

EL SUBSUELO URBANO (*)

POR

FERNANDO SAINZ MORENO

Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUBSUELO: 1. *Planteamiento*. 2. *Derecho comparado*. 3. *Derecho español: El dueño de la superficie es dueño de lo que está debajo de ella. Alcance de esta regla:* A) Límite general del derecho de propiedad sobre el subsuelo: a) Planteamiento constitucional. b) Planteamiento civil. B) Excepciones al principio de extensión de la propiedad privada del suelo sobre el subsuelo: a) Propiedades en el subsuelo: a') Propiedades privadas. b') Propiedades públicas. b) Servidumbres: a') Redes de servicios municipales en el subsuelo privado. b') Vías de comunicación. c') Redes de telecomunicación. c) Limitaciones del uso del subsuelo.—II. EL SUBSUELO DEL DOMINIO PÚBLICO LOCAL: 1. *Planteamiento*. 2. *Un precedente histórico: La concesión del Metro de Madrid*. 3. *Régimen del subsuelo:* A) Conflictos con otras Administraciones por la utilización del subsuelo. B) Concesiones y licencias: a) Concesiones. b) Licencias. c) Carácter reglado de las licencias de obras. C) Modificación del trazado de las instalaciones que ocupan el dominio público municipal. D) Daños causados por obras en el subsuelo: a) Daños en las fincas que se encuentran en la superficie. b) Daños en las instalaciones o conducciones que se encuentran en el subsuelo.—III. RECAPITULACIÓN.

INTRODUCCIÓN

La construcción, cada vez más frecuente, bajo el suelo de las grandes ciudades de instalaciones para uso público y privado (1) da lugar a complejas cuestiones difíciles de resolver con fórmulas jurídicas pensadas, sobre todo, para la propiedad de la superficie. Hasta ahora, los problemas que plantea la superposición de volúmenes bajo el suelo se han resuelto aplicando, de una parte, las

(*) Texto revisado de la ponencia presentada a las Jornadas de Derecho Local de Gerona, sobre «Municipios y Redes de Servicios Públicos», octubre 1989, organizadas por la Universidad Autónoma de Barcelona, el Estudio General de Gerona, el Ayuntamiento de Gerona y el Banco de Crédito Local.

(1) Sobre la utilización del subsuelo de Madrid, véase la interesante y amena exposición de Félix CRISÓBAL SÁNCHEZ, *El Madrid oculto*, 1988 (estudio, al parecer, no publicado, pero que puede consultarse en la Biblioteca Técnica del Ayuntamiento de Madrid).

En París, la utilización del subsuelo de *Halles* y de la *Defense* y la construcción de vías de circulación subterránea ha reavivado los estudios sobre «las relaciones jurídicas entre propiedades privadas y públicas superpuestas» (vid. coloquio organizado por la Asociación *Espace Souterrain*, mayo 1989, y el artículo de Bernard BIZE, *Constructions en sous-sol. Le droit fait son trou*, en «Le Moniteur», marzo 1990).

técnicas civiles de la «servidumbre», la «propiedad horizontal» y el derecho de «superficie sobre el subsuelo» (art. 16 del Reglamento Hipotecario y arts. 171 a 174 de la Ley del Suelo) y, de otra, las fórmulas administrativas de la «autorización» y de la «concesión». Sin embargo, es evidente que la intensidad creciente del uso del subsuelo exige avanzar en la delimitación legal de la extensión vertical de la propiedad bajo el suelo. Y ello, tanto cuando se trata de propiedad privada como cuando se trata de propiedad pública.

En la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia utilizan el criterio del «interés» para medir la extensión en profundidad de la propiedad. Tratándose de suelo privado, es el interés real y legal del titular el que delimita el subsuelo que le pertenece. Tratándose de suelo público, es el interés público el que delimita la afectación del subsuelo. Pero ¿y más allá? ¿Hasta dónde es necesario que sea público el subsuelo de una calle? ¿Es ilimitado el subsuelo público? La cuestión tiene hoy una trascendencia práctica importante, porque si el criterio de la afectación delimita el subsuelo público, más allá de ese límite el subsuelo tendría valor de bien patrimonial y sería, por ello, susceptible de apropiación privada. (Vid. sobre esto la interesante *Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1988* —nota 14—.)

La superposición de propiedades privadas y de dominio público es posible porque el dominio público de la tierra es siempre limitado: llega hasta donde alcanza la afectación legal o singular al que está sometido. Sin embargo, hasta ahora, esta posibilidad sólo se ha previsto legalmente para los casos de propiedades públicas especiales (minas, aguas, túneles para transportes, yacimientos arqueológicos), pero no con carácter general para la utilización del subsuelo urbano.

El objeto de esta ponencia consiste en el examen del régimen jurídico del subsuelo urbano. Sin embargo, tal examen sólo es posible comenzando con una exposición general del régimen jurídico del subsuelo, tanto privado como público, ya que ambos tienen en nuestro derecho una regulación básica común.

El subsuelo del dominio público local carece de una regulación legislativa propia. Ni la legislación estatal sobre bienes de las entidades locales (arts. 79 a 83 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local; arts. 74 a 87 del RD Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio) ni tampoco la

legislación catalana (arts. 183 a 217 de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña 8/1987, de 15 de abril, y el Reglamento de Patrimonio de las Entidades Locales de Cataluña, aprobado por Decreto 335/1988, de 17 de octubre) definen la «extensión vertical» de sus bienes inmuebles. La razón de ello se debe, posiblemente, a que una y otra legislación parten de la configuración general de la propiedad contenida en el Código Civil.

Nuestro derecho positivo configura la relación de los entes públicos con sus bienes como una relación de propiedad, tanto si se trata de bienes públicos como de bienes privados. El Tribunal Constitucional, sin embargo, ha matizado que el significado de la institución jurídica del dominio público «no es el de una forma específica de la apropiación» (TC, *Sentencia 227/1988, de 29 de diciembre*: «En efecto, la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*. El bien de dominio público es así, ante todo, *res extra commercium*»). Pero esto no impide que la primera cuestión que el estatuto de los bienes plantea, esto es, la de si son bienes privados o bienes de dominio público, sea una cuestión de índole civil, sobre la cual ni la Administración ni la jurisdicción contencioso-administrativa tienen competencia para dirimir (*TS-Sala 4.ª, Sentencia de 1 de junio de 1988, Ar. 4520*: «como se sabe, y así lo reitera el Tribunal Supremo, ni la Administración, ni esta jurisdicción tienen competencia para resolver y determinar si una cosa es de dominio público o de propiedad privada; dicha competencia corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria»).

El Código civil incluye dentro de la regulación general de la propiedad la determinación de «la extensión vertical» de la propiedad de los terrenos (art. 350 C.c.). Esa regulación constituye, por tanto, el punto de partida del régimen jurídico del subsuelo, aplicable también al ámbito del dominio público local.

Por otra parte, el hecho de que el subsuelo constituya un cuerpo continuo a través del cual discurren las redes de los servicios públicos subterráneos, ocupando con frecuencia no sólo subsuelo público, sino también subsuelo privado, hace necesario iniciar esta ponencia con una exposición sobre el régimen jurídico del subsuelo en general.

I. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUBSUELO

1. *Planteamiento*

El régimen jurídico del subsuelo presenta cierta dificultad, al haber rechazado siempre nuestra jurisprudencia y doctrina la interpretación literal del artículo 350 del Código civil. Dice este precepto:

«Art. 350. El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía.»

Por tanto, dejando a salvo lo dispuesto en la legislación de Minas y de Aguas, así como en los «reglamentos de policía», todo «*lo que está debajo*» de la superficie pertenece al propietario de ésta.

Sin embargo, esta interpretación literal no ha sido asumida ni por la doctrina civilística ni por la jurisprudencia. Una y otra han señalado que, además de los límites expresamente designados en ese precepto (aguas, minas, reglamentos de policía), hay un límite natural que deriva de la noción misma del derecho de propiedad. Ese límite lo traza el «*interés razonable*» del propietario, determinado por la *posibilidad real de utilizar el subsuelo*. Así lo han entendido los intérpretes de nuestro Código civil, de acuerdo también con los textos de aquellos códigos más próximos al nuestro.

Nadie duda que cuando el Código civil define la propiedad como un derecho sobre una «cosa» (art. 348 C.c.) e incluye entre las cosas que se consideran «bienes inmuebles» a «las tierras» (art. 334, 1.º C.c.) no se limita a establecer un derecho sobre la superficie del suelo, sino también sobre el subsuelo. El concepto de «tierra» comprende, también, lo que está debajo de la superficie, tal como declara el artículo 350 C.c. y reitera el artículo 396, al incluir en los elementos comunes de la propiedad horizontal las cimentaciones, fosos, pozos y canalizaciones.

Sin embargo, la «profundidad» a la que se extiende la propiedad de un terreno no puede ser ilimitada. Los conocidos apotegmas la-

tinus «*cujus est solum, eius est usque ad coelum*» (Dig. 43, 24, 22) y «*dominus soli est dominus coeli et inferorum*» (2) no parecen responder a la concepción de la propiedad romana, limitada a las necesidades de una actividad fundamentalmente agrícola (3). Pero tales apotegmas tampoco responden a la concepción moderna del subsuelo.

2. Derecho comparado

El derecho positivo moderno muestra una clara conexión entre la extensión vertical del derecho de propiedad y el interés del propietario.

a) En Francia, el *Código de Napoleón* declara que la propiedad del suelo lleva consigo la propiedad de lo que está encima y de lo que está debajo:

«Art. 552. La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Le propriétaire peut 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 tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police.»

