

Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

La tierra, en su acepción más restringida, es la parte física de la corteza terrestre (1) o, si se prefiere, del planeta Tierra. Primigenio medio de producción, indispensable en la creación de la riqueza necesaria para la supervivencia y desarrollo de la humanidad, tiene como característica más sobresaliente la de ser limitada o limitable y, por tanto, objeto de relaciones sociales de apropiación.

Estas relaciones sociales de apropiación significan relaciones de inclusión-exclusión sobre porciones delimitadas de tierra, que se incorporan históricamente mediante signos concretos y bajo formas extremadamente diversas. Tomemos dos ejemplos bien conocidos.

En el Derecho romano prejustiniano, mediante el ceremonial solemne y sagrado de la *limitatio* (2), se delimitaban los *agri limitati*: porcio-

(1) MOLINER, entre otros usos de la expresión tierra, recoge uno amplio —«planeta en que habitamos»— y otro más restringido: «superficie del planeta Tierra no cubierta por el mar». *Diccionario de uso del español*, II, Madrid, 1983, pág. 1312.

(2) Para BONFANTE, «como resulta de los testimonios precedentes, la propiedad romana está estrechamente conectada a la *limitatio*, lo que quiere decir que sólo en una fase de la historia de los campos han sido delimitados solemnemente y que, además, la propiedad ha surgido sobre un suelo precedentemente público». *Corso di Diritto romano*, II, 1.º, Milano, 1966, págs. 254 y 255. Un estudio más amplio sobre el tema puede verse en la obra ya clásica de BRUGI: *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani comparate a quelle del Digesto*, Roma-L'Erma, 1968 (ed. anastática de Padova, 1897). MAX WEBER, por su parte, lo trata también, desde una vertiente más sociológica y económica que jurídica, en *Historia agraria romana*, trad. esp. de V. A. GONZÁLEZ, Madrid, 1981, págs. 15 a 88. Ultimamente es de

nes de terreno que eran medidos por los agrimensores marcando sus límites con signos externos (*iter limitare* en el campo, *ambitus* en la ciudad); los *agri arcifinales*, en cambio, eran aquellos que no habían sido objeto de medición y cuyos límites venían señalados por elementos naturales (ríos, montes, vertientes, lagos, etc.) o artificiales (fosos, cercas, hileras de árboles, etc.). Cada uno de ellos revelaba un tipo de apropiación diferente: los *agri limitati* eran objeto de propiedad privada individual; los *agri arcifinales* pertenecían al *ager publicus* o, por lo menos, no eran de propiedad privada (3).

El otro ejemplo lo extraemos del Derecho germánico. Estos en la época que entran en contacto con la civilización romana se agrupaban en las *sippes* (4). Cada *sippe* o comunidad política ejerce su soberanía sobre un territorio conocido por la «marca», cuyo nombre originariamente significaba la delimitación de la tierra de su propiedad. A su vez, en la «marca» se distinguían tres componentes que indicaban relaciones de apropiación diferentes dentro de la *sippe*: 1. La *Eigentum an Hans und Hof*, es decir, el espacio interior de la aldea, integrado por casas, patios y huertos de propiedad individual. 2. La *Feld mark*, formada por tierras de propiedad colectiva, pero repartidas según formas de medición y sorteos periódicos entre los miembros de la comunidad para un tipo de goce especial. 3. La *Allmende*, constituido por bosques, pastos, etc., que permanecen en propiedad y disfrute de la comunidad y, por tanto, indivisos (5).

Siempre dentro de esta vertiente formal, esta necesidad de delimitación a los fines de crear unidades de terreno autónomos e independientes que son objeto de apropiación y, en general, de derechos, es consecuencia lógica de la continuidad de la superficie terrestre. Se trata de una concreción de la extensión horizontal del suelo, estableciendo fronteras mediante signos convencionales, que se pueden materializar en objetos visibles y «que presuponen el derecho real de propiedad: sin él, esa

interés la tesis inédita, leída en la Facultad de Derecho de Granada en 1977, de RESINA SOLA: *Frontino, reparto y régimen jurídico de la tierra en Roma*, 5 volúmenes en prensa.

(3) *Vid.*, entre otros, D'ORS, A.: *Derecho privado romano*, Pamplona, 1968, página 137; ARIAS RAMOS: *Derecho romano*, I, Madrid, 1974, pág. 105; IGLESIAS: *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1979, pág. 248; BESTA: *I diritti sulle cose nella storia del Diritto italiano*, Milano, 1964, pág. 97.

(4) *Vid.*, sobre dicha formación social, BRUNNER y VON SCHWERIN: *Historia del Derecho germánico*, trad. esp. de José Luis ALVAREZ, Barcelona, 1936, págs. 11 a 14, y GARCÍA VALDEAVELLANO: *Curso de historia de las instituciones españolas*, Madrid, 1973, pág. 168.

(5) *Vid.* PLANITZ: *Principios de Derecho privado germánico*, trad. esp. de MELÓN INFANTE, Barcelona, 1957, págs. 70, 71, 101 y 102.

superficie sólo estaría interrumpida —pero no delimitada— por los accidentes físicos» (6).

Nuestro Derecho atiende a estas delimitaciones horizontales mediante las operaciones jurídicas de deslinde y amojonamiento. Por la primera se fijan los límites materiales; por la segunda se señalizan utilizando cualquier signo externo. La regulación legal de ambas operaciones de individualización de una porción de terreno se contienen en el Código Civil (arts. 384 a 387) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 2.061 a 2.070).

Esta superficie delimitada, objeto de derechos, nos aproxima al concepto que con una tan variada como imprecisa terminología es denominada por el Código Civil con los vocablos más diversos, entre los que adquiere un mayor índice de frecuencia los de «cosa o bien inmueble», «finca» y «predio» (7).

Empero, la delimitación horizontal del suelo rayaría en el absurdo si ello no implicara una cierta ocupación del subsuelo y el espacio superior necesario para su aprovechamiento (8). Cuando un grupo social se apropia de una porción del suelo de la Tierra, tal apropiación no responde a un interés abstracto, sino bien concreto: es condición para garantizar que los frutos del trabajo efectuado sobre tal extensión de la Tierra, mediante las operaciones de recolección de los que se encuentran en la naturaleza o se obtengan por siembra, plantación, excavación o construcción, volverá a él y no a otros. El interés de la apropiación no está tanto en la corteza terrestre desnuda como en sus posibilidades de explotación y aprovechamiento, lo que exige una ocupación mayor o menor del espacio superior y el subsuelo. Pero el problema sobre la delimitación vertical del inmueble por naturaleza no va a tener ninguna relevancia y, en consecuencia, no hará su aparición en la escena jurídica hasta que dentro del grupo social no se establecen unas relaciones privadas de apropiación que, como veíamos, su materialización jurídica es contingente en el espacio y el tiempo.

El problema de la extensión vertical del dominio o del objeto sobre el que éste recae, se encuentra adherido al concepto de la propiedad

(6) LACRUZ BERDEJO: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1975, pág. 85.

(7) *Vid.* la amplia y exhaustiva exposición, salvando los artículos modificados por las últimas reformas, de estos y otros términos que son utilizados como sinónimos por el Código Civil, en GARCÍA CANTERO: «La finca como objeto de derecho real», en *RCDI*, 1966, págs. 286 y 287.

(8) Como ya dijera LAURENT, «la Ley no se ocupa de abstracciones, no tiene por objeto más que cosas reales». *Principes de Droit civil français*, VI, Bruxelles, 1876, págs. 322 y 323.

individual y absoluta elaborado por el Derecho romano (9). Si bien, como ha sido suficientemente demostrado, no corresponde atribuirle a éste la formulación de una extensión desorbitada de la propiedad *usque ad coelum* o *ad sidera* y *usque ad inferos* o *ad profundum* (10), tal concepto dominical (11), junto a la artificiosidad de sus construcciones jurídicas (12), actuaron de caldo de cultivo para la proclamación posterior de los postglosadores e intérpretes del *Digesto*. Dicha solución, evidentemente, no pudo encontrar su fuente inspiradora en el Derecho germánico, «donde —como recuerda en un momento de resurrección el *Sachsenspiegel*, 1, 35, II, 66— el derecho del agricultor termina bajo la reja del arado» (13).

Aceptado por su obviedad que «una finca no puede concebirse como objeto patrimonial sin el espacio sobre y bajo el suelo» (14), pues reducida a una superficie sin espesor alguno sería ilusorio el interés del sujeto titular (15), ¿qué criterio seguir para situar los límites *infra* y *supra*? Salvo en lo imprescindible, no es nuestra intención reproducir el ya manido debate sobre la cuestión, al que, por otro lado, se ha criticado por su poco interés práctico (16), a pesar de ser exquisitamente jurídico (17). Dejando a la opinión del lector nuestras reservas a estas observaciones, por ahora sólo pretendemos esbozar algunas dudas y puntos

(9) Los romanistas han caracterizado este tipo de propiedad, en contraposición a la colectivista, como ilimitada —exclusiva y absoluta—, absorbente, inmune y perpetua. Por todos, *vid.* IGLESIAS, *op. cit.*, págs. 248 y 249.

