

RESUMEN

CUSTODIA COMPARTIDA

La custodia compartida de ambos progenitores implica el ejercicio de la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos. Su objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, pero también la realización práctica y cotidiana de la responsabilidad de ambos padres exigiéndoles incluso un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la patria potestad.

ABSTRACT

SHARED CUSTODY

Shared custody means that both parents hold legal custody of their underage children, under equal conditions and with equal rights as regards the children. The object of shared custody is to procure the greatest custodial benefit or interest, but also to demand the practical, daily fulfilment of responsibility by both parents, requiring the parents to apply an even greater amount of diligence in their exercise of patria potestas.

1.3. Derechos reales

EL SUBSUELO COMO FINCA REGISTRAL INDEPENDIENTE.

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

I. EXTENSIÓN DEL DOMINIO

Desde siempre, a la hora de configurar el derecho de propiedad ha existido una preocupación en el hombre por tratar de delimitar este derecho, no sólo para poder extender al máximo sus facultades dominicales, sino también para impedir las injerencias ajenas en su propiedad y por lo tanto limitar las facultades de los otros propietarios.

Surge, por tanto, desde siempre, la «necesidad» de acotar el dominio, de ver cuál es su extensión, y si materialmente, ésta abarca todas las facultades que el hombre puede obtener sobre la cosa, su extensión vertical, ha sido, asimismo, objeto de polémica.

En el Derecho romano, como de todos es sabido, se entendía que el dominio alcanzaba verticalmente hasta el infinito en el espacio aéreo situado encima del fundo correspondiente, y hasta las profundidades más remotas; de este modo, el dueño del suelo era dueño de una ficticia columna vertical que alcanzaba hasta donde existiera confín. Los romanistas medievales acogieron estas ideas y las llevaron al límite extendiendo el dominio de la superficie de la finca *usque ad sidera et usque ad inferos*.

El Código Civil español, claramente de influencia romana en este punto, recogió en el artículo 350 del Código Civil esta idea. Así, este artículo establece que «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».

Distinguimos en el dominio vertical, tal y como se deduce de este artículo, además de la estricto plano horizontal (terreno), el vuelo o superficie, que podemos definir como aquel espacio situado por encima del terreno, y el subsuelo: el espacio situado por debajo del mismo.

Si bien, aunque de la literalidad del artículo parece que sólo el subsuelo pertenece al titular del terreno, podemos interpretar, sin embargo, que ambos espacios (vuelo y subsuelo) son objeto de dominio del titular de la superficie. Confirmación de ese dominio vertical sobre el vuelo, y tal y como interpreta LACRUZ BERDEJO (1), es que el propietario puede hacer las obras y plantaciones que tenga por conveniente; es decir, tiene la «posibilidad de utilización exclusiva» de ese espacio, y eso no es sino consecuencia de la titularidad dominical sobre el mismo. Que el dominio se extiende al vuelo, lo confirman asimismo las SSTS de 7 de noviembre de 1995 y 10 de diciembre de 1980, que entienden invadido el derecho de propiedad, por una invasión del vuelo.

Por tanto, y como lógica herencia de la tradición romana y consecuencia inmediata del principio de accesión, se puede decir, a la luz de este artículo 350 del Código Civil, que el propietario del suelo lo es de todo lo que verticalmente exista y se le una o incorpore por encima y por debajo. En este sentido, la STS de 23 de junio de 1998 establece que el derecho de propiedad sobre un terreno se extiende a: *a)* su superficie; se presume *iuris tantum* que todo lo comprendido dentro de ese perímetro superficial pertenece al propietario (SSTS de 3 de julio de 1975 y 6 de julio de 1992; *b)* el vuelo: puede ser parte del derecho de propiedad o constituirse como derecho real independiente (STS de 24 de diciembre de 1991, y 23 de junio de 1998); *c)* el subsuelo: cuyo aprovechamiento puede atribuirse a otros, actuando, entonces, como limitación dominical y con acceso al registro (STS de 17 de noviembre de 1997).

Este artículo, no obstante, ha sido matizado e interpretado por la doctrina (2), en el sentido de que la propiedad sobre el vuelo y el subsuelo alcanzará únicamente hasta donde sea posible su explotación por el hombre, hasta donde llegue el interés de su propietario, su «interés potencial» (3), y a esto se ha unido, a partir de la CE de 1978, el límite a la propiedad privada como es la función social de la propiedad, que «recorta», o aclara los límites verticales, por la existencia de servidumbres administrativas, o bienes de dominio público (minas, aguas subterráneas) que, en ningún caso, aun situándose físicamente en esa ficticia columna de propiedad, pueden pertenecer al dominio particular del titular del suelo al que correspondan.