Es evidente la influencia que este precepto ha tenido sobre el artículo 350 del Código civil. Sin embargo, se observan algunas diferencias, entre ellas la de que en el Código francés el precepto transcrito, artículo 552, no aparece incluido en la parte general del Título II («*De la propriété*»), sino en el capítulo 2.º («*Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose*»); por tanto, dentro de la accesión a las cosas inmuebles, mientras que en el Código español

(2) *Latéinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, recopiladas por Detlefs LIEBS, publicadas en «WBG», Darmstadt, 1983.

(3) G. F. GABBA, «De la propiedad usque ad sidera et inferos», incluido en *Questioni di diritto civile*, 2.ª ed., Turín, 1909-11, traducido por POSADA (*Cuestiones prácticas de derecho civil moderno*).

está incluida dentro del capítulo 1.º («De la propiedad en general»).

El derecho de propiedad sobre el subsuelo («propriété du dessous») permite al propietario de la superficie su utilización, pero dentro de los límites trazados por la ley («minas, y leyes y reglamentos de policía»). En todo caso, el artículo 552 sólo establece una presunción simple, *iuris tantum*, susceptible de prueba en contrario. El propietario del suelo puede disponer a título gratuito u oneroso del vuelo o del subsuelo, no conservando más que la propiedad del suelo.

Sin embargo, la doctrina francesa no ha dudado en rechazar el carácter absoluto de la propiedad sobre el subsuelo. Si la propiedad del suelo se extiende sobre el subsuelo —escriben Gabriel MARTY y Pierre RAYNAUD (Droit civil; *Les biens*, París, 1980, pág. 152)—, «c'est pour permettre au propriétaire du sol d'utiliser le trefonds»; por tanto, no es un derecho absoluto (4).

b) En el *derecho alemán*, el Código civil («Bürgerliches Gesetzbuch», de 18 de agosto de 1986), al delimitar el contenido de la propiedad (Título I, «Inhalt des Eigentums»), establece en su artículo 905 la altura y la profundidad a la que se extiende:

«905. *Höhe und Tiefe*. Das Recht des Eigentümers eines Grundstücks erstreckt sich auf den Raum über der oberfläche und auf den Erdkörper unter der oberfläche Der Eigentümer kann jedoch Einwirkungen nicht verbieten, die in solcher Höhe oder tiefe vorgenommen werden, dass er an der Ausschliessung kein Interesse hat.» [«905. *Altura y profundidad*. El derecho del propietario de una finca se extiende al espacio sobre la superficie terrestre y al cuerpo de tierra bajo la misma. El propietario no puede, sin embargo, prohibir las inmisiones realizadas a una altura o profundidad tal que no tengan ningún interés en su exclusión.»]

Por tanto, mientras que la extensión superficial de una finca está determinada por sus linderos, su volumen permanece indetermina-

(4) Vid., también, el *Code Civil*, anotado por ambos autores, 89.ª ed., Dalloz, París, 1990, y la edición del Código anotada por André LUCAS, París, 1989, donde se cita jurisprudencia sobre parcelas situadas a niveles diferentes. Sobre la superposición de dominio público y dominio privado, Y. GAUDEMET, *Superposition de la propriété privée et du domanaine public*, Dalloz, 1978, Chron. 293. Sobre dominio público y copropiedad, véase el comentario de François LIORÉNS publicado en la «Rev. de Droit Public» (2), 1990.

do, al no fijar el Código civil ni su altura ni su profundidad. Una y otra se determinan caso por caso, según el interés del propietario («el interés racional en la exclusiva dominación del espacio», según GIERKE, *Deutsches Privatrechts*, II, pág. 394, citado por Jerónimo GONZÁLEZ). Pero la carga de la prueba sobre la falta de interés del propietario corresponde a quien pretende utilizar el subsuelo (5).

c) En cambio, la *legislación suiza* parte del principio de que corresponde al propietario demostrar la utilidad de la posesión del subsuelo para establecer los límites de su propiedad en profundidad. El artículo 667 del Código civil suizo dice:

«Art. 667. La propriété du sol emporte celle du dessous et du dessus, dans toute la hauteur et la profondeur utiles a son exercice.»

Por tanto, el propietario puede dominar el espacio necesario para ejercer las posibles utilizaciones que derivan de su propiedad e impedir aquellos actos de terceros que dentro de este espacio atentan contra la utilización del fondo (6).

d) En el *derecho italiano*, el Código civil vigente de 16 de marzo de 1942, al regular la *proprietà fondiaria*, delimita su extensión vertical en estos términos (7):

(5) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, tomo 4, 2.ª ed. (redactado por Friedrich QUACK), 1986, págs. 539 y ss. En el concepto de «cuerpo de tierra» (*Erdkörper*, según traducción de Jerónimo GONZÁLEZ) se incluyen también las cuevas: *Erdkörper i.s.d. 905 Satz 1 ist das Erdreich unter der Oberfläche einschliesslich unterirdischer Höhlräume*.

Para determinar si el propietario tiene derecho a prohibir el uso de su subsuelo (*Verbotungsrecht*) hay que valorar su interés de acuerdo con las reglas del tráfico jurídico (*Verkehrsanschauung*). Para ello hay que valorar también el «interés estético» (*ästhetische Interesse*) y «las posibilidades de utilización futura» (*zukünftige Nutzungsmöglichkeiten*). La instalación de un túnel puede ser prohibida cuando existe peligro de vibraciones o de derrumbamientos *Erschütterungs-oder Einsturzgefahr*.

Vid. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Munich, 1988, pág. 1079, y un estudio más amplio en el tomo III del *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, de J. VON STAUBINGERS, redactado por Herbert ROTH, 1987.

(6) Edición anotada del *Code Civil Suisse* por Georges SCYBOZ y Pierre-Robert GILLIERON, 3.ª ed., Payot, Lausana, 1983.

(7) La doctrina italiana de finales del siglo pasado se ocupó con frecuencia de la *proprietà del sottosuolo*, definida legalmente por el artículo 440 del Código civil, hoy derogado, de 1865. Así, A. MANFREDI, *Il diritto del proprietario sul sottosuolo*, 1884; L. PALLOTTA, *Diritti del proprietario sul sottosuolo*, en «Dir. e Giur.», 1885-86; G. ABIGNENTE, *La proprietà del sottosuolo*, Roma, 1888.

Sobre el artículo 840 del Código civil de 1942, véanse los comentarios de Alfonso QUARANTA en el Libro III del *Commentario teorico-prattico al Codice Civile*, dirigido por Vittorio DE MARTINO, págs. 379 a 888; el comentario de Pietro PERLINGIERI en el

«840. *Sottosuolo e spazio sovrastante*. La proprietà del suolo si estende al sottosuolo con tutto ciò que vi si contiene, e il proprietario può fare qualsiasi escavazione od opera que non rechi danno al vicino. Questa disposición no se aplica a quanto forma objeto delle leggi sulle miniere, cave e torbiere. Sono del pari salve le limitazioni derivanti dalle leggi sulle antichità e belle arti, sulle acque, sulle opere idrauliche e da altre leggi speciali. Il propietario del suolo no può opporsi ad attività di terzi que si svolgano a tale profondità nel sottosuolo o a tale altezza nello spazio sovrastante, que egli no abbia interesse ad escluderle.»

Por tanto, en los derechos francés, alemán, suizo e italiano (con algunas diferencias de matiz), la propiedad inmueble bajo la superficie no se extiende ilimitadamente por todo el subsuelo, sino que alcanza hasta donde llega el interés del propietario. La misma regla rige en el derecho español.

3. *Derecho español:*

El dueño de la superficie es dueño de lo que está debajo de ella. Alcance de esta regla

En el *derecho español vigente*, la cuestión se plantea en estos términos: el Código civil, en su artículo 350, atribuye al dueño de la superficie de un terreno la propiedad «*de lo que está debajo de ella*» (atribución que tiene el sentido de una presunción en cuanto que el subsuelo es susceptible de enajenación separada).

Pero el propio Código advierte que tal propiedad no se extiende a todo lo que está debajo, pues habrá que tener en cuenta «lo dispuesto en las leyes sobre minas, aguas y en los reglamentos de policía».

Ahora bien, además de esos límites previstos expresamente por el legislador, hay que examinar si existe un límite general del dominio sobre el suelo, a partir del cual el propietario no tiene un derecho que pueda ser lesionado por inmisiones ajenas.

Libro 3.º del *Codice civile annotato*, y de Francesco DE MARTINO en el tomo II del *Comentario* dirigido por A. SCIALOJA y G. BRANCA, págs. 181 a 190. Véase la voz *Sottosuolo* en el «*Novissimo Digesto Italiano*», tomo XVII, redactada por Walter D'AVANZO.

A) *Límite general del derecho de propiedad sobre el subsuelo*

La cuestión consiste en si puede trazarse un límite general que derive de la propia naturaleza de esta propiedad.

a) *Planteamiento constitucional.*

Como punto de partida después de entrar en vigor la Constitución de 1978, habría que analizar la noción de propiedad contenida en ese texto constitucional. Esto es, habría que preguntarse si de la Constitución misma pueden deducirse algunos criterios sobre la «extensión vertical» de la propiedad de bienes inmuebles, esto es, de la propiedad como «objeto». Sin embargo, en la actual doctrina y jurisprudencia constitucional sobre el derecho de propiedad no se encuentran referencias claras a la cuestión que aquí se examina.

