

La disociación jurídica del dominio y el pluridominio

SUMARIO: ANTECEDENTES.—I. LA COTITULARIDAD EN LOS APROVECHAMIENTOS INDEPENDIENTES Y LA DISOCIACIÓN DEL PODER DOMINICAL.—II. EL PLURIDOMINIO Y LA DIVISIÓN DEL DOMINIO.—III. LOS DOMINIOS INDEPENDIENTES DEL SUELO, EL SUBSUELO Y EL VUELO.—IV. LA PROPIEDAD ESPACIAL Y VOLUMÉTRICA.—V. LA DISOCIACIÓN DEL DOMINIO EN LA PROPIEDAD PÚBLICA. LOS APARCAMIENTOS SUBTERRÁNEOS Y LOS VOLUMENES ESPACIALES INDEPENDIENTES EN BIENES DE DOMINIO Y USO PÚBLICO. SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril de 2002).—VI. MUTACIÓN O CAMBIO DEL DERECHO CONCESIONAL A DOMINIO PLENO.

TESIS: *El dominio de cada uno de los aprovechamientos que tienen un valor reconocido en la utilidad global de un bien es una propiedad jurídica, y en los supuestos de disociación del dominio plural, es decir, cuando son varios los titulares de los diversos aprovechamientos independientes, corresponde al Derecho de la Propiedad el reconocimiento del régimen jurídico establecido para la ordenación de los derechos concurrentes, con posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad para una mayor protección y eficacia real de los nuevos derechos dominicales que emergen, incluso en los bienes de dominio y uso público, según ha reconocido, recientemente, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en su RESOLUCIÓN de 5 de abril de 2002 (BOE de 30 de mayo).*

ANTECEDENTES

Como hemos de ver en la PRIMERA PARTE de este trabajo, *la disociación jurídica del dominio es una constante histórica*. Se puede afirmar que

es del todo imposible encontrar en la Historia del Derecho una «*unidad de dominación total*», es decir, un poder unitario que concentre todo el dominio «global» que se puede ejercitar sobre las cosas o los derechos; puesto que, siempre, incluso en la época del «feudalismo absoluto», el derecho dominical, aún siendo por su propia naturaleza de tendencia individualista, ha tenido que compartir sus facultades, al menos con un dominio «*eminente*» por razón del superior poder soberano del Estado, o del común de los hombres, que en todo tiempo ha tenido sus manifestaciones más evidentes en el Derecho Tributario, en la Expropiación Forzosa y en la reserva sobre el derecho a la explotación de las aguas y los yacimientos mineros; y sobre todo, en términos más generales, ya de antiguo, en la función social de todas las formas de propiedad.

La SEGUNDA PARTE de este estudio, muy relacionada con la anterior, como también veremos, es consecuencia de una consulta profesional —en tiempos, que ya se alejan, de mi profesión como Registrador de la Propiedad— sobre un interesante problema, muy generalizado en todas las ciudades que tengan un importante desarrollo urbanístico, y que ya motivó, por mi parte, un estudio publicado en el *Boletín del Colegio de Registradores*, número 55, de enero del año 2000, sobre: ***La posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad de los aparcamientos subterráneos en el subsuelo de terrenos de «dominio y uso público» para la venta «en pleno dominio» a particulares de las plazas de garaje individuales.***

Dicho trabajo fue enfocado desde la admisibilidad de la PROPIEDAD dividida «*por planos*» y *separada por capas o «volúmenes»* (1) o, lo que es lo mismo, *delimitada «objetivamente» por espacios independientes o volúmenes cúbicos superpuestos* —que puede ser denominada «*propiedad espacial y volumétrica*» o «*propiedad volumétrica en el espacio*»—, con manifestaciones variadas, incluso como un *dominio «privado»* por debajo o por encima de la propiedad «*demonial*»; una de cuyas formas de presentación jurídica —ya admitida de antiguo por la doctrina— es la fórmula del ***dominio dividido***, que tiene lugar *cuando la unidad del objeto jurídico «se rompe»* (2) *en razón a la diversidad de utilidades con aprovechamiento independiente de que sea susceptible un mismo bien*, y cuya consideración por separado en los casos de «***dominio plural***» dará lugar a una «***disociación jurídica del dominio***».

Al recuperar esta idea para su aportación al curso sobre «SUBSUELO» de la Universidad de Verano, convocado por la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de TERRASSA (junio de 2001), reconozco que me asaltaron grandes dudas. Mayores que las que tuve al redactar mi anterior trabajo. Porque existen nuevos estudios, muy interesantes, sobre el mismo

(1) GUIMERA PEDRAZA, *El derecho de subsuelo*. Anuario de Derecho Civil, 1961.

(2) DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie en general*. Ministerio de la Vivienda, 1974.

tema, algunos de los cuales no participan de las mismas conclusiones a las que intenté llegar (3), alegando valiosos motivos que deben ser tenidos muy en cuenta en el momento de adoptar en la práctica cualquier solución, como la posible «*reserva de Ley*» para todo lo que afecte a la regulación de la propiedad (arts. 33, 53.1 y 149 de la Constitución), y más si se trata del dominio público (art. 132), y la invocación de un pretendido carácter «*imperativo*» de lo que disponen los artículos 350 y 358 del Código Civil, que parten del antiguo principio de *vinculación* de todos los usos y aprovechamientos inherentes a la propiedad de un terreno —*usque ad sidera, usque ad inferas*— al dominio de la superficie, sobre todo el segundo que parece imponer obligatoriamente a toda construcción que se incorpore al suelo el rígido principio de la *accesión* —*superficies solo cedit*—; argumentos que, a juicio de sus autores, no permiten aplicar, *vía contractual dispositiva*, la doctrina de la **disociación jurídica**, o **del dominio dividido** a la propiedad inmobiliaria, y menos todavía si tiene el carácter de «*pública*».

Pero, ante la realidad evidente de las sociedades que avanzan y que se ven acuciadas de modo creciente a la busca de soluciones modernas, más adecuadas que las tradicionales, a las nuevas necesidades que surgen constantemente —algunas ineludibles e inaplazables, como la de los *aparcamientos subterráneos*—, la ausencia de una normativa concreta no debe, ni puede, paralizar el progreso; y, al igual que ocurre en otros supuestos similares, ante una «laguna legal» será preciso recurrir a los principios jurídicos y buscar apoyo en los razonamientos de la doctrina de los autores y en las sentencias de los Tribunales, aunque éstas, por lo general, no llegan a abordar los problemas en toda su amplitud sino sólo en lo necesario para fundamentar la resolución del caso sometido a su decisión —*justicia del caso concreto, con eficacia de cosa juzgada «inter partes»*—, por lo que las soluciones teóricas de los juristas vendrán siempre condicionadas por las circunstancias especiales del supuesto; lo que hace que no pueda excluirse del todo otra distinta cuando no sean totalmente iguales las premisas de las que se ha de partir.

El estudio de un problema nuevo, como el que examinamos, que se enfrenta a una situación de silencio legal pero que puede estar incurso en el ámbito de las materias sujetas a una clara «reserva de ley» y a normas singulares y concretas de carácter imperativo, como las urbanísticas, incluso en el ámbito legislativo de cada Autonomía, nunca puede resultar baldío, ya que, al menos, puede servir como punto de partida para ulteriores supuestos y, en el mejor de los casos, de estímulo a la labor legislativa o jurisprudencial. En

(3) Cito por todos, por la profundidad de su trabajo, la monografía: *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*, de MARÍA TERESA ALONSO PÉREZ, publicada por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad, año 2000.

todo caso, aunque la propuesta pueda ser rechazada, si no es perversa, siempre podrá servir, con toda cautela, como solución de emergencia ante una «penumbra» legal que no la prohíbe excluyéndola expresamente, porque también el profesional del Derecho se puede encontrar a veces con la necesidad de arbitrar la solución menos mala.

Como ya indicábamos en otro lugar en relación con el tema que nos ocupa (4), uno de los supuestos en que se hizo aplicación del principio constitucional de la «reserva de Ley» en la regulación de nuevas situaciones jurídicas, es el que se abordó por la Sala Tercera de lo Contencioso del Tribunal Supremo en la reciente **SENTENCIA de 31 de enero de 2001** (BOE de 2 de abril), en la que se decretó la «nulidad» de algunos artículos del Reglamento Hipotecario a los que había dado nueva redacción el **Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre**; entre ellos el **artículo 13** —*párrafos primero, segundo y tercero*— que había introducido la regulación registral de un nuevo derecho con eficacia real, nacido de un contrato de frecuente utilización en las notarías en el ámbito de la construcción, que es denominado «*cesión (o permuta) de suelo por obra futura*», y que anteriormente carecía de reglamentación, aunque varias Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y sentencias (5) se habían ocupado de él. La nueva disposición reglamentaria, actualmente derogada, al objeto de facilitar la inscripción del referido negocio jurídico, en su aspecto real, en el Registro de la Propiedad, regulaba la constitución *ipso facto* de una «comunidad especial» en el dominio de la finca que habría de nacer de inmediato —y con carácter *real*— en el propio contrato de «permuta», al estipularse como contraprestación de la cesión del suelo la «*transmisión actual*» de pisos o locales «*a construir*», siempre que aparezcan descritos conforme a la Ley de Propiedad Horizontal y con fijación de la «cuota» que les corresponderá en los elementos comunes y se fije un plazo para realizar la edificación; con lo cual bastará para que, en su día, la inscripción de la propiedad horizontal determine que tales elementos queden inscritos a favor del cedente del suelo, «sin necesidad de formalizar acta notarial de entrega».

Se regulaba en dicha norma un claro supuesto de transmisión, por título de permuta, de un «espacio vacío», delimitado en los planos de la edificación futura como un mero «volumen cúbico», -y que, de inmediato, es decir, antes de comenzar la construcción ya implicaba el nacimiento a favor del cedente de un «**derecho dominical**» sobre esa porción del espacio, superior o inferior a la superficie, que sería compartido en la titularidad de la finca adquirida por

(4) *El sistema de protección jurídica por el Registro de la Propiedad*. Editorial DIJUSA, 2001.

(5) Resolución de 5 de abril de 1990 y otras posteriores, y STS de 17 de mayo de 2000.

el cesionario; y no sólo en el suelo de la misma sino también en los sótanos, locales y pisos y locales de construcción futura, con carácter real y por tanto registrable, conforme al cual el cesionario que adquiría el suelo —decía el texto reglamentario—, *«no podrá enajenar ni gravar, sin consentimiento del cedente, los elementos independientes que constituyen la contraprestación»*. Es decir, tales elementos —*pisos o locales futuros*—, que en su día habrían de quedar integrados en la construcción del edificio, ya eran adquiridos «de hecho», en DOMINIO, por el cedente del suelo desde el momento mismo de la firma del contrato.

El Tribunal Supremo, sin atender a los argumentos de la parte demandada (Abogado del Estado y Colegio de Registradores) que justificaba la nueva regulación, no sólo en el carácter técnico registral del precepto reglamentario —por exigencias del principio de especialidad—, sino, también, alegando el carácter «dispositivo» del derecho contractual, fundamentado en la libertad de estipulación (art. 1255 del Código Civil) y que, según su opinión, alcanzaba incluso al convenio sobre la «tradición» —muy espiritualizada en nuestro derecho, ex art. 1.462 del Código Civil—, opuso serios obstáculos a su admisión, porque —dice la sentencia—, su regulación *«desnaturaliza el sistema de adquirir la propiedad en nuestro ordenamiento jurídico, que requiere la concurrencia del título y el modo, de manera que no basta el contrato si no va unido a la entrega de la cosa, que, en el supuesto contemplado..., no cabe porque no tiene existencia al tratarse de pisos y locales de un edificio a construir»*. Y, con los mismos argumentos que también aduce para rechazar algunos aspectos nuevos de la regulación del «derecho de superficie» y del «derecho de elevar o profundizar un edificio construido» (art. 16.1 y 2 del mismo Reglamento, que también había sido modificado por el citado Real Decreto, y que también fue anulado en parte por la misma sentencia), afirma que ambas regulaciones son *«cuestiones que afectan a la definición del derecho de propiedad, que al Reglamento no le es dado regular debido a la tradicional reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenido en la Constitución (art. 33)»*, añadiendo también que *«los pactos y contratos inscribibles los determina la Ley Hipotecaria y al Reglamento corresponde sólo su desarrollo»*.

Obviando la cuestión de la entrega «real», que se materializaba por la mera inscripción de los *pisos futuros*, al igual que en otras situaciones ya admitidas (*pisos meramente proyectados* en el art. 8.4.º de la Ley Hipotecaria, y *derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio, o de realizar construcciones bajo su suelo*, según el art. 16.2 del Reglamento), todo se reduce a un problema de competencia legislativa meramente *formal*. No es que la nueva regulación que se hacía de esos derechos en la reforma del Reglamento Hipotecario se calificaran en la sentencia de «actos prohibidos» y las nuevas circunstancias de «excesivas», sino que, por su importancia, al afectar

al ejercicio del derecho de PROPIEDAD (arts. 33 y 149 CE), es decir, a su contenido y a sus limitaciones, no puede dejarse su regulación a una norma simplemente reglamentaria.

Es fácil de comprender que no quepa dar a esos derechos una nueva regulación «imperativa» por un mero Decreto de alcance «reglamentario», puesto que sería tanto como introducir, *por vía reglamentaria*, un «contrato normado» con especiales efectos reales respecto de algo futuro y, como tal, claramente no se estaría respetando la «reserva de Ley». Y hasta se puede entender que resultaba una limitación «excesiva» al principio de libertad de estipulación contractual al establecerse —al margen de la Ley Hipotecaria— una fórmula con carácter obligatorio, al menos para su aplicación por los Registradores, con lo que también quedaba limitada la posible calificación registral en otros supuestos similares.

Desde ambos puntos de vista, se ha dicho, la sentencia anulatoria es irreproachable. Pero, para nada prohíbe otros actos singulares que puedan convenirse contractualmente y que tengan por objeto un *VOLUMEN delimitado en el espacio inferior o aéreo inherentes a un terreno*, es decir, un ámbito espacial «cosificado» y ubicado por debajo o por encima del suelo plano, que pasará a ser un mero lindero, reconociendo incluso «eficacia real» al derecho concedido; que, por otra parte, no es un efecto exclusivo de los estrictos derechos reales, como ocurre, por ejemplo, en el contrato de opción de compra, en el arrendamiento y en el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (6), cuyos posibles efectos reales no se discuten. Los convenios puedan afectar a cualquier APROVECHAMIENTO independiente que se prevea en la utilización de un bien concreto y, por consiguiente, también en el SUBSUELO o en el VUELO de una determinada finca, siempre que pueda ser considerado como objeto determinado de un negocio de transmisión, de una reserva o de una regulación comunitaria, con una utilidad separada pero en concurrencia con el derecho sobre el SUELO. La Historia, la Doctrina y la Jurisprudencia, como hemos de ver seguidamente, nos muestran numerosos casos de **derechos compartidos** sobre bienes inmuebles, *que exceden del ámbito estricto del concepto de derecho real* —por lo demás, actualmente en crisis—, y que no tienen encaje en la comunidad romana ni en la estricta propiedad horizontal, por lo que los autores los sitúan, dentro del amplio concepto de la **cotitularidad**, entre las nuevas figuras jurídicas de la **disociación dominical inmobiliaria**, como el llamado **condominio pro-diviso** que recientemente ha sido reconocido por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la RESOLUCIÓN de 5 de abril de 2002, incluso recayente sobre bienes de «dominio público».

(6) Ley 42/1998, de 15 de diciembre.

La misma sentencia del Tribunal Supremo, citada, que anuló parte de la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998, afirma con acierto, al igual que hicieron otras muchas, que nuestro Sistema Registral —a pesar de la brecha abierta por el art. 53 de la Ley 13/1996, que estableció la necesidad de incorporar obligatoriamente a las descripciones de las fincas la «referencia catastral»—, *no es un «registro de fincas» sino «de derechos»*; y aunque estos deban referirse necesariamente a un trozo de terreno, éste sólo funciona como un mero soporte físico, puesto que las normas y los principios hipotecarios se aplican al contenido de los asientos registrales *«en cuanto se refiere a los derechos inscritos»* (**art. 1 de la Ley Hipotecaria**). Y, conforme con ello, el **artículo 7** dispone que *«la primera inscripción de cada finca será de dominio»*, aunque ya el Reglamento (art. 377), desde sus primeras redacciones, admitió la existencia y el acceso al Registro de una forma de *disociación dominical* al establecer que *«en caso de hallarse separados el DOMINIO DIRECTO y el ÚTIL, la primera inscripción podrá ser de cualquiera de estos dominios, pero si después se inscribiera el otro dominio, la inscripción se practicará a continuación del primeramente inscrito»*.

Ante las específicas y singulares estipulaciones que, con un criterio práctico, se intenten introducir en un determinado negocio, cabe decidirse, en principio, por el *régimen de libertad de estipulación*. Esta es la regla general admitida en el derecho contractual, según el artículo 1.255 del Código Civil, y que también resulta amparada en la generalidad de los términos que utiliza el artículo 1.274 para la determinación de la «causa» como elemento necesario (*se presume que existe y que es lícita*), *«lo que abre casi ilimitadamente la posibilidad de nuevos tipos de contratos, respecto de su estructura, a los resultados propuestos y a su contenido»* (arts. 609 y 1.091), sobre la base de que, en todo caso, *«la causa será la que aparece justificando la eficacia del negocio»* (FEDERICO DE CASTRO) (7). Y, por eso también, el artículo 7 del Reglamento Hipotecario declara inscribible *«cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales»*, confirmando así la tendencia contraria a limitar los contratos —incluso los de *trascendencia real*—, a los especialmente regulados en las leyes, dejando para la doctrina y la práctica —notarial y registral, sobre todo—, la cuestión de *«qué nuevos derechos o facultades, o qué cargas o limitaciones son aptas para tener eficacia real»*,... *«por ostentar, en su caso, los requisitos formales de la publicidad»*..., y *«no ser de aquéllas que pongan en peligro la seguridad del tráfico»*.

(7) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*.

En los sistemas registrales que, como el nuestro, no reconocen siempre un propio «valor sustantivo» a la propia inscripción, que la haría indispensable para todo acto de eficacia «real», se permite, incluso, la elaboración y construcción de nuevos «derechos reales», mediante un proceso de *numerus apertus*. Con ello se estimula la creatividad y el deseo innovador de intentar satisfacer necesidades nuevas con nuevas fórmulas jurídicas y de aprovechar, al compás de los tiempos, nuevas técnicas que permiten nuevos aprovechamientos de los bienes, como pueden ser *los espacios subterráneos o aéreos*; aunque es evidente que esa libre facultad creadora no puede reconocerse de un modo absoluto. Como dice la Dirección General de los Registros, «no puede admitirse el poder atribuir carácter real a todo pacto o convenio, sino que debe reservarse, exclusivamente, para aquellas construcciones que se ajustan y respetan las normas estructurales y los requisitos de forma que el ordenamiento legal y el sistema registral imponen para que sea reconocida su eficacia trascendente, más allá de la esfera de los propios contratantes»; ya que, «por afectar los derechos reales a la configuración del status jurídico de la propiedad, necesariamente ha de reconocerse y aceptarse la existencia de límites a la autonomía de la voluntad por consideraciones ineludibles de orden público» (Resolución de 19 de septiembre de 1974, repetida en otras posteriores).

Podemos decir, incluso sin incurrir en temeridad, que, ante una situación de necesidad extrema, más vale proponer una solución de emergencia, que incluso puede operar como premoción o moción anticipada de un efecto querido o deseado por la sociedad, que mostrarse impotente. Y, si la solución que se propugna sirve para estimular una *reforma legislativa* que se estima conveniente o necesaria, habrá servido de gran utilidad en el mundo del Derecho que, como ocurre en todos los ámbitos de la vida social, necesita modernizarse al compás de los tiempos, por lo que debe estar siempre en continua evolución y progreso.

Esta idea final puede justificar la opinión particular (8) que seguidamente se expone, a pesar de reconocer la fuerza de los argumentos contrarios, no sin advertir que es una posición que no puede ser calificada de general, sino que, en todo caso, exigirá el examen y la consideración circunstanciada de cada supuesto concreto, por lo que siempre será un caso «singular». Como veremos a lo largo de este estudio, del origen de la titularidad de los terrenos de carácter «público» o de su condición en la escala *demanial*, dependerán muchos de los condicionamientos de la solución.

(8) En todo caso, también la comparten numerosos administradistas y expresamente está reconocida por destacados civilistas (DÍEZ PICAZO, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS), y ha sido aceptada por la citada Resolución de XX de abril de 2002.

