de la propiedad delimita intrínsecamente su extensión. El aforismo *«usque ad sidera usque ad inferos»* referido a los derechos del propietario, cede frente al superior principio de la función social de la propiedad, de manera que además de las leyes especiales limitativas deben tenerse en cuenta aquellas otras cuyo objeto es la delimitación de las facultades del propietario, como ocurre en materia urbanística.

efectividad la posibilidad de ocupación, aprovechamiento o uso de un suelo determinado, previa concreción de lo establecido al respecto por las leyes, planes de ordenación y demás normativa urbanística».

En otros términos, quiere decirse que, cumpliendo con las exigencias de desafectación del volumen extraído al dominio público, licencia urbanística y respeto a lo establecido por el planeamiento, un uso privativo del subsuelo no tiene por qué perjudicar o mermar el carácter demanial del suelo y el servicio o uso público al que estuviera destinado⁴¹. Por este motivo, el fundamento de derecho sexto concluye:

«(...) si cabe una desafectación total de los bienes demaniales, siguiendo los trámites legales, también cabrá una desafectación parcial que es la que va implícita en los acuerdos municipales dirigidos a configurar como bien patrimonial el subsuelo (habrá que entender que abarcaría una alienabilidad parcial del suelo a que se refiere el registrador en su nota, derivada de los accesos a la zona pública desde el subsuelo y de la configuración del complejo inmobiliario, y cuantas otras limitaciones pudieran derivarse de la configuración como finca autónoma del subsuelo)».

El mecanismo registral para la inscripción en el Registro de la Propiedad, como fincas independientes, se hace mediante la apertura de folio autónomo de la unidad subterránea constituida por el volumen de subsuelo configurado como bien patrimonial, previa resolución del correspondiente expediente de desafectación por el que el volumen queda desmembrado del suelo demanial, de acuerdo con los principios y reglas contenidas en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban normas complementarias al

⁴¹ GIRONÉS CEBRIÁN, M.E., *Los aparcamientos...op. cit.*, pp. 110-111 se centra en el análisis de esta Resolución de la DGRN de 5 de abril de 2002 y aclara que la citada resolución «resuelve la convivencia entre dominio público del suelo y patrimonial del subsuelo mediante la división en propiedad horizontal, por la figura jurídico-civil del complejo inmobiliario y la inscripción en el Registro de la Propiedad del aparcamiento a construir en el subsuelo de terrenos de dominio público y uso público, para su venta en pleno dominio a particulares de plazas de garajes individuales, con la condición que:

–Cumplan con los requisitos administrativos exigidos por el doble destino especial que van a tener los terrenos, es decir: de dominio público en superficie, sin menoscabo del uso o servicio público al que el suelo está destinado; y como aparcamiento privado en el subsuelo.

–Sea posible la desafectación de un espacio cúbico, que por ello, deberá estar perfectamente delimitado y permitir su uso independiente con un valor económico propio.

–No se modifique el uso o zonificación establecida en el planeamiento general, entendiéndose que las operaciones realizadas en el subsuelo de una finca pública en nada afectan su uso público».

Reglamento Hipotecario para la inscripción en el Registro de la propiedad de actos de naturaleza urbanística. En el folio abierto, debe hacerse constar tal desafectación del subsuelo, por lo que existe una pluralidad de fincas inmateriales o registrales desde el momento en que se abre folio propio al suelo patrimonial. El punto de conexión existente entre fincas y titulares determina el otorgamiento del complejo inmobiliario⁴².

La resolución de 26 de febrero de 2007 también confirma la posibilidad de inscribir separadamente el suelo y el subsuelo de un terreno, quedando el primero bajo titularidad pública y el segundo bajo titularidad patrimonial privada. A pesar de que en este supuesto la inscripción⁴³ es desestimada, la DGRN sostiene que no existen obstáculos “estructurales” en nuestro ordenamiento jurídico para la configuración de un régimen distinto al suelo y al subsuelo. En este caso se avanza incluso más ya que se admite la simple segregación del volumen subterráneo, sin acudir a la figura del conjunto inmobiliario⁴⁴.