En la doctrina española, la interpretación del artículo 33 de la Constitución (en relación con los arts. 128 y 132) se dirige a la formulación del «contenido esencial» de la propiedad teniendo en cuenta su «función social». La Constitución ha asumido el concepto de propiedad que existía en nuestro derecho en el momento de su promulgación y cuyos preceptos más significativos eran, de un lado, el artículo 348 del Código civil («*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*») y, de otro, en los artículos 76 de la Ley del Suelo («*Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta ley, o, en virtud de la misma, por los planes de ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los medios*»), 87 de la misma Ley («*La ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciada en los artículos precedentes, no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad, según su calificación urbanística*») y 2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 enero de 1973 (sobre cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas). La Constitución se ha inclinado hacia la concepción de la propiedad que reflejan estos últimos artículos, la cual, sin embargo, no es incompatible con la definida en el artículo 348 del Código civil, siempre que al concepto de «límite» que en él se utiliza se le dé el sentido de «delimitación»,

tal como lo ha hecho la doctrina (algo semejante a lo que ha sucedido en Francia, pese a que el art. 544 del Código civil francés se expresa en términos más contundentes —«La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements»—).

La Constitución no ha roto, pues, el concepto de propiedad que existía con anterioridad, sino que ha acentuado la relevancia de su función social. El Tribunal Constitucional así lo ha reconocido en su importante *Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, dictada en relación con la Ley del Parlamento de Andalucía de Reforma Agraria 8/1984*, en la que, si bien afirma que hoy no es posible concebir la propiedad tal como lo hace el artículo 348 del Código civil, ya existían, sin embargo, antes de la Constitución leyes que habían incorporado claramente el elemento de función social a la noción de propiedad. Ahora bien, advierte esta sentencia, «la progresiva incorporación de finalidades sociales, relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes, ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas, reguladas en significado y alcance diverso, en diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos» (8).

Ello no obstante, la discusión constitucional sobre el concepto de propiedad sigue todavía manteniendo un nivel de gran abstracción. Así, escribe Vicente I. MONTES: «para salvar la unidad conceptual del dominio, los autores se ven constreñidos a verificar una total abstracción de los caracteres definitorios del dominio, prescindiendo de las concretas exigencias y de los límites que el poder del propietario presenta de hecho en cada una de las situaciones contempladas» (*La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*, Madrid, 1980, pág. 235). Por tal razón, quizá, los estudios constitucionales sobre el derecho de propiedad ofrecen, todavía, exposiciones muy generales en las que se examina el alcance y significado de la garantía de la propiedad en abstracto (Antonio E. PÉREZ LUÑO en su *Comentario al artículo 33 de la Constitución*, tomo II de los *Comentarios* dirigidos por O. Alzaga, Madrid, 1983, y Angel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional de la pro-*

(8) La Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico, en su artículo 1.º, dice: «La función social de la propiedad delimita el contenido de las facultades urbanísticas susceptibles de adquisición y condiciona su ejercicio.»

piedad privada, Madrid, 1988). Algo semejante, por lo demás, a lo que sucede en la literatura jurídica de nuestro entorno. Así, por ejemplo, en el artículo de Peter BADURA «Eigentum» (publicado en el *Handbuch des Verfassungsrechts*, dirigido por Benda, Maihofer y Vogel, 1983, págs. 652 y ss.), quien, sin embargo, analiza por separado la propiedad del suelo («Grundeigentum») y expone que «las facultades de utilización y disposición del propietario deben ejercerse del modo que determine la ley, de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad y objetividad que eliminen la arbitrariedad, de modo que sea posible un uso ordenado y planificado del suelo que asegure la satisfacción de las múltiples necesidades sociales».

No obstante, el análisis que François COLLY ha hecho de la doctrina del Consejo Constitucional sobre el derecho de propiedad (*Le Conseil Constitutionnel et le droit de propriété*, «RDP», 1, 1988, págs. 136 y ss.) tiene especial interés para aclarar la cuestión que aquí se examina. COLLY expone el sentido que el Consejo Constitucional ha imprimido sobre la antigua noción de propiedad. Las decisiones del Consejo Constitucional han completado la noción civilista del derecho de propiedad con una noción constitucional. El derecho de propiedad, que constituye uno de los fundamentos esenciales del orden jurídico, definido por los textos y los principios constitucionales, ha recibido en las decisiones del Consejo una noción que, si bien se encuentra fuertemente enraizada en la historia, refleja la evolución de la propiedad ligada a la libertad individual. El Consejo Constitucional, por otra parte, ha distinguido dos aspectos diferentes de la propiedad, aunque sean designados, generalmente, por el mismo término (pág. 149):

- De un lado, la propiedad en cuanto derecho detentado por sus titulares e íntimamente ligado a la libertad de la persona.
- De otro, la propiedad como objeto material o inmaterial sobre el cual se ejerce el derecho de propiedad.

Este segundo aspecto de la cuestión es relevante para delimitar la «extensión vertical» de la propiedad de los terrenos. De lo que se trata —dice COLLY— es de delimitar «el campo de propiedad privada» («champ de propriété privée») que la Constitución garantiza junto a un campo de propiedad pública. La obligación que la

Constitución impone de asegurar la existencia de un campo de propiedad privada implica la existencia de un estatuto privado de las cosas, objeto de esa propiedad. Puede decirse que, en principio, el estatuto de las cosas es privado, a menos que el legislador haya decidido otra cosa (pág. 154).

Ahora bien, el reconocimiento constitucional de «un campo de propiedad privada» no quiere decir obviamente que las cosas que lo forman no sean susceptibles de «privación» o de «limitación sin pérdida de la posesión». Cuando esto último sucede, esto es, cuando el legislador impone limitaciones a una propiedad, el Consejo Constitucional puede examinar el alcance de la limitación para controlar si no afecta a la propiedad en sí misma, esto es, «si no la desnaturaliza por su sentido y alcance».

Entre las decisiones que el Consejo Constitucional ha adoptado sobre limitaciones de la propiedad, tiene especial interés la decisión *85-198 de 13 de diciembre de 1985* (JO 14 de diciembre, pág. 14574), *Amendement Tour Eiffel*, relativa a la ley de 14 de diciembre de 1985, sobre comunicación audiovisual. La enmienda introducida por el Gobierno intentaba impedir la utilización que el alcalde de París, en la oposición, proyectaba hacer de la Torre Eiffel, para emisiones de largo alcance. La enmienda creaba una servidumbre que permitía al establecimiento público «TDF» colocar equipos e instalaciones destinadas a la difusión de ondas hertzianas en el techo de inmuebles altos o situados en alturas y, en primer lugar, en la célebre torre. Contra esta enmienda, aprobada por el Parlamento, se planteó un recurso ante el Consejo Constitucional en el que los recurrentes alegaban que las servidumbres previstas constituían «una restricción injustificada y virtualmente ilimitada del derecho de propiedad» y, por tanto, violaban lo dispuesto en el artículo 17 de la Declaración de 1789 («La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité»). Sin embargo, el Consejo Constitucional, en su decisión, rechaza este argumento:

«Le droit accordé (à TDF) de procéder à certaines installations sur la portion supérieure des propriétés bâties, dans la mesure où il n'impose qu'une gêne supportable ne constitue pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de ladite déclaration, mais une

- servitude d'intérêt public grevant l'immeuble en raison de son emplacement ou de son élévation; qu'il en serait autrement si la sujétion ainsi imposée devait aboutir à vider de son contenu le droit de propriété, ou que, affectant non seulement l'immeuble mais la personne de ses occupants, elle devait constituer une entrave à l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis» (9e cons.).

Por tanto, el Consejo distinguió nítidamente entre la servidumbre que no impone más que una «molestia soportable» («supportable») y la privación de propiedad que constituye una expropiación (Vid. *ob. cit.*, pf. 166; también, el comentario de Jean DUBAU, *L'amendement Tour Eiffel et le regime des servitudes administratives*, publicado en «JCP», abril 1986, núm. 3237).

La decisión del Consejo Constitucional francés sobre la servidumbre impuesta a la Tour Eiffel y a otros edificios no se refiere, como es obvio, al subsuelo, sino al vuelo, pero su interés radica en la declaración general que hace de que no atentan al derecho de propiedad, garantizado por la Constitución, las servidumbres que sólo implican una «molestia soportable».

En resumen, desde la perspectiva constitucional, no puede deducirse un criterio claro para definir cuál sea el régimen jurídico del subsuelo, ya que, desde esa perspectiva, de lo que se trata no es tanto del «objeto» de la propiedad como del «derecho» de propiedad. En relación al «objeto», existe una remisión al legislador para que delimite el campo de las cosas privadas y el de las públicas (con una presunción a favor de las primeras), remisión que puede tener, como sucede en España, una previa determinación constitucional (art. 132 CE). Sólo en el caso de que el legislador redujera el campo de las cosas privadas, de modo que la propiedad privada no pudiera cumplir su función fundamental de hacer posible la libertad personal, su actuación sería inconstitucional. Pero, dentro de este límite, la configuración de la propiedad en cuanto objeto corresponde al legislador ordinario. Por consiguiente, el problema de la propiedad privada del subsuelo debe ser examinado en la legislación civil que contiene el régimen jurídico general del derecho de propiedad.

b) *Planteamiento civil.*

De lo expuesto resulta que el estatuto de la propiedad privada, entendida como cosa material o inmaterial, sobre la que se ejerce el derecho de propiedad, está determinado por el derecho civil. Y también lo está el de la propiedad pública en cuanto que en nuestro derecho positivo, y pese a las críticas, el dominio público sigue concebido como una clase de propiedad. La división del «campo de las cosas», en cosas privadas y en cosas públicas, lo hacen la Constitución y la ley (art. 132 CE). Pero tanto el estatuto de las cosas privadas como el de las cosas públicas se configura en nuestro derecho sobre la base de la regulación civil de la propiedad, si bien uno y otro modulados por leyes que establecen regímenes especiales (ley del suelo, del patrimonio histórico) o bien fijan los elementos básicos del régimen jurídico de las cosas públicas (la propia Constitución, art. 132; las numerosas leyes sobre el Patrimonio, dictadas por cada Comunidad Autónoma; las leyes y reglamentos reguladores de los bienes locales y las leyes sobre las propiedades públicas especiales, aguas, minas, carreteras, puertos, etc.).