I. LA COTITULARIDAD EN LOS APROVECHAMIENTOS INDEPENDIENTES Y LA DISOCIACIÓN DEL PODER DOMINICAL

Según gran parte de la antigua doctrina jurídica, la distinción entre **PROPIEDAD** y **DOMINIO** es vacua e inerte, y supone un esfuerzo inane y fútil; y, sin embargo, para la mayoría de los autores modernos la diferencia es fundamental, puesto que contrapone el «objeto» sobre el que se ejerce el poder y el «poder» que se tiene sobre el objeto. Primero se contempla el bien que necesitamos apropiarnos, y para usar de él decimos: «esta cosa es de mi PROPIEDAD»; después, frente a los demás y para excluirllos, se afirma: «yo tengo el DOMINIO sobre esta cosa».

Pero, en el lenguaje vulgar, la palabra PROPIEDAD es equívoca, ya que lo mismo se emplea para significar la *facultad de disposición* que tenemos sobre una cosa, o sobre un derecho, que *la misma cosa o derecho* que está sujeta a nuestra disponibilidad; y, también, tanto *la atribución de las utilidades* de una cosa como *los mismos bienes o derechos* que utilizamos como propios, e, incluso, una *cualidad* especial de los mismos. En cambio, la palabra DOMINIO, como término jurídico, es unívoca, y significa el *poder exclusivo* de usar y disponer libremente de una cosa o de un derecho; es decir, *dominar los valores económicos*.

La **PROPIEDAD**, tanto en su fundamentación filosófica como en su trayectoria histórica, tiene siempre como referencia el APROVECHAMIENTO por el hombre de las cosas que existen en la naturaleza y que necesita utilizar para satisfacer sus necesidades. Por lo mismo, el **DOMINIO**, en su referencia al PODER excluyente, también tiene un fundamento racional —«razones de necesidad y utilidad»— y, como tal, no es contrario al Derecho Natural: «Todo hombre se siente llamado a dominar la naturaleza; y reconoce la misma facultad en los demás; de ahí la necesidad de un acomodamiento, es decir, de encontrar la regla que determine la parte o porción de poder de cada individuo» (SAVIGNY).

Pero, para el Derecho, en sentido estricto, mientras la **PROPIEDAD** supone un *vínculo físico* de la persona con el objeto económico que lleva implícita la idea de su «apropiación» en virtud de algún título, el **DOMINIO** expresa un *vínculo jurídico de poder*, y presupone la «legitimidad» de ese título, por lo que, en síntesis, viene a ser una «situación jurídica de la propiedad económica».

Por consiguiente, si el DOMINIO es la misma PROPIEDAD JURÍDICA referida a cada uno de los APROVECHAMIENTOS con «vocación» independiente, el **DERECHO DE LA PROPIEDAD** será el *régimen* o «estatuto» que va a regular el dominio —individual o plural— que se ejercita sobre todas las UTILIDADES de una cosa y que tienen un valor económico reconocido en el

tráfico. En su aspecto «*objetivo*» predomina la idea de «atribución», que implica la «*legitimidad*» en el modo de adquirir y poseer. En su aspecto «*subjetivo*» predomina la situación de «*poder o potestad*», que se manifiesta en las diversas facultades que se pueden ejercitar sobre las cosas o los derechos; es decir, los «*derechos subjetivos*». Pero, siempre bajo la idea de que será necesaria una «*organización*» de lo plural para un mejor aprovechamiento, en armonía, de todas las utilidades que es susceptible de proporcionar una cosa o un derecho al propio dueño y a los terceros.

Si todo DERECHO de contenido económico supone una facultad o aptitud positiva dirigida al APROVECHAMIENTO, en todas sus formas, de las cosas que nos son útiles, que sólo será eficaz cuando obtenga el reconocimiento de los demás que son excluidos, el DOMINIO es el «derecho subjetivo» por excelencia en cuanto implica un haz indeterminado de «facultades» que podemos ejercitar con cierto grado de «exclusividad». Fundamentalmente son las facultades de «usar, disfrutar y disponer», de cuya combinación derivan otras parciales o subordinadas, como las de poseer y reivindicar. Y cabe, incluso, que la utilidad sea tanto en interés propio como de otros a quienes queremos favorecer o estamos obligados. Nada impide la utilización «global» por el dueño o su ruptura y disgregación. Por eso podemos decir que, aunque no seamos plenos PROPIETARIOS de los bienes que utilizamos, puesto que ni siquiera tenemos un poder absoluto sobre los propios, sí tenemos un DOMINIO «ordenado» sobre todos y cada uno de los DERECHOS o APROVECHAMIENTOS que nos pertenecen legítimamente y que derivan de las diversas UTILIDADES económicas que nos pueden proporcionar tanto nuestros bienes propios como los ajenos, porque sobre ellos ejercitamos los «derechos subjetivos» que nos pertenecen. No obstante, para que esos «derechos subjetivos» que se ejercen sobre las cosas materiales, tanto propias como ajenas —los llamados «derechos reales»—, sean plenamente eficaces —erga omnes— necesitan el reconocimiento y el respeto de todos, para lo cual será preciso darles la suficiente «publicidad» y dotarles de una «tutela judicial efectiva». Y en esto consiste, esencialmente, El Sistema de Protección Jurídica por el REGISTRO DE LA PROPIEDAD (9), cuya eficacia se produce con apoyo en una rama singular del ordenamiento jurídico, el llamado DERECHO HIPOTECARIO, fundamentado en unos Principios Jurídicos, conforme a los cuales, desde una «calificación profesional» previa a la, «registración», se impone ex le ge, y bajo la salvaguardia judicial, la presunción de legitimidad de lo inscrito y la inoponibilidad de lo no inscrito, y a veces la veracidad e integridad del contenido del Registro con valor iuris et de iure, que conforman una Institución Jurídica por medio de la cual se

(9) Editorial DIJUSA, año 2001.

impone una especial de *justicia objetiva, cautelar y social*, con la finalidad de proteger la propiedad, aún aparente, y clarificar los derechos sobre las cosas, proporcionando seguridad al tráfico jurídico y favoreciendo el desarrollo del crédito, que son dos de los pilares que sirven de apoyo a una óptima evolución económica.

Estos predicamentos registrales no son para las FINCAS, cuya realidad «física» es innegable, sino para los DERECHOS, aunque éstos, necesariamente, *se han de referir a la «finca real»* que le sirve de soporte físico. Por eso hemos dicho en otro lugar (10), que *el REGISTRO, como Institución Jurídica, tiene por objeto la publicidad de los regímenes jurídicos de los distintos DOMINIOS o DERECHOS que se tienen con eficacia real sobre los diversos APROVECHAMIENTOS económicos de que son susceptibles las cosas*. Sólo por razones técnicas, el Registro se lleva por fincas («*sistema de folio real*»), lo que justifica su denominación como **REGISTRO DE LA PROPIEDAD**.

* * *

En su origen ideal, la PROPIEDAD JURÍDICA se formó por la *agregación sucesiva de derechos parciales de utilización de las cosas*, por lo que la primera manifestación en todas las sociedades humanas fue la propiedad «**comunal**», que tiene su origen en un Derecho Natural primario —el hombre, como ser social, es incapaz por sí sólo de vivir y evolucionar—, y que, como tal, todavía persiste en algunas fórmulas jurídicas actuales que reconocen, como en los primeros tiempos, el insustituible «*valor de lo compartido*». Pero, pronto, el orden del Derecho de Gentes, derivado de un Derecho Natural secundario, vino a establecer la *separación de las diversas formas de utilización de los bienes*, en correlación con los distintos intereses coexistentes: *Dominio y goce «en común»*; *Dominio y goce «privativos»*; *Dominio «común» y goce «privativo»*. En Roma, cuna del *derecho* de los hombres, el Derecho Civil, o de las «cives», vino a introducir «*exclusividades*» en interés de los propios ciudadanos —«*dominio quiritorio*»—, frente a los extranjeros que seguían sujetos al «*derecho gentilicio*», pero, a la vez, también impuso «*limitaciones*» en interés de la sociedad, ineludibles para un orden en paz y concordia.

En el primitivo Derecho Romano, la PROPIEDAD JURÍDICA fue de carácter «**individualista**», lo que suponía un DOMINIO, más que absoluto, *indeterminado*; pero siempre fue respetuoso con las costumbres de cada país conquistado. Esto hizo que en *La Hispania* se conservaran antiguas y variadas

(10) *El Sistema de Seguridad Jurídica por el Registro de la Propiedad*. Editorial DIJUSA, año 2001.

formas de ***aprovechamientos de las tierras en común***, originarias de cada región, que posteriormente se fundieron con otros usos «tribales» aportados por el Derecho germánico en la etapa invasora, que introdujeron nuevas fórmulas de ***propiedad colectiva y comunitaria***. No obstante, en la Edad Media (11) el derecho dominical evolucionó hacia un progresivo ***absolutismo*** al amparo del poder real, con la complicidad del ***feudalismo*** de los altos estamentos (nobleza e Iglesia) y la conformidad sumisa del ***vasallaje***; y llegó a reconocerse en el propietario un derecho de DOMINIO calificado de ***pleno y absoluto***, integrado por la suma de todas las facultades posibles —*utendi, fruendi atque abutendi*—, lo que reducía al cultivador a un mero instrumento de trabajo, cuando no a un súbdito. Sólo las ***regalías*** reservadas al poder real —*establecer impuestos, batir moneda, y explotar las minas*— eran los únicos límites del amplio ***poder feudal***.

Esa situación «dominante» del propietario se hizo presente en los textos escritos de nuestro ordenamiento, que también recogieron la regulación «civil» romanista del DERECHO DE LA PROPIEDAD. Las Partidas lo califican de «señorío», y lo define como *«poder que orne ha en su cosa defazer della e en ella lo que quisiere, segúnd Dios y segúnd fuero»*. No obstante, como contrapunto a esa ***propiedad señorial «feudal»***, comienza a ser considerada *«jurídicamente» la situación real de los trabajadores de la tierra, más o menos legítima y amparada por el poder real «eminente»* que la protegía —en cuanto era la fuente más importante de sus ingresos tributarios—, pero con una gran indefinición y precariedad jurídica en la fundamentación de su origen —*merced real o concesión de la nobleza como recompensa a los servicios, ocupación de baldíos y marismas para mejora y saneamiento de los terrenos, posesión inmemorial, usurpación en las guerras, etc.*—, si bien la presión social se incrementa progresivamente, por lo que comienzan a aparecer formas jurídicas de ***yuxtaposición*** de derechos, bien que de forma jerarquizada: DOMINIO EMINENTE, DOMINIO FEUDAL y DOMINIO ÚTIL.

Pronto se aprecia que la «amortización» resulta ser un mal y un estorbo para el progreso, y a finales de la Edad Media se inicia la ***liberalización*** de la tierra. Se «privatizan» muchos bienes demaniales, municipales y eclesiásticos, y también de la nobleza «absenté», mediante la *«cesión perpetua»* de las tierras para su cultivo a cambio de rentas, como los censos, la enfiteusis y los foros. Se respeta el «señorío», si bien sólo como una *parcela de poder limitada a la obtención de «rentas» inmobiliarias* —***dominio directo***—; y al mismo tiempo se exalta la situación del propio «cultivador», que es quien obtiene la *utilidad de la tierra* —***dominio útil***— y al que se le reconoce un

(11) *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV-XX*. Varios autores. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, año 1999.

ius posidendi perpetuo y no un mero *ius possessionis* precario; por lo que la anterior «**yuxtaposición**» de derechos se transforma en una verdadera «**disociación**» de poderes independientes, aunque simultáneos, que recaen sobre los distintos APROVECHAMIENTOS de una misma finca: la «rentabilidad dinerada» por un lado y la «utilidad agrícola» por otro.

Los mismos «repartos» de los bienes concejiles o municipales también se producen mediante la cesión exclusiva del «dominio útil» a los cultivadores directos, a cambio de una renta municipal, pero, al igual que en los censos privados, se mantiene el derecho de «comiso» por impago de la renta, por lo que sigue habiendo un «dominio directo» o superior. Pero, incluso en los bienes «demaniales» se llega a una verdadera «**disociación**» por la diversidad en los APROVECHAMIENTOS cedidos o repartidos, pues unos se mantienen de «uso en común» (pastos, leñas, bellotas), mientras otros se respetan como «de propios» (caza y habitación).

En la etapa de las monarquías absolutas se produce la separación de la soberanía de la propiedad, y más tarde en la Revolución francesa, la progresiva liberalización de la propiedad desvinculada por la desaparición de las cargas perpetuas, supuso su efectivo desplazamiento del concedente al poseedor, lo que trajo consigo un incremento del tráfico jurídico y comercial que se produce sobre todo en los siglos xvm y xix, en cuya etapa por influencia del Código napoleónico no se habla de una sola propiedad, sino de «las propiedades», las antiguas y las modernas. Y, paralelamente a la crisis de la agricultura y al éxodo rural, se acrecienta **Impropiedad URBANA** y se fomenta el COMERCIO y la INDUSTRIA, para cuyo desarrollo se acude con más frecuencia al empréstito. Surgen las entidades financieras (Banco de San Carlos, Banco Hipotecario, 1872) que llegan a ser los instrumentos más adecuados para modernizar la economía nacional. Y para estimular y fomentar el **desarrollo del CRÉDITO**, que habría de funcionar como motor del crecimiento económico, se propugna el establecimiento de un **Sistema de Seguridad Jurídica** mediante una PUBLICIDAD inmobiliaria que ya se había iniciado con la registración de las cargas perpetuas (*Registros de Censos y Tributos*, Pragmática de Carlos I, de 1538), y después se extendió también a las temporales (*Oficios y Contadurías de Hipotecas*, Pragmática de Carlos III, de 1768), y que más tarde se transforma en un **REGISTRO DE LA PROPIEDAD**, como complemento de una nueva LEGISLACIÓN HIPOTECARIA (1861) que, con mayor amplitud de horizontes, se propone dar plena seguridad a la propiedad y al tráfico jurídico.

En los tiempos modernos se van a superar algunos excesos filosóficos de la Ilustración, como el sistema económico «fisiocrático», que pretende derivar el origen de toda la riqueza exclusivamente de la naturaleza, y se reconoce que es la inteligencia del hombre («humanismo») la que puede descubrir los nuevos valores que demandan el progreso y las crecientes necesidades de

la sociedad, con lo que se va a superar la invocación de la *protección del derecho de la propiedad como una mera necesidad «primaria» del hombre* (art. 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, en sintonía con la formulación del art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789), y se llega a un *«utilitarismo racional y social extremo»*, conforme al cual *deben ser admitidas todas las formas de utilidad que nos puedan proporcionar los bienes y los derechos en su «función social» última, aunque excedan del mero «interés del propietario», porque la sociedad siempre demandará su parte.*

Es evidente que, donde no hay un interés no está justificada la tutela (IHERING). Pero, la dificultad surge en conocer, en cada momento, el *interés* que pueda derivarse de una *utilidad futura*, más o menos próxima, de un bien en concreto, y poder valorar, así, todo el *«potencial»* de la PROPIEDAD sobre ese mismo bien que debe ser reconocido para su titular. Incluso es evidente que debe admitirse toda posibilidad de cambio o mutación de una situación actual que se pueda prever como mejorable, a consecuencia de los nuevos estudios y las *nuevas tecnologías que se descubren*; y, cabe también, que deriven de una *actuación personal* que puede sugerir nuevos aprovechamientos, y hasta estimular la realización de nuevos esfuerzos mediante las adecuadas *inversiones de capital y trabajo* que, incluso, pueden ser ajenas a la propiedad misma; ya que, con independencia de la apreciación del valor social de las plusvalías nacidas del paso del tiempo y del esfuerzo común, no se debe poner en entredicho el derecho a la sucesión hereditaria, que puede justificar e inspirar todo esfuerzo y sacrificio personal.

En todo caso, las crecientes necesidades de los hombres, inherentes al desarrollo y mejoramiento de los medios de vida, imponen, por un lado, la conveniencia de *no desaprovechar ninguna de las utilidades económicas* de que sean susceptibles los bienes, y exigen, por otro, el establecimiento en todos los casos necesarios de una adecuada *«organización»* o reglamentación jurídica, bien sea legal (caso del subsuelo para la explotación de las *minas* y alumbramiento y uso de las *aguas*) o convencional (caso de los *usos compartidos*), que permita la *utilización «global»* de los diversos APROVECHAMIENTOS independientes, pero concurrentes en un mismo objeto.

En los tiempos actuales, el contenido del DOMINIO, o de la PROPIEDAD JURÍDICA, sigue siendo, por tanto, una suma de facultades *«elástica»* y de tendencia *«expansiva»* a todos los APROVECHAMIENTOS posibles, aún futuros, por lo que *únicamente se detiene y paraliza su avance cuando choca con los derechos de otros o de la sociedad*. Ese respeto a los derechos ajenos y la necesaria subordinación al *«interés común»* y al *«orden público»* hacen que los caracteres de la antigua PROPIEDAD *«individual y liberal»* se minoricen a medida que avanzan los intereses sociales: Por un lado, la plena *«absolutibilidad»* —aún no entendida como poder despótico, sino únicamente

caracterizada por la independencia, la integridad y la exclusividad—, resulta atenuada por la «*solidaridad*» impuesta en el mundo jurídico por una jurisprudencia racional que ha buscado su fundamento en las teorías del *abuso del derecho*, de la *permisión del ius usus inocui* y de la *proscripción de los actos emulativos, que perjudican a los terceros sin utilidad alguna para el dueño*. Y por otro lado, la «*indeterminación*» y la «*generalidad*» se corrigen por la «*publicidad*» y la «*especialidad*» registrales impuestas por la Legislación Hipotecaria que, nacida para dar seguridad al tráfico jurídico, establece como premisa la claridad en los límites del «estatuto real» de la PROPIEDAD.

Y a las nuevas ideas corresponde nuevas denominaciones, por lo que esas modernas concepciones dan lugar a otras formas actuales de la PROPIEDAD:

Por un lado, en un incontenible progreso social, esos mismos principios moderadores de lo absoluto se hacen patentes en otras actuaciones que surgen en las sociedades modernas, sobre todo con ocasión del gran desarrollo que experimentan las ciudades como consecuencia del éxodo rural y la decadencia de la agricultura, lo que ha sido causa, como decimos, del incremento paralelo de la industria y el comercio. Hoy en día, la **PROPIEDAD URBANA e INDUSTRIAL** sustituye en importancia a la RUSTICA, y se aprovecha mejor que ésta del «*crédito inmobiliario*», aunque todo el tráfico jurídico resulta muy favorecido por la seguridad y protección que proporciona la institución del REGISTRO DE LA PROPIEDAD. Y, como consecuencia de la eficacia protectora de los llamados «*principios hipotecarios*» que inspiran toda la legislación moderna del Derecho de Cosas, se desarrolla una nueva forma de PROPIEDAD INSCRITA, más eficiente por su *publicidad oficial amparada por los Tribunales*, y que, incluso, en determinadas figuras de constitución esencialmente «registral», da lugar a una especial figura jurídica de «**dominio compartido**», la llamada **PROPIEDAD HIPOTECADA**, ampliamente generalizada por la proliferación de la vivienda en propiedad que se extiende a todas las clases sociales, incluso con ayuda estatal, y en la cual, por la inscripción de la especial garantía que supone la afección real de una finca determinada al pago de una deuda, se «*limita*» el poder del propietario que deberá compartir con el acreedor alguna de sus facultades, como la de «conservación» del bien hipotecado por la *acción de devastación*, la de «enajenación» por el eventual ejercicio del *ius distrahendi*, y la de «disfrute» por la transmisión de la posesión y administración en fase de ejecución. Como contraprestación, el *crédito hipotecario* adquirido por el deudor hipotecante incrementa su valor hasta convertirse en un instrumento de negociación.