La STS de 3 de abril de 1984 reitera esta tesis del interés del propietario al afirmar que el derecho de propiedad «alcanza hasta donde llegue el interés del propietario», y no puede mantenerse de una forma rigorista y absoluta.

Pues bien, esa extensión vertical del dominio, si bien, hoy mucho más limitada que antes, sigue siendo indeterminada, pues el concepto de «hasta donde

(1) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, III*, vol. 1.º, ed. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 278.

(2) En este sentido, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical», en *RCDI*, 1925, pág. 11 y sigs.; Díez PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil, III*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 151.

(3) En palabras de LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos...», *ob. cit.*, pág. 279.

alcanse el interés del hombre» crea inseguridad jurídica, pues ese interés es variable y dependiente de las nuevas tecnologías y medios, así como de la voluntad del propio titular. Igualmente, las posibilidades de escindir o separar del dominio determinadas facultades de explotación, o uso respecto del vuelo y el subsuelo a favor de terceras personas, que puedan llegar a confundirse con el propio dominio, hacen mas complejo todo lo que acabamos de decir, y ponen de relieve que la extensión vertical del dominio no es un tema todavía resuelto.

II. ESCISIÓN VERTICAL DEL DOMINIO

A pesar de que la regla general, como acabamos de decir, es que toda la extensión vertical del terreno es propiedad del titular del mismo, con las limitaciones que corresponda, sus componentes superior (el vuelo) e inferior (el subsuelo), pueden cobrar autonomía propia y actuar separadamente del suelo en el que se asientan y de su titular. Es decir, es posible la escisión o división vertical de las facultades dominicales, pues se puede ceder, o bien el vuelo, o bien el subsuelo para su explotación, uso o disposición.

La nueva Ley del Suelo contempla en su artículo 8 (4) las facultades que comprende el derecho de propiedad del suelo, entre las que enumera el uso, explotación, disfrute y disposición; y en su párrafo segundo señala expresamente que «las facultades del apartado anterior alcanzarán al vuelo y al sub-

(4) Artículo 8 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo:

Contenido del derecho de propiedad del suelo: facultades.

1. El derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación aplicable por razón de las características y situación del bien. Comprende, asimismo, la facultad de disposición, siempre que su ejercicio no infrinja el régimen de formación de fincas y parcelas y de relación entre ellas establecido en el artículo 17.

Las facultades a que se refiere el párrafo anterior incluyen:

- a) La de realizar las instalaciones y construcciones necesarias para el uso y disfrute del suelo conforme a su naturaleza que, estando expresamente permitidas, no tengan el carácter legal de edificación.
- b) La de edificar sobre unidad apta para ello en los términos dispuestos en la letra c) del artículo 6, cuando la ordenación territorial y urbanística atribuya a aquélla edificabilidad para uso o usos determinados y se cumplan los demás requisitos y condiciones establecidos para edificar.
- c) La de participar en la ejecución de las actuaciones de urbanización a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 14, en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación.

Para ejercer esta facultad, o para ratificarse en ella, si la hubiera ejercido antes, el propietario dispondrá del plazo que fije la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, que no podrá ser inferior a un mes ni contarse desde un momento anterior a aquél en que pueda conocer el alcance de las cargas de la actuación y los criterios de su distribución entre los afectados.

2. 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.

suelo sólo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística...». De este artículo se desprende, por tanto, que las facultades dominicales sobre el vuelo y el subsuelo son las mismas que las del suelo propiamente dicho, y que, al igual que en aquéllas, no puede existir obstáculo alguno para su cesión a terceros. Luego, la triple división que postulamos es admisible, y en consecuencia se podrá constituir o ceder esas facultades a personas distintas del propietario del suelo, ocasionando distintas titularidades sobre cada una de las tres partes.