Pues bien, la cuestión que aquí examinamos, esto es, la extensión vertical de la propiedad sobre los terrenos, es una cuestión de naturaleza civil, en cuanto que su regulación se encuentra actualmente en el Código civil.

Con anterioridad a la promulgación de este Código, el *Decreto-ley de 29 de diciembre de 1868*, que estableció las «bases generales para la nueva legislación de minas», atribuía, originariamente, todo el subsuelo al dominio del Estado:

«Art. 6.º El suelo podrá ser de propiedad particular o de dominio público, y el dueño nunca pierde el derecho sobre él, ni a utilizarlo, salvo caso de expropiación; *el subsuelo se halla originariamente bajo el dominio del Estado* y éste podrá, según los casos y sin más regla que la conveniencia, abandonarlo al aprovechamiento común, cederlo gratuitamente al dueño del suelo, o enajenarlo mediante un canon a los particulares o asociaciones que lo soliciten; pero todo ello con sujeción estricta a lo que determinan los artículos siguientes.»

El principio del dominio estatal sobre todo el subsuelo que establecía este precepto y que fue invocado en numerosos litigios (por ejemplo, con motivo de la construcción del Metro de Madrid, como después veremos) resultó modificado por el principio de atribución de ese dominio al propietario de la superficie, en el artículo 350 del Código civil:

«Art. 350. El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas, y en los reglamentos de policía.»

Pero este artículo, que constituye el precepto básico para el régimen del subsuelo, ha sido interpretado por la doctrina y por la jurisprudencia de un modo restrictivo, incluso antes de promulgarse la vigente Constitución (9).

a') La generalidad de la *doctrina civilista* española traza un límite a la extensión de la propiedad sobre el subsuelo, pese a que el Código civil no ofrece un punto de apoyo semejante al que proporcionan los Códigos alemán, suizo o italiano, antes examinados. Sin embargo, se advierten ciertos matices entre los autores. Para unos, el interés real del propietario marca el límite de su propiedad sobre el subsuelo; para otros, en cambio, la propiedad sobre el subsuelo se prolonga indefinidamente, pero el propietario no tiene acción para oponerse a las inmisiones que no le perturban.

(9) En los *Comentarios al Código Civil Español* de José María MANRESA Y NAVARRO (6.ª ed., 1934, pág. 156) se interpreta el artículo 350 del C.c. de acuerdo con la doctrina del «interés». Dice:

«Las legislaciones recientes tienden a limitar este principio, aceptando una teoría, preconizada principalmente por Ihcing, según la cual el derecho de propiedad no es una señoría absoluta; su extensión tiene por medida sus fines, que se reducen a garantizar el ejercicio de la actividad económica de su titular; el dominio del suelo debe extenderse, pues, por el espacio y por el subsuelo hasta donde sea requerido por el *interés* del propietario, en relación al uso que se pueda hacer del fondo de que se trate, en las condiciones actuales del arte y de la industria humana.»

Y, más adelante, recuerda que esa doctrina coincide con la expuesta por el Tribunal Supremo en relación al espacio aéreo en su Sentencia de 1 de febrero de 1909, donde se dice que «la ocupación del espacio aéreo en tanto en cuanto no restringe de algún modo los derechos de propiedad del suelo, no aparece prohibida en nuestro derecho», y, por lo mismo, «tal ocupación tampoco puede revelar limitación alguna de aquel derecho en concepto de servidumbre».

— La tesis del *debilitamiento de la propiedad* a medida que aumenta la distancia vertical con la superficie la expuso Jerónimo GONZÁLEZ, en su estudio sobre la *Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical*, publicado en el primer número de la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», el año 1925. Jerónimo GONZÁLEZ comienza rechazando que sea aplicable a nuestro derecho la idea desarrollada por los postglosadores de la extensión ilimitada de la propiedad de los terrenos: «Cuius est solum, eius est a caelo usque ad centrum.» A uno de ellos, CINO DA PISTOIA (1270-1336), se atribuye la expresión de la que después derivó la conocida fórmula «cuius est solum, eius est usque ad coelum, usque ad superos». Tal fórmula, sin embargo, no es admisible para interpretar nuestro derecho. «Se necesita una imaginación desbocada —escribe, pág. 26— para prolongar indefinidamente los planes verticales que pasan por los linderos de una finca, tal como se hace en ese texto.» Y critica, a continuación, un dictamen publicado por ALCUBILLA (Apéndice de 1897 al «Boletín Jurídico Administrativo», pág. VIII del núm. 1) según el cual una empresa de ferrocarril no puede abrir un túnel por debajo de una finca particular sin expropiar previamente la parte del subsuelo que ocupa, de modo que si lo hace el propietario tiene derecho al ejercicio de un interdicto, en base al artículo 350 del C.c., debido a que entre los privilegios que se otorgan a las empresas de ferrocarriles por el artículo 31 de la Ley de 23 de noviembre de 1877 no se encuentra el de atravesar con túneles los predios. Pero Jerónimo GONZÁLEZ rechaza esa interpretación y en su lugar propone otra, según la cual el derecho de propiedad se debilita en sentido vertical (pág. 32):

«El derecho de propiedad sobre los predios presenta una densidad máxima en el plano horizontal, donde la facultad de excluir a terceras personas y rechazar sus inmisiones se halla dotada de 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 las perturbaciones de su derecho.

Difícil es precisar matemáticamente el módulo de este decrecimiento. La utilidad normal del suelo, atendidas las exigencias y potencialidad de la agricultura, de la edificación y de la industria en general, y las

probabilidades racionales del futuro aprovechamiento, con relación al sitio y al desenvolvimiento económico de la región, serán los principales coeficientes que el juez deberá tener presentes.»

Para Jerónimo GONZÁLEZ, pues, «la propiedad, sujeta como la atracción a la ley del cuadrado de la distancia, se desvanece cuando ésta, atendido al estado de la civilización y el progreso de la técnica industrial, es extraordinaria» (pág. 33). Y, en consecuencia, el propietario «no necesita justificar ni alegar un interés para rechazar las invasiones de su espacio dominado; pero cuando la distancia a la superficie de su tierra es tal que los aprovechamientos normales del inmueble no quedan perturbados por las invasiones, debe indicar el interés especial en que se funda su oposición» (pág. 36).

— La tesis del *límite de la propiedad* la exponen CASTÁN y DÍEZ-PICAZO.

José CASTÁN (*Derecho Civil Español, común y Foral*, tomo II, varias ediciones, la última actualizada por GARCÍA CANTERO) afirma que no «hay obstáculo legal que impida aplicar a nuestro derecho la teoría moderna sobre el subsuelo (pág. 163), según la cual el dominio del suelo se extiende por el espacio y por el subsuelo hasta donde sea requerido por el *interés* del propietario, en relación al uso que se pueda hacer del feudo de que se trate en las condiciones actuales del arte y de la industria humana.

Luis DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, Madrid, 1978, pág. 160) concluye que el subsuelo es, en unos casos, pura prolongación del suelo, mientras que en otros es un objeto jurídico autónomo e independiente (minas, aguas). Incluso después de la Ley de 21 de julio de 1973, y dada la amplitud del concepto de recursos geológicos, parece haberse invertido la relación entre suelo y subsuelo, siendo prioritario el dominio público y subsidiario el privado. Pero esto sólo cuando lo impone la explotación de los yacimientos minerales. En los demás supuestos, y como regla general, DÍEZ-PICAZO expone así el régimen del subsuelo:

«... se debe entender que la utilización del subsuelo, en las capas más próximas al suelo, se encuentra en estrecha relación con la de éste y que es objeto de los mismos derechos (por ejemplo, sótanos, cuevas natu-

rales, etc.). Mas como ha señalado la doctrina más moderna al analizar la llamada extensión vertical del dominio, éste queda limitado por el punto al que alcance la posibilidad real de utilización y el interés razonablemente tutelado del propietario. Esta idea puede tener hoy una evidente repercusión práctica, sobre todo en materia de excavaciones, construcciones de túneles y otras análogas, para las que, cuando se llevan a cabo a gran profundidad, no parece menester que haya que contar con los titulares de derechos radicados en la superficie, ni hacer a éstos objeto de especial explotación».

— La tesis de la *extensión ilimitada de la propiedad sobre el subsuelo* la acoge José Luis LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil*, III, 1988). Según esta explicación, la propiedad de la superficie del suelo se prolonga indefinidamente bajo el subsuelo, aunque sólo sea potencialmente, ya que el propietario sólo puede ejercer acciones para la defensa de esa propiedad hasta donde llega su interés. «La facultad de exclusión del dueño de la superficie no alcanza a aquella profundidad en la que el subsuelo no sea ya utilizable por él: por ejemplo, no podría el dueño de un bosque, en la montaña, prohibir el túnel que pasa a docenas o cientos de metros de su propiedad» (pág. 88).