(10) *Vid.* BONFANTE, *op. cit.*, pág. 260.

(11) Hay que resaltar, como ha sido suficientemente expuesto por la mejor doctrina, que las categorías jurídicas no son ahistóricas y, por tanto, no es correcto transplantar mecánicamente el concepto romano del dominio al que se manifiesta en el medioevo. Ahora bien, parece que no cabe ningún tipo de duda que lo que en la Baja Edad Media se conoce por «recepción del Derecho romano» o «renacimiento jurídico» es un intento de apropiarse del acervo de las fuentes romanas como instrumento técnico perfeccionado.

(12) *Vid.* BONFANTE, *op. cit.*, pág. 259. Como ha reflejado MAX WEBER, el dominio romano «era el resultado de una tendencia consciente de política agraria, que aspiraba a conseguir con medios un poco artificiosos la libertad absoluta de disponer, económica y jurídicamente, de la propiedad inmueble, además de su máxima movilidad posible». *Op. cit.*, pág. 85.

(13) BENEYTO PÉREZ: *Estudios sobre la historia del régimen agrario*, Barcelona, 1941, pág. 140.

(14) GONZÁLEZ, Jerónimo: «Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical», en *RCDI*, 1925, pág. 20.

(15) Como ha dicho MARTY-RAYNAUD: «La propiedad no se ejerce sobre una superficie; debe necesariamente tener por objeto un cierto volumen. Una superficie sin espesor no tendría apenas interés porque no permitiría ni plantar, ni construir, ni excavar». *Droit civil*, II, 2.º, París, 1965, pág. 124.

(16) Así lo han manifestado BRUGI: *Della proprietà*, I, Torino, 1923, pág. 450; SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, III, Madrid, 1900, pág. 138; ALBALADEJO: *Derecho civil*, III, 1.º, Barcelona, 1974, pág. 202.

(17) *Vid.* TABET y OTTOLENGHI: «La proprietà», en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, dirigida por Walter BIAGI, Torino, 1968, pág. 49.

de vista que nos permitan avanzar en la resituación de la delimitación vertical del dominio inmobiliario dentro de las coordenadas jurídicas del Derecho vigente. Desde tal perspectiva, dos aspectos han de ser destacados en orden a su necesaria revisión: 1. La doctrina del interés del *dominus soli* en la formulación ihieriana, en cuanto presupuesto básico sobre el que operar la extensión vertical del dominio, y en conexión con esto. 2. La naturaleza jurídica del espacio superior al fundo y del subsuelo, a fin de elucidar si es susceptible disociarlos jurídicamente para constituir autónomamente objetos de derechos.

II. LA EXTENSION VERTICAL DEL DOMINIO

A) LÍMITES A LA UTILIZACIÓN DEL ESPACIO AÉREO Y DEL SUBSUELO POR EL «DOMINUS SOLI»

El problema se plantea en base al aforismo del postglosador CINO DE PISTOIA: *Qui dominus est soli, dominus est usque ad coelum et usque ad inferos* (18), dado que tal solución representaría una imaginación desorbitada, al tiempo que la más vasta y absurda explicación del derecho de propiedad (19). A pesar de todo, esta desmesurada extensión tuvo acogida en el Código Napoleónico (20) e italiano de 1865 (21). En nuestro Código Civil, el único precepto que se asemeja en la materia al de sus predecesores es el artículo 350. Pero frente a las analogías también destacan las divergencias.

A diferencia del *Code*, que regula la extensión vertical del dominio en uno de los capítulos dedicados a la accesión, nuestro Código lo hace al tratar de la propiedad en general (capítulo I del título II del libro II). La doctrina española lo estudia en la sede *materiae* de la propiedad, pero

(18) Este pensamiento se encuentra expresado también en CUYACIO y COEPOLLA. La opinión contraria fue formulada también por Pablo DE CASTRO. *Vid.* GONZÁLEZ, *op. cit.*, págs. 15 y 16.

(19) BONFANTE, *op. cit.*, pág. 260.

(20) Art. 552: «La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Le propriétaire veut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre des servitudes ou services fonciers. Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tout les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police».

(21) Art. 440: «La propiedad del suelo supone la de la superficie y la de todo lo que se encuentra en la parte superior e inferior de éste». Traducción española de AGUILAR, sin lugar de edición y sin fecha.

mientras unos lo tratan dentro del objeto (22), otros lo hacen en el contenido o en los límites a tal contenido (23). En realidad son dos aspectos de un mismo problema, íntimamente relacionados.

Como sabemos, la ausencia de límites precisos en sentido vertical para la propiedad fundiaria es una característica física que diferencia a los bienes inmuebles de los muebles (24); en éstos, los límites vienen dados por su naturaleza (25). Para aquéllos tal imprecisión en los límites verticales no empece la facultad de utilizar en alguna medida el espacio superior e inferior al fundo. Facultad que, en cuanto manifestación de un derecho subjetivo, tiene un ámbito de tutela frente a las injerencias de terceros extraños, que resulta de la disciplina del *jus opponendi*. En esta imbricación entre ambas, facultad y *jus opponendi* (26), la pregunta no se hizo esperar en el momento que las condiciones económicas y sociales sufren alteraciones significativas por el desarrollo de las fuerzas productivas y el descubrimiento de nuevas tecnologías hasta entonces desconocidas (27): ¿Hasta qué altura o profundidad podrá el propietario ejercer la facultad de ocupar el espacio superior y el subsuelo o ejercitar el *jus opponendi*?

(22) V.gr., CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, II, 1.º, Madrid, 1978, págs. 150 a 155; ALBALADEJO, *op. cit.*, págs. 198 a 202; Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid, 1977, págs. 104 a 115.

(23) V.gr., SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, pág. 138; VALVERDE Y VALVERDE: *Tratado de Derecho civil*, II, Madrid, 1910, págs. 75 a 77; CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1959, págs. 378 y 379; PUIG BRUTAU: *Fundamento de Derecho civil*, III, 1.º, Barcelona, 1978, págs. 290 a 295; ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, II, Madrid, 1981, págs. 82 a 88.

(24) Para COSTANTINO, «es probablemente ésta la razón que explica por qué el ámbito del *jus opponendi* se encontró definido en tema de propiedad de los fundos: aquí el problema de la individualización se resuelve mediante los confines, necesariamente establecidos, que determinan dos únicas dimensiones, la longitud y la anchura, mientras que la tercera, la altura, queda indeterminada». *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, págs. 171 y 172.

(25) Cfr. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 85; LEVY: «La proprietà immobiliare nella giurisprudenza», en *Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata*, dirigida por ROTONDI, Padova, 1973, pág. 13.

(26) Sobre el derecho del propietario a oponerse a cualquier injerencia de un tercero, son interesantes las precisiones que hace NATOLI. Observa del análisis de una sentencia de la casación italiana (de 5 de diciembre de 1974) que pertenece al agresor, según las reglas generales, la carga de probar la carencia de interés del propietario a oponerse a la actividad desarrollada en el subsuelo o en el espacio superior; se trata —continúa NATOLI— de una prueba diabólica, si del interés a oponerse se da una noción bastante lata, capaz de comprender utilizaciones futuras y eventuales. *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1980.

(27) En palabras de PUIG BRUTAU: «Esta excesiva generalización se fundaba en la ausencia de los hechos que permitieron señalar esta circunstancia: su carácter excesivo. Como siempre, la regla general proclamada solemnemente para regir los hechos ha de ser alterada cuando éstos ofrecen alguna variación. Los nuevos hechos que dislocaron la regla general pueden resumirse brevemente diciendo que han sido la minería, las comunicaciones o transportes subterráneos y aéreos y el

Desechada unánimemente por la doctrina extranjera la hiperbólica expresión *ad caelum* y *ad profundum*, tuvo en un principio gran acogida la fórmula del interés de IHIERING, como lo demuestra su reflejo positivo en algunos monumentos legislativos del presente siglo: Códigos Civiles alemán (28), suizo (29), italiano de 1942 (30) y portugués de 1966 (31). Según esta teoría, hasta donde llega el interés práctico del propietario merece la protección de su derecho. PAMPALONI lo concretó afirmando que tal interés viene determinado «en relación con el uso de que es susceptible el fundo de que se trata en las condiciones actuales del arte y de la industria humana» (32).

En lo tocante a nuestro Código Civil, el artículo 350 no da pie para sostener la ilimitación vertical de la propiedad, por lo menos *ad sidera*, pero tampoco recoge la fórmula del interés. No obstante, la jurisprudencia bien pronto de forma implícita dio acogida a dicha teoría (33). La doctrina de la primera época posterior al Código Civil hizo caso omiso al alcance del mencionado precepto. Excepcionalmente encontramos breves referencias al comentarlo MANRESA. Sorprendido que el Código guar-

tendido de cables para la transmisión de energías o para fines de comunicación. El empirismo que brota de los nuevos hechos obliga a introducir alteraciones en la regla general». *Op. cit.*, pág. 290.