⁴² Como aclara ARNAIZ ERENGUREN, R., *Algunas consideraciones... op. cit.*, p. 50, el complejo inmobiliario «parte de la base de que determinadas unidades inmobiliarias son susceptibles de organizarse de modo que sea posible distinguir en ellas superficies o espacios cúbicos edificables en forma independizada, y en fases temporales diferentes, que se atribuyen a distintos titulares en régimen de dominio exclusivo, y elementos comunes, cuya titularidad ha de corresponder, bajo el sistema de atribución «propter rem» y en cuotas porcentuales, a quienes ostentan la propiedad de los primeros». Y continúa en la p. 53: «El conjunto inmobiliario (...) resulta a veces de inevitable creación, sobre todo en aquellos casos en que la técnica constructiva permite la superposición vertical de diferentes elementos edificados o urbanizados, de los cuales algunos se destinan al uso general, o incluso a su cesión en calidad de bienes demaniales, como ocurre con redes viarias que atraviesan la edificación privada o con espacios ajardinados que se sitúan encima de la edificación existente».

⁴³ La resolución de 26 de febrero de 2007 comparte los criterios establecidos en la resolución de 5 de abril. Sin embargo, no admite la posibilidad de disgregar el suelo y el subsuelo (quedando el primero bajo titularidad pública, y el segundo bajo titularidad patrimonial privada), ya que no queda claro si se quiere segregar totalmente un volumen subterráneo para configurar una finca totalmente independiente del suelo-vuelo, o si se pretende –dentro de la misma finca física– tan sólo el desdoblamiento del régimen jurídico del suelo-vuelo y subsuelo. En el primer caso se hace necesario una operación de modificación hipotecaria, la segregación, previa licencia administrativa correspondiente y con especificación clara del volumen edificable subterráneo que se segrega y se va a configurar como finca totalmente independiente. En el segundo caso, si se pretende un mero desdoblamiento del régimen jurídico del suelo-vuelo y subsuelo, pero sin segregación material de un volumen determinado, es necesario articular las relaciones entre el suelo y el vuelo público y subsuelo privado, a través de la técnica de la división horizontal aplicable a los complejos inmobiliarios, por existir cuando menos un elemento común entre el suelo y el subsuelo, que es precisamente la línea de separación entre uno y otro, normalmente a través de un forjado.

⁴⁴ Precisamente, la constitución del complejo inmobiliario y la regulación que debe hacerse constar de las relaciones derivadas de la coexistencia entre un suelo y vuelo público, con un volumen edificable en el subsuelo de carácter patrimonial es la que lleva a PACELLI-LANZAS

B. La doctrina del Tribunal Supremo

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también admite el deslinde del uso del subsuelo y de la superficie. Entre ellas, la sentencia de 6 de octubre de 2003 –R⁷ 7070–, referida a la construcción de un aparcamiento en el subsuelo de un terreno destinado a jardín público, concluye: *«La construcción de un aparcamiento en el subsuelo del jardín urbano objeto del litigio es un uso compatible con que el suelo continúe destinándose a su finalidad de jardín urbano (...); los usos que se realizan en el subsuelo no afectan en modo alguno a la finalidad que resulta propia de la calificación urbanística de la finca. Además, la lógica impone entender que un aparcamiento subterráneo no impide ni menoscaba el uso del jardín público existente sobre él, siendo en cambio estos aparcamientos especialmente necesarios en las grandes ciudades»*.