Esto genera dos nuevos problemas:

- 1.º Los titulares de las facultades sobre el vuelo, subsuelo y suelo pueden ser distintos. Y parece que no existe problema en que sean distintos titulares de un derecho real limitado concedido por el titular dominical del suelo, como acabamos de ver; pero, ¿pueden llegar a ser titulares dominicales distintos?, ¿puede escindirse el dominio en dos o tres, y no sólo desgajarse del mismo ciertas facultades?
- 2.º Si se admite esa división vertical en estas tres partes, cuya explotación, uso o disfrute se haya cedido a terceros, sigue existiendo el problema que antes hemos apuntado de su alcance efectivo: ¿hasta dónde llega la extensión física de las facultades dominicales sobre el suelo y el subsuelo? Esta separación en tres lo único que aclara es hasta dónde llega la propiedad del suelo, que, si se ha escindido de las otras dos partes que la integraban históricamente, su límite se encontrará en el inicio de las otras dos.

Bien, dejando planteadas esas dudas, vamos a tratar de centrarnos ahora en el subsuelo e intentar solucionarlas con respecto al mismo.

III. EL SUBSUELO

¿Qué es el subsuelo? Sería esa escisión del dominio vertical que queda por debajo del suelo, es decir la unidad subterránea del suelo.

¿Hasta dónde llega? Sigue siendo un concepto indefinido, pues la nueva ley no lo contempla en positivo, limitándose a establecer los límites del mismo: las facultades sobre el subsuelo sólo alcanzarán hasta donde permitan los instrumentos de ordenación urbanística y respetando las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público (5).

Si el subsuelo puede diferenciarse del suelo propiamente dicho, como hemos explicado, nos planteamos si se puede transmitir a un tercero; y en su caso qué es lo que se transmite, ¿un verdadero derecho de propiedad separado?, ¿o por el contrario lo que se cede es su uso, explotación, o incluso sólo el de las instalaciones que allí se establezcan?

Es decir, lo que nos planteamos realmente es si el subsuelo es un derecho real limitado, semejante al derecho de superficie o al derecho de vuelo, pero hacia abajo; o si por el contrario se trata de un derecho real atípico, con contenido distinto a los anteriores, o dando un paso más, si puede tratarse de un verdadero derecho de propiedad, pero limitado al espacio subterráneo, y por tanto con plenas facultades sobre el mismo.

(5) Véase el artículo 8.2 de la Ley del Suelo, anteriormente citado.

Vamos a intentar dar respuesta a estas preguntas, analizando la jurisprudencia registral sobre el subsuelo y su relación con el suelo.

Una de las primeras resoluciones que contempló el subsuelo como objeto independiente de transmisión fue la de 28 de octubre de 1988. Los hechos eran los siguientes: constaba inscrito en el Registro el «derecho a construir un garaje o almacén en el subsuelo» sobre una finca registral, de titularidad pública. Posteriormente se venden cuotas de ese derecho y en la venta del mismo se afirma que se vende el derecho de uso del subsuelo. El registrador rechazó la inscripción por entender que se pretende inscribir un derecho distinto del que se otorgó, pues se otorgó un derecho a construir y no el derecho al uso que figuraba en la escritura que se presenta a inscripción, sin que previamente se declarase la construcción realizada y la división de propiedad horizontal. La DGRN acepta la inscripción, pues entiende que el derecho al uso es el mismo que el derecho a construir que consta inscrito, ya que «tratándose, el inscrito, de un derecho atípico, no puede pretenderse que en la escritura reciba una exacta denominación —que no tiene— y lo importante es que del conjunto de la escritura sea indudable que las partes se refieren al derecho inscrito», entendiendo que esa identidad se desprende de la propia escritura presentada. En esta resolución queda claro que lo que se transmite a terceros son facultades del dominio, sea uso o sea construcción, constituyendo un derecho real limitado ¿atípico?, pero en ningún caso se contempla la posibilidad de división del dominio pleno del subsuelo. No obstante, la resolución es criticable, puesto que equipara las facultades de uso y construcción, pues, según la misma, una implica la otra, cosa que yo no comparto, creando más incertidumbre a la hora de calificar el derecho que se vende a los compradores, de carácter atípico que, precisamente por eso, debería delimitarse mejor su contenido.

Posteriormente, la RDGRN de 2 de febrero de 2005 da un paso más, porque no sólo se refuerza la posibilidad clara de constituir un derecho real atípico sobre el subsuelo —como en la anterior— sino que se admite la posibilidad de que el subsuelo sea considerado como finca registral independiente, e incluso parece que la división del dominio sea mayor, porque siendo el suelo demanial, se permite la desafectación del subsuelo, que pasa a ser patrimonial, contravinendo, de este modo, la regla general de la accesión. ¿Hay, entonces, un verdadero dominio dividido?