(28) Parágrafo 905: «El derecho de propiedad de una finca se extiende al espacio sobre la superficie y el cuerpo de tierra bajo la misma. El propietario no puede, sin embargo, prohibir intromisiones que se realicen a tal altura o profundidad que él no tenga ningún interés en la exclusión». Traducción española del BGB de MELÓN INFANTE, Barcelona, 1955.

(29) Art. 667: «La propiedad del suelo implica la de arriba y la de abajo, en toda la altura y profundidad útiles a su ejercicio». Traducción española tomada de PUIG BRUTAU, *op. cit.*

(30) Art. 840: «Sottosuolo e spazio sovrastante al suolo.—La proprietà del suolo si estende al sottosuolo con tutto ciò che vi si contiene, e il proprietario può fare qualsiasi escavazione od opera che non rechi danno al vicino. Questa disposizione non si applica a quanto forma oggetto delle leggi sulle miniere, cave e torbiere. Sono del pari salve le limitazioni derivati dalle leggi sulle antichità e belle arti, sulle opere idrauliche e da altre leggi speciali. Il proprietario del suolo non può opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale profondità nel sottosuolo o a tale altezza nello spazio sovrastante, che egli non abbia interesse ad escludere».

(31) Art. 1.344: «1. A propriedade dos imóveis abrange o espaço aéreo correspondente à superfície, bem como o subsolo, com tudo o que neles se contém e não esteja desintegrado do domínio por lei ou negócio jurídico. 2. O proprietário não pode, proibir os actos de terceiro que, pela altura ou profundidade a que têm lugar, não haja interesse em impedir».

(32) Cit. por GABBA: *Cuestiones prácticas de Derecho civil moderno*, I, traducción española de Adolfo POSADA, Madrid, sin fecha, pág. 177.

(33) Es muy repetida en los manuales y trabajos monográficos sobre el tema la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1909, que ha llamado la atención por considerarse muy avanzada socialmente para su tiempo. Otras sentencias del mismo órgano que han incidido sobre la cuestión, si bien muy posteriores y algunas de las cuales aludiremos a lo largo de este trabajo, son las de 16 de febrero de 1962, 7 de marzo de 1969, 3 de abril de 1984, 14 de junio de 1985 y 5 de junio de 1986.

dara silencio en punto tan importante, nos advierte el comentarista de cómo las legislaciones recientes tienden a limitar el principio sin atenuaciones de la extensión vertical del dominio recogido en el Código Civil francés, partiendo para ello de la teoría preconizada por IHIERING. Para MANRESA, «la misma doctrina podía ser aplicada en nuestro Derecho, dada la vaguedad de los términos con que está redactado el artículo 350» (34).

Cabe el mérito a JERÓNIMO GONZÁLEZ de ser el pionero en desvelarnos el estado de la cuestión en la doctrina extranjera, así como marcar las pautas de su aplicación práctica en nuestro Derecho. «El derecho de propiedad sobre los predios —escribe don JERÓNIMO— presenta una densidad *maximum* en el plano horizontal, donde la facultad de excluir a terceras personas y rechazar sus inmisiones se halla dotada de la máxima energía; pero a medida que nos alejamos en la línea vertical, hacia arriba o hacia abajo, se debilita el poder de hecho del propietario y la reacción jurídica contra la perturbación de su derecho.» Seguidamente desenvuelve la teoría de PAMPALONI en orden a los coeficientes que el Juez deberá tener presente en la concreción del módulo de este decrecimiento de la facultad del propietario al *jus opponendi* (35).

A partir de este momento, la doctrina española se ha limitado a dar acuse de recibo de la teoría del interés para adaptar y llenar la laguna legal, en parte, del artículo 350 del Código Civil, aunque tímidamente; no pudiendo sustraerse a las transformaciones del régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria, hace referencia a los límites de este interés: en la medida que las leyes y los reglamentos no le prohíban al titular dominical ejercitarlo (36).

La teoría del interés ha sufrido los mismos avatares que la teoría del Derecho subjetivo en la formulación ihieriana: no parece responder de pleno a la moderna configuración del derecho de propiedad. Efectivamente, son muchos los casos donde el interés del propietario a impedir la invasión de su espacio aéreo y la utilización de su subsuelo es notorio y, sin embargo, no está tutelado por la ley. Pensemos en el vuelo de aeronaves a baja altura que producen molestias derivadas del ruido y el presumible daño eventual a algunos animales de crianza, especialmente si la molestia es continuada por tratarse de un fundo próximo a un

(34) MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*, III, Madrid, 1934, pág. 156.

(35) GONZÁLEZ, *op. cit.*, págs. 32 y 33.

(36) V.gr., PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en sus notas al libro de MARTIN WOLF: *Tratado de Derecho civil*, III, 1.º, Barcelona, 1971, págs. 347 y 348; CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, págs. 151 y 152; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 209 y sigs.; ALBALADEJO, *op. cit.*, págs. 201 y 202; Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, págs. 114 y 115; VILLACAÑAS, «La propiedad en sentido vertical», en *RCDI*, 1953, páginas 488 y sigs.

campo de aviación. El dueño, a pesar de existir una violación de su interés, ha de soportarlo en virtud del principio de libertad aérea. Asimismo, la imposición coactiva de servidumbres de paso de líneas telegráficas, telefónicas, de conducción eléctrica, etc. (37), o la construcción de túneles de ferrocarril en el subsuelo de un fundo sobre los que el propietario no tiene ningún derecho y donde no se puede negar su interés en impedirlos, aunque sólo sea por obligar a la adquisición o a la expropiación y recibir el precio (38). Bástenos estos ejemplos para poner de manifiesto la inconsistencia de la teoría del interés. En la doctrina italiana, a resulta de tales situaciones u otras similares, ROTONDI se ha sentido obligado a considerar peligrosa o, por lo menos, vaga la teoría del interés, pues «si el propietario no tiene interés en ello, porque el Derecho no reconoce expresamente este interés o porque lo niega, entonces es la norma misma la que ha de considerarse y la que resuelve el problema». Al criterio del interés ha opuesto ROTONDI el de la aprehendibilidad (39). Con esta opinión coincide DE MARTINO, para quien «contemplando los casos más frecuentes de invasión del espacio aéreo aparece claro que la fórmula del interés acogido por el Código (se refiere al italiano de 1942) es una realidad inadecuada: ella está mejor integrada reclamando la norma fundamental sobre la propiedad, cuya utilización del bien es lícita siempre en el ámbito de las leyes y los reglamentos» (40).

Si bien no se puede ocultar que la teoría del interés supuso un avance respecto a la exagerada formulación plasmada en los Códigos francés e italiano de 1865, tampoco que la razón que lo fundamenta no está tanto en suponer una restricción a los excesos individualistas consagrados por aquéllos como en la recomposición de los nuevos intereses económicos que, en cuanto manifestación de nuevas formas de riqueza originadas por el desarrollo de las fuerzas productivas, exige sacrificios a esa propiedad fundiaria ilimitada verticalmente. Luego sirve de igual manera a un interés individualista, sólo que éste ya no tiene su expresión exclusiva, por no decir más importante, en la propiedad de la tierra, pues junto a la burguesía terrateniente, el desarrollo capitalista ha hecho emerger la burguesía industrial o comercial, que en la necesidad de una revalorización continua del capital tratará de imponer una concepción productivista y dinámica de la propiedad, que vendrá a sustituir en el

(37) DE MARTINO: *Commentario del Codice Civile*, al cuidado de SCIALOJA y BRANCA, III, Bologna, 1962, pág. 162.

(38) Vid. ROTONDI: *Instituciones de Derecho privado*, trad. esp. de VILLAVICENCIO, Barcelona, 1953, págs. 242 y 243.

(39) Vid. *ibidem*, pág. 243.

(40) DE MARTINO, *op. cit.*, pág. 163.

sistema de los papeles sociales a aquella estática e ilimitada que reflejan, más o menos contundentemente, los códigos decimonónicos (41).

¿Hasta qué punto puede sostenerse actualmente la doctrina del interés? Para resaltar su paulatino desfase con la incesante transformación del derecho de propiedad, merece la pena que incidamos en el alcance de la tutela que encierra esta formulación doctrinal: 1. El interés actual, ligado al destino dado por el propietario al fundo. 2. El interés potencial, lo que significa el interés del propietario para alterar el destino económico del fundo; interés potencial que devendrá actual si el propietario cumpliera un acto de ejercicio del derecho de propiedad. Por eso se admite que el propietario tiene derecho a excluir la actividad de los terceros que lesionen su interés a toda utilidad económica del bien, puesto que tiene poder para realizar toda posible forma de goce del fundo (42). ¿Se pueden mantener estos presupuestos en la configuración moderna del derecho de propiedad? Seguir anclado en la teoría del interés es cerrar los ojos a las transformaciones que el instituto ha experimentado a través de una legislación extravagante al Código Civil. Acertadamente, COSTANTINO ha puesto en evidencia cómo la doctrina dominante considera el interés del propietario a la *utilitas* en abstracto, esto es, del uso económico del bien para la satisfacción de necesidades que él mismo libremente determina. Esta esfera de libertad de elección del propietario de un fundo no coincide con la libertad casi absoluta que parece desprenderse del Código, sino que del régimen jurídico actual de la propiedad fundiaria resulta evidente que el interés del propietario se determina en concreto, en referencia al destino posible del bien en la medida de su naturaleza jurídica, donde hay, sin duda, un margen de discrecionalidad en la actuación del contenido del derecho, pero no coincide con todas las elecciones que el propietario puede considerar, a su juicio, ventajosas (43).