Y son varias las sentencias que reconocen que en nada queda perjudicado el destino público del suelo por el hecho de que el subsuelo sea objeto de aprovechamiento privativo, negando incluso el derecho de reversión de los terrenos en caso de que hubieran sido expropiados. Por ejemplo, la sentencia de 1 de diciembre de 1987 –R⁷ 9268–, referida a un supuesto de concesión administrativa, niega la existencia de porción sobrante en una expropiación del subsuelo existente bajo aquéllos y reconoce que el aprovechamiento del subsuelo de una plaza pública por parte de la Corporación Municipal es una facultad que le pertenece como titular del dominio público sobre la misma, por lo que si la superficie ocupada por los inmuebles expropiados sigue cumpliendo con el mismo fin que determinó su afectación, no puede existir derecho de reversión.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1998 –R⁷ 9958– también niega el derecho de reversión instado como consecuencia de

MARTÍN, E., en su artículo «Segregación de volúmenes subterráneos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 701, 2007, a afirmar que en la resolución de la DGRN de 5 de abril de 2002 no se distorsionan los principios hipotecarios. Por el contrario, sostiene este autor que la resolución de 26 de febrero de 2007, al exigir únicamente el cumplimiento de dos requisitos: se describa convenientemente la nueva finca o volumen subterráneo y se acredite la obtención de la preceptiva licencia municipal de segregación, los perturba claramente. Así, *«Admitir que se pueda segregar de una finca preexistente, no una superficie de terreno, sino una parte de su subsuelo o, más concretamente, un determinado volumen subterráneo para crear una nueva finca registral independiente supone una perturbación de los principios rectores de nuestro sistema hipotecario, ya que implica admitir que un mismo terreno pueda constar en el Registro en dos folios diferentes: uno para el subsuelo-vuelo y otro para el subsuelo, a través de la técnica de la segregación»*.

una modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid en relación con unos terrenos que habían sido expropiados con el fin de facilitar el acceso a las vías que circundan el campo de deportes del Real Madrid. La demandante basa su solicitud de reversión en la calificación de los terrenos en cuestión de espacio libre público, siendo posible la construcción de unos aparcamientos subterráneos, al entender que ello comporta una modificación de las determinaciones del PGOU vigente en ese momento y que contraría el fin que legitimó la expropiación por incompatibilidad. El Tribunal Supremo desestima la pretensión reproduciendo, en primer lugar, el razonamiento de la sentencia de instancia: “*Siendo en definitiva, compatibles el acceso viario y el funcionamiento de aquel garaje, por lo cual no se ha producido cambio de afectación alguno cuando se ejercite la acción de reversión (...). No obstante, aunque se hubiera producido el hecho causante, es decir, dicha construcción en el subsuelo, tampoco habría lugar a considerar materializado el presunto cambio de afectación, por la compatibilidad expresada entre el nuevo destino subterráneo y el acceso viario de superficie*” y añadiendo a continuación: “*(...) no basta con decir que hay incompatibilidad entre el uso de la superficie de la parcela para accesos y arbolado y el eventual destino para un uso del subsuelo a la construcción de un subterráneo. Esa incompatibilidad, en principio y como regla general, debe ser rechazada porque ni conforme a la ley ni según la naturaleza de las cosas hay obstáculo para ello. Ni la ley ni el plan lo prohíben, y la experiencia prueba que en no pocas plazas de Madrid y de muchas otras ciudades esos usos se están compatibilizando. Sólo excepcionalmente podría producirse esa incompatibilidad, pero ello tendría que razonarse y probarse*”⁴⁵.

Igualmente referida al derecho de reversión, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2007, –R/ 3670–, plantea la división en volúmenes al

⁴⁵ ALEGRE ÁVILA, J.M., *Subsuelo: hecho y derecho... op. cit.* pp. 172–173 analiza esta sentencia del Tribunal Supremo y entiende que al afirmar la misma que no sólo no se ha probado la alegada incompatibilidad entre el uso de la zona verde pública y la construcción de un aparcamiento subterráneo, sino que ni la ley ni el plan prohíben la asignación de estos aprovechamientos subterráneos, se está evocando la opinión de NIETO, quien sostuvo que el Plan operaba como límite, de modo que ante el silencio de aquél, el propietario del terreno podía destinar el subsuelo a los usos que estimara convenientes. Por ello, explica: «*Aquí, el propietario es la Administración municipal, y la apelación a la idea de «incompatibilidad» entre los usos asignados por el Plan al suelo y los establecidos (al margen de aquél) en el subsuelo evoca, asimismo, el planteamiento del autor citado en el sentido de que el Plan actúa no sólo como límite en relación al subsuelo, sino que sus determinaciones hallan su justificación en el aseguramiento de los aprovechamientos atribuidos a la superficie, al suelo. De no ponerse en riesgo estos últimos, tal es, en definitiva, la razón subyacente a la noción de compatibilidad, no cabe derivar obstáculo alguno al establecimiento en el subsuelo del aprovechamiento pretendido*».