Más tarde; en una etapa posterior, cuando se inicia la gran *transformación de lo rústico en urbano*, aparece el URBANISMO como expresión de un adecuado ordenamiento de las ciudades, en el que, no sólo el SUELO, sino también la VIVIENDA, el LOCAL COMERCIAL y la PLAZA DE GARAJE

adquieren un nuevo protagonismo. La nueva **PROPIEDAD URBANÍSTICA** ve limitada sus facultades «dominicales», e incluso los derechos de los terceros, por las *Leyes del Suelo* y por los *Planes de Ordenación Urbana* que determinan, con carácter imperativo, los usos de cada trozo de terreno y protegen el medio ambiente, el paisaje, los lugares singulares y los espacios reservados; y también por las *Ordenanzas Municipales* en cuanto regulan la necesidad de licencia para edificar o demoler cualquier tipo de construcción. De esta forma, del mismo modo que ocurrió en las épocas antiguas con la propiedad RUSTICA al diferenciarse por el ordenamiento consuetudinario de cada lugar las distintas formas de aprovechamiento, también en la propiedad URBANA la moderna Legislación Urbanística establece e impone las diversas utilidades de los terrenos, según sean calificados de «urbanos», como solar, vial, zona verde o espacio de uso público, o «urbanizables» en las zonas de expansión o ensanche de las urbes, o bien como espacios «no urbanizables» por su destino esencialmente rústico, forestal, paisajístico, protector del medio ambiente o de reserva; y, por consiguiente, dicha normativa va a marcar los límites legales del «estatuto» de la propiedad en cada caso, y va a determinar su régimen jurídico concreto y específico, y en determinados supuestos se crean nuevos derechos, de gran valor económico. Se dan, por tanto, también en esta forma de propiedad, de enorme difusión en las ciudades, las condiciones óptimas para el reconocimiento de una mayor «disociación jurídica del dominio» en función de los distintos APROVECHAMIENTOS de utilidad independiente. Y, así, aparecen nuevas formas de UTILIDAD REAL (como la *propiedad temporal* o *por tiempos* o «turnos» sucesivos) y hasta DERECHOS INMATERIALES, por recaer sobre objetos de creación puramente «ficticia», a los que se les reconoce un valor económico mediante una especie de «ingeniería jurídica», como ocurre en los «aprovechamientos urbanísticos» que surgen en los sistemas de ejecución de los Planes de Ordenación Urbana como singulares «derechos económicos», puesto que, incluso pueden ser considerados, transitoriamente, como «valores independientes de las fincas que los generan», y sólo se concretan en los proyectos, regulándose su traslación desde las fincas de origen a las «parcelas de resultado», y también su negociabilidad (y hasta su hipotecabilidad, según el art. 43 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, relativo a las *Normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de naturaleza urbanística*), sobre la base de la distinción entre el «aprovechamiento real» de cada parcela —que será el determinado en el planeamiento para cada una, según la clase y situación—, y el «aprovechamiento apropiable» —que es el que corresponde a cada propietario, según el valor de lo que aporta—, ambos cuantificados en función de un «aprovechamiento tipo», que va a ser el correspondiente a una determinada zona de actuación, o a un «área de reparto», y en la que se han de tener en

cuenta tanto los beneficios como las cargas y los gastos de la nueva ordenación de la propiedad, de cuya combinación y comparación proporcional derivan los verdaderos «*derechos de aprovechamiento urbanístico*» que se miden en «*unidades de edificabilidad*», y que incluso se pueden inscribir en folios independientes como «*fincas ficticias*» (art. 33 y sigs. del citado Real Decreto 1093/1997), y cuya apariencia jurídica frente a los terceros sólo se obtiene por su inscripción en el Registro de la Propiedad.

II. EL PLURIDOMINIO Y LA DIVISIÓN DEL DOMINIO

De todo lo que llevamos expuesto se infiere que son muy diversos los aspectos desde los que puede ser contemplada la **DIVISIÓN del DOMINIO**, lo que dará lugar también a diversas categorías de «*disociación jurídica*», que, a los efectos del presente estudio, pueden ser clasificadas según el siguiente esquema:

1. Por el distinto «*status jurídico*» de cada uno de los poderes resultantes de la división «*jerarquizada*» de los dominios concurrentes: **DOMINIO DIRECTO** o *superior*, reducido en la última etapa de su evolución a la mera «*rentabilidad económica*», y **DOMINIO ÚTIL** o *inferior*, consistente en la explotación material de la finca, ambos con su distinta reglamentación y sus garantías. Cabe volver a mencionar, aquí también, el **DOMINIO EMINENTE** del Estado o de la Administración, por razón del «*imperium*» que tiene su manifestación más evidente en el derecho fiscal y en el poder de expropiación por causa de utilidad pública.

2. Por el diverso «*régimen*» a que está sometido cada uno de los derechos resultantes de la «*desmembración*» de las distintas facultades dominicales, que da lugar a distintas parcelas de poder sobre la misma cosa: **DOMINIO PLENO** o íntegro, y **DOMINIOS LIMITADOS**, que son los derechos de diversa naturaleza que tienen los distintos titulares que ostentan alguna facultad o *derecho real en cosa ajena*, y que junto con el resto que conserva el dueño aunan el pleno dominio, el cual, como consecuencia de esa desmembración, aparece *limitado o gravado*, bien en la facultad de goce (*usufructo, servidumbre*) o en la facultad de libre disposición (*hipoteca, usufructo con facultad de disponer, o donación con reserva de la facultad de disponer*).

3. Por la «*multiplicidad de titulares*» de los derechos que se ejercitan sobre la misma cosa, que en todo caso exigirá una «*organización*» adecuada, que puede ser:

1. El **CONDominio** ordinario —*comunidad romana* o *dominio «pro-indiviso»*—, en el que concurren varios titulares del mismo derecho en la cosa, por lo que existe «*identidad del objeto*

jurídico» dividido en partes ideales cuantitativas o *cuotas indivisas*, y, consiguientemente, cada comunero tiene un derecho de igual naturaleza aunque de extensión variable;

2. El **DOMINIO COMPARTIDO** por varios titulares concurrentes también en el mismo derecho, es decir, con «*identidad del objeto jurídico*», pero sin división cuantitativa o por cuotas —*comunidad germánica, o en mano común*—, que presenta muy variadas figuras jurídicas, como la *mancomunidad*, el *dominio solidario* o la *medianería de uso conjunto*; y,

3. Los **DOMINIOS CONCURRENTES**, en sus variadas formas, *mixtas de dominios individuales y condominios* y, a veces, *también de espacios de uso común*, y por consiguiente, con «*variedad de objetos jurídicos*».

Y, dentro de esta última modalidad, cabe distinguir:

A) El **dominio en RÉGIMEN de PROPIEDAD HORIZONTAL**, o de similar construcción jurídica en los **CONJUNTOS INMOBILIARIOS**, como una «comunidad especial» en la que se distinguen los *dominios individuales* sobre las partes individualizadas (Departamentos o Apartamentos) y el *condominio o mancomunidad funcional* sobre los elementos comunes, y a veces sobre otras *zonas comunitarias con reparto del uso privativo por espacios determinados* (plazas de garaje, jardines privados en las urbanizaciones).

B) El **dominio COLECTIVO ORGANIZADO**, con titularidad en forma EMPRESARIAL o SOCIETARIA, es decir, *COLECTIVA o PLURIPERSONAL por razón de la diversidad de utilidades* (objetos jurídicos distintos) *pero ordenada en el medio y dirigida a una FINALIDAD conjunta*, es decir, una pluralidad «organizada» de los titulares de las diversas utilidades de un bien que se unen para la consecución de un *FIN fundamentado en la unión* (por ejemplo, una «*galería comercial*» o la explotación conjunta de los diferentes servicios de un «puerto» o «aeropuerto»), cuyo «destino singular» será tan esencial, y la conclusión del «proyecto» tan indispensable, que será el presupuesto inexcusable de la unión, ya que «*la rentabilidad futura de la explotación será la única fuente de los recursos necesarios para el proceso económico y para el reintegro o reembolso de los capitales invertidos por cada titular*».

C) Y, sobre todo, el que podemos llamar **DOMINIO PLURAL** o *pluralidad de dominios independientes*, cada uno sobre un «*objeto jurídico distinto*» de un mismo bien, cuyos titulares concu-

rren sobre la misma cosa pero no en el objeto, y que trae por causa, unas veces la diversidad de los DERECHOS en la cosa (como ocurre, según algunos autores, en la separación del «usufructo» y la «nuda propiedad», o en el «derecho de superficie» y la *propiedad del suelo*), y otras veces la diversidad de APROVECHAMIENTOS independientes (como la que puede tener lugar en un terreno respecto del «suelo», el «subsuelo» y el «vuelo»); e incluso, a veces, **sobre el mismo objeto jurídico**, pero *dividido o fraccionado* por razón de la ÉPOCA (*pastos de invierno y de verano*) o del TIEMPO (*disfrute sucesivo por «turnos»*); fórmulas que, en todo caso, se traducen en «derechos separados» (**«disociación»**), y, por consiguiente, *con diversas titularidades («pluridominio») en situación de igualdad y sin subordinación alguna*, y únicamente limitados por la concurrencia.

Esta última situación de **«pluralidad»** en el DOMINIO en una misma cosa, que recae sobre los distintos APROVECHAMIENTOS independientes de la misma, cada uno con un **«objeto jurídico distinto»** y todos de ejercicio pleno o íntegro, *sin jerarquización ni desmembración de las facultades*, es la que ocupa nuestra atención, puesto que las demás ya han sido muy estudiadas.

La terminología que se emplee puede ser importante. Como hemos visto, incluso en los antecedentes históricos, para el objeto de nuestro estudio no es lo mismo la **«yuxtaposición de derechos»**, que supone distintas clases de poder «jerarquizados» que recaen sobre una cosa, que la **«disociación del dominio»**, que implica varios poderes de idéntico contenido, pero que recaen sobre los distintos aprovechamientos económicos susceptibles en la misma cosa.

Según unos autores, el que hemos llamado **DOMINIO PLURAL** no es una propia comunidad sino una mera **«yuxtaposición»** de distintos derechos dominicales sobre una misma cosa (COLÍN Y CAPITANT), *todos independientes*. Otros prefieren hablar de una **comunidad anómala** o una **«cotitularidad especial»** cuando convergen en un mismo bien varios titulares de una pluralidad de «valores» distintos —*plurivalenda*—, que no son partes ideales de un único derecho dividido cuantitativamente sino *diversos derechos plenos y exclusivos*, y por tanto «íntegros» en cuanto al contenido y extensión de sus facultades, aunque «limitados» en cuanto a su ejercicio *por la concurrencia en la misma cosa de los derechos o aprovechamientos de los otros titulares*, lo que hace necesario el establecimiento de una **«organización»** adecuada para cada especie de cotitularidad. Nada impide que el propietario único, en el inicio, «separe» en un momento determinado las distintas utilidades concretas, presentes o futuras, de una misma cosa, y las aproveche por separado o ceda a terceros alguno de esos aprovechamientos, o bien se asocien todos para una mejor utilización global.

En rigor, estos especiales supuestos se presentan como formas comunitarias que podemos calificar de «*especiales*», más que de «*anómalas*», vistas con referencia a la fórmula común de la comunidad ordinaria, aunque, como hemos visto, algunas vinieron impuestas desde antiguo, con gran variedad de manifestaciones jurídicas, para satisfacer las diversas necesidades de cada época.

Su origen primitivo está en las antiguas formas *comunitarias* de uso o aprovechamiento de los bienes comunes, ya mencionadas, que existieron en todas las regiones españolas, con gran variedad, por razón de la separación de los **distintos aprovechamientos** que ofrecía la tierra «rústica», según las zonas y los tiempos: *siembra, labor, huerta, hierba alta, pastos, arbolado, leñas, caza...*; unas veces de forma simultánea o sucesiva y otras alternativa (*pastos de invierno o de verano*), que dieron lugar a costumbres autóctonas especialmente protegidas y defendidas (JOAQUÍN COSTA, *Colectivismo agrario en España*), y que, después de coexistir con la propiedad individualista del Derecho Civil Romano, se incrementaron con otras formas de desmembración de los aprovechamientos causada por la legislación desamortizadora (siglo xix), que trajo la distinción y separación de los **dominios** en «*directo*» y «*útil*» en variedad de instituciones (*usufructo, enfiteusis, censos, foros, subforos, derecho de superficie*) que se recogen en el Código Civil (arts. 1.605, 1.611 y 1.655), junto con otras fórmulas más claras del **dominio dividido**, como la *medianería*, artículo 571 y siguientes —aunque la denomine servidumbre—; la *comunidad de pastos*, artículos 601 y siguientes, y 604, y STS de 24 de febrero de 1984 —que la distingue de la servidumbre al calificar de mancomunidad la reunión de varias personas para disfrutar la cosa comunitariamente—; y el *derecho de superficie*, artículo 1.611; y a las que se pueden añadir también las que se aluden en el Reglamento Hipotecario (art. 16, «*derechos de superficie y de elevar o profundizar*», y art. 30, «*derecho de vuelo en fincas rústicas*»), y en las Leyes de Concentración Parcelaria, de 10 de agosto de 1955, en cuyo artículo 45 se regula el condominio *pro diviso*, y en la posterior de 1962 y en la actual Ley de Desarrollo Agrario de 1973, cuyo artículo 140 alude a los «*derechos concurrentes o sucesivos*». Incluso en otros textos legales encontramos alusiones a la distinción de «*suelo*» y «*vuelo*», como la Ley de Propiedad Horizontal, y artículo 396 del Código Civil, la Ley de Montes de 1957 (art. 23), la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (art. 2) y la Compilación de NAVARRA (Ley 294, para la «*corraliza*», y Ley 490 para el derecho de «*vuelo*»). Y, como otra figura del **dominio plural**, se puede añadir el actual *derecho de aprovechamiento «por turno» de bienes inmuebles* —vulgarmente conocido por *multipropiedad*—, regulado en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que admite su configuración como «*derecho real*».

En todos estos casos se puede hablar de una indudable «*disociación jurídica*», en cuanto que el poder dominical no es «*único*» sino que aparece

«disgregado», por lo que los diferentes DOMINIOS que se producen en estas situaciones, recayentes en la misma cosa aunque cada una sobre un objeto jurídico distinto —o *aprovechamiento independiente*—, son todos perpetuos y de contenido pleno —*dominio «pro-diviso»*—, aunque estén «limitados» los unos por los otros en cuanto a su ejercicio, que resultará sólo dividido en razón a cada APROVECHAMIENTO individualizado, bien por las diversas *utilidades* susceptibles, con separación, en la misma cosa o por las distintas situaciones —*tiempos o épocas*— en que puede ser aprovechada, *sucesiva o alternativamente*, la utilidad única.

Estas formas de PROPIEDAD JURÍDICA COMPARTIDA, o de DOMINIOS CONCURRENTES, lejos de ser obviadas, resultan muy presentes en la **DOCTRINA** moderna: PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo III; DÍEZ PICAZO, *Derecho Civil Patrimonial*; GARCÍA AMIGO, «Condominio pro diviso o propiedad separada», en *RDP*, 1974; CORRAL DUEÑAS, «La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura», en *RCDI*, 1984; BALLESTEROS ALONSO, «El derecho de vuelo», en *RCDI*, 1992, etc. Por todos ellos se recurre, frecuentemente, a la ya antigua fórmula de los «*derechos separados, sin que ninguno de ellos pueda considerarse derecho real en cosa ajena*», puesto que, por recaer en cosa que, en parte, es *propia*, supone más bien una «*división material del uso o del aprovechamiento de carácter jurídico real*», como dice MIGUEL GONZÁLEZ, en los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo V, volumen 2.º Y esta moderna construcción, no sólo tiene su fundamento en los antecedentes naturales e históricos a que hemos hecho referencia, sino también en el progreso de la ciencia y de la técnica que permite descubrir en el presente, y hasta predecir para el futuro, nuevos usos independientes para los bienes usuales; y, asimismo, en la necesidad que tienen las ciudades modernas, cada vez con mayor intensidad, de aprovechar todos los espacios útiles para «*garajes y aparcamientos*» o para el «*tránsito urbano*» mediante la construcción de sótanos, túneles, plataformas y pasos elevados, e incluso «*edificaciones superpuestas*», no sólo en terrenos privados sino también en «*bienes de dominio público*» mediante la construcción de las infraestructuras adecuadas, que van a permitir, por ejemplo, la utilización del subsuelo de una plaza pública para *aparcamientos subterráneos «en concesión»* en SANTANDER (STS, Sala Tercera de lo Contencioso, de 23 de diciembre de 1991), el «*soterramiento*» de las vías ferroviarias y la *construcción encima de ellas de una plaza y vías públicas* en Chamartín, MADRID (STS, Sala Tercera, de 2 de diciembre de 1994), y también otras construcciones distintas, incluso de «*propiedad privada*», como un edificio para viviendas sobre el vuelo del terreno de uso ferroviario —por encima de la «*cota 7*»—, una vez *desafectado el espacio superior*, que está proyectado en la ciudad de OVIEDO, en cuya singular situación, de llevarse a cabo, los diversos DOMINIOS, aunque independientes, perpetuos y totales, siempre resultarán «*conexionados y limitados*»

por *servidumbres recíprocas* que deberán ser establecidas, *convencionalmente*, por exigencias del uso compartido. Y, en todo caso, siempre persistirán las *condiciones y limitaciones establecidas en el planeamiento urbanístico y las servidumbres administrativas obligatorias de utilidad pública*, unas sin indemnización como las de navegación aérea, y otras con expropiación indemnizadora como las de paso de electricidad y telefónicas, e incluso las más actuales relativas a los espacios «*radioeléctricos*» dominados por antenas receptoras y emisoras de ondas «*electromagnéticas*» de los modernos sistemas de telecomunicaciones, u otras emisiones de energías alternativas, como las nucleares, con sus potenciales peligros radioactivos para personas y bienes, causa de recientes estudios.

La **JURISPRUDENCIA**, aparte de las concretas sentencias ya citadas, también ha tenido ocasión de pronunciarse, con carácter general, sobre alguna de estas situaciones jurídicas de «titularidad compartida», calificándolas con frecuencia de «*fórmulas análogas a la comunidad*» (como las reconocidas en las sentencias del TS de 9 de marzo de 1893, 9 de julio de 1903, 6 de julio de 1920, 26 de junio de 1976, sobre la «*facultad de pastorear, talar, aprovechar leñas y esquilmos y hacer cavadas y bouzas*», que la califican de **derecho dominical «paralelo»** al del dueño del suelo titular de las restantes facultades de la finca). Otras veces, la Jurisprudencia se refiere expresamente al «**dominio dividido**» como **situación «excepcional»** (como la STS de 13 de junio de 1994, en la que se reconoce como separadas la propiedad del suelo y la de la edificación construida sobre parte de aquél, que fueron adjudicadas a distintos herederos, *sin poderse excluir de esa separación el solar ocupado por el edificio al hacerse la adjudicación de esa forma*); o se alude a la «*medianería*» como **fórmula específica de comunidad sui generis** (STS de 2 de febrero de 1962), y a otras figuras muy específicas como los «*engalabergos*» en Granada, o casas colindantes con habitaciones que se empotran unas en otras (STS de 20 de mayo de 1998 y Resolución de 2 de julio de 1998), que se califica como una **situación próxima a la Propiedad Horizontal, pero sin cuotas**, aunque proceda de la división de un edificio.

La misma **Legislación Hipotecaria** especial admite la constitución e inscripción del régimen de Propiedad Horizontal de edificios «*en construcción*», e incluso la posterior venta e hipoteca de *pisos «meramente proyectados»* (art. 8 LH), aunque actualmente será necesario haber obtenido la Licencia Municipal para inscribir tanto la Obra Nueva «en construcción» como la terminada (art. 22 de la Ley del Suelo, y art. 45 del citado **Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio**, sobre *Normas complementarias para la inscripción de los actos de naturaleza urbanística*; y, de antiguo, están regulados en el Reglamento el «*derecho de superficie*» (art. 16.1) y la posibilidad de reservarse o transmitir a un tercero el «*derecho de elevar o de profundizar*» una edificación existente mediante la construcción de nuevas plantas

(art. 16.2) (12) «hasta donde lo permitan en cada tiempo las Ordenanzas Municipales», según la Resolución de 26 de septiembre de 2000 —lo cual no supone indeterminación, sino previsión de la posibilidad de que el acto derive ilícito—; e, incluso, es posible la transmisión o «cesión de suelo por obra futura» —figura que fue admitida por varias Resoluciones y regulada en el art. 13 RH después de la reforma del **Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre**, y que, como ya dijimos al principio, aunque dicha reforma fue anulada por la sentencia de la Sala de lo Contencioso, de 31 de enero del año 2001, no la desconoce ni la tacha de «ilícita» más que en su regulación por medio de un Reglamento al ser materia con «reserva de Ley»). Y, finalmente, mencionaremos de nuevo la posibilidad de negociación, transmisión e hipoteca de los llamados «derechos de aprovechamiento urbanístico» como derechos independientes de la finca que los genera, y antes de materializarse en la finca de resultado (**art. 43.3 del Real Decreto 1093/1997**), a que también nos hemos referido.