Sin embargo, esto no quiere decir que la propiedad resulte limitada. LACRUZ recoge aquí la opinión de BARBERO:

«Pero esto no quiere decir que el propietario extienda su dominio a aquella porción del subsuelo en la que penetran los terceros, de igual modo que el hecho de no poder impedir el acceso a la propia finca por parte de un tercero, a fin de construir o reparar el muro que separa ambas superficies (o perseguir al propio enjambre de abejas), no afecta al dominio de tal finca. Hay aquí no un confín del objeto del derecho de propiedad, sino un límite legal al poder del propietario, el cual, aunque verdadero dueño del subsuelo, no puede oponerse a las actividades de terceros en él, que no tenga interés en excluir.»

A la misma conclusión llega Vicente Luis MONTES PENADES en su *Comentario al artículo 350 del Código civil* (publicado en los *Comentarios* dirigidos por M. Albadalejo, Madrid, 1980, págs. 182 y ss.). Hay que calcular, dice, «la cantidad de subsuelo que es necesaria para que exista un fundo en sentido económico y jurídico». La «*propiedad cesa donde no exista posibilidad de utilización y no pueda, por tanto, ser actuada su función social*». Pero entonces surge la cuestión de determinar cuál es la naturaleza del subsuelo más allá de ese límite. MONTES llega a esta conclusión:

«Ante todo, conviene determinar cuál es la naturaleza del subsuelo que se encuentra más allá del límite de utilizabilidad. Desde excluirse que sea una *res communis*, porque si fuese utilizable por todos, sería también utilizable por el propietario del suelo. Como debe también descartarse que forme parte del demanio, dado que la naturaleza demanial deriva de la susceptibilidad de servir a un uso de pública utilidad, ni puede entenderse como una *res nullius*, sin perjuicio de señalar que pudiera admitirse que lo que para el propietario de un determinado terreno es subsuelo, para otro sujeto constituya verdadero y propio suelo. Tal sería el caso de un túnel de ferrocarril excavado bajo una montaña, que sólo es subsuelo respecto de los propietarios de los terrenos superiores. En definitiva, podríamos concluir que el subsuelo que se encuentra más allá de la posibilidad de utilización por parte del dueño del suelo se encuentra potencialmente sometido al señorío del propietario, pero este señorío se halla condicionado a la existencia de un interés actual, fuera del cual deberían considerarse formando parte potencialmente de la propiedad. Construcción que no es, desde luego, inatacable, pero que viene impuesta por el régimen positivo del instituto y por la particular configuración del objeto de derecho.»

b') La concepción «relativa» de la propiedad del subsuelo ha sido también recogida por nuestra *jurisprudencia*. Aunque no son numerosas las sentencias civiles sobre la naturaleza del subsuelo, sin embargo, parece clara la plena asunción de la tesis que limita la aplicación del artículo 350 C.c. a aquellos casos en que existe un

interés real del dueño. Así lo declara el Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de abril de 1984 (10).

En resumen, la extensión de la propiedad del suelo sobre «lo que está debajo de su superficie» tiene un límite general trazado por el interés que para el propietario tiene la utilización del subsuelo. Ese límite varía según las circunstancias de cada supuesto, pero en todo caso está delimitado por la función social de la propiedad y por la interdicción del abuso de derecho. La función social de la propiedad determina la extensión vertical de los bienes inmuebles hasta donde son útiles para su titular. Además, la interdicción del abuso de derecho (art. 7.2 C.c.: «la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo») impide que el propietario rechace el uso de su subsuelo, cuando tal uso no le causa ningún perjuicio (*ius usus inocui*).

(10) La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 3 de abril de 1984 (Ar. 1924) estima que se ha producido la violación del artículo 350 del Código civil, alegada como motivo de casación, cuando la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona condenó a los demandados a retirar unos anclajes, cables y otros elementos, hoy inservibles, introducidos en el subsuelo de una finca situada en la calle de Alfonso XII de Barcelona. El Tribunal Supremo declara que:

«CDO.: Que si bien es cierto que el artículo 350 del Código civil está previsto para proteger el derecho de propiedad, es el propio precepto el que admite limitaciones al dominio, y sus términos no pueden en los actuales tiempos, dado el progreso de la técnica, mantenerse de una forma rigurosa y absoluta cuando las relaciones de vecindad, principalmente en los grandes núcleos de población, exigen la acomodación de técnicas constructivas a los nuevos adelantos universalmente aceptados. La interpretación del precepto debe hacerse sin merma de los derechos dominicales, pero sin exagerados 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, en el que toda la limitación del derecho de uso del subsuelo del actor se ha reducido a la permanencia en su interior de unos cables o anclajes inservibles, utilizados para montar un muro pantalla... la retirada de los cuales originaría unos cuantiosos gastos, cuya ejecución en modo alguno puede ampararse en el precitado artículo 350 del C.c., cuando la realidad probada acredita que ningún perjuicio ha sufrido el actor como consecuencia de la inmisión, por lo que no puede pretender la tutela del precepto, lo que supondría una aplicación del mismo que traspasa considerablemente el interés protegible del dueño, con merma de las normales relaciones de la vecindad y convivencia.»

B) *Excepciones al principio de extensión de la propiedad privada del suelo sobre el subsuelo*

El artículo 350 del Código civil atribuye al dueño de la superficie de un terreno la propiedad «de lo que está debajo de ella», con excepción de lo que resulte de las servidumbres, las leyes sobre minas y aguas y los reglamentos de policía.

Existen, por tanto, unas excepciones legales al principio de plenitud del dominio, sobre todo lo que está debajo de la superficie, que vienen a formar como «enclaves subterráneos» en el «cuerpo de tierra» que está bajo la superficie (utilizando la expresión del BGB). Estos enclaves pueden tener un volumen mayor o menor, o pueden, incluso, comprender todo el subsuelo. Pueden, también, coexistir entre sí (por ej., un yacimiento minero y un yacimiento arqueológico).

Las excepciones a la regla de la plenitud de dominio sobre el subsuelo se deben:

- a la existencia de otras propiedades, públicas o privadas, bajo la superficie;
- a la existencia de servidumbres; o
- a las limitaciones del uso de la propiedad del subsuelo.

Veamos cada uno de estos supuestos.

a) *Propiedades en el subsuelo.*

Bajo la superficie del suelo pueden existir propiedades subterráneas que pertenecen a titulares distintos del propietario del suelo, bien porque hayan sido enajenadas, bien porque pertenezcan, *ope legis*, al dominio público.

a') *Propiedades privadas.*

a'') La regla establecida en el artículo 350 del Código civil tiene el carácter de una presunción en favor del propietario de la superficie. Se presume *iuris tantum* que el dueño de la superficie es dueño de lo que está debajo de ella, pero no a la inversa.

No obstante, el suelo, de cada finca forma parte de la misma, de modo que no es posible constituir fincas independientes con segregaciones de subsuelo de fincas contiguas. La cuestión de si es posible formar una sola finca, a efectos registrales con porciones de subsuelo de varias fincas, se ha planteado con la finalidad de constituir como una sola finca un aparcamiento situado bajo varias fincas. Pero la *Resolución de la DGR y N de 13 de mayo de 1987* (Ar. 3855) lo ha rechazado. La cuestión consiste, dice la Resolución, en «si puede abrir folio, como finca independiente, la unidad subterránea destinada a local de aparcamiento formado con la agrupación de diversas porciones de subsuelo que son segregadas de otras fincas». La Resolución lo niega: «En los folios de cada una de las fincas de procedencia debe seguir constando el dominio con su natural alcance en profundidad (sin marcas sectoriales), si bien debe expresarse en el mismo folio la limitación que para tal dominio implican los derechos que otros tienen sobre la unidad subterránea.» «En resumen, no hay propiamente segregación, sino afectación de determinados sectores subterráneos de las fincas de procedencia.»

b") Si en el subsuelo existe un *tesoro* («depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas u otros objetos preciosos, cuya legítima pertenencia no consta»), éste pertenece al dueño del terreno en que se hallare. Sin embargo, cuando el descubrimiento se produce en propiedad ajena o del Estado, y por casualidad, «la mitad se aplicará al descubridor» (art. 351 C.c.). En tal caso, pues, el descubrimiento da lugar al condominio de la propiedad de las cosas encontradas, salvo que tuvieran valor histórico y se integraran en el Patrimonio Histórico Español (11).

(11) La *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 30 de enero de 1990* (Ar. 101) ha examinado ampliamente la naturaleza del «tesoro» (distinta de la del «hallazgo» y de la de las *cosas nullius*) y ha precisado el alcance de sus requisitos. Esta Sentencia tiene especial interés porque el descubrimiento del tesoro se produjo al derribar un inmueble transmitido mediante un «negocio de aportación» de un solar para la construcción en él de un nuevo edificio, lo que ha obligado al Tribunal a decidir a quiénes corresponde el condominio de lo descubierto (una vez que la Administración manifestó que carecía de interés histórico), teniendo en cuenta la singular situación creada por esa clase de negocios.