Tal vez sea todavía arriesgado afirmar tajantemente que la teoría del interés ha perdido completamente su valor en el Derecho actual, y, por tanto, ha de ser desahuciada por el jurista presente, pero sí creo conveniente mirarla con la lógica desconfianza y precaución que encierra un concepto que ya no constituye el paradigma referencial para resolver los conflictos de inmisiones en el subsuelo y el espacio superior al fundo. Pero incluso mirando al momento en que podría situarse el auge de la teoría del interés, ¿acaso donde el interés del propietario no existía, el problema del ámbito del *jus opponendi* no estaba ya resuelto por la prohibición de los actos emulativos? Ahora quizá estemos en condiciones de afirmar que cuando el interés del propietario no exista por

(41) Vid. RESCIGNO: *Manuale de Diritto privato italiano*, Napoli, 1973, pág. 427.

(42) Vid. COSTANTINO, *op. cit.*, págs. 168 y 169.

(43) Vid. *ibídem*, págs. 174 a 178.

otras razones distintas a encontrarse limitado en su ejercicio por la ley, tales como haberlo puesto de manifiesto mediante actos concluyentes o por no ser digno de tutela jurídica cuando el derecho de propiedad se ejercita o se pretende ejercitar sin utilidad propia y con el único propósito de dañar o molestar al vecino, el ámbito del *jus opponendi* ha de considerarse resuelto por la aplicación de la doctrina de los actos propios, del abuso del derecho o de los actos de emulación. Así parece desprenderse de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1984, donde la similitud con la vieja teoría que prohíbe los actos de emulación es evidente. El demandante pretende que se declare la obligación del demandado a retirar del subsuelo de su finca determinados elementos de construcción, consistentes en cables o anclajes, una vez cumplido su cometido, por entender «que tal permanencia limita el uso del subsuelo referido, aun cuando de tal operación no se hayan afectado a la estabilidad del edificio ni de daños y perjuicios solicitada en la demanda inicial». El Tribunal Supremo, revocando la sentencia del Tribunal *a quo*, deniega tal pretensión con los siguientes argumentos:

«Que si bien es cierto que el artículo 350 está previsto para proteger el derecho de propiedad, es el propio precepto el que admite limitaciones al dominio; sus términos no pueden en los actuales tiempos, dado el progreso de la técnica, mantenerse de una forma rigorista y absoluta, cuando las relaciones de vecindad, principalmente en los grandes núcleos de población, exigen la acomodación de técnicas constructivas a los nuevos adelantos universalmente aceptados; de aquí que tanto en razón de ello, como por las relaciones de vecindad, de las cuales es claro exponente el artículo 569 del Código Civil, las que han de tender a suavizarse, la interpretación del precepto, sin merma de los derechos dominicales, pero sin exagerados proteccionismos, sobre todo en los casos de inmisión, cuando, como consecuencia de ella, no se hayan derivado perjuicios, como en el caso que se examina acaece, en el que toda la limitación del derecho de uso del subsuelo del actor, se ha reducido a la permanencia en su interior de unos cables o anclajes inservibles utilizados para montar el muro-pantalla; sistema técnico empleado, que al no haber dejado otra secuela que la de la permanencia de los tales cables o anclajes, que no han originado perjuicios para el patrimonio del accionante en su edificio y pertenencias, antes bien, como el propio informe pericial corrobora, la realización de la obra ha sido correcta, supone un beneficio para el propio recurrido en el futuro, caso de pre-

tender realizar una nueva edificación, en cuyo caso pueden ser retirados tales elementos, sin grave quebranto económico para el mismo, en tanto su retirada por parte de los aquí recurrentes, impuesta por la sentencia impugnada, evidentemente ocasiona, aparte de posibles riesgos, tanto para el edificio antiguo como para el recientemente construido, unos cuantiosos gastos, cuya ejecución en modo alguno puede ampararse en el artículo 350 del Código Civil, cuando la realidad probada acredita que ningún perjuicio ha sufrido el actor como consecuencia de la inmisión, el que a la vista de su resultado no puede pretender la tutela del precepto, lo que supondría una aplicación del mismo amparadora de situación que traspasa considerablemente el interés protegible del dueño, con merma de las normales relaciones de vecindad y convivencia, circunstancia que obliga a la acogida del motivo cuarto del recurso, articulado con amparo procesal en el artículo 1.692, 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contiene la denuncia de la infracción por interpretación errónea del artículo 350 del Código Civil, dado que a la vista de lo antes razonado, tal precepto ha sido erróneamente apreciado en la instancia, haciéndolo objeto de una interpretación extensiva, que pugna abiertamente con el resultado ausente de todo perjuicio, que si revertiría sobre los recursos, de mantenerse la tesis impugnada, habida cuenta los riesgos y dispendios que la extracción de los inservibles cables o anclajes pudiera ocasionar, sin que sea óbice a ello la posibilidad de postular las oportunas indemnizaciones en su día, caso de producirse.»

Dejando a salvo estos límites generales al ejercicio de todo derecho subjetivo, como la propiedad, que lo es por antonomasia, se impone acto seguido que descendamos al régimen jurídico actual del subsuelo y el espacio superior al fundo, a fin de concretar los límites que legalmente le vienen impuestos al *dominus soli* en su utilización.

B) RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUBSUELO

La redacción del artículo 350 del Código Civil es clara al establecer límites a la propiedad del dueño del fundo sobre el subsuelo, remitiéndose a la legislación de minas y aguas. Los otros dos límites señalados junto a éstos, las servidumbres y los reglamentos de policía, en cambio, pueden producir también consecuencias jurídicas en relación al espacio superior al fundo.

La legislación en vigor sobre minas está constituida fundamentalmente por la Ley de Minas de 21 de julio de 1973 (44) y su Reglamento de 25 de agosto de 1978; la Ley sobre Investigación y Explotación de Hidrocarburos de 27 de junio de 1974 (45); la Ley de Fomento de la Minería de 4 de enero de 1977, que complementa en algunos puntos a la Ley de Minas, a su vez modificada por la Ley de 5 de noviembre de 1980.

Principia la Ley de Minas declarando en su artículo 2, 1, que «todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio y plataforma continental son bienes de dominio público, cuya investigación y aprovechamiento el Estado podrá asumir directamente o ceder en la forma y condiciones que se establezcan en la presente Ley y demás disposiciones vigentes en cada caso» (46).

En orden a las sustancias y productos que pueden encontrarse en el subsuelo, establece la Ley de Minas tres secciones —A, B y C— (47), a las que ha de añadirse una cuarta —D— desgajada de la C tras la aprobación de la Ley mencionada de 1980, y una quinta —E— formada por aquellas sustancias que cuentan con una legislación propia, la de hidrocarburos (48).

Como criterio general puede señalarse que las minas son de dominio público (49), salvo las sustancias de la sección A, por su poca importancia o valor económico, y las aguas minero-industriales y minero-medicinales ya alumbradas —incluidas en la sección B— que pueden ser de propiedad privada (50). Finalmente, es preciso anotar que fuera del ámbito

(44) Sustituye a la de 19 de junio de 1944.

(45) Deroga a la hasta entonces en vigor de 26 de diciembre de 1958.

(46) Art. 2, 1.º

(47) Art. 3, 1.º, de la Ley de Minas. Los criterios para la determinación de las sustancias señaladas en la sección A fueron desarrollados por el Decreto de 17 de julio de 1975.

(48) Declara esta Ley en el artículo 2, 1.º: «Son patrimonio inalienable e imprescriptible de la nación los yacimientos existentes en territorio nacional y en el subsuelo del mar territorial y de los fondos marinos que estén sometidos, a efectos de su exploración, investigación y explotación a la soberanía, con arreglo a las leyes españolas y convenciones internacionales vigentes ratificadas por España. Dichos yacimientos son bienes de dominio público cuya exploración, investigación y explotación podrá asumir directamente el Estado o ceder en la forma y condiciones que las leyes establezcan».

(49) Sobre la cuestión, *vid.*, por todos, GUAITA: *Derecho administrativo: aguas, montes y minas*, Madrid, 1982, pág. 320. En el mismo autor y obra pueden verse los diferentes sistemas históricos sobre la propiedad de las minas, págs. 313 a 317. Interesante en el repaso de los mismos, recogiendo las adhesiones doctrinales y los argumentos esgrimidos en pro y en contra, es la obra de PUYUELO: *Derecho minero*, Madrid, 1954, págs. 9 a 24.