También en varias **RESOLUCIONES** de la Dirección General de los Registros y del Notariado se hacen repetidas alusiones a estas formas dominicales cercanas al *pluri-dominio*, calificándolas de «singulares»: La **RESOLUCIÓN de 19 de mayo de 1952** menciona la admisión de «*fórmulas excepcionales*» en la creación del *derecho de superficie* u otras «*situaciones anormales de condominio*», *sin cuotas homogéneas*, o la *coexistencia de una propiedad del suelo y otra distinta del vuelo*, que suponen la derogación tácita del principio de «*accesión invertida*» utilizada para procurar la atribución de la propiedad a una sola persona; *reconociendo así, frente al tradicional rechazo de los proindivisos, la superior «valoración», en ciertas situaciones, de las cosas unidas y el valor de lo compartido*. La **RESOLUCIÓN de 13 de mayo de 1987** afirma que, si bien no es posible la «*creación de una nueva finca*» registra! mediante la segregación de volúmenes totalmente independientes de la finca de que proceden, admite la separación y el aprovechamiento independiente como una fórmula similar al «*dominio útil*» al que se le podrá abrir «*folio autónomo*», aunque deba estar conectado con el de la «*finca principal*». Las **RESOLUCIONES de 28 y 31 de octubre de 1988** se refieren, respectivamente, a la enajenación del derecho a construir sobre el suelo, «*sin que sea necesario que se declare la construcción para transmitir el derecho*», y a un derecho «*atípico*», nacido de la posibilidad de la «*concurencia de diversas titularidades sobre volúmenes determinados del suelo y del vuelo*». Otras varias Resoluciones parten de admitir la misma doctrina en la situación y regulación de la «*prehorizontalidad*», de la que es una clara manifestación el mismo «*derecho de vuelo*», para el que se exige la determi-

(12) Recientemente reformados y afectados de nulidad parcial, según la citada sentencia de 31 de enero de 2001.

nación inexcusable de un «plazo» (RESOLUCIONES de 13 de mayo de 1996 y 6 de noviembre de 1996 y 17 de julio de 1998); aunque la RESOLUCIÓN de 29 de abril de 1999 niega la inscripción de un especial «derecho de vuelo», puesto que no se está en el caso de un derecho real de los configurados en el artículo 16.2.º del RH, sino en el supuesto de un derecho, imperfectamente definido, que se configura mediante «la sustracción a los propietarios de una finca —y con carácter perpetuo— de una facultad dominical, que eventualmente puede surgir en el futuro, cual es la *materialización del aprovechamiento urbanístico adicional que posibilite en cada momento el planeamiento urbanístico*, algo así como un derecho perpetuo a los tesoros ocultos o a las futuras accesiones naturales, *«lo cual en modo alguno puede considerarse como un verdadero derecho real»*, ya que *«se conculcan los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de los bienes (dada su significación económico-política y su trascendencia erga omnes) que excluyen la constitución de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible* (arts. 513, 526, 546, 1.608, 1.655) *si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad»*. Sin embargo, otra **RESOLUCIÓN de 26 de septiembre de 2000** permite la inscripción de dos derechos de vuelo superpuestos, donados por un padre a dos de sus hijos para edificar respectivamente una primera planta y una segunda sobre aquella, aunque también señala como necesario la determinación del «plazo» y *niega que el segundo derecho esté condicionado por el primero*, puesto que *«la existencia de una donación del derecho de vuelo relativo a la segunda planta, actual e incondicionada, produce sus efectos desde el momento mismo de su otorgamiento»*, y *«otra cosa es que el ejercicio de tal derecho, esto es, la realización de la edificación autorizada, no sea viable sino al tiempo o después de la construcción de la primera planta»*.

En todas estas fórmulas hay, por consiguiente, una forzosa situación de «coparticipación» y de «parcialidad» en el uso y disfrute de un mismo bien, por lo cual éste no puede ser objeto de un *tráfico unitario* si no es con la concurrencia «unánime» de todos los titulares, lo que impone la existencia de una «organización» que configure los distintos dominios, con un régimen jurídico adecuado a la situación y que regule la concurrencia de los derechos en principio independientes.

Pero donde la **disociación jurídica** se observa de una manera más exacta y singular es en la llamada «*propiedad espacial*», entendida como la que, en la proyección vertical de un terreno, hace referencia a un VOLUMEN determinado, situado por encima o por debajo de la superficie plana, es decir, como una parte del *espacio* en su acepción concreta de un «contenido vacío» pero delimitado geométricamente y ubicado por sus coordenadas exactas en el espacio íntegro, que será el «continente», es decir, el espacio en su acepción general que es el que envuelve todas las cosas. A esta importante situa-

ción especial se refiere la reciente **RESOLUCIÓN de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de abril del presente año 2002**, ya aludida, y que acogiendo la moderna doctrina del **dominio dividido** da carta de naturaleza a esta figura, incluso en terrenos calificados como **bienes de dominio público**, en los que admite la inserción o creación de «*volúmenes subterráneos*» diferenciados de la finca superior que le sirve de soporte —y lo mismo puede decirse en el *espacio aéreo*— con aprovechamiento independiente del específico del suelo, y susceptibles de ser *desafectados y transmitidos como bienes patrimoniales*, con sujeción a las normas que regulan la enajenación de dicha clase de bienes y su acomodación al Plan General de Ordenación Urbana.

Y, con estos antecedentes, pasamos a la SEGUNDA PARTE anunciada de este estudio.

III. EL DOMINIO INDEPENDIENTE DEL SUELO, EL SUBSUELO Y EL VUELO

En el DERECHO DE LA PROPIEDAD *funditaria* —que es sustrato esencial del «tráfico económico-jurídico inmobiliario»—, puede ser contemplada, con separación, la utilidad del SUELO, la del SUBSUELO y la del VUELO o espacio AEREO.

El **SUELO** es una cosa *material*, cuya utilidad es evidente, pero no puede ser considerado como una superficie totalmente plana sino que para su debida utilización será indispensable, en todo caso, ocupar un determinado grosor de la capa terrestre por debajo y del espacio aéreo por encima.

El **SUBSUELO** también es una cosa *material*, y, al menos en la zona inmediata a la superficie, está indisolublemente unido al suelo, por lo que no cabe su consideración independiente; pero el acceso en profundidad, a partir de determinadas cotas, no siempre será fácil e inmediato, y requerirá la realización de ciertas obras adecuadas, por lo que el aprovechamiento de las zonas más profundas dependerá de los avances de la ciencia y de la técnica.

El **VUELO**, o espacio AEREO, no es, en principio, una cosa material, ni aislada ni conjuntamente con el suelo, ya que sobre éste, en principio, sólo existe el *aire* que es *res communis*; pero también es indispensable que ese espacio aéreo, al menos en la parte que está en contacto inmediato con la superficie, pueda ser ocupado por el dueño del suelo para hacer posible la utilización de éste, según la naturaleza de terreno, lo que se producirá mediante la materialización de dicha zona espacial, bien por la plantación de especies agrícolas o arbóreas o por la elevación de construcciones. Y a mayor altura también puede invocarse una *ocupación real o potencial de los espacios aéreos* superpuestos sobre plataformas proyectadas o construidas de pro-

pósito, cuyo uso, más o menos elevado, dependerá asimismo en cada momento de los avances de la ciencia y de la técnica.

El histórico **artículo 350 del Código Civil** alude claramente a esas tres zonas diferenciadas para definir el derecho del «propietario de un terreno» en su verticalidad, al afirmar que «es dueño de su *superficie* y de lo que está *debajo* de ella y puede hacer en él las *obras, plantaciones y excavaciones* que le convengan, *salvas las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía*».

Esta antigua fórmula legal ha sido calificada de ambigua, incluso por la diferente forma de referirse al «subsuelo», al que considera como algo *material*, unido al *suelo*, y que está también bajo el dominio del dueño, al menos con valor de presunción *iuris tantum*, a diferencia del «vuelo», que sólo es algo *inmaterial* aunque susceptible en potencia de ser sometido y apropiado, es decir, con posibilidad de ser ocupado para el adecuado aprovechamiento del terreno.

Para algunos autores, en este precepto se está aludiendo únicamente a la *EXTENSIÓN* del propio derecho dominical, con una expresión inspirada en el viejo axioma *usque ad caelum, usque ad inferos*, mientras que para otros se están señalando precisamente los *LÍMITES* y restricciones de aquél, que tienen su origen histórico en el interés de excluir del dominio «absolutista» los recursos naturales o riqueza subterránea —«*minas y aguas*»— que debían quedar siempre en el dominio «eminente», como incluidas en las facultades reservadas al poder soberano y actualmente en el imperativo de subordinar todo lo que pueda convenir al propietario no sólo al ejercicio de los derechos legítimos que puedan corresponder a los demás sino también al *interés general*, que es el que deben proteger los mencionados «*reglamentos de policía*».

Pero si, como ya hemos expuesto en la primera parte, la definición del DOMINIO, o PROPIEDAD JURÍDICA, debe estar referida a los diversos APROVECHAMIENTOS de que sea susceptible una cosa, que también supone un *poder de exclusión* integrado en todo «*derecho subjetivo*», también puede opinarse que *ni lo uno ni lo otro*, y sí limitar el significado de dicho precepto a una mera alusión a las *FACULTADES* del dueño de un terreno para *hacer*, tanto en el SUBSUELO como en el VUELO, todo «*lo que le convenga*» para aprovechar o utilizar el SUELO en su propio beneficio, o bien para *transmitir* esa utilidad, total o parcialmente, a un tercero, y también para «*excluir lo que no esté permitido a los demás*» por algún derecho legítimamente adquirido. E incluso cabe opinar que dicho artículo alude, además, a otros APROVECHAMIENTOS especiales, como los ubicados en el espacio más inferior y que, de antiguo, estuvieron integrados en las «*regalías*» atribuidas y reservadas al poder soberano, y que actualmente son de *reserva legal*, que es la zona de los recursos naturales constituidos por los «*yacimientos subterráneos de las minas y los alumbramientos y caudales de las aguas*»,

cuando existen, respecto de los cuales la misma Legislación considera sus aprovechamientos como «*bienes autónomos*», separados del terreno que conforma el suelo y el subsuelo profundo —y, desde luego, no en el vuelo, ya que en el aire, que se sepa y en el estado actual de la ciencia, no se aprecian cualidades distintas—, por lo que a aquellos se les otorga el carácter de «*bienes de dominio público*» y van a estar sometidos a un régimen jurídico distinto del que afecta al «dominio privado». En el caso de los aprovechamientos o «cotos mineros», serán volúmenes en profundidad definidos por las «pertenencias» o «cuadrículas» en las que se detecta la existencia de ciertos materiales valiosos, a las que se añaden otra figuras más o menos inmateriales como las «demasías» y los «permisos o autorizaciones de exploración y de investigación». Es, pues, el mismo legislador el que nos proporciona un primer supuesto de la existencia de ***propiedades diferenciadas por volúmenes superpuestos***, en que se produce, por tanto, una verdadera «***disociación del dominio***» al quedar sujetos los distintos APROVECHAMIENTOS independientes a regímenes jurídicos diferenciados; aunque para otros autores sólo puede verse en estas situaciones una «*ficción legal*» demandada por el interés público (13), que exige que dichas propiedades especiales —mixtas de terrenos y volúmenes subterráneos imprecisos, es decir, de espacios físicos delimitados y otros por definir, y hasta de «derechos ideales» que estimulan la investigación—, queden sometidas a un régimen jurídico especial, regulado en Leyes especiales (*Ley de Minas*, de 21 de julio de 1973, que sustituyó a la de 1944, con varias modificaciones posteriores, y *Ley de Aguas*, de 2 de agosto de 1985, que también sustituyó a la de 1879 y a los artículos del Código Civil, con importantes novedades, como la supresión del derecho a apropiarse las aguas por quien las alumbrase o por el propietario de los terrenos en que se situaban, pasando a ser, como regla general, también de dominio público; y a las que se pueden añadir las disposiciones legales que existen sobre los *yacimientos y zonas de interés arqueológico* que tengan valor artístico, histórico o antropológico, así como los *tesoros*, objetos y restos materiales de igual valor, regulados en la Ley del Patrimonio Histórico Español de 23 de junio de 1985).

Dejando aparte la situación especial de estos bienes, alude PÉREZ CÁNOVAS a otros autores anteriores a él —LACRUZ BERDEJO, DíEZ PICAZO, GUIMERA PEDRAZA— para quienes el **SUBSUELO** es, en algunos casos, «una mera prolongación del suelo», al menos «hasta donde alcanza la posibilidad de extraer alguna ventaja»; mientras que para otros «es un objeto jurídico, autónomo e independiente» y que «no hay obstáculo institucional alguno a que el derecho del subsuelo se configure como una desmembración de una

(13) PÉREZ CÁNOVAS, «Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza», en *RCDI*, 1988.

finca, en el suelo y el subsuelo, atribuyéndose la propiedad de uno a distinta persona del derecho del otro». Y cita las SSTs de 1 de abril de 1930, 28 de octubre de 1958 y 25 de febrero de 1986, en las que, obiter dicta, se justifica que la propiedad sobre el SUELO y el SUBSUELO, «en cuanto son objetos diferenciados jurídicamente», pueden «coexistir distintamente» con potestad de disposición exclusiva para cada titular, «sin que pueda pensarse en modo alguno que exista una copropiedad o comunidad de uso, disfrute y disposición», por lo que, como regla general, no existirá el derecho de retracto de comuneros, y hasta «pueden darse casos en que la extensión de los subsuelos exceda con mucho horizontalmente de los límites de cada suelo cuando estas propiedades están en manos distintas».

Estas mismas consideraciones también pueden ser referidas, en igual forma, al régimen del **VUELO**, con los mismos fundamentos jurídicos. Normalmente, el espacio aéreo inmediato al suelo, en la zona que es indispensable para su utilización, «constituye una unidad con aquél, del que se considera parte integrante o prolongación ideal»; aunque a veces, dice DÍEZ PICAZO (14), «la unidad del objeto jurídico se rompe y cabe configurarlos como objetos jurídicos diferentes», para lo cual sólo será necesario que se den las circunstancias físicas adecuadas que permitan la apropiación y utilización independiente de cada espacio definido, lo que puede hacerse, aún antes de comenzar a construir, por sus coordenadas geométricas determinadas por «cotas» señaladas con referencia a planos fijos horizontales y verticales, de tal forma que quede configurado cada volumen y pueda ser determinado su uso específico, que va a estar «compartido» con los otros, en concurrencia ordenada, sin entremezclarse, pero también sin excluirse mutuamente, siempre que puedan ser aprovechados con cierta *exclusividad* por cada propietario «en las condiciones actuales del arte y de la ciencia humana» (PAMPALONI), aunque para otros, más avanzados, también según las facultades que se puedan ejercitar «por razón de un interés **potencial** que se pueda prever como futuro».

Sin salir del Código Civil, los derechos sobre el **SUBSUELO** y el **VUELO** también se regulan en los artículos que tratan del «derecho de accesión» (arts. 353 a 383); y, respecto del mismo subsuelo se regulan, además, los derechos sobre el «tesoro oculto» en el artículo 351; y en cuanto al vuelo, en el artículo 396 se reconocen las facultades de «edificar» y de regulación de la «propiedad horizontal» (facultades ambas que han necesitado de un gran desarrollo en Leyes especiales, fundamentalmente la Ley de Propiedad Horizontal y Ley de Edificación); y en los artículos 590, 591 y 592 se alude a los derechos que surgen de determinadas *inmisiones, aéreas y subterráneas*, en

(14) DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*.

la propiedad de otros, limitando la facultad de construir y plantar árboles cerca de una propiedad ajena y autorizando la corta de ramas y raíces que invadan la propia. Por otra parte, el «usufructuario» puede tener «interés» actual en ocupar el subsuelo (arts. 471 y 476), y el «nudo propietario» en asegurar para el futuro el aprovechamiento del derecho de vuelo (art. 503). En términos también generales, al «superficiario» (art. 1.611) le interesarán las posibles construcciones en altura o en profundidad; y, mientras al «ganadero» le bastará con la ocupación de la superficie, en la que «vuela la hierba», el «labrador» necesitará ocupar las zonas del subsuelo y vuelo inmediatas a la superficie cultivable, despreciando o desentendiéndose ambos del resto, tanto en profundidad (dice PAMPALONI que «el propietario de un terreno cultivable situado en una montaña no puede oponerse a que se construya un túnel en la falda del monte») como en altura, a no ser que les interese construir una cuadra o un almacén para guardar sus ganados o sus aperos y cosechas, pero no tendrán interés en oponerse al paso de un avión o de los tendidos de cables eléctricos o telefónicos, sin perjuicio del derecho a la indemnización y resarcimiento por los daños y perjuicios que se les cause y por las limitaciones que conlleven. Sin embargo, el que se proponga «edificar», deberá atender al régimen propio que regula el ejercicio del derecho de construcción, según sus normas especiales contenidas en las Leyes del Suelo y hasta en los planeamientos aprobados por la autoridad urbanística y en las Ordenanzas Municipales que determinarán la extensión de su derecho, tanto en el subsuelo como en el vuelo, según la clase y situación de los terrenos, en razón al *volumen de edificabilidad* que se les atribuya y conforme a los *aprovechamientos urbanísticos* que les correspondan.

IV. LA PROPIEDAD ESPACIAL Y VOLUMÉTRICA

Desde sus orígenes, en el Derecho Romano, se ha señalado como una de las características de los llamados «derechos reales» —y el DOMINIO es el derecho real por excelencia—, la relación de *inmediatividad* de su titular con el bien que constituye su objeto, por lo que, como regla general —puesto que caben excepciones—, es preciso que dicho objeto esté constituido por una *cosa material susceptible de ser apropiada* (art. 333 del Código Civil), bien sea MUEBLE o INMUEBLE (arts. 334 y 335). No obstante, existen algunos DERECHOS inmateriales que pueden ser *cosificados* por virtud de una *ficción legal*, como las «concesiones administrativas» o los «derechos de aprovechamiento urbanístico».

La doctrina jurídica, como es natural, acude, en principio, a las técnicas y conocimientos del momento para la determinación precisa de la naturaleza de los bienes que sirven de sustrato o soporte físico a los derechos subjetivos.

Y, al margen de las «*ficciones jurídicas*» aludidas, y en cierto modo, al margen también de las «*fuerzas o energías*» de muy diverso origen que pueden ser contadas y medidas, por lo que también pueden ser consideradas como objetos de derechos (como la electricidad), es evidente que todas las «*cosas materiales*» son de estructura «*tridimensional*».

Respecto de los bienes inmuebles, en cualquier situación, es también una realidad evidente que la PROPIEDAD de los mismos, aunque pueda expresarse de forma indeterminada (—«*todo esto es mío*»—), únicamente *puede manifestarse como un DOMINIO excluyente si se concreta sobre superficies o «volúmenes» determinados de tal forma que permitan su apropiación como presupuesto para su utilización o disponibilidad.*

En términos generales, **el espacio**, aunque en esencia sea el envolvente de todas las cosas sensibles que coexisten tanto en el SUELO como en el SUBSUELO o en el VUELO, *no siempre puede ser considerado como algo totalmente indeterminado o «inmaterial», como lo es el aire —res communis omnium—, aún cuando esté todavía sin ocupar por una construcción.* Porque, si el propietario de un fundo puede «*disponer*» y hasta necesita «*apropiarse*» del VOLUMEN espacial situado por debajo o por encima del mismo, para hacer en él «*las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan*» (art. 350 del Código Civil), la venta del «*espacio*» no es totalmente asimilable a la venta de algo todavía «*ideal*» o de una «*cosa futura*», que, por otra parte, también es posible si no está «*fuera del comercio de los hombres*» (art. 1.271 del Código Civil). Y tampoco es necesario recurrir a la doctrina de los «*derechos potestativos*», puesto que, en una técnica jurídica avanzada —de construcción científica no totalmente igual pero sí similar a las situaciones sobre objetos *futuribles*—, «*es admisible sin grave perturbación del ordenamiento jurídico que el propietario de un terreno pueda disponer del espacio superior o inferior por considerarlo como una extensión de su dominio sobre el suelo*» (SOTO BISQUER) (15), aunque, realmente, no se dispone del espacio aéreo sino del derecho a ocupar ese espacio, como tampoco se dispone del subsuelo sino del espacio que existe en el subsuelo. Y, por lo mismo que es posible constituir un «*derecho de superficie*» sobre un terreno o un «*derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o de realizar construcciones bajo su suelo*», y también cabe concebir la venta de apartamentos «*a construir*» por estar meramente proyectado el edificio en el que se van a situar, «*nada impide —afirmar— que esa venta asegure, de golpe, un bien existente y perpetuo que será verdaderamente el objeto principal: el **espacio** que circundará las partes comunes del inmueble, espacio de antemano determinado por los planos verticales y horizontales; es decir, los metros cúbicos de es-*

(15) SOTO BISQUER, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto de 1971.

pació, debidamente ubicados, que son poseídos o se venderán como cuerpos ciertos, y a los cuales se aplicará el efecto traslativo del contrato» (RENE SAVATIER) (16). De esta forma, el *espacio* puede ser considerado como una «cosa en sentido jurídico».