centrarse en el análisis de la posibilidad de que cumplida la *causa expropriandi* y ejecutada la obra en sentido superficial horizontal pueda nacer el derecho de reversión en relación con nuevos aprovechamientos susceptibles de ser ejecutados sobre el terreno expropiado en sentido vertical, sin afectar dicha causa. En concreto, la sentencia resuelve la pretensión reversional de parcelas ubicadas en la hoy llamada Plaza de Castilla, expropiadas entre 1929 y 1932, para la construcción del canal Isabel II, con la finalidad de instalar infraestructuras para el abastecimiento de aguas. La solicitud de reversión del terreno se fundamenta en la desafectación tácita y parte sobrante de los bienes expropiados en sentido vertical (vuelo del terreno). En defensa de esta pretensión, los recurrentes alegan que el servicio público que presta el Canal de Isabel II no implica para nada el suelo ni el vuelo de los terrenos de la Plaza bajo los que se encuentra el Canal, de cuyo uso y titularidad se puede, por tanto, disponer, generándose el derecho de reversión que discuten. Entre los hechos destaca el intento de construcción sobre los terrenos expropiados de lo que se llamó Ciudad Judicial de Madrid (proyecto finalmente abandonado) y la posterior creación de un espacio ajardinado, que comprende una porción de terreno bajo el cual están las instalaciones destinadas al abastecimiento, saneamiento y depuración de aguas. El Tribunal Supremo desestima el recurso al entender que la adscripción a un destino público como una zona ajardinada no implica desafectación del fin legitimador de la expropiación. *“El supuesto de parte sobrante que habilita a los expropiados o sus causahabientes para instar la retrocesión (...) requiere junto al presupuesto básico de que la obra o servicio público legitimador se haya ejecutado; que se den las circunstancias de identidad y causalidad, es decir, que sea identificable la porción que se dice sobrante, como no ocupada por la obra o servicio público motivador de la expropiación y que la existencia de dicha parte sobrante sea consecuencia natural de la ejecución de la obra o servicio que constituyó la causa expropriandi. El art. 66.1 del Reglamento de Expropiación Forzosa, consagrando la especialidad de la causa legitimadora en el instituto expropiatorio, prohíbe que se altere el fin determinado de utilidad pública o interés social que proporcionó cobertura a la expropiación, ejecutando obras o estableciendo servicios públicos diversos a los que legitimaron aquellos”.*

A partir de aquí, el Tribunal se centra en el verdadero problema que se plantea en el caso, esto es, si cumplida la *causa expropriandi* y ejecutada la obra sin que de ella se derivase parte sobrante en sentido superficial horizontal (o subterráneo) cabe plantear el nacimiento del derecho de reversión en relación con nuevos aprovechamientos susceptibles de ser ejecutados sobre el terreno expropiado en sentido vertical (vuelo), sin afectar el cumplimiento de la *causa expropriandi* (el destino o la utilidad pública que motivó la expropiación).

Hay que lamentar que el tema no sea abordado en la resolución del presente recurso de casación, limitándose la sentencia a las cuestiones específicas

planteadas. No obstante, el Tribunal Supremo avanza un dato fundamental sobre el presupuesto de hecho para analizar la retrocesión a efectos reversionales de los usos o aprovechamientos verticales o en superficie sobre bienes afectos “*expropriationis causa*”, afirmando que el primer requisito sería que el aprovechamiento que se pretendiese fuera lucrativo y susceptible de ser patrimonializado, además de factible conforme al planeamiento vigente. Constatada esta circunstancia, la causa reversional presentaría distintas facetas en función de que el aprovechamiento hubiera sido o no ejecutado por el beneficiario de la reversión. En el caso que nos ocupa falla el presupuesto apuntado por el Tribunal Supremo, pues el PGOU de Madrid aplicable excluye el aprovechamiento lucrativo en los terrenos considerados, lo que hace jurídicamente inviable la reversión.