Sobre el tesoro en el derecho francés, véase Anne Marie PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, París, 1989, págs. 302 y ss.; y sobre el tesoro en el derecho alemán, véanse la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 18 de mayo de 1988 y el comentario de Klaus Peter SCHROEDER, *Grundgesetz und Schatzregal*, publicado en «JZ», 1989, págs. 676 y ss.

b') *Propiedades públicas.*

a'') *Minas.* El Código civil incluye a las minas entre los bienes inmuebles (art. 334, 8.º: «Las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento, y las aguas vivas y estancadas») y las da el tratamiento de una propiedad especial, distinta de la propiedad del subsuelo en la que se encuentran (arts. 426 y 427 C.c.). La legislación de minas, a la que se remite el Código civil, constituida hoy por la Ley 22/1973, de 21 de julio (modificada por la Ley 54/1980, de 5 de noviembre, y desarrollada por el Reglamento General para el Régimen de la Minería, aprobado por Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto), declara que *todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos* existentes en el territorio nacional, territorial y plataforma continental son *bienes de dominio público*, cuya investigación y aprovechamiento el Estado podrá asumir directamente o ceder en la forma y condiciones que se establecen en esa ley (art. 2.º). La declaración de demanialidad se extiende a las «estructuras subterráneas» (art. 3, C), es decir, a «todo depósito geológico natural o artificialmente producido como consecuencia de actividades reguladas por la Ley de Minas, cuyas características permitan retener naturalmente y en profundidad cualquier producto o residuo que en él se vierta o inyecte» (art. 23.3).

b'') *Aguas.* El Código civil incluye a las «aguas vivas o estancadas» entre los bienes de naturaleza inmueble (art. 334, 8.º C.c.) y las daba tratamiento de una propiedad especial (arts. 407 ó 425). Sin embargo, el régimen establecido en esos preceptos, que estaba conectado con la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, ha quedado modificado por la nueva Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto, cuya Disposición derogatoria establece que «queden derogados los artículos 407 a 425 del Código civil, de 24 de julio de 1889, en cuanto se opongán a lo establecido en la presente ley».

La nueva Ley de Aguas de 1985 ha optado por dar a todas las aguas «una sola calificación jurídica, como bien de dominio público estatal, a fin de garantizar en todo caso un tratamiento unitario». En consecuencia, tienen ese carácter: *a)* las aguas continentales, tanto superficiales como las subterráneas renovables, con independencia del tiempo de renovación; *b)* los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas; *c)* los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos; y *d)* los acuí-

feros subterráneos a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos (arts. 1, 2 y 2.º).

Sin embargo, y pese a esa declaración general de demanialidad, la ley ha tenido en cuenta los derechos de naturaleza privada, preexistentes a la misma, otorgando a los titulares de esos derechos la facultad de elegir entre la conversión de los mismos en otros de «aprovechamiento temporal de aguas privadas», que serán respetados por un plazo máximo de cincuenta años, o bien el mantenimiento de la titularidad de los derechos anteriores «en la misma forma que hasta ahora», pero sin gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas (Disp. Trans. 2.ª y 3.ª) (vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre).

c'') *Bienes de valor arqueológico.* La Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, establece que «son bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar. El descubridor deberá comunicar a la Administración competente su descubrimiento en el plazo máximo de treinta días e inmediatamente cuando se trate de hallazgos casuales. En ningún caso, será de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el artículo 351 del Código civil». «El descubridor y el propietario del lugar en que hubiere sido encontrado el objeto tienen derecho, en concepto de premio en metálico, a la mitad del valor que en tasación legal se le atribuya, que se distribuya entre ellos por partes iguales» (art. 44).

b) *Servidumbres.*

El uso del subsuelo está limitado por el respeto de las servidumbres, voluntarias o legales, que sobre él se constituyan.

Tales servidumbres vienen impuestas, generalmente, o bien por razón de las «redes de servicios municipales», o bien por razón de la protección de vías de comunicación o de redes de telecomunicación.

a') *Redes de servicios municipales en el subsuelo privado.*

Las servidumbres administrativas sobre el subsuelo privado, impuestas por razón de las *redes de servicios*, deben ajustarse a la planificación urbanística del municipio.

Los Planes Generales Municipales de Ordenación deben contener, en relación al suelo urbano, las «características y trazado de las galerías y redes de abastecimiento de agua, alcantarillado, energía eléctrica y de aquellos otros servicios que, en su caso, prevea el Plan» —art. 12.2.g) de la Ley del Suelo—. La misma previsión deben contener los Planes Parciales de Ordenación —art. 13.2.f)—. En ellos se especificará, como mínimo, el trazado de las siguientes redes de servicios (art. 53 R. Planeamiento):

- Redes de abastecimiento de agua, riego e hidrantes contra incendios.
- Red de alcantarillado.
- Red de distribución de energía eléctrica.
- Red de alumbrado público.

El Plan Parcial establecerá, asimismo, si procede, el trazado de las redes de canalización telefónica, conducción de gas y cualquier otra que se estime necesaria.

La aprobación de estos planes implica la declaración de utilidad pública de las obras y la necesidad de ocupación de los terrenos y edificios correspondientes a los fines de expropiación o imposición de servidumbres (art. 64 de la Ley del Suelo). En general, se establece una presunción a favor de la constitución de servidumbres en lugar de la expropiación del dominio. El artículo 68 de la Ley del Suelo establece que «cuando para la ejecución de un plan no fuere menester la expropiación del dominio y bastare la constitución de alguna servidumbre sobre el mismo, prevista en el derecho privado administrativo, podrá imponerse, si no se obtuviere convenio con el propietario, con arreglo al procedimiento de la Ley de Expropiación Forzosa» y cumplimiento de los demás requisitos previstos en ese precepto.

El cumplimiento del requisito de la aprobación previa del plan correspondiente, para imponer o modificar el trazado de las redes de servicios, ha sido exigido con gran rigor por nuestra jurisprudencia.

La *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4.ª) de 21 de febrero de 1989* (Ar. 1285) anula, en apelación, el acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Algemés, que había condicionado la licencia de obras para abrir una zanja e instalar una tubería a que la tubería tuviese un diámetro de 100 milímetros y que se instalase una boca de incendios. La Sentencia estima que no es suficiente para la legalidad de esa imposición el que la exigencia de tuberías de ese diámetro esté prevista en el artículo 5.2 de la Norma Básica de Edificación, aprobada por RD 2059/1981, de 10 de abril, porque «esa norma constituye una exigencia a incluir en el planeamiento para la ordenación de terrenos, cuando se trate del trazado de redes para el abastecimiento de agua. No es una norma de aplicación directa sin planeamiento». Y como en este caso no se había aún publicado la aprobación definitiva de la Revisión del Plan General de Ordenación, es evidente, dice la Sentencia, que no se podía imponer ese condicionamiento,

«... ya que pretender la aplicación directa del expresado artículo 5.2 a todos los terrenos e instalaciones sin plan previo, y sin la previsión de la forma de su ejecución y financiación, sería tanto como utilizar las licencias urbanísticas para obtener por vía indirecta y con clara desviación de poder las *sustituciones de las reglas generales de los servicios públicos* a cargo de los usuarios al margen de la legislación aplicable, o a cargo sin más de los concesionarios de estos servicios acaso quebrantando las condiciones de la concesión sin fijar la indemnización pertinente, como señala el vigente Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales para el supuesto de que se alteren las condiciones de los servicios o de las instalaciones concedidas».

En el caso de gestión indirecta de los correspondientes servicios, el concesionario podrá «recabar de la corporación los procedimientos de expropiación forzosa, imposición del dominio, derechos reales o uso de los bienes precisos para el funcionamiento del servicio» (art. 128 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955).

b') *Vías de comunicación.*

Las vías de comunicación terrestre que atraviesan mediante túneles el subsuelo de la propiedad privada conllevan la imposición sobre ese subsuelo, e incluso sobre la superficie, de servidumbres legales de protección.

La Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres 16/1987, de 30 de julio, dispone que son aplicables a los ferrocarriles las normas y disposiciones relativas al uso y defensa de las carreteras, comenzándose a contar las correspondientes distancias a partir de los carriles exteriores de la vía —art. 168.1.b)—. A estos efectos, «los ferrocarriles se asimilan a las autovías, salvo que en el título concesional o en un reglamento se disponga otra cosa» (art. 168.1 *in fine*). Esta regla general se adapta a los túneles del ferrocarril, aplicando las limitaciones de la propiedad previstas en la ley de carreteras a todo el entorno del túnel; por tanto, también en sentido vertical. Por consiguiente, lo dispuesto en los artículos 21 y ss. de la Ley de Carreteras 25/1988, de 29 de julio, sobre las autovías, es aplicable a los terrenos ocupados por los túneles de los ferrocarriles. Por tanto, los túneles, así como una zona de ocho metros de anchura a su alrededor, forman parte del dominio público.

También es de dominio público, «en todo caso, el terreno ocupado por los soportes de la estructura» (art. 21.1). El terreno contiguo al dominio público queda sometido a la servidumbre de 25 metros (que impide usos contrarios a la seguridad vial) y a la afectación de 100 metros dentro de la cual cualquier obra o plantación exige autorización (arts. 22 y 23 de la Ley de Carreteras). Estos preceptos se aplican también a los túneles del ferrocarril en todas las direcciones radiales y pueden dar lugar, por ello, a limitaciones de la propiedad de la superficie. Por consiguiente, «los particulares que pretendan construir, edificar, realizar obras u otras actividades» en terrenos cuyo subsuelo está ocupado por un túnel de ferrocarril «deben obtener previamente la conformidad de la empresa titular de la línea», y si no la obtienen podrán reiterar la petición de autorización a la Administración (art. 170 de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres 16/1987).

c') *Redes de telecomunicación.*

«La explotación de servicios portadores o servicios finales de telecomunicación lleva aparejado el derecho a establecer la red e infraestructura necesarias para la prestación de los mismos.» A tal efecto, «los diferentes instrumentos de ordenación urbanística del territorio deberán tener en cuenta la instalación de servicios de telecomunicación» (art. 17 de la Ley 31/198, de 18 de diciembre, de «ordenación de las telecomunicaciones»). En el supuesto de que la red utilice bienes de dominio público municipal, la Ley 31/87 establece un procedimiento especial al que nos referiremos en la segunda parte de esta exposición (art. 18).

c) *Limitaciones del uso del subsuelo.*

Finalmente, el artículo 350 del Código civil sujeta el uso del subsuelo a lo que dispongan los «reglamentos de policía», expresión que hoy ha de entenderse referida a las ordenanzas municipales sobre uso del vuelo, suelo y subsuelo, a las normas urbanísticas vigentes en el municipio, así como a las normas técnicas sobre obras subterráneas.