De hecho es frecuente ver anunciada la venta de solares con Licencia de construcción para un determinado VOLUMEN, y se venden e hipotecan, como hemos dicho, pisos meramente proyectados, y, hasta cabe transmitir a un tercero el derecho de elevar o profundizar una edificación actual mediante plantas futuras, e, incluso, transmitir el suelo o cederlo por «obra futura»; por lo que no cabe duda de que también se puede admitir, en términos de mayor generalidad, el establecimiento de una *ordenación jurídica* que regule la utilización y disponibilidad de los diversos APROVECHAMIENTOS que se puedan prever como independientes, tanto en el SUELO como en el SUBSUELO y en el VUELO de un mismo terreno; a lo cual se puede añadir, como hemos visto, el uso legalmente diferenciado del SUBSUELO más profundo para el *transporte subterráneo* o para la *investigación* en las *explotaciones mineras* y los mismos aprovechamientos de las *aguas subterráneas*. Y hasta sería posible construir toda una **teoría general de la PROPIEDAD ESPACIAL**, que vaya más allá de la mera cuestión de la *extensión vertical del dominio*, tanto hacia arriba como hacia abajo, en la que será preciso distinguir para su regulación diversas zonas, según la posibilidad de su uso, más o menos inmediato, por la proximidad a la superficie y, consiguientemente, por la mayor o menor facilidad de acceso y apropiabilidad («a medida que se aleje en la distancia de la superficie, tanto en el subsuelo como en el vuelo, se debilitará el poder de exclusión» (17), siempre que los diferentes ESPACIOS o VOLÚMENES, con sus utilidades correspondientes, se deslin-den adecuadamente y, al mismo tiempo, se determine también claramente la extensión de los derechos de cada uno de los posibles titulares, lo que deberá tener lugar sobre la base del principio de «autonomía de la voluntad» aunque sin sobrepasar los límites del orden público ni invadir las zonas de uso común o de reserva estatal. Y a estas determinaciones deberá añadirse la necesidad de una sujeción a los Principios Hipotecarios de «legitimidad» y «especialidad» para hacer posible la inscripción de los nuevos derechos emergentes en el Registro de la Propiedad.

Se puede concluir, por tanto, que siempre que sea posible, en cada caso concreto y en el estado actual de la ciencia y de la técnica, la determinación separada de la utilidad «potencial» de un fundo, tanto en el SUBSUELO

(16) RENE SAVATIER, «La propiedad del espacio aéreo», en *Revista de Derecho Urbanístico*, 1967.

(17) JERÓNIMO GONZÁLEZ, «La propiedad del suelo en sentido vertical», en *RCDI*, 1925.

como en el ESPACIO AEREO, de tal forma que permita situar con exactitud el «**volumen**» que se intenta aprovechar con independencia, también será admisible que dicho volumen «*pueda ser apropiado y hasta vendido por cubos*» u otras formas o figuras geométricas similares, medidas en «metros cúbicos», asimilándolo así a un «*cuerpo cierto*» con la suficiente entidad para que su utilización pueda ser objeto de derechos. También TORRES LLANA (18) alude a la posibilidad de la «**cosificación del espacio**», que se consigue, según dice, al determinarse en el planeamiento y en la correspondiente licencia de construcción el «**volumen de edificabilidad**» de cada terreno por la delimitación de la edificación posible en los proyectos debidamente aprobados, si bien este autor se está refiriendo a la extensión del «derecho a edificar» en los solares, propiamente dicho, y no a los «derechos de aprovechamiento urbanístico» en terrenos calificados como «urbanizables», que son otra cosa, según hemos indicado.

Ya JERÓNIMO GONZÁLEZ afirmaba que el objeto de los derechos no es sólo una superficie plana delimitada sino que siempre será preciso ocupar un «*espacio sobre y bajo el suelo*» que será de más o menos extensión, según la utilidad que se pretenda con la siembra, la plantación, la excavación o la construcción. Y, más modernamente, también, ARNÁIZ EGUREN (19) afirma que «*es ya una opinión plenamente compartida la de que el objeto de la PROPIEDAD puede perfectamente concebirse como un **espacio cúbico**, y de que ha quedado superado el tradicional concepto de que la propiedad alcanza sin límites a toda su proyección vertical superior e inferior, salvo las limitaciones resultantes de determinadas disposiciones legales de derecho público, como ocurre en el caso de la propiedad minera, de las aguas o de la navegación aérea. En este sentido, tanto la doctrina como la práctica admiten la posible configuración de objetos de derecho diferenciados sobre y bajo la rasante de la superficie del suelo, de forma que la finca ya no puede considerarse en su acepción clásica de porción de la superficie terrestre, delimitada por una línea poligonal, sino más bien como el espacio en el cual es posible la construcción de una edificación susceptible de propiedad independizada*».

* * *

Como hemos indicado, la potencia «expansiva» del DOMINIO de los terrenos (*propiedad elástica*), tanto por el SUBSUELO como en el espacio AEREO, cuya utilidad «global», en principio, sólo corresponde al dueño, no impide que pueda ser «fraccionada», y disgregada, transmitiendo a terceros interesados la utilidad correspondiente a cada «volumen geométrico» previa-

(18) TORRES LLANA, *La propiedad del vuelo*, Pamplona, 1977.

(19) ARNÁIZ EGUREN, *Aparcamientos subterráneos*, Editorial Tecnos, 1993.

mente delimitado. Y, para este supuesto se hace necesario el establecimiento de una adecuada *organización jurídica* de la **disociación del dominio**, lo que exigirá el sometimiento de la totalidad del terreno a una regulación especial que ordene, en su caso, la concurrencia de los derechos, como ocurre en todos los supuestos de **dominio plural**.

Aunque JERÓNIMO GONZÁLEZ también advierte que **el principio de «autonomía de la voluntad» se aviene mal con los «derechos reales»**, en el campo del **DOMINIO PRIVADO** la regulación específica del régimen jurídico de todas las formas posibles de DOMINIO PLURAL —si bien, siempre va a estar condicionada por las circunstancias de cada caso concreto según la clase y situación de los bienes—, vendrá dominada, en general, por dicho principio de *libertad dispositiva* (arts. 392 y sigs. y 1.255 del Código Civil). Por consiguiente, la ordenación de los DOMINIOS separados sobre el SUELO, el SUBSUELO y el VUELO, dependerá de la construcción jurídica que se propongan los propios interesados, según sus posibilidades y conveniencias. Y, consiguientemente, dicho régimen jurídico podrá ser configurado e impuesto, en principio, por el mismo propietario único o por los propios cotitulares de los distintos derechos y aprovechamientos constituidos en comunidad, los cuales deberán determinar la forma en que se van a construir los elementos físicos o *infraestructuras* necesarias y la *fórmula jurídica* adecuada que permitan la utilización independiente de los distintos espacios, tanto si viene establecida por el propietario inicial para enajenarlos a los terceros que los adquirirán en la forma predeterminada, como si la regulación se establece, en común, por la comunidad incidental o creada de propósito.

En nuestro Derecho actual, como ya hemos dicho, del mismo modo que el régimen de Propiedad Horizontal o de los Conjuntos Inmobiliarios puede ser ordenado, incluso *en proyecto*, mediante una regulación estatutaria de «*prehorizontalidad*», también es posible admitir, en términos de una mayor generalidad, el establecimiento de una *ordenación jurídica* de los distintos APROVECHAMIENTOS que se puedan prever, también en mero *proyecto*, tanto en el SUBSUELO como en el espacio AEREO, siempre que los VOLÚMENES se deslinden adecuadamente y se determine claramente la extensión de los DERECHOS sobre cada uno de ellos, sobre la base del indicado principio de libertad de pactos, aunque sin sobrepasar los límites que vienen impuestos por la Ley y el orden público. No obstante, a todo esto se debe añadir la necesaria sujeción a los principios hipotecarios de «legitimidad» y «especialidad», si se quiere hacer posible su **inscripción en el Registro de la Propiedad**, cuya conveniencia, cuando no la absoluta necesidad, viene impuesta en estos casos por la ausencia de una apariencia externa consecuente con la inmaterialidad transitoria de esta especial situación.

De cara a su eficacia *erga omnes*, únicamente la «publicidad» registral proporcionará la «legitimidad» —presunta— a esta situación de futuro. Así lo

entiende, también, SANAHUJA TOMÁS (20), para quien la *PROPIEDAD* en su aspecto de «*derecho potencial*», pertenece a la categoría de los «*derechos potestativos*»; y, como tal, en cuanto puede ser causa de una futura «*modificación jurídica*», también será *inscribible* (arts. 2 LH y 7 RH); inscripción que será *indispensable* para que pueda darse a conocer, como ocurre en el derecho de opción, ya que la única «*apariencia externa*» va a ser la «*registral*», *al depender su efectividad real del ejercicio previo de una declaración de voluntad posterior a la constitución de aquel derecho, con la que se va a «materializar» aquel objeto que estaba en potencia*. De momento, pues, únicamente existirá una «*vocación*» a una especial cotitularidad en la cosa, a la que están llamados los titulares de las diversas utilidades previstas como posibles; pero la verdadera situación de «*dominio plural*» sólo se producirá una vez ejercitada la facultad reservada o adquirida.

Siguiendo este mismo razonamiento, también se puede deducir la necesidad de que en la llamada *propiedad espacial* sea necesaria una determinación concreta de cada *volumen* susceptible de una utilización independiente para que se cumpla el principio de «*especialidad*». Pero, por lo mismo, también será indispensable el señalamiento de un «*plazo máximo*» para ejercitar la facultad de apropiación del espacio, que conllevará la materialización del objeto, ya que nuestro Derecho es contrario a la perpetuación de los derechos potestativos. Y es que, como señala la doctrina, en todo «*derecho potestativo*» es preciso distinguir dos fases: Una primera, en la que sólo existe un derecho de *hacer y de mantener*, que implica una relación entre el dueño y el titular del derecho potestativo, y otra etapa posterior, en la que se produce la *materialización* de una propiedad separada. El ejercicio de la primera fase implica «*un faceré*», y la última exige ya la existencia del objeto determinado (STS de 24 de marzo de 1992 y 4 de febrero de 1993).

Actualmente, sin embargo, son varios los autores que opinan que no hay necesidad de recurrir a la doctrina de los «*derechos potestativos*», y que debe admitirse la negociación de los «*volúmenes espaciales*», tanto aéreos como subterráneos, como verdaderos *objetos jurídicos del DOMINIO*, puesto que el progresivo avance de la ciencia, de la ingeniería y de las técnicas de la construcción permiten descubrir nuevas formas de aprovechamiento independiente de los espacios subterráneos y aéreos cada vez más profundos o más elevados. Y, por lo mismo, también se debe procurar el acceso al Registro de la Propiedad de estas nuevas formas de riqueza que les va a permitir aprovecharse del acceso en forma directa al crédito hipotecario y a proporcionar la protección jurídica necesaria para su reconocimiento y eficaz desarrollo.

(20) SANAHUJA TOMÁS, «En torno al vuelo de las fincas urbanas», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1972.

La construcción jurídica de la «*propiedad privada*» en el «subsuelo», y también en el «espacio aéreo», delimitada por «*volúmenes*» o «*espacios cúbicos*» perfectamente deslindados por sus tres coordenadas geométricas, y ubicados en planos situados en profundidad, por debajo de la superficie, o en altura, sobre sólidas estructuras materiales, puede configurarse de diversas maneras:

1. Como **DERECHO REAL** concedido a un tercero, sobre un espacio en el subsuelo o en el vuelo, al amparo del *númerus apertus*, al modo del «derecho de superficie» o del llamado «derecho de levante» (art. 16.1 y 2 RH), que exigirá la determinación y delimitación precisas por el mismo propietario del suelo del «*volumen espacial*» aprovechable, cuya utilización se pone a disposición de un tercero.

2. Como **DOMINIO DIVIDIDO** en «*espacios cúbicos*» ubicados en la *extensión vertical del suelo, separados por planos horizontales*, que conlleven la atribución de utilidades independientes por debajo o por encima de una determinada «cota» (fórmula prevista en la Resolución de 13 de mayo de 1987, que si bien no permite la «creación de una nueva finca» mediante la segregación de volúmenes totalmente independientes de la finca de que proceden, admite una fórmula similar al «*dominio útil*» para cada volumen, al que se le podrá abrir «folio autónomo», aunque deba estar conectado con el de la «finca principal»; regulándose las zonas comunes con las necesarias «*servidumbres*», según explica el Notario en su informe).

3. Como **COMUNIDAD FUNCIONAL** al modo de la «*Propiedad Horizontal*», que exigirá el establecimiento consorciado de un Estatuto regulador de los acuerdos de los condueños y la determinación de «*cuotas*» para cada elemento o componente: el *suelo* hasta la cota «x» por arriba y hasta la cota «y» por debajo; el *vuelo* desde la cota señalada en altura, y el *subsuelo* desde la cota señalada en profundidad.

En todo caso, siempre estaremos en presencia de un **pluridominio compartido**, que precisará de una «*organización*» adecuada para la utilización común de esas potentes «*estructuras*» y el aprovechamiento independiente de los distintos «*espacios cúbicos*», cuya regulación variará según la fórmula jurídica que se elija. La «construcción» de los elementos físicos que hagan posible esa utilización por separado de los APROVECHAMIENTOS concurrentes, y también el «mantenimiento» de los mismos, su «reposición» o «reconstrucción» en caso de deterioro o destrucción total o parcial, y el «seguro» indispensable, tendrán diversas soluciones, según la figura jurídica adoptada, y su elección dependerá de la voluntad de las partes, atendiendo fundamentalmente a la finalidad que se persiga, pero también a la clase de financiación que se ha de utilizar, y a las consecuencias más o menos previsibles en el futuro.

En el caso del DERECHO REAL (que puede ser «temporal» o «perpetuo» como las servidumbres), las estructuras deberán ser construidas por el propietario del suelo, que quedará obligado a mantenerlas, e incluso a reponerlas, de forma que permitan el uso adecuado a su finalidad por el titular del derecho adquirido durante todo el tiempo del contrato.

En el caso del DOMINIO DIVIDIDO (normalmente «perpetuo»), será susceptible de una doble solución: O que la construcción y mantenimiento de las estructuras sean de cargo del nuevo propietario del dominio «útil» del espacio, quien, con el consentimiento del propietario del suelo (y claro es, con las licencias pertinentes) deberá construir y mantener las obras adecuadas que hagan posible su utilización; o bien que sean costeadas por el propietario del suelo que disponga la nueva forma de su utilización para, seguidamente, una vez instaurada, proceder a su enajenación. Y su mantenimiento puede ser regulado por ambos conforme a unos Estatutos de la propiedad dividida. Pero, en el supuesto de destrucción de las estructuras por caso fortuito o de fuerza mayor, se perderán para su respectivo dueño.

En el caso de la COMUNIDAD FUNCIONAL («perpetua» o temporal), deberán intervenir todos los copropietarios en su constitución, lo que exigirá su configuración en la finca como una «comunidad por cuotas», cuya reglamentación o Estatuto regulará su funcionamiento, e incidirá en la propiedad del terreno en caso de destrucción de las obras.

* * *

Según la doctrina más moderna, en las construcciones jurídicas de los derechos sobre el *SUBSUELO* y sobre el *VUELO* no siempre se tratará de constituir auténticos **DERECHOS REALES** que afecten, graven o limiten la propiedad ajena. Y tampoco serán suficientes las diversas formas de **COMUNIDAD** para atender adecuadamente a operaciones separadas y permanentes en el tiempo sobre VOLÚMENES que requieran una completa y total *independencia*, por el necesario sometimiento a un Estatuto o reglamentación comunitaria que inexcusablemente impondrá la adopción de los acuerdos por unanimidad o mayoría, según los casos. Por ello, por los autores que se han ocupado específicamente del tema, se pronuncian, como más conveniente, por la fórmula del **DOMINIO DIVIDIDO**, que permite una más perfecta regulación jurídica de la «conurrencia» de los distintos APROVECHAMIENTOS diferenciados, considerándolos como verdaderos **DOMINIOS independientes**; de igual modo que dicha doctrina es también perfectamente aplicable a los supuestos de disfrute de un mismo bien en TIEMPOS sucesivos (*multi-propiedad o aprovechamientos por turnos*), e, incluso, a las situaciones de futuro que presentan un *valor económico «potencial»*, como ocurre en los *derechos de aprovechamiento urbanístico*, en su consideración separada de la

finca que los genera y todavía «no materializados» en las parcelas de resultado, pero de posible negociación independiente, por lo que su titular ostentará ya un derecho actual de contenido económico pleno y con fuerza «expansiva», puesto que, una vez aprobado debidamente el Proyecto de Compensación o la Parcelación correspondiente, se transformará en un verdadero DOMINIO, y quedará integrado en la titularidad de la nueva finca, aunque a veces queden concretados en un coeficiente o cuota».

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS (21) se declara también partidario de admitir, para estos supuestos, la singular situación del «**DOMINIO DIVIDIDO**», o «**comunidad pro-diviso**», como figura jurídica autónoma, distinta del «derecho de superficie» e incluso del «derecho de elevación o subedificación»; y reafirma que es una fórmula admitida por gran parte de la doctrina al amparo del principio de libertad de pacto y de la teoría del *numerus apertus* en los derechos reales, lo cual permite la aplicación de las escasas normas previstas legalmente para aquellos supuestos ya regulados, lo mismo que sus teorías. Ello permitirá atender a la regulación de los diversos APROVECHAMIENTOS, totalmente independientes unos de otros, por razón de las diversas UTILIDADES que puedan obtenerse de una misma parcela, en su *superficie* y en su *vuelo* o *subsuelo*, «*disgregando los derechos respectivos sobre cada espacio, los cuales podrán ser ejercitados a perpetuidad y con total independencia, sin entorpecerse*». Y esta fórmula de «cotitularidad», dice, puede ser aceptada *incluso aunque uno de los dominios sea «demanial» y no pierda ese carácter en su conjunción con el otro «dominio privado*». En estos casos de propiedad separada, o **copropiedad «pro-diviso»**, cada titular «*será dueño total de la finca, pero sólo en cuanto a una determinada utilidad*». Y no estará, por tanto, sujeta a límites temporales (como en la «concesión» o en el «derecho de superficie»), «*aunque sólo en uno de los dueños concurrentes se dé la facultad de construcción (por ejemplo, porque sólo sea posible la edificación subterránea), y en el otro, las demás facultades de aprovechamiento (suelo útil por arriba para otros usos)*».

Y de cara el REGISTRO DE LA PROPIEDAD, debe admitirse que cualquiera de esos dominios o aprovechamientos independientes pueda abrir «*folio real*» en la «inmatriculación» o primera inscripción de la finca en que se ubiquen (al modo de los dominios «directo» y «útil», según el art. 377 del RH), ya que la exigencia de que la «primera inscripción sea de dominio» no debe referirse a un dominio global en el sentido de «íntegro» en la cosa, sino de cada utilidad en especial, aunque también, para la descongestión de la hoja registral correspondiente de la finca se podrán abrir folios independientes subordinados a cada uno de los dominios separados, como ya se admite en

(21) PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 3.^a ed., Colegio de Registradores, 1999.

la Propiedad Horizontal y en el supuesto regulado en el artículo 68 RH para las plazas de garaje adscritas a cada cuota indivisa del local o departamento destinado a este fin. Y en la citada Resolución de 13 de mayo de 1987, se recomendó la misma técnica para la inscripción separada de los derechos sobre *volúmenes subterráneos* cuyo aprovechamiento se pueda independizar, aunque sin total desconexión de la finca en la que se sitúan, similar por tanto al *dominio útil*, quizá por la única razón de que el actual Registro, que data de 1861, se descartó, desde sus orígenes, por el sistema técnico *del folio real*, es decir, «por fincas».

Pero, tanto en el Catastro como en la sujeción a los impuestos correspondientes (IBI), será muy conveniente que *los distintos DOMINIOS figuren con total independencia*.

En la esfera de las previsiones económicas, una vez concretado el DOMINIO actual, que será el correspondiente a la utilidad del momento, el posible APROVECHAMIENTO futuro y potencial de una finca, o el exceso del mismo que no vaya a ser aprovechado por sus dueños, tanto en profundidad como en altura, es decir, lo que no pueda ser utilizado o apropiado por los actuales titulares de derechos en la finca —no sólo por su falta de iniciativa sino incluso por la ausencia de medios y posibilidades materiales—, bien puede ser considerado, a veces, como algo «ajeno» a los mismos, carentes incluso de interés en oponerse al aprovechamiento por terceros; y por lo mismo, conforme a teorías modernas, como la del *ius usus inocui* o de la prohibición de los «actos de emulación» y otras *socializadoras*, *la utilidad no aprovechada deba pasar a ser del común*, bien como «demonial» o «patrimonial» del Estado, bien como una *res communis*, si tiene utilidad pública, o como una *res nullius*, si carece de ella. Esto es lo que opina MONTES PENADÉS (22), aunque no faltan los que asignan, de oficio, a esos nuevos aprovechamientos, *la misma identidad que tenga el dominio del suelo* al ser considerado éste como una propiedad jurídica «elástica», y, en su caso, hasta «reversible» al global inicial desde el momento en que se extinga algún aprovechamiento que fue disgregado y quede vacante, para no dar lugar a un abandono que justifique la aplicación de la antigua Ley de Mostrencos, actualmente artículo 21 de la Ley de Patrimonio del Estado. Y lo mismo debe tener lugar cuando surja un cambio natural del destino del bien, o un nuevo impulso técnico y centífico que permitan una productividad mayor y una utilidad diferente, *ya que*, conforme a las teorías más avanzadas, *la propiedad privada sólo cesará cuando sea totalmente inalcanzable un interés efectivo para el dueño que pueda fundamentar una oposición a la actividad de otros; pero, ni siquiera en este caso cesará su función social*.

(22) MONTES PENADÉS, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, Tomo V.