(50) Un estudio particularizado sobre la naturaleza jurídica de los yacimientos minerales y demás recursos geológicos, integrados en las secciones A, B y C, según las personas a quienes pertenecen, puede verse en LUCAS FERNÁNDEZ: «La nueva

de la Ley de Minas queda la extracción ocasional y de escasa importancia de recursos minerales, cualquiera que sea su clasificación, siempre que se lleve a cabo por el propietario del terreno para su uso exclusivo y no exija la aplicación de técnica minera alguna (51).

Otra sustancia o elemento sobre la que el propietario del fundo sufre una notable limitación por razones de interés público son las aguas subterráneas. La Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 ha introducido importantes novedades en su régimen jurídico respecto a su predecesora, la centenario de 13 de junio de 1879, y la regulación del Código Civil (artículos 417 a 419). Precisamente la más significativa es su inclusión entre los bienes de dominio público, «desapareciendo el derecho a apropiársela que concedía la Ley de 1879 a quien las alumbrase» (52). Declara el artículo 2 de la nueva Ley el dominio público hidráulico de las aguas continentales subterráneas renovables, con independencia del tiempo de renovación, y de los acuíferos subterráneos a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos (53).

En la legislación derogada (54), las aguas subterráneas pertenecían al propietario que las alumbrara (55) o a quien lo hiciera (56) con autorización de aquél (57) o de la Administración Pública si se encontraban situadas en terrenos de dominio público (58). Con la nueva normativa, el derecho al uso privativo de las subterráneas se adquiere por disposición legal o concesión administrativa (59), gozando de preferencia para el otorgamiento de la autorización, dentro del mismo orden de prelación al que se refiere el artículo 58, los propietarios afectados por las peticiones de investigación de aguas subterráneas (60).

Por último, es de tener en cuenta asimismo en el régimen jurídico del subsuelo la Ley del Patrimonio Histórico Español de 25 de junio

propiedad minera», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, II, Madrid, 1976, págs. 173 y sigs.

(51) *Vid.* GUAITA, *op. cit.*, pág. 325.

(52) Preámbulo de la Ley de Aguas de 1985.

(53) Quedan excluidas de esta regulación jurídica las aguas minero-industriales y minero-medicinales, cuyo régimen se encuentra en los artículos 23 a 30 de la vigente Ley de Minas.

(54) La disposición derogatoria primera de la Ley deroga los artículos 407 a 425 del Código Civil en todo lo que se oponga a lo establecido en ella. En lo que afecta a las aguas subterráneas, la oposición es clara respecto a lo establecido en los artículos 417, 1.º, y 418 del mencionado Código.

(55) Art. 18 de la Ley de Aguas de 1879.

(56) Art. 418 del Código Civil.

(57) Art. 417, 1.º, del Código Civil.

(58) Art. 417, 2.º, del Código Civil y 21 de la Ley de Aguas de 1879.

(59) Art. 50, 1.º, de la Ley de Aguas de 1985.

(60) Art. 65 de la Ley de Aguas de 1985.

de 1985 (61). Según dispone su artículo 1, 2, los yacimientos y zonas arqueológicas que tengan valor artístico, histórico o antropológico se consideran integrantes del Patrimonio Histórico Español, quedando afectados al dominio público «todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierras u obras de cualquier índole o por azar» (62).

C) RÉGIMEN JURÍDICO DEL ESPACIO SUPERIOR AL FUNDO

Si entendemos con JERÓNIMO GONZÁLEZ que el término superficie empleado por el artículo 350 del Código Civil no tiene su fundamento etimológico en *super faciem* (sobre la faz de la tierra), sino más bien en *super facere* (lo que se eleva o construye sobre el suelo) (63), el límite a la ocupación del espacio superior por el propietario vendrá determinado principalmente por la normativa urbanística (64), consecuencia derivada de la actuación de los planes de ordenación urbana (65).

Referencia aparte merecen las inmisiones que el propietario ha de soportar en el espacio superior a su fundo como consecuencia de la navegación aérea. El espacio aéreo, en general, situado sobre el territorio español y su mar territorial, según declara la Ley de Navegación Aérea de 20 de julio de 1960, está sujeto a la soberanía del Estado español (artículo 1). Ante todo, hay que indicar que soberanía no es sinónimo de

(61) Hasta la promulgación de la mencionada Ley, esta materia se encontraba básicamente regulada por las Leyes de 7 de junio de 1911 y de 10 de diciembre de 1931, sobre tesoros artísticos, y de 13 de mayo de 1933, sobre el Patrimonio Histórico-Artístico Nacional.

(62) Art. 44 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, el cual dispone que «en ningún caso será de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el artículo 351 del Código Civil».

(63) GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 12.

(64) Con anterioridad a la legislación propiamente urbanística, el Reglamento de Higiene Pública de 1910 abordó la limitación de altura en las construcciones, a fin de atender a la ventilación y soleamiento de las viviendas. La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1962 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), atendiendo a los límites impuestos a la facultad dominical de construir por un Reglamento de Sanidad, Higiene Municipal y Ordenanza de Construcción de edificios dictada por un Ayuntamiento, entendió que se trataba de un reglamento de policía urbana y, por tanto, idóneo para limitar el ejercicio de la propiedad en cuanto perteneciente a la categoría de los reglamentos de policía a que se refiere el artículo 350 del Código Civil.

(65) El Decreto de 9 de abril de 1976, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, enuncia, en su carácter escalonado, los diferentes planes de ordenación mediante el que se desarrollará el planeamiento urbanístico del territorio nacional. Estos distintos planes, según el artículo 6 de la mencionada Ley, son: Plan Nacional de Ordenación; Planes Directores Territoriales de Coordinación; Planes Generales Municipales y Normas Complementarias, Subsidiarias del Planeamiento; Planes Parciales; Planes Especiales; Programas de Actuación Urbanística, y Estudios de Detalle.

propiedad, por lo que una y otra pueden coexistir, si bien esta última ha de quedar supeditada a la primera, en cuanto se trata de una potestad pública que le permite regular su utilización por el interés general que presenta el espacio aéreo (66). En virtud de esto, la citada Ley de Navegación Aérea, en su artículo 2, consagra el principio de libertad de navegación aérea, quedando obligados los dueños de los bienes subyacentes a soportarla «con derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios que ésta les cause» (art. 4).

III. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL ESPACIO SUPERIOR AL FUNDO Y DEL SUBSUELO

A) NATURALEZA JURÍDICA DEL ESPACIO SUPERIOR AL FUNDO

Tuvo amplio eco en la doctrina italiana y alemana el intercambio de opiniones divergentes sobre si considerar o no objeto de derechos el espacio superior al fundo. La polémica alcanza y toma como punto de referencia el Derecho romano en la interpretación de diversos pasajes del *Digesto* (67). BONFANTE defendió la existencia para los romanos de un derecho de propiedad sobre el espacio aéreo (68); en contra se expresaron GESTERDING, VOIGT y WEREMBERG, distinguiendo el primero a dicho fin entre el aire, que para los romanos era una *res communis omnium*, y el espacio aéreo donde se encuentra el aire, que no es una *res* en sentido jurídico y, por tanto, no puede darse sobre él el derecho de propiedad. Esta última posición fue seguida en Italia por PAMPALONI y GABBA (69).

Los diferentes posicionamientos han proyectado sus conclusiones en el Derecho moderno, donde también se han pronunciado unos autores a favor (70) y otros en contra (71). La doctrina mayoritaria, cada día

(66) Vid. BARASSI: *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, pág. 600.

(67) D. 11,8,2,1; 19,43,24,21,2; 2,43,24,22,4; 18,9,2,29,1. Sobre la polémica, vid. BONFANTE, *op. cit.*, págs. 261 a 266.

(68) *Ibidem*, pág. 264. Siguiendo a éste, se manifiesta de la misma opinión BESTA, *op. cit.*, pág. 98.

(69) Una síntesis de estas posiciones y su evolución gradual son expuestas por GABBA, *op. cit.*, págs. 176 y 177.

(70) En la doctrina francesa, v.gr., DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoleon*, IX, París, 1881, págs. 561 a 563; AUBRY y RAU: *Cours de Droit civil français*, II, París, 1869, pág. 180; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis de Droit civil*, I, París, 1922, página 683; PLANIOL y RIPERT: *Tratado práctico de Derecho civil francés*, III, traducción española de DÍAZ CRUZ, La Habana, 1946, pág. 226. En la doctrina italiana, v.gr., DE MARTINO, *op. cit.*, págs. 160 a 162.