Analicemos la resolución: se plantea la inscripción como finca independiente en el Registro de una unidad subterránea constituida por un volumen edificable bajo suelo de carácter público, previa la correspondiente desafectación como bien demanial de aquella unidad, configurándola como patrimonial. El Registrador rechaza la inscripción como finca independiente del suelo, para ser objeto independiente de dominio, pues contraría las normas imperativas más elementales relativas al derecho de propiedad y accesión. Además, en el subsuelo se pretende la construcción de un complejo inmobiliario (un garaje de dos plantas), regulado por las normas de la LPH, y al ser el suelo público y el subsuelo privado, siendo el suelo elemento común se haría muy difícil la aplicación de la LPH y habría que buscar o establecer nuevas relaciones de comunidad que justificasen ese complejo inmobiliario y las relaciones entre el suelo y el subsuelo.

La DGRN admite la inscripción del subsuelo como finca registral independiente, con los siguientes argumentos:

- La propiedad no es un derecho de extensión ilimitada que pueda y deba extenderse indefinidamente (incluyendo siempre el subsuelo), sino que la función social de la propiedad (art. 33 CE) delimita su contenido, y «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 (cfr. art. 2 de la Ley del Suelo)». Por lo tanto, parece que puede separarse el subsuelo del suelo al que normalmente pertenece, previa desafectación.
- En cuanto a la problemática del complejo inmobiliario, el Centro Directivo afirma que sí, efectivamente, es un complejo inmobiliario, y que no hay problema por extender las normas de «la legislación de propiedad horizontal a los complejos inmobiliarios no estrictamente privados, esto es, en los que existe algún elemento independiente sometido a un régimen demanial público». El complejo inmobiliario existe pues «sí existe pluralidad de fincas inmatrimoniales o registrales, desde el momento que se abre folio propio al subsuelo patrimonial». Y el punto de conexión entre fincas y titulares, necesario para la existencia del complejo inmobiliario, se da en el hecho «de que la segregación de la unidad subterránea no es una segregación total, no hay desconexión total con la finca matriz: el nuevo folio, a la vez que recoge el historial de los derechos que recaen sobre la total unidad subterránea, sirve para completar el historial de la finca de procedencia, en cuanto desafectación de la misma».

Esta resolución es criticable en el sentido de que el Centro Directivo esgrime como argumento para la separación del subsuelo como finca independiente, precisamente la función social de la propiedad, que delimita la propiedad privada, pero en este caso, el suelo era demanial, ¿es razonable, entonces, utilizar ese argumento?

Además, al hablar del complejo inmobiliario incurre en contradicciones, porque recurre a la existencia de varias fincas registrales, eso sí conectadas, inscritas, a través del sistema de doble folio y llega a afirmar que como elemento común sólo existen los forjados, pero que aunque no existieran elementos comunes, no pasaría nada, para seguir aplicando el régimen de complejo inmobiliario, siempre que existieran servicios generales comunes —al amparo del art. 24 de la Ley 8/1999, de 6 de abril—, como son los que regula el estatuto del complejo inmobiliario que se presenta a inscripción. Considero cuanto menos dudosa la existencia y viabilidad en la práctica de un complejo sometido al régimen de propiedad horizontal sin existencia de elementos comunes.

Pero, en definitiva, esta resolución da un paso más, pues confirma la posibilidad de inscripción del subsuelo como finca independiente, eso sí, siempre ligada a la finca correspondiente del suelo, unidas al menos registralmente; si bien la diferenciación real entre ambas es evidente por su distinta naturaleza (pública-privada), y por su distinta finalidad y función. ¿Está ahora más cercana la efectiva división del dominio vertical?

En la reciente RDGRN de 24 de febrero de 2007 se plantea de nuevo la posibilidad de inscripción separada del suelo, del subsuelo de un terreno, quedando el primero bajo titularidad pública y el segundo de titularidad patri-

monial privada, al igual que en la anterior, pero sin previa constitución de un régimen de propiedad horizontal ni reserva de un derecho de edificación.