No cabe duda de que cualquier nuevo *status* natural o impulso científico que permita un mayor APROVECHAMIENTO independiente del ESPACIO, en cuanto se pueda traducir en un nuevo valor económico, podrá ser *transmitido* a otros «por cualquier título». Y hasta, en sentido *negativo*, cabe *asumir la prohibición que pueda venir impuesta*, «con carácter real», por un tercero en el uso de ese nuevo aprovechamiento del espacio, cuando tiene su justificación en alguna finalidad concreta que le sirve de «causa», como es el caso de la *servidumbre «altius non tollendi»*, consistente en la prohibición de construir o dar mayor altura a la edificación existente en el predio sirviente, convenida *para no privar de luz al predio dominante*, reconocida como tal *servidumbre real* en la STS de 24 de junio de 1967, por lo que se impone su respeto siempre que derive de un «contrato válido» con existencia de una «justa causa», ya que se trata de prohibir algo que sin dicha servidumbre sería lícito, y, por tanto, debe operar con el límite del orden público, por lo que habrá de cesar, por ejemplo, si la Legislación Urbanística o las Ordenanzas Municipales imponen la obligación de edificar o señalan una altura obligatoria.

V. LA DISOCIACIÓN DEL DOMINIO EN LA PROPIEDAD
PÚBLICA. LOS APARCAMIENTOS SUBTERRÁNEOS
Y LOS VOLÚMENES ESPACIALES INDEPENDIENTES.
SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Todas las formas posibles de utilización del SUBSUELO como objeto jurídico independiente de SUELO —y lo mismo puede decirse del espacio AE-REO—, pueden presentarse tanto en *Impropiedad PRIVADA* como en *Impropiedad PÚBLICA* o «*demanial*». En todo caso, también para el uso o disfrute por separado de un ESPACIO ubicado en la proyección vertical, por arriba o por abajo, de un terreno de DOMINIO PÚBLICO, será preciso elegir la fórmula de su «*configuración jurídica*», que deberá ser la adecuada a las facultades que se van a transmitir a un tercero, bien como un simple DERECHO REAL temporal atribuido a un particular, en cuyo caso lo adecuado será la *concesión administrativa*, o como un DOMINIO perpetuo compartido, en comunidad o dividido, según la forma de cotitularidad que se adopte en cada caso concreto para la finalidad perseguida. Pero será en la fórmula del **DOMINIO DIVIDIDO** donde se presenten mayores problemas, sobre todo si lo que se pretende es que el nuevo «espacio útil», o el «volumen» susceptible de un aprovechamiento independiente a partir de una determinada «cota» en altura o en profundidad, *pase a ser de DOMINIO PRIVADO*, generando, por ejemplo, nuevos espacios aptos para la edificabilidad, *permaneciendo en la esfera «demanial» la utilización de la superficie terrestre*, únicamente con las «capas» del subsuelo o del vuelo más inmediatas y del grosor necesario para ese aprovechamiento

«público». Para ello será imprescindible, tanto la previa «desafectación» del ESPACIO superior o inferior delimitado e independizado —en valor o utilidad económica exclusivamente—, del suelo, como la subsiguiente declaración de «alienabilidad» de aquél (cabe también la situación *inversa*), referidas, ambas operaciones, el «volumen espacial» o «cuerpo cúbico» en el que se va a asentar el DERECHO concedido a un tercero para un DESTINO prefijado, de tal forma que quede perfectamente deslindado en altura o en profundidad, y que ello tenga lugar, además y en su caso, *dentro de los límites permitidos por los Planes de Urbanización en cuanto a la diversa utilización asignada a los terrenos o, incluso, a los respectivos espacios.*

A pesar de las dificultades que presenta esta fórmula, sobre todo por las formalidades y trámites que exige la «desafectación» y los obstáculos que puede ser necesario superar para coordinar los intereses públicos y privados, no cabe duda de que pueden ser mayores las ventajas respecto de otras figuras jurídicas, ya que, al configurarse como DOMINIOS separados, los APROVECHAMIENTOS respectivos funcionarán en cada ámbito espacial de forma totalmente independiente, sin quedar sometidos, inexcusablemente, a un estricto «régimen de comunidad *por cuotas*» (bastaría un convenio sobre los gastos en los elementos comunes), como en la Propiedad Horizontal o en los Conjuntos Inmobiliarios, que podría ser «inadecuado» para un terreno que, en parte, debe mantenerse en el dominio público y cuyo uso y disfrute «demanial» va a seguir siendo el primordial, a pesar de lo cual en un régimen normal de Propiedad Horizontal cualquier variación del uso habría de contar siempre con el acuerdo adoptado por mayoría o por unanimidad de los copartícipes, según lo estipulado en los Estatutos de la Comunidad, con pérdida o limitación para la Administración del *ius variandi* exclusivo para el futuro del aprovechamiento público.

Por consiguiente, todo lo que llevamos indicado sobre el DOMINIO DIVIDIDO, incluso en cuanto al carácter (*privado o público, común o nullius*) que debe tener el posible nuevo APROVECHAMIENTO por los terceros de los «excesos» o «sobrantes» en la utilidad de un terreno que resulten inalcanzables para el actual titular dominical según el estado normal de la técnica (23), tiene una especial aplicación en el caso de los **BIENES DE DOMINIO PUBLICO**, bien sean de USO PUBLICO o PATRIMONIALES del Estado o de las Corporaciones Locales, y según que dicho carácter *demanial* lo sea por razón de su naturaleza o destino, en cuyo caso serán de USO COMÚN, como las playas y las riberas o las calles y las plazas públicas, o como consecuencia de un acto administrativo expreso de *afectación* a un determinado SERVICIO PUBLICO, conforme a la clasificación de los ar-

(23) PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*.

títulos 338 y 339 del Código Civil, complementada por otras disposiciones legales específicas que regulan el Patrimonio Estatal o de las Autonomías y el de los Ayuntamientos y demás Entidades Locales.

Si, como hemos indicado en la primera parte, el DOMINIO, o la PROPIEDAD JURÍDICA, se ha de referir a la apropiación por un título «legítimo» del APROVECHAMIENTO de cada una de las utilidades de la cosa, y el DERECHO DE LA PROPIEDAD alude a la regulación del DOMINIO «global» en la misma cosa, también el **DOMINIO PUBLICO** de los terrenos puede presentar variadas formas de DOMINIO o APROVECHAMIENTO «*disociadas jurídicamente*», tanto en el VUELO como en el SUBSUELO, si en cada una de esas zonas cabe la delimitación de VOLÚMENES o espacios cúbicos deslindados por formas geométricas tridimensionales y susceptibles de utilización independiente. Cada uno de esos espacios superpuestos en la verticalidad del terreno podrá pertenecer a un grupo distinto dentro de la «escala de demanialidad» indicada. E, incluso, cabe su concurrencia con el «*dominio privado*» —y así tiene lugar de modo indudable en otras fórmulas, como la Propiedad Horizontal—, lo que presupone también su posibilidad en otras figuras jurídicas, como la del *dominio dividido* por planos, en la que cada uno de los espacios diferenciados quedará sometido al régimen jurídico específico que corresponda a su condición *demanial, patrimonial o privada*.

Y es que, la tendencia, cada vez más intensa en el Derecho Civil general —y por tanto también en el Derecho Administrativo en cuanto aquél es supletorio de éste—, no exenta de razones de utilidad común, a considerar, «*sin condena jurídica*» alguna, situaciones de cotitularidad, pluri-dominio o **dominio plural**, porque no deban tenerla los aprovechamientos concurrentes, en cualquier forma de titularidad común, si existe el debido reconocimiento *recíproco* a la individualidad de cada uno, esa tendencia permitirá, sin duda, aprovechar los estudios hechos para la «comunidad en general», en cuyos estudios, por otra parte, se comprenden variedad de fórmulas de titularidad comunitaria e incluso ideas avanzadas de «*comunidades funcionales*» contrarias a la exclusión del condominio por antieconómico y antijurídico, y por tanto también contrarias a las figuras legales tendentes a facilitar su conversión en propiedad unitaria (*tanteos, retractos, reversión...*), las cuales sólo deben actuar cuando no exista otra forma «más ventajosa» de *utilización compartida*. Es una realidad que cada día se tiende más a favorecer la admisión de comunidades buscadas de propósito para determinadas finalidades que incrementan las utilidades del bien común, como ocurre con los «*elementos procomunales*» en el régimen de Propiedad Horizontal o en los Conjuntos Inmobiliarios, o en el sistema, muy generalizado, de las *plazas de garaje* representadas por una cuota indivisa de un local que atribuye el uso y disfrute exclusivo de un espacio para el aparcamiento de vehículos, sin desconocer fórmulas modernas —*Clubs, Trustee, Cártels, Galerías Comerciales, activi-*

dades varias en sede común, titularidad de acciones en hoteles, en sociedades deportivas o en complejos de apartamentos, con derecho a los servicios globales de alojamiento por un tiempo determinado en cada año», o el mismo «timesharing», plasmado en la Ley 42/1998, relativa al derecho de aprovechamiento de fincas por turnos de tiempo, vulgarmente conocido por multi-propiedad (24), etc.—, que reconocen en general el «valor de lo compartido», aunque de hecho aparezcan como más importantes los derechos individuales separados en el «espacio» o en el «tiempo».

No obstante, en la esfera común del **DOMINIO PUBLICO** en su relación con el **DOMINIO PRIVADO**, la complejidad del problema aumenta, tanto por la condición mixta de su reglamentación jurídica (civil y administrativa) como por los intereses (públicos y privados) puestos en juego.

Dice ARNÁIZ (25), que «*la división de los inmuebles por planos verticales, cuando se trata de bienes demaniales, no es ajena a nuestro derecho positivo*», sino que, por el contrario, es donde surgen los primeros ejemplos, como el de la propiedad minera, o, actualmente, la propiedad pública de todas las aguas subterráneas. Y sigue diciendo que «*en el terreno de los conceptos es perfectamente posible la compatibilidad de la propiedad pública subterránea, con calificación de demanial, y la propiedad privada sobre el plano superficial*». Y aunque el supuesto que estudiamos se produce exactamente a la inversa («*aprovechamiento privado del subsuelo de los terrenos públicos*») también lo considera posible.

En todos estos casos de concurrencia del **DOMINIO PUBLICO** con un **DOMINIO PRIVADO**, los «derechos subjetivos» de los particulares pueden manifestarse, bien por haber sido especialmente *convenidos en* determinados actos singulares —por ejemplo, en los *convenios urbanísticos*—, o en *contratos* válidamente celebrados con la Administración, conforme a las reglas y formas administrativas, sobre todo en el caso de los bienes *patrimoniales* —*arrendamiento*—, o bien por estar *autorizados*, también singularmente, *por las Leyes*, las cuales pueden permitir, en casos concretos, un determinado APROVECHAMIENTO privado en bienes *demaniales*, facultando expresamente a los interesados á realizar determinados usos mediante un acto administrativo expreso —«*autorización*» o «*concesión*»— o por no estar afectados por una norma prohibitiva o imperativa, ya que de este modo se debe entender permitido lo que no se prescribe.

Generalmente se afirma que la «*concesión*», en cuanto fórmula jurídica que atribuye a una persona «privada» el uso o disfrute de bienes inmuebles «públicos» —*derecho real condicionado a un «interés público»*—, es la única forma de aprovechamiento por los particulares de los bienes «*demaniales*»,

(24) Denominación que la propia Ley rechaza como inadecuada

(25) *Los aparcamientos subterráneos*. Editorial Tecnos, 1993.

por cuanto es también la única forma que permite mantener un *control permanente* por la Administración, al menos con respecto al uso por los particulares de los bienes de «*dominio y uso público*», ya que los bienes «*patrimoniales*» del Estado, que son los que le pertenecen como «*propios*» y que, por tanto, están sometidos a igual régimen que los de pertenencia particular —si bien con la especialidad correspondiente a su singular titular—, pueden ser explotados directamente por la Administración o ceder su utilidad a un tercero por cualquier título legítimo, e incluso transmitirlos de modo definitivo cumpliendo los requisitos establecidos para su enajenación.

No obstante, si cabe que los de la primera categoría, es decir, los de uso «*demanial*», puedan pasar a la segunda mediante un acto expreso de *DESAFECTACION* que los «*patrimonialice*», tampoco tiene que ser la «*concesión*» la única forma de aprovechamiento de los bienes públicos por los particulares, ya que, al igual que en el *derecho de superficie*, son fórmulas jurídicas que por su control administrativo y sus límites en el tiempo y en el clausulado y por la «*reversión*» que conllevan, no siempre sirven para empresas que se fundamentan en la perpetuidad y en la ausencia, o al menos la minimización del control administrativo.

El supuesto más puntual se produce en el examen de la *posibilidad de utilización como dominio PRIVADO de espacios o VOLÚMENES CÚBICOS que pueden situarse en el SUBSUELO* —y, en su caso, también en el VUELO—, de terrenos de dominio y uso PÚBLICO. Es el problema general que se plantea la doctrina jurídica respecto de la «*extensión del dominio en sentido vertical*» cuando tiene lugar por la *coexistencia de los dominios PRIVADO y PÚBLICO, en concurrencia sobre un mismo terreno, cuyos respectivos APROVECHAMIENTOS recaen sobre VOLÚMENES superpuestos diferenciados*.

Nada hay que objetar a la figura de la Propiedad Horizontal, en la que, tanto la práctica como la doctrina, no plantean ninguna duda en cuanto a la posibilidad de la coexistencia de departamentos de propiedad privada con otros de dominio público, siendo un supuesto donde siempre ha quebrado la exclusión de la necesidad de ser inscritos en el Registro de la Propiedad los bienes de dominio y uso público, lo mismo que los de la Iglesia católica (arts. 5 y 6 del RH, que han sido modificados profundamente también por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre) (26). La Resolución de 16 de diciembre de 1994 llega a admitir la inscripción de un edificio de titularidad pública, en parte demanial y en parte *patrimonial*, incluso sin necesidad de su

(26) La SENTENCIA de 31 de enero de 2001, ya citada, anuló la modificación de dichos artículos del RH, en cuanto la nueva redacción «reglamentaria» parece *imponer la obligatoriedad de su inscripción al margen de su especial régimen jurídico*, pero reconoce expresamente la *conveniencia* de que se lleve a efecto.

división horizontal. Y lo mismo ocurrirá en la inscripción «necesaria» de los proyectos urbanísticos, en los que deberán constar, necesariamente, los respectivos usos y destinos de todos los terrenos, bien sean públicos o privados, con su subsuelo o vuelo incluidos.

La doctrina se plantea el problema de si la *desafectación* del demanio debe ser «*expresa*» en todo caso, es decir, mediante un acto administrativo de igual importancia que el de «afectación», o puede ser «*fáctica*», y por tanto producirse «de hecho» por la variación material o natural de su destino. Y también entra en discusión sobre la posibilidad de que la necesaria *patrimonialización* se produzca por la eficacia de la institución de la «*prescripción*», en sus dos modalidades, «*adquisitiva*» (usucapió), y «*extintiva*» (liberadora), puesto que, si mediante ella, o lo que es igual, por la posesión continuada en el uso privativo durante un tiempo, se pueden adquirir por los particulares los bienes patrimoniales (art. 25.2 de la Ley del Patrimonio del Estado), o si con anterioridad se ha podido extinguir por el mismo paso del tiempo el uso *demanial*, también estas consecuencias pueden ser aplicables a los diversos APROVECHAMIENTOS de un inmueble.

La doctrina moderna, en general, es contraria a la *desafectación fáctica*, aunque no faltan autores que aluden a la necesidad de que el mantenimiento de la *vinculación* de un bien o de un terreno a una determinada finalidad pública venga determinada por la objetividad del *destino*, que siempre tendrá como «medida» *lo que demande la utilización de ese bien, según el propio criterio materialista o finalista del interés público* (27).

Se ha dicho por los contradictores, que la PRESCRIPCIÓN y la USUCAPIÓN no hacen sino «legitimar» situaciones ilícitas y por tanto ilegales, y que nadie debe beneficiarse de sus propios actos ilícitos, y menos en menoscabo del interés público. No obstante, para la mayoría de la doctrina, la justificación legal de estas instituciones no está en la legitimación de actos ilícitos sino en ser *medios de prueba del «título»* y que, en todo caso, justifican la *consolidación de situaciones «fácticas»*; por lo que su fundamento *objetivo* está en la «seguridad jurídica» y el *subjetivo* en la presunción de abandono por parte del dueño.

GARCÍA DE ENTERRÍA (28), en una sugestiva doctrina, pone de relieve que la «*imprescriptibilidad*» del DOMINIO PÚBLICO se ha considerado, de antiguo, como una «*garantía de la permanencia de una cosa o de un derecho respecto de una situación de interés general*». Y que, como consecuencia, por ser indispensable el mantenimiento del «control» del uso de los bienes públi-

(27) LÓPEZ PELLICER, «Sobre el uso y aprovechamiento del subsuelo en el ámbito urbano», en *El Consultor*, núm. 23, diciembre de 2000.

(28) GARCÍA DE ENTERRÍA, *DOS estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, 1974.

eos por parte de la Administración, su uso excepcional por los particulares sólo puede nacer de una «concesión», en la que la cláusula de «reversión» funciona como una reserva defensiva frente al juego de la *prescripción (usucapión) inmemorial*. Pero, con la introducción del régimen *administrativo* contrario al *absoluto*, el dominio público pasó a ser considerado un *instrumento* y el mismo *contenido* de la función pública, con lo que el requisito de la «imprescriptibilidad» quedó como un «residuo histórico» innecesario, ya que «no se debe extender a las cosas materiales, las cuales pueden ser de uso público eventual y no asentarse sobre ellas en todo momento y de modo perpetuo el demanio». En consecuencia, dice, la propiedad pública *demanial* puede entrar en el comercio de los hombres por la «desafectación» de su finalidad pública («patrimonialización»), y quedar sometida a los modos ordinarios de enajenación y prescripción. Y esa «desafectación» se puede producir, no por decisión de la autoridad sino «por la inferencia de la posesión de un particular», que ha comenzado por apartar «de hecho» la cosa de su función pública y la utiliza patrimonialmente («desafectación fáctica»).

Incluso, se puede añadir en favor de esta tesis, la afirmación de que la persistencia de una situación de «uso contrario al carácter público», sin que nadie la impugne, «constituye un serio motivo para creer que se está *fundamentando o creando un modo de adquirir conforme a derecho*», el cual, en algunos supuestos hasta puede ser considerado como un «premio» que se concede como contraprestación a un esfuerzo beneficioso para la sociedad, por ejemplo, en el saneamiento de las «marismas» o terrenos insalubres (Leyes de Puertos de 1880 y 1928 y la actual Ley de Costas y su Reglamento). Y, por lo mismo, también puede serlo el aprovechamiento privado de bienes abandonados, o no bien utilizados, o que puedan ser *mejorados conforme a técnicas modernas* que exigen ciencia, nuevos estudios e inversiones audaces, sobre todo si también existe en ellos un manifiesto *interés público* (como ocurre con el SUBSUELO para APARCAMIENTOS SUBTERRÁNEOS, que es el objeto concreto de este trabajo, por razón de las crecientes necesidades sociales de espacios para ese destino en las ciudades modernas).

Y, llevadas estas opiniones a sus últimas consecuencias, puede también afirmarse que el mantenimiento de una situación permanente de «no uso público» del *subsuelo* sería de iguales efectos que la declaración *ipso facto* como sobrante por no haber tenido desde antiguo ninguno, lo que nos lleva, cuando menos, a su *patrimonialización* «de hecho»; conclusión que puede tener su apoyo en el artículo 122 de la Ley del Patrimonio del Estado, que dispone que «en los casos de deslinde del dominio público, los terrenos sobrantes se integrarán en el Patrimonio del Estado», aunque el artículo siguiente exija la *recepción formal de tales bienes por el Ministerio de Hacienda*, ya que, «en tanto la misma no tenga lugar seguirán teniendo aquellos el carácter de dominio público».

Quizá, la **Constitución de 1978** dificulte la aplicación de esta excepcional doctrina al disponer en su artículo 132.1, que «*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 des afectación*». La **Ley del Patrimonio del Estado**, Texto Refundido aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, y el Reglamento aprobado por Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre (art. 120); y la **Ley de Bases de Régimen Local**, 7/1985, de 2 de abril, y el Texto Refundido de 18 de abril de 1986, y el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (arts. 80 de la Ley y 5 del Reglamento) al igual que el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, que aprobó el Reglamento de Organización y Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales (art. 50.3) y la **Ley 30/1992**, de 26 de noviembre, **sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común** (art. 43.2), parten de los mismos principios. Y en todas ellas se regula la posibilidad de la **desafectación** de los bienes de dominio público, mediante el correspondiente expediente administrativo, tramitado por el Ministerio de Hacienda y la Dirección General de Patrimonio del Estado en el caso de los bienes *demaniales* (arts. 120 y 121 de la Ley del Patrimonio del Estado y 221 y 222 del Reglamento) y por la Corporación Local en el supuesto de los bienes *municipales* (art. 81 de la Ley de Régimen Local). Por lo demás, según esta última, la aprobación del Planeamiento Urbanístico produce de modo automático —*ope legis*—, la alteración de la calificación jurídica del bien.