(71) En la doctrina francesa, v.gr., MARTY-RAYNAUD, *op. cit.*, pág. 125; MARTY, J. P.: *La dissociation juridique de l'immeuble*, París, 1979, pág. 85. En la

más discutida, no reconoce jurídicamente naturaleza objetiva al espacio superior al fundo; para ello se sigue distinguiendo entre el aire y el espacio aéreo. El aire no puede ser objeto del derecho mientras esté libre en la atmósfera, por tratarse de una *res communis omnium* y existir en cantidad superior a la necesidad del hombre (72); al faltarle la posibilidad de gestión económica, está ausente igualmente la gestión jurídica (73). Pero lo realmente importante es el espacio aéreo, sobre el que la posición negativa ha dicho que tampoco goza de la cualidad de objeto del derecho (74); como el tiempo y el valor, el espacio aun siendo útil al hombre, no es más que un concepto de relación (75). La referida propiedad del espacio no significa que se tiene derecho a disponer del mismo, sino a disponer en el espacio excluyendo a toda otra persona ajena (76); más que un *jus in re* eficaz y pleno, existe un *ius ad rem* (77) que concede la titularidad fundiaria.

«Lo que da utilidad —nos dice BIONDI— no es el espacio de por sí, sino la posibilidad jurídica de ejercitar el derecho de propiedad sobre el suelo, que se manifiesta mediante plantaciones y construcciones efectuadas directamente por el mismo propietario o bien con la atribución a los demás de efectuarlas... A medida que el ejercicio del derecho de propiedad se concreta en alguna cosa material (construcción, plantación), el

doctrina italiana, v.gr., BARASSI, *op. cit.*, págs. 591 a 595; DE RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, I, trad. esp. de SERRANO SÚÑER y SANTA CRUZ TEJEIRO, Madrid, sin fecha, pág. 538; ROTONDI, *op. cit.*, pág. 243; BARBERO: *Sistema de Derecho privado*, II, trad. esp. de SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1967, pág. 241; ALLARA: *Le nozioni fondamentali del Diritto civile*, I, Torino, 1958, pág. 283, y *Dei beni*, Milano, 1984, págs. 38 y 39.

(72) BONFANTE, aun admitiendo para el aire el concepto de *res communis omnium*, y, por consiguiente, no susceptible de propiedad privada, matiza que «esto se refiere al aire como sustancia, y también como sustancia la imposibilidad ha cesado el día que se ha presentado posible y ha sido admitida la apropiación por partes». *Op. cit.*, pág. 264.

(73) *Vid.* BARASSI, *op. cit.*, pág. 592; BARBERO, *op. cit.*, pág. 241.

(74) DE MARTINO, desde la posición afirmativa, entiende infundada la opinión de no considerar cosa al espacio aéreo, «porque la noción de cosa en sentido jurídico, no depende de la cosa en sentido naturalístico». *Op. cit.*, pág. 160. Con similares razones argumentaba BONFANTE que «el concepto de cosa es un concepto social, y el aire o el espacio, elementos en la conciencia social inescindibles, son cosas y tales son considerados por los romanos». *Op. cit.*, pág. 264.

(75) Para BARBERO, el espacio atmosférico, a diferencia del subsuelo, no tiene verdadera homogeneidad con el suelo. *Op. cit.*, pág. 241.

(76) *Vid.* BARASSI, *op. cit.*, pág. 594. Este autor, al responder a BONFANTE, admite como cierta su afirmación que la cosa jurídicamente es una categoría social, pero considera que no se debe en nombre de la conciencia social violar la lógica conceptual y real. *Op. cit.*, pág. 595.

(77) *Vid.* TORRES LANA: *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, Pamplona, 1975, pág. 45.

espacio desaparece. Esto demuestra que el espacio no es cosa, ya que desaparece sin destrucción alguna ni de hecho ni jurídica» (78).

Efectivamente, los derechos reales de superficie y vuelo, regulados fuera del Código Civil (79), no suponen ni la enajenación ni la constitución de un derecho que tiene por objeto el espacio. Más bien tienen por objeto el suelo sobre el que recaen (80) con la facultad de ocupar el espacio superior mediante construcciones o plantaciones, que una vez realizadas adquiere el superficiario por el tiempo de duración del derecho.

En conclusión, podemos decir que domina en la doctrina la posición, compartida en línea de principio general, que entiende que: 1. El espacio aéreo en sí mismo considerado no es cosa (81). 2. Tampoco es parte integrante del inmueble por naturaleza o fundo (82), esto es, que el objeto de la propiedad inmueble no estaría constituido por un tercer elemento más, el espacio superior, que conjuntamente con el suelo y el subsuelo lo conformarían (83).

(78) BIONDI: *Los bienes*, trad. esp. de MARTÍNEZ-RADÍO, Barcelona, 1961, página 75.

(79) Para el derecho real de superficie urbana, arts. 16, 1.º, del Reglamento Hipotecario, redactado conforme al Decreto de 17 de marzo de 1959, y 171 a 174 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976. Para el derecho real de superficie rústica, art. 3, 3.º, de la Ley de Montes Vecinales en Mano Común de 11 de noviembre de 1980. Para el derecho real de vuelo, arts. 9, 1.º, de la Ley del Patrimonio Forestal del Estado de 10 de marzo de 1941; 56 a 59 del Reglamento que la desarrolla de 30 de mayo de 1941; 11, 5.º, de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957; 30, 3.º, del Reglamento Hipotecario, redactado conforme al Decreto de 17 de marzo de 1959, y 287 a 295 del Reglamento de Montes de 22 de febrero de 1962.

(80) Es preciso observar que cuando se trata del derecho real de vuelo, la normativa que lo regula permite deducir que éste contempla también la constitución de una propiedad separada sobre una plantación ya existente con independencia del suelo donde arraiga. A un análisis de la cuestión dedico una parte del tercer capítulo de mi tesis doctoral, titulada *La plantación como objeto del Derecho*, leída en 1987 en la Universidad de Granada.

(81) Vid. MONTES PENEDÉS: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigido por ALBALADEJO, V, 1.º, Jaén, 1980, pág. 180.

(82) Era habitual en la doctrina clásica francesa considerar al espacio aéreo como elemento constitutivo y parte integrante del suelo. Cfr. DEMOLOMBE, *op. cit.*, páginas 561 y 562.

(83) Vid. ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 199. VALVERDE, que tampoco considera al espacio aéreo una cosa en el sentido del Derecho y, por tanto, no susceptible de apropiación particular, desarrolla una teoría propia basada en que «no hay manera de tomar posesión del espacio, y falta, por tanto, un elemento preciso para la existencia del derecho de posesión; de lo cual se infiere que si el propietario pudiera decirse que lo era del espacio hasta el cielo, no estaría en posesión de él ni podría llamarse poseedor del mismo al faltarle, según hemos dicho, el *corpus*». *Op. cit.*, pág. 76. Este planteamiento es seguido por BORRELL Y SOLER: *Derecho civil español*, II, Barcelona, 1955, pág. 77. CASTÁN ha criticado la teoría de VALVERDE, indicando que no resuelve la cuestión. *Op. cit.*, pág. 151. LACRUZ BERDEJO ha mantenido la posición contraria, pues entiende que «la posibilidad de utilización exclusiva del espacio situado sobre el suelo de la finca es... expresión del derecho de propiedad que el titular tiene sobre dicho espacio». El mismo autor matiza a con-

No obstante, el debate, a pesar de su larga trayectoria, vuelve a adquirir actualidad con la legislación urbanística. Parece imponerse, como consecuencia de la necesidad de adaptación del Derecho a las nuevas situaciones sociales y económicas en profundo cambio, la revisión de la teoría negativa, por lo menos en la absolutividad de sus conclusiones. En este sentido despunta SAVATIER, quien abandonando la discusión en abstracto, lo conecta a las muchas posibilidades que para el Derecho representa la utilización de nuevas técnicas en la individualización del espacio existente sobre un fundo, a los efectos de su configuración como objeto del Derecho. Aboga el autor francés, en un meritorio artículo, por la posibilidad «de tratar el espacio como una clase de cosa susceptible de ser apropiado y vendido 'por cubos', siendo individualizado sobre una figura de geometría acotada o descriptiva establecida a partir del suelo. Esta individualización del espacio permitiría así asimilarla a un cuerpo cierto» (84). En un segundo artículo, SAVATIER revela el anquilosamiento del Derecho, que moviéndose en una geometría plana confunde la finca con una superficie, sin saber aún expresarse en volúmenes (85).

Pero, como decíamos, el tema donde realmente ha tenido trascendencia jurídica ha sido en el Derecho urbanístico. Para COSTANTINO, en el Derecho italiano, refiriéndose a los contratos que transfieren derechos sobre planos o porciones de edificios aún no construidos, es posible adquirir sobre un volumen del espacio un derecho de propiedad verdadero y propio; por consiguiente, según el mismo autor, «el espacio, aun prescindiendo del suelo, puede ser objeto del derecho de propiedad» (86). En nuestro país, TORRES LANA, tras un profundo estudio del tema, llega a conclusiones parecidas en el Derecho urbanístico español. Considera al volumen de edificabilidad un «bien patrimonial de naturaleza pecu-

tinuación su exposición anterior: «El dueño del plano —sin espesor— que separa el vuelo del subsuelo, es dueño también del espacio situado un centímetro o diez metros por encima de ese plano —con independencia de si está ocupado por aire o por una masa sólida o un fluido, o se ha hecho en él el vacío—, aunque no lo tenga ocupado por un árbol o recubierto por un tejado». *Elementos de Derecho civil*, III, 1.º, Barcelona, 1979, págs. 218 y 219.