Antes de la Ley del Suelo, las Ordenanzas municipales agotaban toda la normativa urbanística. Tales Ordenanzas regulaban desde antiguo las obras de los particulares en el subsuelo de sus fincas (12)

(12) Por ejemplo, en Madrid, el *Tratado Breve sobre las Ordenanzas de la Villa de Madrid*, de Juan DE TORIJA, de tan larga vigencia (desde 1661 hasta, quizá, 1866; vid. Pedro NAVASCUÉS en el prólogo a la edición facsímil publicada en 1979), además de ocuparse de los «pozos», los «condutales o alvañales», de los «sumideros», de los «sótanos» («cualquiera que intentare asotantar su casa, podrá hacerlo, sin perjuicio de los vecinos»), etc., dedica el Capítulo XXVIII a las «cuevas»:

«En propio sitio, qualquiera puede hacer cueva, profundandola diez pies, porque tenga bastante capa; y apartandola de los macizos de las paredes: y en caso que mine la casa del vecino, estará obligado á cerrar el rompimiento de cal, y canto á su costa, tomando el plomo de la medianería entrambas vecindades; y de no hacerlo el vecino dagnificado, puede querrellarse criminalmente, por el evidente peligro que le amenaza, originado de la rotura, y poca subsistencia de su casa; porque debe ser obligado a cerrarla, y pagar los daños.

Y saliendo con la cueva á la calle se debe condenar, y mandar macizar; porque el sitio no es suyo, y toca á la Villa: demás, de que con la continuacion de las aguas, y humedades, se recalán los terrenos, y con el golpeo repetido de coches, y carretas, que en la Republica, unos ruedan por grandeza, y otros, por lo que acarrean

y trataban de impedir la práctica tan frecuente de extenderse bajo el subsuelo de las vías públicas horadando cuevas o pasadizos (13).

Después de entrar en vigor la Ley del Suelo pueden coexistir dos tipos de normas: *a)* de un lado, las normas que integran los planes de ordenación (normas urbanísticas del plan general y ordenanzas para la ejecución del plan parcial); y *b)* las ordenanzas de construcción, tradicionalmente denominadas de policía urbana, que regulan los aspectos técnicos, sanitarios, de seguridad, así como las relaciones de vecindad y las servidumbre legales urbanas. La *Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1975* admite la coexistencia de ambos tipos de reglamentaciones, teniendo en cuenta que las segundas «defienden un contenido abstracto», aunque, claro es, no pueden contradecir a las normas urbanísticas.

El control de las obras sobre el subsuelo está sujeto al control de los Ayuntamientos, pero «salvo los excepcionales casos de los artículos 85 y 86 de la Ley de Régimen del Suelo, el resto de las obras, primordialmente si éstas son subterráneas y de mero sondeo, sólo pueden denegarse cuando expresamente el plan las prohíbe» (*Sentencia del Tribunal Supremo —Sala 4.ª— de 30 de junio de 1987 —Ar. 6596—*). Y, a la inversa, las normas sobre volumen y pro-

de bastimentos, y materiales rinden los cimientos, por estarlo, de las aguas, y humedades; y se ocasionan los daños, que en larga experiencia se han visto: y así, el Alarife debe condenarlas, aun no queriendo el dueño, y dár cuenta á la Villa; porque no, de la voluntad de un particular padezcan muchos, pues, para esto está el Ayuntamiento; ó el Cavallero Regidor, Comisario del quartel, para que lo manden.

Vendense las casas, por razon de algunos accidentes: y si aconteciere, que el dueño de la posesion vendiere la mitad de dicha casa, y en ella estuviere alguna parte de cueva, y no la manifestare, en qualquier tiempo que se reconociere el sitio, tenia aquella parte de cueva, debe ser, y le toca al comprador, por ser incluso en el sitio que compró, de la qual se puede servir sin embarazo alguno.»

(13) Carmelo ABELLÁN, en su *Tratado Práctico de la Administración Local Española*, tomo II (1972, págs. 219 y ss.), examina la situación creada por «la existencia de cuevas abiertas en el subsuelo de la vía pública por los vecinos de las casas inmediatas para la guarda de vinos y otros artículos; cuevas construidas sin conocimiento ni licencia del Ayuntamiento, en fecha ignorada, y que son descubiertas al llevarse a cabo excavaciones por obras de apertura de zanjas para instalación de servicios». Ante esta situación, ABELLÁN no admite la posibilidad de que bajo las vías públicas pueda existir propiedad privada, porque «si el Ayuntamiento es el dueño de las superficies de las vías públicas municipales, lo es igualmente del subsuelo que corresponda a las mismas», y tampoco que tales cuevas se amparen en una servidumbre. Sin embargo, propone que, según las circunstancias y aplicando criterios de equidad, se regularice en cada pueblo la situación de esta clase de cuevas, permitiendo la ocupación onerosa del subsuelo si no perturban la instalación de algún servicio público.

fundidad edificables tienen que ser respetadas, siendo nulas las licencias que las contradicen (*Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1989 —Ar. 478—*).

Por otra parte, la jurisprudencia exige la obtención de previa licencia para realizar «movimientos de tierras» (art. 178 LS), incluso cuando se trata de actividades realizadas por explotaciones mineras que cuentan con la correspondiente autorización (*Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril y 10 de octubre de 1988, (Ar. 2619 y 7466, en relación a yacimientos de talco en Puebla de Lillo, y de 26 de noviembre de 1988, Ar. 7260, en relación a yacimientos de carbones en Fabero)*).

II. EL SUBSUELO DEL DOMINIO PÚBLICO LOCAL

1. *Planteamiento*

El subsuelo del dominio público local carece de una regulación general propia.

El Código civil divide los bienes de las provincias y de los pueblos en bienes de uso público y bienes patrimoniales (art. 343) y a continuación añade:

«Art. 344. Son bienes de uso público, en las provincias y pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas de servicio general, costeados por los mismos pueblos o provincias.

Todos los demás bienes que unos y otros posean son patrimoniales y se regirán por las disposiciones de este Código, salvo lo dispuesto en leyes especiales.»

Pero el Código no atribuye ninguna calificación al subsuelo de las plazas, calles, paseos, caminos de los pueblos y provincias. Tampoco lo hacen las normas estatales de régimen local cuando regulan los bienes de las entidades locales (arts. 79 a 83 de la Ley 7/85, arts. 74 a 87 del RD Legislativo 781/1986; Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por RD 1372/86), ni tampoco las normas aprobadas en Cataluña, única Comunidad Autónoma

ma que hasta ahora ha aprobado normas generales de régimen local (arts. 183 a 217 de la Ley 8/87 y el Reglamento del Patrimonio, aprobado por Decreto 335/1988, de 17 de octubre).

Ante la ausencia de normas específicas sobre la propiedad del subsuelo, el artículo 350 del Código es también aplicable al dominio público local —art. 1.2.f) del Reglamento de Bienes, aprobado por RD 1372/86, y art. 19 del Reglamento de Patrimonio de las Entidades Locales de Cataluña, aprobado por Decreto 336/1988—. Por tanto, rige también la regla, con sus límites, de que el propietario de la superficie del suelo es también propietario de lo que está debajo de ella. Así lo ha declarado expresamente el Tribunal Supremo en su *Sentencia de 13 de diciembre de 1988* (14).

La aplicación de esta regla plantea, no obstante, problemas peculiares derivados de la naturaleza pública de los bienes:

— De una parte, el «interés» que determina el límite del subsuelo municipal, bajo el dominio público, es el interés del «uso público» o del «servicio público» al que los bienes están destinados. Por tanto, el subsuelo municipal llega hasta donde sea necesario para ese uso o para la prestación de los servicios públicos.

— Pero, de otra parte, la utilización del subsuelo municipal puede entrar en colisión con las necesidades de otros usos o servicios de titularidad estatal o de la Comunidad Autónoma, de modo que pueden surgir, y de hecho han surgido, conflictos cuya base está en la utilización de ese subsuelo.

(14) La *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 13 de diciembre de 1988* (Ponente: Angel Rodríguez García, Ar. 9384), dictada en un recurso sobre reversión de terrenos expropiados por el Ayuntamiento de Santander para la remodelación de una plaza. La petición de reversión se produjo cuando el Ayuntamiento adjudicó la ejecución y explotación de un aparcamiento subterráneo en régimen de concesión. En ese momento, los actores solicitaron la reversión de la parte del subsuelo que correspondía a la superficie que se había expropiado, sosteniendo que tal subsuelo constituía terreno sobrante. Los actores sostenían la tesis de que la expropiación se había realizado para la remodelación de la superficie de la plaza sin que nunca se hubiera expropiado el subsuelo para construir en él un aparcamiento. La Sala de la Audiencia Territorial de Burgos reconoció el derecho de los actores a la reversión solicitada, pero el Tribunal Supremo estimó el recurso de apelación formulado por el Ayuntamiento declarando que «el aprovechamiento del subsuelo de la plaza por parte de la Corporación municipal es una facultad que le asiste como titular del dominio público sobre la misma, en aplicación "mutatis mutandis" del artículo 350 del Código civil, por lo que en tanto la superficie ocupada por los inmuebles expropiados siga cumpliendo la misma finalidad que determinó su adquisición coactiva y subsista, por tanto, la afectación no puede haber derecho alguno de reversión».