La **Jurisprudencia postconstitucional** reafirma estos principios y sostiene el carácter «*imprescriptible*» de los bienes de «uso público» que lo son *por naturaleza*, lo mismo que los bienes de «dominio público estatal» *determinados en la Ley, imponiendo el retorno a esa condición si la habían perdido «de hecho» o incluso por sentencia judicial* (STS de 6 de julio de 1988, relativa a unos terrenos situados en La Manga del Mar Menor), y disponiendo que la zona marítimo-terrestre tiene un indiscutible carácter *res communibus ómnibus hominibus*, lo que conlleva su «*absoluta inalienabilidad o indesaffectabilidad, no por ser demanial, sino común a todos los hombres*». Y esta misma condición puede ser atribuida a los terrenos destinados a *zonas verdes o espacios de uso público especialmente protegidos*.

No obstante, incluso en esa importante y rigurosa sentencia se suavizan las consecuencias absolutas de la imprescriptibilidad que se declara, y llega a reconocer el derecho a una indemnización a los que quedan privados de su propiedad —*incluso aunque esté protegida por el art. 34 de la Ley Hipotecaria*—, a la que considera como una especie de «*dominio degradado*».

De todas formas, de las anteriores consideraciones también se puede deducir el principio de que «*ningún valor económico debe ser desconocido*», al

menos en su *función social última*; por lo que, si es posible, en términos generales, el cambio de la calificación jurídica de los bienes *demaniales* a bienes *patrimoniales*, mediante una *desafectación total*, siguiendo los cauces legales, también será posible un cambio parcial *respecto de uno sólo de sus aprovechamientos*, por ejemplo, localizado en el *subsuelo* o en el *vuelo*, sobre todo si esa mutación viene exigida por una mejor o más completa utilización del bien en razón del interés general, sin que resulte perturbado el interés primordial de carácter público; cuestión, ciertamente, nada novedosa por no modificar el sentir tradicional sobre el concepto «relativo» de la *inalterabilidad* del dominio público, en el que, al margen de los privilegios, siempre ha habido excepciones justificadas (*ius variandi*).

Podrá discutirse la necesidad o no de una «*desafectación expresa*»; pero la transformación del carácter «*demanial*» del SUBSUELO de una determinada finca (e incluso de volúmenes «*edificables*» perfectamente delimitados en el VUELO), en un bien «*patrimonial*» a los efectos de asignarles un distinto uso, e, incluso, para su posterior enajenación, es perfectamente posible, y así lo reconocen expresamente autores tan destacados como PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, DÍEZ PICAZO y ARNÁIZ EGUREN. La situación final será la misma que tendría lugar si la operación se realizara a la inversa, es decir, si el propietario de un aparcamiento subterráneo construido con total legalidad en un terreno de dominio privado, cediera el suelo para un uso público, y así fuera aceptado por la Administración. Y lo mismo ocurrirá si en una operación urbanística, o derivada de una expropiación forzosa, se adoptase la misma solución, al limitarse la utilidad de interés público a una sola capa espacial, estableciéndose, en consecuencia, una propiedad dividida: *pública* en el SUELO y *privada* en el SUBSUELO, o a la inversa.

En rigor, todo dependerá de la situación y el destino que tengan, o puedan llegar a tener, los terrenos en cuestión o los diversos aprovechamientos susceptibles de individualización, así como de las circunstancias concretas que condicionen el cambio y los requisitos que deben cumplirse para llevar a efecto la «*desafectación*».

Es evidente que en el correspondiente expediente administrativo deberá acreditarse la *legalidad y oportunidad de esa mutación*, y será necesario, asimismo, el cumplimiento de los correspondientes trámites para llevarla a efecto (*depuración jurídica, valoración técnica e información pública*), debiéndose adoptar el *acuerdo* por el *órgano competente* con las máximas garantías, que será el Ministerio de Hacienda en el caso de los bienes del Patrimonio del Estado, y en el caso de los Bienes Municipales por mayoría absoluta de los miembros de la Corporación (arts. 113 y 118 del Reglamento de Bienes), y con el establecimiento, en su caso, de las necesarias reservas y servidumbres para que el «uso público» principal sea mantenido.

El estudio de la posibilidad de cambio para un nuevo uso del SUBSUELO —y lo mismo en su caso del VUELO—, deberá extenderse también a la apreciación de la conveniencia de adoptar la *figura jurídica más adecuada* o conveniente para la finalidad que se pretenda, lo cual obligará, además, a examinar y precisar: *a)* que no se impide ni perturba el uso público primordial (por ejemplo, en superficie); *b)* que la «desafectación» expresa o tácita (si esta forma es admitida), se efectúe cumpliendo al efecto los requisitos y condicionamientos legales, y entre ellos, en su caso, el llamamiento a los posibles interesados en el «derecho de reversión» que pueda emerger; *c)* que el nuevo bien se incorpore como tal al Inventario Municipal en su condición de «bien patrimonial», después de su depuración jurídica, lo que también exige su inscripción en el Registro de la Propiedad, extremo éste muy facilitado en la última reforma del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, que dio nueva redacción a los artículos 4 y 5 del Reglamento Hipotecario (29); y *d)* que, por ser una propiedad URBANA, esté expresamente autorizado o permitido el uso por el Planeamiento Urbanístico, según su destino final.

Todos estos requisitos deben ser apreciados como concurrentes en la fórmula de la «**disociación jurídica del dominio**».

Abordando esta cuestión concreta, se plantea ARNÁIZ («*LOS aparcamientos subterráneos*») el problema de si el espacio SUBTERRÁNEO de un bien de dominio público (y lo mismo podrá decirse del aéreo) debe participar, inexcusablemente, del mismo régimen jurídico que tiene el plano superficial, y afirma que de ser inescindible «supondría una extensión del "demanio no justificada"». La situación *demonial*, dice, surge como consecuencia de la afección objetiva del bien a un uso o servicio público o en virtud de una decisión legal concreta, y en el caso que examinamos, no existe ni lo uno ni lo otro. «Partir de que dicho espacio tiene una calificación **patrimonial**, parece la solución más lógica si se admite el criterio de que la finca, sobre todo en el ámbito de la propiedad urbana, no debe necesariamente concebirse como un simple polígono de la superficie terrestre, sino más bien como un espacio cúbico susceptible de entenderse, desde el punto de vista civil, como objeto independizado de derechos y desde el punto de vista urbanístico como una realidad física a la que es posible atribuir un aprovechamiento determinado». Ello supone un «uso urbanístico distinto», que debe someterse al régimen de utilización o enajenación previsto para el patrimonio ordinario de las Administraciones Públicas (págs. 102 y 103).

(29) Estos dos artículos reformados, en cuanto consagran legalmente la inscribibilidad de los bienes de las Administraciones Públicas, incluso los de dominio público, conforme a su legislación especial, no están afectados por la declaración de nulidad de la sentencia de 31 de enero de 2001, que se limita a la negación de que sea obligatoria, como parece deducirse de los preceptos anulados (arts. 6 y 17 y 18).

Creo, con dicho autor, que es exagerado el que todas las utilidades de un terreno, incluso las que surjan en el tiempo por la aparición de nuevas técnicas, estén condicionadas por el fin prioritario de *dominio y uso público* y que todos los APROVECHAMIENTOS tanto actuales como futuros, y hasta los que estén por descubrir, en el suelo, en el subsuelo o en el vuelo, deban seguir siendo de uso *demanial*, incluso cuando éste esté totalmente superado o desbordado, o no resulte perturbado. Y también es exagerado que la única fórmula para permitir un aprovechamiento privado sea por medio de un derecho *concesional* con su correlativo derecho de «*reversión*» por incumplimiento de sus cláusulas y condiciones, con inclusión de las obras nuevas realizadas por el concesionario. El hecho mismo de la posible *reversión* concesional, como hemos dicho, ya «genera una mutación o desafectación, de tal forma que el espacio público concesional se convertiría en *bien patrimonial* como consecuencia de esa readquisición a título de *reversión*».

Si se admite que el aprovechamiento que surge por el nuevo uso del espacio «volumétrico» ubicado en el subsuelo o en el vuelo, deba calificarse ya desde un principio como «*patrimonial*» por ser un aprovechamiento que puede calificarse como «sobrante» (art. 122 LPE), puesto que en nada se perjudica o altera el destino primordial del suelo que seguirá cumpliendo su finalidad de «uso público», no habrá ningún problema en cuanto a su enajenación; pero, incluso, aunque esos nuevos aprovechamientos se califiquen como bienes públicos «*demoniales*», es decir, de USO PÚBLICO, igual que el suelo, siempre cabe su **desafectación** (expresa o fáctica, en su caso) para, seguidamente, proceder a su **enajenación**.

Y para esta **enajenación** de los bienes pertenecientes al patrimonio del Estado o de las Entidades Locales, una vez *desafectados*, será preciso que, primeramente, se declare su «*alienabilidad*», mediante la tramitación al efecto del correspondiente expediente administrativo, en el que deberán cumplirse los requisitos establecidos en las Leyes respectivas, entre los que figura la previa DEPURACIÓN FÍSICA y JURÍDICA de los bienes (art. 64 de la Ley del Patrimonio del Estado, y 118 de su Reglamento, y 113 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales), a la que, en su caso, se deberá añadir la URBANÍSTICA.

Por consiguiente, en el caso que nos ocupa será necesario:

1. La «*delimitación física*» del espacio cúbico, que exigirá la determinación precisa de sus tres dimensiones y de las «*cotas*» de distancia a los planos físicos horizontales y verticales fijos, principalmente respecto del suelo, lo que exigirá precisar las coordenadas geométricas del VOLUMEN en cuestión, de tal forma que permitan precisar la ubicación exacta y la medida cúbica o volumétrica del espacio proyectado que va a ser *objeto jurídico* de

derechos (exigencias que también vienen impuestas por los principios de especialidad y determinación *registrales*).

2. La subsiguiente «*depuración jurídica*», que comprenderá la determinación precisa del «*título*» de adquisición y, en su caso, la «*desafectación*» e incorporación al inventario de los bienes «*patrimoniales*» de la Administración correspondiente, y la subsiguiente declaración de la conveniencia y oportunidad de su «*alienabilidad*». Es preciso recordar aquí la necesidad de precisar la *vinculación del VOLUMEN deslindado* a la FINCA en que se ubica y que le sirve de soporte, dado que *nuestro Sistema Registral se lleva por «fincas»*, como porciones de terreno deslindadas y delimitadas en la superficie, que son la base de la competencia territorial y de la técnica del «*folio real*» en el que se acumulan las inscripciones de todos los derechos y aprovechamientos de que sea susceptible cada una de dichas fincas, ya que, según afirmó la RESOLUCIÓN de 13 de mayo de 1987, aunque las unidades subterráneas pueden acceder al Registro, no es la «*segregación*» el medio apto para individualizarlas de las fincas de procedencia, ni cabe configurar el VOLUMEN como una finca nueva totalmente independiente, sino que debe relacionarse necesariamente en el folio registral del terreno, «*en el que debe seguir constando el dominio con su natural alcance en profundidad*», sin perjuicio de que puedan abrirse «*folios subordinados*» al APROVECHAMIENTO independiente del SUBSUELO o del VUELO, a fin de descongestionar el principal para una mejor claridad registral.

3. Y la «*calificación urbanística*», que deberá precisar los usos prefijados para los terrenos o zonas, SUELO y VUELO incluidos, según los instrumentos del Plan General de Ordenación Urbana, debidamente aprobados, con sus estudios complementarios, proyectos, valoraciones y planos, en los cuales se comprenderán las normas especiales que van a regular los usos respectivos, según la clasificación de los bienes en **ZONAS VERDES, VÍAS PUBLICAS, TERRENOS DE USO PUBLICO y DOTACIONALES, ZONAS de USO PRIVADO y SOLARES edificables**; todo lo cual vendrá determinado con precisión en los correspondientes proyectos de ejecución, según el sistema adoptado (*compensación, cooperación, expropiación*), en los que ya se habrán tenido en cuenta todos los problemas originados por las aportaciones y los derivados de la equidistribución de costes y beneficios, así como la concurrencia de los Ayuntamientos o de la Administración competente, conforme a la Ley del Suelo autonómica. Y, en su caso, en los correspondientes instrumentos urbanísticos, también se determinará respecto de los espacios situados en el SUBSUELO, o sobre plataformas AEREAS, susceptibles de individualización, el uso distinto del suelo, *compatible con zonas verdes y espacios libres, tanto de uso público como privado* (por ejemplo, para *aparcamientos o garajes subterráneos*), así como, en su caso, el destino de los terrenos que han de revertir a la propiedad por el posible ejercicio del «derecho de rever-

sión» si no se cumple el fin que fue *causa expropriandi* de los mismos, o fueran declarados sobrantes.

* * *

Todos los problemas a que venimos haciendo referencia fueron abordados en el trabajo mencionado al principio de este estudio, a propósito de la cuestión de la **inscripción en el Registro de la Propiedad, «en dominio»**, de los APARCAMIENTOS SUBTERRÁNEOS y, consiguientemente, de las PLAZAS DE GARAJE INDIVIDUALES, como situación derivada de una *disociación jurídica del dominio en los bienes de uso público*. Y, como ya hemos anticipado, la reciente **RESOLUCIÓN de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de abril del año 2002**, ha venido a confirmar esa posibilidad, al afirmar, en resumen, lo siguiente: *La inscripción como finca independiente de un VOLUMEN edificable subterráneo perfectamente delimitado y absolutamente diferenciado (y entendemos que sería la misma solución si se tratara de un espacio aéreo) en un terreno de carácter público, «previa su desafectación», configurándolo como «patrimonial», no contraviene normas de carácter imperativo, puesto que el principio de accesión (art. 353 del Código Civil) tiene excepciones tanto voluntarias (derecho de superficie y derecho real de vuelo o de subedificación) como legales (minas, aguas, navegación aérea), y el viejo aforismo romano «usque ad sidera usque ad inferos», referido a los derechos del propietario, tiene modulaciones legales y debe ceder al superior principio de la «función social de la propiedad» y a las consecuencias derivadas de la legislación urbanística, que pueden permitir un uso diverso para el subsuelo distinto del correspondiente al suelo, siempre que no sea contrario al planeamiento y se obtenga la correspondiente licencia urbanística; e incluso debe ser posible su «inscripción» en el Registro de la Propiedad en base al principio de libertad de contratación y a la doctrina del «numerus apertus» en la configuración de derechos reales, por cuanto los marcos registróles no deben coartar las soluciones exigidas por las necesidades derivadas de las relaciones sociales y económicas, siempre que se respeten las normas fundamentales que estructuran el régimen inmobiliario. Y cita, al respecto, la Resolución de 13 de mayo de 1987, y las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1987 y 23 de diciembre de 1991, que, aunque referidas a un supuesto de concesión, excluyen la reversión y admite la posibilidad del uso privativo del subsuelo sin que por ello se perjudique el carácter *demonial* del suelo, siempre que sea sin merma del servicio público; reconociendo que esa misma situación puede derivar de la *expropiación e incluso* de la cesión por un particular al Estado de la superficie del terreno, reservándose el derecho a aprovechar el subsuelo. Y, después de afirmar que «concorre para la admi-*

sión de la figura la existencia de causa justificativa suficiente (la explotación adecuada de los subterráneos existentes en zonas públicas) y no se distorsionan los principios registrales», concluye reconociendo que la necesaria vinculación con la superficie del terreno (por demás inexcusable para el Registro), derivada de la coexistencia de relaciones entre un SUELO y VUELO públicos con un «volumen» edificable en el SUBSUELO, así como la existencia indudable de «elementos comunes» (los forjados del aparcamiento), y la existencia de «servicios generales en el conjunto», exigen que se establezca una regulación común que en el caso concreto es a través de la constitución de un «complejo inmobiliario», puesto que la específica regulación de los Conjuntos Inmobiliarios (art. 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, según la reforma de la Ley 8/1999, de 6 de abril) no es exclusiva del dominio privado sino también aplicable por analogía a situaciones similares, y frente a situaciones «fácneas» posibles, debe reconocerse a los particulares la facultad de elegir el instrumento jurídico que mejor se adecué a sus intereses, siempre que esté conforme con el Ordenamiento (Resolución de 23 de octubre de 1998).

Registralmente, sigue diciendo la Resolución que comentamos, debe abrirse folio autónomo a la unidad subterránea, si bien esto no implica desconexión total con la finca terreno (ni verdadera segregación), en cuanto que en el folio (principal) abierto al suelo público constará la configuración como bien patrimonial de parte del subsuelo desafectado, y en el folio abierto a éste constará cuál es la finca matriz de procedencia, y en ambos las reglas del complejo inmobiliario articulado.

No obstante esta clara argumentación, que viene a recoger plenamente nuestra postura en el estudio citado, en la Resolución comentada (que parece partir del supuesto de que ya está inscrita la finca de dominio público) no se aborda el problema primordial de la previa inscripción del terreno del que va a proceder el volumen del subsuelo desafectado, aunque sin una verdadera segregación, como decimos. Y, hasta puede ocurrir, y no sería infrecuente, que aquella primera inscripción del terreno público no exista, por lo que deberá procederse a su inmatriculación por medio, en su caso, de la correspondiente Certificación Administrativa de dominio (art. 206 de la Ley Hipotecaria, con las limitaciones del 207 por plazo de dos años), a no ser que medie una actuación urbanística que permita la inscripción total del Proyecto de Compensación o Reparcelación (*sin necesidad de ningún otro requisito*, según el art. 8.1 del Real Decreto 1093/1997), o bien mediante las correspondientes Actas de Expropiación, con sus problemas anejos como veremos seguidamente.

En todo caso, la inscripción de las fincas de dominio público, en todas sus modalidades, es posible actualmente, dada la nueva redacción de los artículos 4 y 5 del Reglamento Hipotecario, según el Real Decreto 1867/1998. A

estos problemas registrales ya se aludió ampliamente en el repetido estudio citado al principio. Y en él también se decía que, de no ser posible esa previa inscripción del «terreno de uso público», en el que se ubica el volumen subterráneo independizado, «el intento de inmatricular», en la fórmula del DOMINIO DIVIDIDO, el correspondiente al espacio público o volumen subterráneo deslindado de manera independiente o como primera inscripción, es difícil de admitir, por no decir imposible, dado que el Registro actual se lleva por fincas y es ineludible esa base física en superficie para inscribir todos los derechos que se pueda ejercitar sobre su proyección vertical, tanto en altura como en profundidad (art. 350 del Código Civil), pues aunque estén admitidas algunas «fincas especiales», casi «ideales» o ficticias, como la «concesión administrativa» o los «aprovechamientos urbanísticos», siempre deben estar relacionados con el terreno que le sirve de soporte y sobre el que se ejercen las variadas facultades dominicales que puedan disociarse, aunque también puede admitirse que cualquiera de los dominios pueda ser apto para la inmatriculación, como ocurre en los dominios *directo y útil* (arts. 377 del RH).

Y, de los términos como figure practicada esa inscripción previa del «dominio público», o, en su caso, del «título jurídico» que se aporte para poder realizarla, pueden derivarse dos importantes y singulares cuestiones, ya anunciadas, que, con carácter general, pueden condicionar el *cambio, total o parcial, del destino «demanial» prefijado para el bien público*, y, como consecuencia, dificultar el trámite, ineludible, de la «desafectación» del VOLUMEN deslindado que va a ser considerado como APROVECHAMIENTO independiente para su integración en el «dominio patrimonial» y su posterior *alienabilidad*, en cuya tramitación se deben cumplir los requisitos administrativos correspondientes.

Son los problemas derivados de la incidencia en esa mutación que se opera en la calificación *demanial*, de la circunstancia de haber sido adquirido el terreno público, en todo o en parte, en virtud de **EXPROPIACIÓN FORZOSA**, lo que puede dar origen a un emergente «derecho de reversión», que hasta entonces estaba en estado «latente» (arts. 53 y 54 y 63 y 64 de la Ley de Expropiación Forzosa), y que, incluso puede operar en determinados casos por la modificación o revisión del planeamiento si se altera el uso que motivó la expropiación, salvo en los casos exceptuados (art. 225 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, y art. 40 de la nueva Ley 6/1998). Y también los derivados de los espacios destinados por el planeamiento a **ZONAS VERDES o ESPACIOS LIBRES DE USO PUBLICO**, que tienen una especial protección en la legislación urbanística para su mantenimiento inmutable.