(84) SAVATIER: «Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels», en *Revue Trimestrelle de Droit civil*, 1958, páginas 8 y 9.

(85) Vid. SAVATIER: «La propiedad del espacio», en *RDU*, 1967, págs. 17 a 20. «Puesto que el derecho —nos continúa diciendo SAVATIER— es en sí mismo una técnica, ¿no debe, en este caso, experimentar y formular en el espacio utilizando metodológicamente, a estos efectos, las cifras y las figuras? Las cifras y las figuras son los medios clásicos de todas las técnicas modernas, y el Derecho mismo, aunque tardíamente, ha terminado por darse cuenta de las superficies inmobiliarias. Ahí se ha encontrado con un punto de partida necesario; ello ha permitido desenvolver un método. Después de siglo y medio, este método ha puesto a punto, progresivamente, para la propiedad concreta del suelo, una representación abstracta. Pero, asombrosamente, limitada a la geometría plana.» *Op. cit.*, pág. 1.

(86) COSTANTINO, *op. cit.*, págs. 171 y 172.

liar», y en tal sentido parte de la finca y susceptible de titularidad real, pudiendo ser transmitido o adquirido con independencia del suelo en aquellas situaciones concretas y particulares que reconozca el Plan de Ordenación (87). Por su parte, DÍEZ PICAZO lo expresa de la siguiente manera: «Por regla general, el volumen de edificabilidad constituye una unidad con el suelo, del que se considera parte integrante e ideal prolongación. No es, pues, un objeto jurídico distinto, sino el mismo objeto jurídico. En ocasiones, sin embargo, la unidad del objeto jurídico se rompe y cabe configurar como dos objetos diferentes el suelo y el espacio aéreo inmediato al suelo hasta el volumen de edificación o bien el suelo con una parte de ese espacio, quedando la otra separada» (88).

Ahora bien, ¿qué diferencia existe entre el volumen edificable y el espacio? La relación es de especie a género. El volumen de edificabilidad es una categoría urbanística referida al espacio inmediato al fundo urbano, expresado en unidades volumétricas, que el Plan de Ordenación establece y acota. Las consecuencias jurídicas que del mismo se derivan, *a grosso modo*, son: 1. La cantidad de espacio que puede utilizarse y ocuparse. 2. La vinculación de la propiedad por la eficacia normativa del Plan, que sustrae al propietario la facultad de ocuparlo o no e incluso la decisión sobre el destino que ha de recibir. Podemos, pues, decir con TORRES LANA que «todo volumen de edificabilidad es espacio, pero no todo espacio es volumen de edificabilidad» (89). Se trata de una manifestación más de la diversificación de los regímenes jurídicos de la propiedad, que afectan decisivamente a la configuración jurídica del espacio en atención a la calificación jurídica que reciba el fundo, esto es, que sea una propiedad urbana o rústica.

Si el volumen de edificabilidad sólo se presenta en aquellos terrenos que hayan obtenido por el Plan la calificación jurídica de urbanos, es obvio que para los demás sigue pendiente la vieja cuestión de la naturaleza objetiva del espacio superior al fundo. Al faltar en ellos el acotamiento tridimensional (su dimensión queda reducida al largo y al ancho), ¿se puede considerar al espacio superior al fundo objeto de derechos? ¿Cabe en la propiedad rústica, a diferencia de la urbana, constituir derechos sobre planos del espacio o sobre cierto volumen del mismo sepa-

(87) Vid. TORRES LANA, *op. cit.*, págs. 371 a 379.

(88) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1978, páginas 162 y 163. Para SOTO BISQUERT tampoco cabe duda al respecto, pues lo que él denomina derecho de vuelo sería «la propiedad del espacio aéreo de una finca con construcción existente o proyectada, perteneciente, en parte, al menos, a distinto titular y en régimen especial de propiedad horizontal». En base a esto sostiene la negociabilidad del espacio aéreo de los inmuebles, que el autor distingue en base a una serie de precisiones del derecho de superficie. «El derecho de vuelo», *RCDI*, 1971, págs. 927 y sigs.

(89) TORRES LANA, *op. cit.*, págs. 112 a 114.

rado del suelo? En tales supuestos no es posible, en el estado actual de la legislación, hablar de cosificación del espacio. La solución ha de recabarse del Código Civil, entendiendo con la doctrina mayoritaria que el espacio no reúne los requisitos para ser considerado ni cosa ni parte integrante del fundo. El artículo 350 del Código Civil así lo avala al no referirse al espacio como objeto de propiedad perteneciente al dueño del suelo (90), concediendo a éste sólo la facultad para utilizarlo con los límites que allí se establecen.

B) NATURALEZA JURÍDICA DEL SUBSUELO

La doctrina dominante considera al subsuelo cosa y, por tanto, objeto de propiedad perteneciente al dueño del suelo; así ha dicho ALBALADEJO que «sí, es parte de la finca bajo cuyo suelo está, y, por tanto, objeto de la propiedad que recae sobre aquélla» (91). A esta solución se puede llegar con el concurso de la letra del artículo 350 del Código Civil. Este, a diferencia del silencio guardado sobre el espacio superior al fundo, respecto al subsuelo, explícitamente declara: «el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella». Es preciso aclarar que se trata de una presunción *iuris tantum* a favor del dueño de la superficie, como veremos en el siguiente epígrafe.

Según MONTES PENEDÉS, «no se debería hablar de subsuelo sino respecto de la parte que se encuentra más allá de la susceptibilidad de utilización por parte del propietario (92). Si toda construcción, plantación o siembra se yerguen en el espacio ocupándolo, y hunden sus cimientos y raíces en el subsuelo, no cabe duda que el aprovechamiento económico del suelo requiere la utilización de aquellas capas inferiores más próximas al suelo (93), como sucedería con las capas superiores más inmediatas.

(90) El artículo 350 del Código Civil dice que «el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella...». La diferencia es notable con sus correlativos en el *Code français* (art. 552) y *Codice italiano* de 1865 (art. 440), que refieren expresamente el espacio superior al fundo para considerarlo propiedad del *dominus soli*. La distinta redacción de nuestro Código ya se hizo en los proyectos de Código Civil de 1851 (art. 394) y de 1882 (art. 394). No obstante, el artífice del proyecto de 1851, GARCÍA GOYENA, al comentar el mencionado artículo 394, afirmaba que «la propiedad sería imperfecta... si no fuera dueño de todo el espacio que se cierra en ella». *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, I, Zaragoza, 1979, pág. 209.

(91) ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 201.

(92) MONTES PENEDÉS, *op. cit.*, pág. 182.

(93) El Decreto-ley de Minería de 29 de abril de 1868, en su artículo 5, definía el suelo y el subsuelo de la siguiente manera: «El suelo, que comprende la superficie propiamente dicha y, además, el espesor a que haya llegado el trabajo del propietario, ya sea para el cultivo, ya para solar y cimentación, ya con otro objeto cualquiera distinto del de la minería. El subsuelo, que se extiende indefinidamente

Pero aparte de esta necesidad del subsuelo para estos fines, puede tener otras utilidades para el propietario sin necesidad de ocupar el espacio superior; éstos pueden ser los casos de sótanos, galerías subterráneas, refugios, bodegas, etc. Más allá de estas posibles ocupaciones entendemos que reclama MONTES PENEDÉS, tal como advertíamos, el concepto de subsuelo, para preguntarse a continuación por su naturaleza jurídica. Excluye que sea una *res communis*, que tenga naturaleza demanial o que puede entenderse como *res nullius* (94), para concluir que «se encuentra sometido al señorío del propietario, pero este señorío se halle condicionado a la existencia de un interés actual, fuera del cual deberían considerarse formando parte del Patrimonio del Estado, cuya pertenencia sea susceptible de utilización por parte del propietario» (95).

A todo lo dicho se excepciona, según indicábamos más arriba (96), las sustancias físicas, líquidas y gaseosas con importancia económica y social suficiente, susceptibles de explotación y apropiación, que se encuentran formando parte del subsuelo. En definitiva, los minerales y las aguas subterráneas, que tienen la consideración de bienes de naturaleza demanial en todos los casos, es decir, tanto si son susceptibles de utilización por parte del propietario del suelo como si no lo son.

en profundidad desde donde el suelo termina». El artículo siguiente viene a señalar los efectos de la distinción: «El subsuelo se halla originariamente bajo el dominio del Estado».