Lo que la sentencia no dice, pero cabría deducir a *contrario sensu*, es que en el supuesto en que el destino acordado sobre el subsuelo de terrenos destinados a una causa de utilidad pública o de interés social fuera lucrativo, el derecho de reversión sí tendría cabida si se dieran los presupuestos legales, en lo que sería una desafectación parcial del bien que daría lugar a un sobrante del mismo.

En conclusión, la jurisprudencia admite que es lícito jurídicamente que las normas urbanísticas permitan un uso distinto para el subsuelo que el correspondiente al suelo, siempre y cuando no sea contrario al planeamiento, se haya obtenido la licencia urbanística correspondiente y se haya desafectado el bien como demanial, desmembrándose el volumen correspondiente, para su conversión en bien patrimonial.

3. La exigencia de desafectación previa a la transmisión. ¿La división en volúmenes de la propiedad pública arrastra el régimen jurídico demanial?

La necesaria desafectación, como requisito previo a la transmisión del suelo o subsuelo, presume su naturaleza demanial y manifiesta la asunción de la tesis de la vinculación⁴⁶, según la cual el subsuelo tiene que gozar de la

⁴⁶ GIRONÉS CEBRIÁN, M.E., *Los aparcamientos... op.cit.*, p. 235 precisa que la denominación de esta teoría se debe al Dictamen realizado a petición de la Diputación de Barcelona, por NIETO GARCÍA, A. y NIETO KÖNING, J. sobre la naturaleza jurídica del subsuelo municipal subyacente a vías públicas y espacios verdes, destinado a aparcamientos subterráneos, en el municipio de Sant Boi de Llobregat. Asimismo, explica que: «la doctrina civilista tradicional, con-

misma naturaleza que el suelo, al ser partes integrantes de un mismo bien. Siguiendo esta tesis, bajo el suelo de propiedad privada se encuentra subsuelo privado, mientras que bajo el suelo de propiedad demanial se encuentra un subsuelo que merece la calificación de demanial⁴⁷. Además, de ella se concluye que el subsuelo puede utilizarse libremente por el propietario del suelo, siempre que no exista prohibición expresa en los planes de ordenación⁴⁸.

Entre los autores que defienden esta postura, puede citarse a NIETO GARCÍA⁴⁹ quien sostiene que: «*Para el Derecho urbanístico es el subsuelo un elemento accesorio del suelo, que adquiere relevancia jurídica cuando los usos de aquél inciden sobre el régimen previsto para éste por la circunstancia de que el suelo actúa como soporte físico del subsuelo al igual que sucede con la polución atmosférica, la estética o la cultura*». Este mismo autor señala⁵⁰ que el dominio del propietario del suelo únicamente se extiende a los volúmenes subterráneos que se encuentran debajo de aquél y a los que tiene acceso operando desde el suelo, junto con un perímetro de protección de sus intereses. Por debajo de esta línea, el subsuelo se convierte en dominio público y a él no llegan las facultades dominicales del dueño del suelo.

Por su parte, ARNAU ESTELLER argumenta que, en virtud de lo establecido en el art. 350 del Código civil y de la aplicación de la teoría de la vinculación, el titular del suelo es titular también del subsuelo: «*Si bien en principio los bienes de dominio público son los que están afectos a un uso o servicio público, el subsuelo de un bien de dominio público ha de considerarse inicialmente público*⁵¹». Por este motivo,

sidera que al propietario del suelo le corresponde la propiedad potencial del subsuelo, y así, que el derecho de la propiedad alcanza sin límites a toda su proyección superior vertical e inferior, y en consonancia con este concepto, se entiende por "finca" la porción de superficie terrestre, delimitada por una línea poligonal, que incluye tanto el sobre como el bajo rasante de su superficie de suelo, no admitiéndose en su virtud la construcción de ninguna edificación susceptible de propiedad independizada».