En este caso la DGRN, después de afirmar contundentemente que «no existen obstáculos en nuestro Ordenamiento para la configuración de un régimen distinto al suelo y el subsuelo», y que registralmente puede abrirse un folio autónomo a la unidad subterránea constituida por el volumen de subsuelo desafectado, continúa diciendo que «eso no significa una total desvinculación de la finca matriz, ya que en el folio abierto a ésta debe hacerse constar el distinto régimen del subsuelo, como modificación de la extensión normal del dominio de la finca matriz». Y en este caso, si lo que se pretende es un desdoblamiento del régimen jurídico del suelo y subsuelo, sin segregación material de un volumen determinado, habrá que establecer primero las relaciones entre el suelo público y el subsuelo privado a través de la división horizontal de los complejos inmobiliarios, cosa que no se ha producido en el caso examinado en esta resolución, por lo que rechaza la inscripción separada del subsuelo como finca independiente. Es decir, no es posible la inscripción del subsuelo sin establecerse el régimen de conexión entre el mismo y el suelo al que en definitiva pertenece.

Por lo tanto, y a la vista de estas resoluciones, podemos concluir lo siguiente:

- El subsuelo puede ser finca registral independiente, eso sí, vinculada registralmente a la finca matriz, y siempre que se pre-establezcan las relaciones que van a regir el suelo público y subsuelo privado.
- El subsuelo es más una finca registral independiente que una verdadera configuración de dominio pleno separado, es una «modificación de la extensión normal del dominio», como dice el Centro Directivo, es un distinto régimen de utilización o explotación. Por lo tanto, parece que debemos concluir que aunque cada vez con mayor autonomía la configuración independiente del subsuelo es como un régimen de utilización diferenciado del régimen del suelo, pero no constituye todavía *per se*, un auténtico derecho dominical pleno y autónomo del suelo al que pertenece.

Y en consecuencia, lo que considero fundamental es que esa configuración del subsuelo como un derecho real atípico y con una independencia evidente, quede perfectamente determinada y que tenga siempre una causa que la justifique, tal y como exige la tesis de *numerus apertus* en los derechos reales, aceptada por la Dirección General. Por eso, desde estas líneas, se aboga por una mayor concreción de sus facultades y características, que entendemos se irá haciendo por vía jurisprudencial, pues cada vez es más frecuente la utilización del subsuelo separadamente del suelo al que físicamente está unido.

RESUMEN

SUBSUELO Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La extensión vertical del dominio ha sido un tema ampliamente debati-

ABSTRACT

SUBSOIL AND PROPERTY REGISTRATION

The vertical extension of ownership is a topic that has always been widely

do, desde siempre. En este estudio se pretende analizar la división vertical del mismo entre el suelo y el subsuelo, y la posibilidad de que el subsuelo constituya una finca registral independiente, y, si esto es posible, en qué condiciones debe hacerse esa inscripción, y cuáles son las nuevas relaciones que se originan entre el subsuelo y el suelo al que originariamente pertenecía.

debated. This study endeavours to analyse the vertical division of ownership between the soil and the subsoil and the possibility of the subsoil's constituting an independent registered property, and if this is possible the conditions under which the property must be registered and the new relationships that are originated between the subsoil and the soil to which the subsoil originally belonged.

1.4. Sucesiones

LA ACEPTACIÓN TÁCITA DE LA HERENCIA REQUIERE ACTOS CLAROS Y PRECISOS QUE REVELEN LA VOLUNTAD INEQUÍVOCA DE ACEPTAR. LA APRECIACIÓN DE LA ACEPTACIÓN ES UNA CUESTIÓN DE HECHO SOMETIDA A LA APRECIACIÓN JUDICIAL.

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
Profesora titular de Derecho Civil. UNED

I. PLANTEAMIENTO

1. LA ACEPTACIÓN: CONCEPTO

La aceptación de la herencia es la declaración de voluntad mediante la cual el llamado a una herencia manifiesta que asume la cualidad de heredero. El efecto de la aceptación es la adquisición de la herencia. La aceptación se puede hacer de forma expresa o tácita. Este análisis crítico de jurisprudencia se va a centrar en la aceptación tácita y, en especial, en los actos que suponen o implican la aceptación por parte del heredero.

2. SISTEMAS DE ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

En el sistema denominado germánico, el heredero adquiere la herencia por la delación, sin necesidad de aceptarla, aunque puede repudiarla con efecto retroactivo a la muerte del causante.

En el sistema romano se adquiere la herencia por medio de la aceptación, con efecto retroactivo desde la muerte del causante (1).

(1) Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1993, Ed. Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, pág. 2355.