(94) En nuestro Derecho, VALVERDE Y VALVERDE ha mantenido la teoría de la *res nullius* para estas capas profundas del subsuelo. *Op. cit.*, pág. 77. La teoría de la *res nullius* no creemos que pueda mantenerse desde que entró en vigor, y mientras continúe estándolo, el artículo 21, 1.º, de la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 (y art. 51, 1.º, del Reglamento que la desarrolla de 5 de noviembre del mismo año), que atribuye al Estado «los inmuebles que estén vacantes y sin dueño conocido», pues está fuera de toda duda la naturaleza de inmueble por naturaleza del subsuelo. Con anterioridad a la promulgación de la citada Ley del Patrimonio del Estado, la atribución al subsuelo del carácter de *res nullius* respondía a la reticencia de algún sector de la doctrina en admitir la propiedad del Estado, máxime cuando no existía unanimidad sobre la vigencia de la Ley de Mostrencos de 1835, que igualmente atribuía al Estado todos los inmuebles vacantes, ya fueran *res nullius* o *res derelictae*. En la doctrina italiana, ALLARA, por su parte, habla de una estratificación jurídica del subsuelo, debiéndose distinguir tres estratos: *a)* un primer estrato como cosa en patrimonio; *b)* un segundo, como inmueble vacante con la inmediata y automática adquisición por el patrimonio del Estado, y *c)* un tercero, como *res communis omnium*. *Dei beni*, *op. cit.*, página 61.

(95) MONTES PENEDÉS, *op. cit.*, pág. 182.

(96) *Vid. supra*, págs. 8 y 9.

C) CONSECUENCIA QUE SE DERIVA DE LA NATURALEZA JURÍDICA
DEL ESPACIO SUPERIOR AL FUNDO Y DEL SUBSUELO:
LA DISOCIACIÓN JURÍDICA DEL DOMINIO

Porque el espacio superior al fundo no goza de la naturaleza jurídica de cosa, admitimos como criterio general la imposibilidad de poderse disociar del suelo, advirtiendo, como hacíamos más arriba (97), el carácter discutido en lo referente a la propiedad urbana, donde las líneas del desarrollo legislativo y su actual regulación parecen encaminadas al reconocimiento de su cosificación, si bien con particularidades propias.

Por el contrario, la apreciación es otra muy diferente para el subsuelo. Ante todo, a diferencia del espacio aéreo, su naturaleza material permite configurarlo como inmueble, según se deduce del artículo 334, 1, del Código Civil, y especialmente para las minas y aguas, por lo dispuesto en el número 8 del mismo precepto (98).

La ley admite, respecto a los yacimientos mineros y aguas subterráneas, el criterio de considerarlos bienes autónomos, distintos del terreno que conforma el suelo y el subsuelo que lo recubre. La disociación entonces es creada por la misma ley, otorgándole el carácter de bien de dominio público distinto al que pudiera existir de dominio privado en un plano superior o inferior, o incluso en el mismo plano hasta donde alcance la veta o la ocupación de las aguas, siempre, claro está, que en dicha profundidad exista el interés legítimo del propietario. El efecto no se puede ocultar: hay dos propiedades diferentes sólo disociadas o separadas jurídicamente por razón de la naturaleza de los bienes (99). Es el legislador, obviamente, quien suministra para los yacimientos y aguas subterráneas el ejemplo de inmuebles distintos y superpuestos, lo cual no deja de crear problemas de interpretación sobre el alcance de tal medida.

Así se podría alegar el carácter excepcional del supuesto, taxativamente previsto en la ley para los bienes de la naturaleza reseñada en ella, fuera de los cuales es imposible o está prohibido disociar el suelo

(97) *Vid. supra*, págs. 10 a 12.

(98) *Vid. Díez-Picazo, op. ult. cit.*, págs. 158 a 160. Recogiendo la exposición de este autor, *vid. también* REVERTE NAVARRO: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, V, 2.º, dirigido por ALBALADEJO, Madrid, 1985, pág. 673.

(99) Con referencia a los yacimientos mineros, ALCÁNTARA SAMPELAYO, al comentar el proyecto de la Ley de Minas de 19 de julio de 1944, la cual estuvo en vigor hasta 1973, advertía de «la separación conceptual de suelo y subsuelo, que aunque no es objeto de declaración especial late en todo el proyecto». «El proyecto de la nueva Ley de Minas», en *RDP*, 1944, pág. 529. GUIMERÁ PERAZA, por su parte, al plantearse a la luz de la Ley de Minas citada la extensión vertical del dominio cifrada en el artículo 350 del Código Civil, se preguntaba por el sistema legal español en esta materia, para responder que «estamos ante la división del dominio de una finca en tres grandes y paralelos grupos: el subsuelo, el suelo y el vuelo. Lo que da lugar a una verdadera propiedad horizontal o por capas». «El derecho de subsuelo (aguas subterráneas)», en *ADC*, 1961, pág. 131.

del subsuelo o, si se prefiere, estratificar el subsuelo. En otras palabras, la disociación aquí, por ser una creación de la ley, es una ficción legal demandada por el interés público y, por tanto, sólo puede residir en la técnica legal, debiendo ser negada la posibilidad de su creación por un acto voluntario de los particulares u otro medio de adquisición de la propiedad reconocido por el Derecho (por ejemplo, la usucapión), en cuanto atenta a la unidad del inmueble (100).

Corrigiendo aquello que ha sufrido modificación por leyes posteriores, particularmente la consideración de dominio público que reciben las aguas subterráneas tras la nueva Ley de Aguas de 1985, señala LACRUZ BERDEJO la ilimitada extensión de la propiedad al subsuelo, «hasta donde llega la posibilidad de extraer una ventaja cualquiera, y salvo que entre en colisión con la propiedad del Estado o de otro particular: lo primero se produce en cuanto a las minas, y lo segundo en cuanto a las aguas subterráneas que discurriendo por el subsuelo de un fundo han sido captadas por el dueño de otro o por un concesionario» (101). Luego excepciones, para LACRUZ BERDEJO, es lo que parece desprenderse de una lectura simple del texto transcrito. En Díez-PICAZO también parece pesar este criterio de excepción, aunque su explicación del fenómeno tiene otras connotaciones y, sobre todo, nos resulta útil y acertadísima la distinción que expone respecto al subsuelo, incardinado en el alcance que actualmente hay que otorgarle al artículo 350 del Código Civil: «el subsuelo es en unos casos pura prolongación del suelo, mientras que en otros es un objeto jurídico, autónomo e independiente» (102).

En nuestra opinión, la posibilidad de autonomía e independencia de una porción de subsuelo no queda reducida a los yacimientos mineros y aguas subterráneas, cuya fuente de creación *ex profeso* es la ley. GUIMERÁ PERAZA, que entiende más correcto construir estas situaciones de disociación jurídica a través del instituto de la servidumbre voluntaria, no tiene más remedio que reconocer, sin embargo, «que no hay obstáculo institucional alguno a que el derecho del subsuelo se configure como una desmembración de una finca entre el suelo y el subsuelo, atribuyendo la propiedad de uno a distinta persona del derecho del otro» (103). Así también lo ha entendido el Tribunal Supremo en la Sentencia de 1 de abril de 1930, donde se aprecia la existencia de una propiedad distinta, consistente en un sótano, en parte del subsuelo de

(100) Ya lo ha hecho notar con buen criterio MARTY, J. R., al decir que la unidad del inmueble no parece fundarse en su extensión horizontal, sino más bien en su extensión vertical. *Op. cit.*, pág. 6.

(101) LACRUZ BERDEJO, *op. ult. cit.*, págs. 219 y 220.

(102) Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 160.

(103) GUIMERÁ PERAZA, *op. cit.*, pág. 134.

una finca construida, negando, por consiguiente, la existencia de comunidad y la aplicación del retracto de comuneros.

Conviene, por dicha razón, conjugar el principio del artículo 350 del Código Civil, depurado de su concepción hiperbólica, con el respeto a la regulación legal de la propiedad minera y de las aguas subterráneas que el mismo precepto reconoce, así como a los derechos de propiedad adquiridos sobre el subsuelo o porciones del subsuelo por un sujeto distinto al dueño del suelo, al margen completamente de la explotación de minas y aguas. Efectivamente, nada prohíbe constituir distintas propiedades superpuestas en el subsuelo de una finca, pues el artículo 350 del Código Civil sólo establece una presunción *iuris tantum* en favor del propietario del suelo, según se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1986 (104).

Para concluir, merece la pena que transcribamos por su claridad parte de un considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1958. Aun cuando el argumento que nos suministra el mencionado considerando ha de ser considerado en relación al fallo como de *obiter dicta*, se justifica la propiedad sobre el suelo y el subsuelo distintamente en cuanto objetos diferenciados jurídicamente, porque «aparecerán siempre como una unidad de dominación total y completamente independiente, con potestad de disposición exclusiva, sin que pueda pensarse en modo alguno que exista copropiedad o comunidad de uso, disfrute y disposición, pues pueden darse casos en que la extensión de los subsuelos exceda con mucho horizontalmente de los límites de los suelos, cuando estas propiedades están en manos distintas» (105).

NICOLÁS PÉREZ CÁNOVAS
Profesor titular de Derecho civil en la
Facultad de Derecho de la Universidad
de Granada

(104) Esto ha sido comúnmente admitido en relación al artículo 840 del Código Civil italiano, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. *Vid.* LEVY, *op. cit.*, pág. 14.

(105) Un estudio de esta sentencia ha sido realizado por GUIMERÁ PERAZA, *op. cit.*, págs. 132 a 134.