⁴⁷ GIRONÉS CEBRIÁN, M.E., *Los aparcamientos... op.cit.*, p. 236 define esta teoría y señala que actualmente la misma se ha reformulado, «*(...) en el sentido de considerar que lo que establece el precepto, son los límites de extensión vertical del dominio hasta el suelo y el subsuelo; por cuya virtud, se reconoce al propietario del suelo, un dominio potencial sobre el subsuelo, condicionado a la existencia de ese interés, que lleva incluso a admitir que esta extensión del dominio opera sólo como presunción iuris tantum y siempre y cuando no se haya procedido previamente a su desmembración, a través de la disociación voluntaria del suelo y subsuelo*».

⁴⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Estudios de Derecho Ambiental y Urbanístico...op.cit.*, p. 133.

⁴⁹ NIETO GARCÍA, A., *El subsuelo... op. cit.*, pp. 401-402.

⁵⁰ NIETO GARCÍA, A., «*Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico*», *Revista de Administración Pública*, núm. 56, 1968.

⁵¹ ARNAU ESTELLER, A.J., *Los aparcamientos ... op. cit.*, p.84.

considera irrelevante que el titular del suelo y del subsuelo sea una Administración Pública o un particular, ya que al ser el subsuelo soporte del suelo y parte integrante del mismo bien, tienen éstos que gozar de consideración unitaria⁵² y, consecuentemente, de la misma naturaleza. Esta misma naturaleza es la que origina que la facultad del propietario de un suelo de enajenar a un tercero el subsuelo bajo el que se sustenta el mismo deba negarse. La naturaleza de los bienes de dominio público y la protección de la que éstos gozan se transforma en un límite a la enajenación del subsuelo.

Partiendo de esta tesis, el art. 8.2 del TRLS, referido a las facultades que integran el derecho de propiedad, afirma: «Las facultades del apartado anterior alcanzarán al suelo y al subsuelo sólo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público», lo que conlleva como resultado la demanialidad del suelo al establecer comúnmente los Planes Generales de Ordenación Urbanística esta previsión. La extensión del derecho de propiedad sobre el suelo hacia arriba o hacia abajo llega hasta donde el plan permita. La eventual modificación de éste no confiere «*per se*» derechos indemnizatorios⁵³.

El argumento legal encuentra apoyo en la jurisprudencia. Para la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1987 –Rf 3381– :

«Está acreditado que el sótano ordenado demoler se construyó sin licencia y en el subsuelo de un terreno previsto como vía pública que por su condición de dominio público no admite un uso privativo sin tener otorgada la pertinente concesión, art. 62.1-a) del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales; uso público de los bienes de esa naturaleza que impide el particular y privativo aunque este efecto al subsuelo ya que la propiedad pública o privada comprende a la superficie y a lo que está debajo de ella (art. 350 del Código civil)».

En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2002 –Rf 7895– sostiene que se debe aplicar el principio general según el cual el titular de un terreno es también propietario de lo que hay debajo de él. Por este motivo, el Tribunal argumenta que la calificación jurídica del viario público como bien demanial y su subsuelo no se alteran o afectan porque se autorice en el mismo la implantación de plazas de aparcamiento o cualesquiera otros usos compatibles con esa naturaleza y con su destino urbanístico. Por

⁵² ARNAU ESTELLER, A.J., *Los aparcamientos... op. cit.*, p.66.

⁵³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Estudios de Derecho Ambiental y Urbanístico... op. cit.*, p. 142.

citar su último precepto, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1991 –Rfj 9234–, referida al ejercicio del derecho de reversión sobre determinados inmuebles que corresponden al subsuelo de los antiguos terrenos solares expropiados, califica como bien demanial el subsuelo de un terreno de dominio público por el hecho de que al suelo le correspondiera dicha calificación.