Respecto del primero de esos problemas, es decir, el de cómo afecta el posible «derecho de reversión» a la *desafectación* de los espacios ubicados en el SUBSUELO (y, en su caso, también en el VUELO), cuando se trata de

terrenos adquiridos por la Administración Pública en virtud de **EXPROPIACIÓN FORZOSA** con la finalidad de destinarlos a un «uso demonial» determinado —al que quedan *vinculados* necesariamente *como destino inmutable*, pero que no se cumple en la totalidad de los aprovechamientos—, se ha de partir de la evidencia, como ha reconocido la jurisprudencia, de que, «no en todo caso de expropiación surge el derecho de reversión», puesto que ni siquiera existe una única legislación expropiatoria (arts. 1 LEF, 114.2 de la Ley de Obras Públicas de 1877, 94 de la Ley de Bases de Régimen Local, 100 de la Ley 8/1990 del Suelo y 225 y 226 del Texto Refundido de 1992).

La jurisprudencia ha afirmado repetidas veces (STS de 9 de octubre de 1985 y 1 de diciembre de 1987) que la *causa expropriandi* tiene que incardinarse en el procedimiento expropiatorio de modo «permanente», no siendo suficiente que concurra en el momento de la apertura del proceso, sino que ha de mantenerse indefinidamente en el tiempo. La Ley Cambó, de 24 de julio de 1918, al modificar la anterior Ley de Expropiación Forzosa de 1879, había establecido un plazo de treinta años para el ejercicio del derecho reversional, en sintonía con el Código Civil (art. 1.963) que señala igual plazo para la prescripción de acciones reales (30). Pero la legislación expropiatoria de 1954 no establece, en principio, ningún plazo, como tampoco parece aceptar, como otras legislaciones extranjeras, que la *causa expropriationis* sea la «abstracta» utilidad pública o interés social, sino que dicha causa se encuentra *vinculada terminantemente al fin a que ha de destinarse el objeto expropiado*. De todas formas, como dice NAVARRO DEL CACHO, no puede excluirse el efecto integrador derivado de la aplicación global de todo nuestro ordenamiento jurídico. Y, aparte de la Ley general de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento de 26 de abril de 1957, casi por entero dirigidas a la expropiación para la realización de obras públicas y el establecimiento de servicios de interés público, es preciso diferenciar la «expropiación urbanística», regulada en las sucesivas Leyes del Suelo, sobre todo en el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio —actualmente derogado en su mayor parte y sustituido por la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones y por varias Leyes Autonómicas después de la declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos de aquella por la STS de 20 de marzo de 1997—, todas ellas de enorme interés en la nueva ordenación de los terrenos sitos en zonas de ensanche de las poblaciones que se transforman en urbanizables; cuya específica legislación altera notablemente la anterior configuración legal de las expropiaciones amparadas en planes urbanísticos —incluso en cuanto medio de ejecución del planeamiento por el Sistema de Tasación Conjunta—, y se establecen otros límites

(30) CARLOS NAVARRO DEL CACHO, «El derecho de reversión (Comentario a la STS, Sala Tercera, de 23 de diciembre de 1991), en *La Ley*, año 1992.

temporales al derecho de reversión —ocho años si se mantiene el uso dotacional—, y hasta se permite el *ius variandi* si se mantiene la finalidad pública inicial al suprimir como «*causa de reversión*» la modificación de la *causa expropriandi* en los supuestos de terrenos expropiados para dotaciones públicas, «*siempre que el nuevo uso asignado fuera igualmente dotacional público*» —equiparándose a ello la calificación para la construcción de viviendas sujetas a un régimen de protección pública—, manteniendo la Administración la titularidad del suelo y fijando el plazo máximo de diez años para la ejecución y conclusión de la urbanización de carácter público dotacional, transcurrido el cual, sin haberse finalizado el proceso, procederá también la reversión, o sólo cinco años si se trata de una edificación no concluida (arts. 225 y 226 del Texto Refundido de 1992 y 40 de la nueva Ley del Suelo de 1998).

La SENTENCIA del Tribunal Constitucional 166/1986, de 19 de diciembre, acoge asimismo ese posible *ius variandi* al decir que «*en algunos supuestos el fin expropiatorio puede cumplirse por vía de consecución de distintos destinos, todos ellos aptos para el fin propuesto inicialmente, con lo que se produce una cierta desvinculación entre el fin de la expropiación y la afectación ulterior de lo expropiado, en el sentido de que ésta puede ser variable, sin que ello quiebre la causa expropriandi*» (54 LEF y 64 REF), si no hay expresa prohibición en el instrumento de planeamiento que legitimó la expropiación.

En definitiva, parece que lo verdaderamente decisivo para que se produzca la «*desafectación*» respecto de la propia finalidad o servicio público de los terrenos que fueron expropiados, es que se produzca «*de hecho*» por el abandono de los fines sustanciales previstos en la expropiación, sin que sea necesario un acto expreso de desafectación (STS de 9 de octubre de 1981 y otras).

Con apoyo en estas conclusiones, y respecto al uso del *SUBSUELO* de un terreno expropiado para «plaza pública» en la ciudad de Santander, en las **SENTENCIAS del Tribunal Supremo, de 1 de diciembre de 1987 y 23 de diciembre de 1991**, citadas anteriormente —y a las que también se alude en la Resolución de 5 de abril de 2002—, a propósito del cambio de destino del subsuelo de la Plaza del Generalísimo por parte de la Corporación Municipal, *para la construcción de un aparcamiento que habría de ser explotado en régimen de «concesión»*, se dice que *es una facultad que asiste a la Corporación como titular del dominio público sobre la misma* (art. 350 del Código Civil y STS de 13 de diciembre de 1988), y, aunque *alguna de las parcelas había sido expropiada*, «*no puede haber derecho de reversión en tanto la superficie ocupada por los inmuebles expropiados siga cumpliendo la misma finalidad que determinó su expropiación*», *sin que el subsuelo pueda ser calificado de «sobrante»*; y, siguiendo el mismo razonamiento de otra anterior sentencia de 9 de octubre de 1985, afirma que «*esa afectación de los inmuebles expropiados a las obras de ensanche y mejora de la plaza, para construir zonas ajardinadas*

y viales en la misma, en ejecución de las previsiones urbanísticas...», **no imponía de modo necesario que para la subsistencia de dicha «causa expropiandi» se produjera la intangibilidad del subsuelo de la zona así afectada, permaneciendo éste sin adscripción o destino alguno.** Las crecientes necesidades sociales que llevan aparejada la instalación de servicios públicos en beneficio de los vecinos, **justifica que la Corporación Municipal procediese... a la utilización del subsuelo de la plaza y sus aledaños, y que dicho bien demanial, pues también lo es el subsuelo de un terreno de dominio público local, fuese objeto de un uso privativo, y por ende atribuido a particulares en virtud de concesión administrativa.** Tal adscripción a un destino normal, como es el **aprovechamiento para estacionamiento subterráneo, no implica una desafectación del fin legitimador de la expropiación** que afectó a inmuebles para obras en la superficie **ni tampoco constituye parte sobrante**, puesto que ni en el tiempo ni en la finalidad hay relación de causalidad entre la originaria expropiación y la utilización de bienes demoniales en la porción de subsuelo. Tal acto de adscripción de bienes de uso público local a un aprovechamiento privativo **no legitima para ejercitar el derecho de reversión...** Lo que prohíbe el artículo 66.1 REF, consagrando la «especificidad» de la causa legitimadora en el instituto expropiatorio, es que se altere el fin determinado de utilidad pública o interés social que proporcionó cobertura legal a la expropiación, ejecutando obras o estableciendo servicios públicos diversos a los que legitimaron aquella... porque el fin específico de afectar los inmuebles expropiados a las obras de ensanche y mejora de la plaza fue plenamente cumplido en su integridad e identidad, y no hubo sustitución o alteración de fines en los términos de dicha prohibición... sin que de ella se derivase parte sobrante alguna.

Con idéntico razonamiento, esta vez para el uso del **VUELO** de unos terrenos expropiados para «uso ferroviario», la **SENTENCIA del Tribunal Supremo, de 2 de diciembre de 1994** (Sala de lo Contencioso, construcción de la Plaza de Chamartín, sobre la Estación de Chamartín y otros terrenos de uso ferroviario, en MADRID), relativa también a una solicitud de «reversión» por desafectación del fin demanial ferroviario, al devenir los bienes calificados en el Plan como «plaza», e invocando también las sentencias antes citadas, según las cuales, la «causa expropiandi» del SUELO no impone de modo necesario la intangibilidad del SUBSUELO del terreno expropiado, se afirma que, aplicada esta doctrina al VUELO, no se ha producido una desafectación del fin expropiatorio del terreno, ya que era y sigue siendo de uso ferroviario, no produciéndose, por tanto, una desnaturalización de dicho uso por el hecho de que en el Plan de Ordenación Urbana se prevea la construcción de una plaza encima de las vías y demás terrenos necesarios a la infraestructura ferroviaria»; los cuales, sigue diciendo la sentencia, eran unos «terrenos lejanos antes pero que hoy están integrados en el casco urbano» y, por tanto, afectados por las nuevas necesidades urbanísticas de la zona.

Por lo demás, los graves inconvenientes derivados de una protección tan intensa a los titulares de un «derecho de reversión» que se presenta como «imprescriptible» a lo largo de los años, para favorecer a los sucesivos herederos de los que fueron expropiados en su día, y que se estima excesiva, ha sido causa de que la nueva **Ley General de la Edificación, de 5 de noviembre de 1999**, en su Disposición Adicional quinta (que entró en vigor al día siguiente de su publicación) modificara los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa, y después del párrafo 1, en el que se reconoce, en términos generales, el «derecho de reversión» por no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, o si hubiere alguna parte sobrante, o bien *si desapareciere la afectación*, añade un segundo párrafo en el que se dispone que *«no habrá derecho a la reversión: a) cuando simultáneamente a la desafectación del fin que justificó la expropiación se acuerde justificadamente una nueva afectación de otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social (a cuyo efecto se dará publicidad); y b) cuando la afectación se prolongue durante diez años desde la terminación de las obras o el establecimiento del servicio; señalando un plazo para solicitarla de tres meses desde la notificación por la Administración, y disponiendo los requisitos y plazos para el ejercicio del derecho; y, asimismo, dispone que en las inscripciones en el Registro de la Propiedad se hará constar el derecho preferente de los reversionistas frente a terceros posibles adquirentes para recuperar el bien o derecho expropiados, «sin cuya constancia registral el derecho de reversión no será oponible a los terceros adquirentes que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria».*

Esta última normativa introduce una gran novedad en el régimen registral de la Expropiación Forzosa puesto que, por lo general, hasta entonces las inscripciones derivadas de los procedimientos expropiatorios se practicaba exclusivamente a solicitud de la entidad beneficiaria, a quien sólo le interesaba la toma de razón de su adquisición, por lo que frecuentemente resultaba oscura la procedencia o no del *derecho de reversión* en los casos de una transmisión posterior con incumplimiento de la finalidad expropiatoria, que ahora adquiere claridad extrema por la normal actuación *de oficio* por el Registrador, que, siempre que sea posible hará constar en el asiento la subordinación de aquella adquisición, no sólo la *causa* de la expropiación y la finalidad o interés público que la fundamenta, sino también el posible *derecho preferente de los reversionistas*, facilitando incluso su negociabilidad, como ya había admitido la doctrina y la jurisprudencia; y expresamente reconoce también la Resolución de 26 de noviembre de 2001, admitiendo que son *tres los posibles hitos del «iter» de la reversión que pueden tener acceso al Registro*: la cualidad de expropiado, la existencia del derecho de reversión declarada por la Administración o, en su caso, por los Tribunales, y la con-

sumación del derecho mediante la transmisión del derecho de propiedad al reversionista; y que nada impide la inscripción del segundo, es decir, el *derecho del reversionista*, que es análogo a un derecho real de adquisición, oponible a terceros, transmisible y digno de protección registral.

Por otra parte, en cuanto al segundo problema indicado, no cabe duda de que la *especial normativa protectora* de las **ZONAS VERDES y ESPACIOS LIBRES de USO PÚBLICO**, que está dirigida al mantenimiento inexcusable de ese destino especial sin detrimento alguno, es digna de protección en todos los ámbitos jurídicos desde la promulgación de la Ley de 2 de diciembre de 1963, sobre *Modificación de los planes de ordenación y proyectos de urbanización*, que vino a establecer que cualquier construcción en esos terrenos (y lo mismo será la *subterránea* que la aérea), *no deberá impedir ni perturbar el uso público previsto para el suelo*; cuyo artículo 1.1 fue después recogido en la Ley del Suelo de 1976 (art. 50) y en el texto Refundido de 1992, en su artículo 129 y también en el Reglamento de Gestión Urbanística, estableciendo un régimen específico para las obras que se efectúen con infracción de esa especial normativa. Y, así, en el artículo 129 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 1992, recogiendo, como las anteriores, el contenido de la citada Ley de 1963, se disponía que «*si la modificación de los Planes, Normas Complementarias y Subsidiarias y Programas de Actuación tuviere por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en el Plan, deberá ser aprobada por el órgano ejecutivo superior de naturaleza colegiada de la Comunidad Autónoma correspondiente, previo informe favorable del Consejero competente por razón de la materia y del Consejo de Estado u órgano autonómico que corresponda*». La actual Ley del Suelo de 6/1998, en su Disposición Derogatoria única, que dejó sin efecto parte del Real Decreto de 1992, por el que se aprobó el citado Texto Refundido, deja, sin embargo, vigente el artículo 255.2 del mismo, en el que se dispone con carácter general que «*las licencias u órdenes que se otorgaren con infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en los Planes serán nulas de pleno derecho...; y si las obras estuvieran terminadas, se procederá a su anulación de oficio por los trámites previstos en el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo*». Aunque estas disposiciones se refieren expresamente a las obras y construcciones en el «suelo» con la finalidad de mantener su específico destino, y no aluden para nada a las efectuadas bajo el mismo, no cabe duda de que también deben ser tenidas en cuenta.

No obstante, una **SENTENCIA de 22 de mayo de 1979** (31), reconoció la posibilidad de un aprovechamiento subterráneo debajo de una zona verde, disociado del suelo.

(31) Citada por LÓPEZ PELLICER en el estudio mencionado.

Es preciso, sin embargo, tener en cuenta que algunas de las SENTENCIAS aludidas se refieren a supuestos de explotación o *uso disociado* del SUBSUELO «*en régimen de concesión*», así como a la realización de obras de carácter «*público*» en las que no existe ingerencia alguna del «*dominio privado*», sin que por ello se pueda afirmar que debe darse la misma solución en los supuestos de división del DOMINIO e independización de alguna parte del mismo, o de alguno de sus aprovechamientos, con destino a ser transmitido a particulares.

De todas formas, los mismos argumentos que se hacen valer en las mismas pueden también servir para deducir, como consecuencia, que *no siempre debe existir una vinculación necesaria y permanente del uso del SUBSUELO al destino primordial prefijado para el SUELO*, en el sentido de que el aprovechamiento de aquél deba tener siempre el mismo carácter público o demanial que el de la zona verde o espacio libre bajo el que se construya el aparcamiento; sobre todo, si se intuye la posibilidad de destinarlo a satisfacer otras nuevas necesidades también de interés público que asimismo deban ser atendidas inexcusablemente por la Administración. En estos supuestos, y en otros similares en los que también emerja un interés social atendible, debe ser posible la *desafectación de los VOLÚMENES subterráneos o aéreos* que estén bien definidos y delimitados, siempre que pueda hacerse sin merma del uso público primordial, como hemos indicado, lo que deberá acreditarse suficientemente en el expediente tramitado para su depuración física y jurídica y su transformación en bienes de carácter *patrimonial* mediante la oportuna *desafectación*, con lo que van a quedar sometidos al régimen jurídico propio de los bienes de esta clase.

Y, en concreto, para ese nuevo destino de los APARCAMIENTOS SUBTERRÁNEOS, tanto si van a ser de uso privado como público, no importará que el del suelo sea sólo público si en el Planeamiento Urbanístico general no se distingue ni se limita expresamente, como se hace frecuentemente cuando se trata de otros usos diversos (por ejemplo, cuando se expropia para el establecimiento de instalaciones aéreas, eléctricas, o telefónicas, que han de ser mantenidas necesariamente para el «servicio público», sin posibilidad de cambio, cuando sea prestado por entidades que tengan ese carácter).

VI. LA MUTACIÓN O CAMBIO DE LA «CONCESIÓN» A «DOMINIO PLENO»

Como regla general, la «*reversión*» derivada de una «concesión administrativa» caducada o extinguida, supone la readquisición por la Administración concedente del dominio del terreno, incluidas las edificaciones y construcciones efectuadas en él por el concesionario, con el carácter de «*bien patrimo-*

nial». Siempre que esto sea así, queda resuelto en sentido favorable el problema de la posibilidad de la *transmisión a los particulares*, «**en dominio**», de los APARCAMIENTOS SUBTERRÁNEOS ya construidos y explotados en régimen de «concesión», al igual que en cualesquiera otros bienes. Y de admitirse esta solución quedará también excluido, en estos casos, el trámite administrativo —indispensable en los demás—, de la previa «desafectación» del uso público —que operará *ex legis*—, aunque no de la necesidad de acreditar la justificación para la «venta directa» al propio concesionario, **excepcionando el trámite de la subasta pública**, que también está establecido con carácter general por la legislación estatal y la de Régimen Local para la enajenación de los bienes patrimoniales (art. 63 de la Ley del Patrimonio del Estado, Texto Refundido aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, y Reglamento aprobado por Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre; y art. 80 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local).

Indudablemente, la transmisión del «pleno dominio» al concesionario tendrá que ser necesariamente aceptada por éste; pero su ejecución por la «venta directa» encuentra un camino adecuado en la **Ley del Patrimonio del Estado**, en su **artículo 128** (art. 229 del Reglamento), en el que se dispone que: «*Siempre que se acuerde la enajenación de bienes incorporados al Patrimonio del Estado, los titulares de derechos vigentes sobre ellos que resulten de concesiones otorgadas cuando los bienes eran de dominio público tendrán la facultad potestativa de adquirirlos con preferencia a toda otra persona*». De igual modo en la legislación de Régimen Local, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que acompañó a la Ley de Presupuestos para 1999, en su artículo 18 modificó el **artículo 3 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales**, añadiendo un **apartado 4**, en el que se dispone que «*tendrán también la consideración de ingresos de derecho privado el importe obtenido en la enajenación de bienes integrantes del patrimonio de las Entidades Locales como consecuencia de su **desafectación** como bienes de dominio público y posterior venta*, aunque hasta entonces estuvieran sujetos a concesión administrativa». En tales casos, salvo que la legislación de desarrollo de las Comunidades Autónomas prevea otra cosa, quien fuera **el último concesionario antes de la desafectación, tendrá derecho preferente de adquisición directa de los bienes «sin necesidad de subasta pública»**.

Quizá este camino «inverso» sea el más adecuado, como vía práctica, no sólo para solucionar el problema del cambio indicado y la subsiguiente venta a los particulares «concesionarios», sino también para excluir el excesivo rigor con que por algunos autores se discrepa de la solución propuesta —en cuanto a la posibilidad de «privatización» de volúmenes deslindados en el subsuelo (o en el vuelo) de los terrenos de «dominio público»—, por la exigencia de que debe existir siempre una cosa real «*tangible*» para que

pueda existir, o nacer, un derecho *dominical*. Así parecía exigirlo la sentencia de 31 de enero de 2001, al anular la regulación del «*contrato de cesión del suelo por obra futura*», que se incluía en la reforma de 1998 del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, y que dicha sentencia declaró nula (a cuya fórmula contractual nos referimos al principio de este estudio, y que ahora termino reivindicando su procedencia).

El otorgamiento de una previa «concesión» puede permitir la realización de la obra del APARCAMIENTO por el concesionario, conforme a las determinaciones de aquélla, y, por consiguiente, provocar la delimitación y «materialización» del espacio previsto, para seguidamente tramitar la «desafectación» del VOLUMEN ocupado por la obra, y su enajenación» posterior, que, en su caso, provocará su adjudicación al anterior concesionario «*en pleno dominio*», *sin necesidad de subasta*, conforme a lo indicado. Y esta enajenación, sin duda, podrá hacerse tanto respecto de la total «concesión» como de sólo parte de ella, y en su caso, PLAZA por PLAZA, si bien, mientras no se adquiera por todos la totalidad del volumen ocupado por la obra, cada «concesionario» seguirá en su derecho durante todo el plazo concedido, según dispone el artículo 127 de la Ley del Patrimonio del Estado (art. 228 del Reglamento).

Y, como también hemos dejado dicho en el anterior trabajo sobre el tema que nos ha ocupado, la individualización de cada PLAZA DE GARAJE podrá ser hecha, una vez realizada la construcción del aparcamiento y la declaración de la «obra nueva» conforme a la licencia concedida, bien por la constitución de la misma en *régimen de Propiedad Horizontal*, o mediante la *enajenación de cuotas indivisas a las que se afecte el uso y disfrute exclusivo de plazas de garaje individualizadas*, conforme es práctica corriente en la escrituras notariales y en las inscripciones registrales, y de conformidad con lo establecido en el artículo 68 del Reglamento Hipotecario.

MANUEL FIGUEIRAS DACAL

Registrador de la Propiedad (jubilado)