Asimismo, la DGRN, en algunas de sus resoluciones, explica los motivos por los cuales se debe aplicar el principio de accesión. La resolución de 26 de junio de 1987 –Rfj 4841– apoya estas conclusiones sobre la imposibilidad de segregación de parcelas. Concretamente sostiene: «*El dominio de un terreno se extiende a todo el espacio delimitado por la proyección vertical de sus linderos (arts. 348, 350, 592, etc. del Código civil), quedando excluida la individualización como objeto jurídico susceptible de dominio de los volúmenes absolutamente desconectados de la superficie terrestre (...). Es principio básico de nuestro Ordenamiento el de accesión de lo edificado al suelo (arts. 353 y 358 del Código civil) de modo que toda pretendida excepción no podrá ser reconocida jurídicamente si no cuenta con respaldo legal suficiente. La articulación jurídica elegida no puede desconocer las características físicas de la situación contemplada de modo que no cabe considerar como unidades jurídicas absolutamente independientes, lo que no son sino partes inseparables de un todo único respecto del cual pueda predicarse la individualidad fáctica*».

Puesto que ésta es la doctrina mayoritaria, se comprende la exigencia de desafectación previa para que el subsuelo de un terreno de dominio público pueda tener un uso distinto del que corresponde al suelo. Sin embargo, es necesario detallar las reglas determinantes de la extensión del dominio público sobre los estratos de la propiedad y, por tanto, si el espacio no afectado por dicha demanialidad es propiedad patrimonial o pública.

No puede dejar de mencionarse que la extensión del régimen de propiedad a los volúmenes o estratos en que ésta puede dividirse no tiene por qué arrastrar el régimen jurídico de la misma, y –menos aún– cuando éste régimen es el demanial. El art. 350 del Código Civil establece la extensión de la propiedad pública, pero no del dominio público, para lo que es precisa la afectación, elemento constitutivo y determinante del régimen de dominio público. Lo que así se consigue es extender la demanialidad más allá de los requerimientos de la afectación. En otras palabras, los efectos de la demanialidad pública tienen que limitarse a la razón que la justifica: el respeto y el cumplimiento de su afectación a una utilidad pública. Como establece el art. 8.2 del TRLS, es el plan el instrumento de ordenación urbanística que puede evitar esta extensión cuando es desmesurada. Por ello, puede afirmarse que cabe que el subsuelo de un bien demanial pertenezca a la Administración, en virtud de lo establecido por el art. 350 del Código civil, pero que el régimen jurídico apli-

cable a ese subsuelo sea el de los bienes patrimoniales. Quiere decirse que, al analizar la naturaleza jurídica del subsuelo, no necesariamente debe asumirse la tesis de la vinculación y entender que éste participa por accesión del mismo régimen jurídico que el correspondiente al suelo, sino que puede calificarse de bien patrimonial, aunque el plano superficial sea dominio público. En el primer caso, esto es, si se califica el subsuelo como bien de dominio público por el hecho de hacerlo partícipe del mismo régimen jurídico del suelo, su uso privativo únicamente puede articularse mediante la figura jurídico-administrativa de la concesión. En cambio, si se lo califica como bien patrimonial, siempre que no se desvirtúe la afectación ni el destino público, su uso puede concederse, a los particulares, en régimen de titularidad dominical plena (mediante la cesión del derecho de propiedad) o temporal (a través de un derecho de superficie) o mediante otras modalidades de cesión de uso (servidumbres y otros derechos reales limitados).

ZABALA HERRERO ha expuesto los argumentos a favor y en contra de la demanialización de forma genérica del subsuelo⁵⁴. Entre las justificaciones cita las siguientes:

1. Razones medioambientales. El subsuelo constituye un recurso natural escaso, que debe ser objeto de una planificación y usos racionales. Además, al tener una vocación pública, su destino debe afectarse a equipamientos e infraestructuras de interés público.
2. La teoría del interés real como límite de los derechos del propietario del subsuelo no es suficiente para delimitar el posible uso del subsuelo, ante los avances tecnológicos que permiten aprovechamientos privados a gran profundidad. El límite podría imponerse legalmente, demanializando el subsuelo a partir de una determinada profundidad, lo que proporcionaría seguridad jurídica y control de la utilización racional del uso del subsuelo.
3. El art. 128.1 CE (“Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”), que establece la función pública de la riqueza, puede cumplirse perfecta-

⁵⁴ ZABALA HERRERO M., *Régimen jurídico del subsuelo urbanístico. Cuadernos de Urbanismo*, Montecorvo, Madrid, 2002.

mente con el mantenimiento de la propiedad privada existente en el subsuelo urbanístico.

4. La significación del dominio público del art. 132 CE no es la idea de “apropiación” de bienes, sino la exclusión de tráfico jurídico ordinario. La autora se apoya en la doctrina⁵⁵ para avalar una posible demanialización del subsuelo.
5. Finalmente, LÓPEZ RAMÓN considera que la técnica adecuada para proteger determinados bienes es el dominio público⁵⁶.

Como argumentos en contra propone:

1. El art. 132.2 CE afirma que son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, además, contiene una relación restrictiva de bienes que en todo caso tienen carácter demanial. Por lo tanto, la Constitución no sólo relaciona al subsuelo como categoría genérica demanial, sino que si tal lista ha de servir como criterio a la hora de determinar la conveniencia de la demanialización de una categoría de bienes, nada hace pensar que haya surgido un nuevo interés general distinto al que ya existía respecto al subsuelo en el año 1978.
2. Las características definatorias del dominio público según la doctrina del Tribunal Constitucional. Cualquier finalidad constitucionalmente legítima no puede utilizarse como motivo de afectación, sino que existen límites al respecto, como el derecho a la propiedad privada o la libertad de empresa.
3. El art. 33 CE que reconoce el derecho fundamental a la propiedad privada, estableciéndose como único límite de su contenido el que impone la función social. Por este motivo, a la hora de publicarse el subsuelo, debe existir un claro interés general a proteger y respeto al derecho a la propiedad privada.

⁵⁵ Así, PAREJO ALFONSO, L. sostiene, en su trabajo «Dominio público...» *op.cit.*, que la doctrina del Tribunal Constitucional respalda la posible demanialización del subsuelo.

⁵⁶ LÓPEZ RAMÓN, F., «La protección del Camino de Santiago en Aragón», *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 3, 1993.

A estos argumentos añadiríamos, por nuestra parte, otros dos:

1. El Código Civil, en su art. 350, determina la extensión de la propiedad pública, pero no del dominio público, para lo que es precisa la afectación. Por ello, se puede afirmar que el subsuelo de un bien demanial puede pertenecer a la Administración, en aplicación de dicho artículo, pero que su régimen jurídico sea el de los bienes patrimoniales. No hay que confundir los conceptos de propiedad pública y demanialidad pública.
2. Los principios de adecuación y suficiencia consagrados por el art. 6 b) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) permiten adaptar la afectación de los bienes para servir al uso general o al servicio público al que estén destinados. Por tanto, el subsuelo debe ser demanializado cuando la afectación del mismo lo haga necesario.

Como trasfondo de estos aspectos, no debe soslayarse que el principio de limitación del dominio público y de sus requerimientos a las estrictas exigencias de la afectación favorece la financiación privada de las inversiones. No existe motivo para prolongar en volúmenes el dominio público cuando éstos son indiferentes al fin o afectación a la que está destinada la superficie. Por lo demás, la extensión de la demanialidad más allá de lo necesario limita las posibilidades de uso privativo sin razones que lo justifiquen. El cumplimiento de las finalidades públicas que desempeñan los bienes afectos no tiene por qué verse menoscabado por la flexibilización del régimen demanial.

En conclusión, puede observarse que al respecto existen motivos a favor y motivos en contra. En todo caso, sin olvidar las ventajas que la extensión de la demanialidad ofrece, puede decirse que la misma no está siempre justificada. Si se permitiera que el régimen aplicable fuera el de los bienes patrimoniales, los nuevos desarrollos en el subsuelo se verían muy beneficiados y, consecuentemente, muchas necesidades públicas quedarían satisfechas. No se trata de ignorar o descuidar la finalidad pública que los bienes demaniales tienen encomendada, sino que la demanialidad se limite, precisamente, a hacerla efectiva.