2. *Un precedente histórico:*
La concesión del Metro de Madrid

La cuestión de si los Ayuntamientos son propietarios del subsuelo que se encuentra bajo las vías públicas y, por tanto, a ellos corresponde otorgar las concesiones para su utilización se planteó con ocasión de la construcción en Madrid del primer Metro que se ponía en funcionamiento en España, en octubre de 1919 (antes se habían inaugurado los Metros de Londres, 9 de enero de 1863; Nueva York, 1885; Chicago, 1898; Viena, 1898; París, 1900; Berlín, 1902; Hamburgo, 1912; véase, sobre las características de estos Metros, el artículo de Antonio LÓPEZ, *Los ferrocarriles metropolitanos*, Valencia, 1967). El caso es el siguiente:

Por una Real Orden de 12 de enero de 1917 se había otorgado a don Miguel OTAMENDI la concesión de un Metropolitano en Madrid. El Ayuntamiento de la capital impugnó esta Real Orden en vía contencioso-administrativa, alegando varios motivos. El primero de ellos consistía en que la concesión correspondía al Ayuntamiento por tratarse de la apertura de una vía de comunicación urbana. Además, aun en el caso de que fuera aplicable la Ley de 23 de noviembre de 1877 de Ferrocarriles, la concesión no podía otorgarla el Ministerio de Fomento sin la aprobación de las Cortes (art. 27). También invocaba que la concesión se había hecho sin «salvar el derecho del Ayuntamiento para ser expropiado o indemnizado del valor de los terrenos que han de ocupársele por entender que el dominio del subsuelo de las vías públicas le corresponde con arreglo al artículo 344 del Código civil».

La *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo*, de 11 de mayo de 1920 (publicada en la «Gaceta» de 6 y 7 de agosto de 1920 y, también, en la «Enciclopedia Jurídica Española Seix», Apéndice de 1920, págs. 500 y 501) desestimó el recurso, rechazando los motivos indicados (y los demás, que no tienen interés para la cuestión que aquí se examina). La Sentencia afirma que las concesiones de ferrocarriles metropolitanos no están incluidas en las disposiciones relativas a los ferrocarriles de servicio general ni a los destinados al uso privado —Ley de 23 de noviembre de 1877— ni tampoco a los que regulan los ferrocarriles secundarios o estratégicos —Leyes de 26 de marzo de 1908 y de 23 de febrero de 1912—, aunque, por analogía, estas últimas normas pueden serles

aplicadas. Delimitadas así las normas aplicables, la Sentencia rechaza que se haya producido infracción de tales normas, y en cuanto al problema de la propiedad del subsuelo, se declara incompetente para resolverlo. Dice:

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

Como se advierte, la cuestión quedaba planteada como una colisión entre lo que establece el Código civil en sus artículos 343 y 344 (de los que se deduce que los caminos, plazas, calles, paseos son bienes de uso público que pertenecen a las provincias o a los pueblos) y lo dispuesto en el artículo 6.º del Decreto-ley de 29 de diciembre de 1868 sobre bases para la nueva legislación de minas, que declaraba con carácter general que

«el subsuelo se halla originariamente bajo el dominio del Estado, y éste podrá, según los casos, y sin más regla que la conveniencia, abandonarlo al aprovechamiento común, cederlo gratuitamente al dueño del suelo, o enajenarlo mediante un canon a los particulares o asociaciones que lo soliciten; pero todo ello con sujeción estricta a lo que determinen los artículos siguientes».

El problema se planteaba, pues, en términos distintos a los actuales, porque la ulterior legislación de minas de 1944 y la vigente de 1973 no contienen una declaración semejante sobre el subsuelo, pese a la amplitud de los conceptos que utilizan. Sin embargo, y aunque el Tribunal no llegó a pronunciarse, parece claro que debería haber tenido en cuenta la publicación del Código civil en 1898 y, por tanto, la regla general del artículo 350.

En cambio, la construcción de túneles bajo edificios de propiedad privada no parece que planteó problema alguno. Miguel OTAMENDI, en una Memoria sobre *El Ferrocarril Metropolitano de Madrid, 1917-1944*, escribe: «El tortuoso trazado de las calles del casco viejo de Madrid y la estrechez de las mismas ha obligado, con frecuencia, a llevar el túnel por debajo de las casas; y es interesante consignar que “todos” los propietarios afectados por estas obras han dado gratuitamente las oportunas autorizaciones, en su deseo de facilitar la construcción del Ferrocarril» (pág. 5). (Sobre la evolución del Metro de Madrid, vid. el excelente libro de Antonio LÓPEZ GÓMEZ, *Los transportes urbanos de Madrid*, Madrid, 1983.)

3. Régimen del subsuelo

Bajo el subsuelo de muchas ciudades circula el Metro y los ferrocarriles de enlace; se construyen aparcamientos (tanto «aparcamientos públicos subterráneos» como «aparcamientos para residentes»); se canalizan los cables del control centralizado del tráfico; se establecen pasos a distinto nivel, tanto para vehículos como para peatones; y, sobre todo, se introducen las redes para los servicios básicos de suministro de agua e hidrantes, gas, electricidad, telé-

fono y las conducciones de alcantarillado para el saneamiento de la ciudad (15).

Una actividad tan intensa requiere una regulación jurídica adecuada para resolver los conflictos competenciales y de intereses que con frecuencia provoca. Tal regulación comprende:

- la planificación de las redes y la coordinación de los trabajos que evite conflictos entre la Administración municipal y otras administraciones;
- un sistema de concesiones y licencias;
- la obtención de recursos mediante la fijación de precios públicos;
- la previsión de modificaciones del trazado de las instalaciones y sus consecuencias; y
- la reparación de los daños que las obras puedan causar.

A) *Conflictos con otras Administraciones por la utilización del subsuelo*

La armonización de las competencias municipales y de las competencias autonómicas y estatales sobre el subsuelo (en materia de aguas, minas, carreteras, ferrocarriles subterráneos, etc.) se realiza a través de la planificación urbanística y de los órganos de gestión de los servicios que exceden del ámbito territorial del municipio. Al estudio de ambas técnicas se dedican otras ponencias de estas

(15) La práctica inexistencia de galerías de servicios (salvo algunos kilómetros en ciertas zonas de ciudades importantes) da lugar a continuas obras («calas» y «canalizaciones») que no sólo perturban la vida ciudadana, sino que ocasionan gastos excesivos por su repetición en los mismos lugares y por los daños que, con frecuencia, causan en otras instalaciones. Así, por ejemplo, en el mes de agosto de 1989 estaban abiertas, en Madrid, 873 calas y 177 canalizaciones, según los partes enviados desde las Juntas Municipales de Distrito a la Concejalía de Infraestructura y Obras. (Pedro MOTOLIU, en «El País», 25 de septiembre de 1989, al dar esta noticia, concretaba que, en esos días, Gas Madrid realizaba 400 obras; el Canal de Isabel II, 245; Unión Fenosa trabajaba en 115 puntos, e Hidroeléctrica y Telefónica, en un centenar más; el resto de las obras correspondía a la mejora del alcantarillado, a la colocación de bocas de riego y a distintas acometidas de particulares.) La necesidad, pues, de una coordinación en la ejecución de las obras y de su planificación urbanística es evidente.

La jurisdicción contencioso-administrativa se ha ocupado con frecuencia de los problemas que plantea la utilización del subsuelo. El trazado de las redes de servicios (especialmente la elección entre conducción aérea y conducción subterránea), las variaciones en ese trazado y los daños que las obras pueden ocasionar sobre las conducciones son las cuestiones más conflictivas.

Jornadas y, por lo tanto, exceden de la materia propia de esta ponencia sobre el subsuelo:

- La ponencia del profesor Enrique ARGULLOL sobre «Instrumentos urbanísticos para regular las redes de servicios».
- La ponencia del profesor Joaquín TORNOS sobre «Competencias municipales para la regulación y gestión de los servicios públicos».

A ellas nos remitimos.

No obstante, aquí hay que señalar que las leyes sectoriales han previsto, con mayor o menor precisión, la intervención de los Ayuntamientos. Así:

- en materia de *aguas*, la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto —art. 86, *f*), *h*) y *l*)—; la Ley 14/86 General de Sanidad, artículo 46; y las leyes de Cataluña 5/81, de evacuación y tratamiento de aguas residuales, y de Madrid 17/84, de abastecimiento y saneamiento de agua;
- en materia de *minas*, la Ley de Minas 22/1973, de 21 de julio;
- en materia de *carreteras*, la Ley de Carreteras 25/1988, de 29 de julio (art. 12);
- en materia de *transportes*, la Ley de Ordenación de los transportes terrestres 16/1987, de 30 de julio (art. 5.2);
- en materia de *telecomunicaciones*, la Ley de Ordenación de las telecomunicaciones 31/87, de 18 de diciembre (art. 18);
- en materia de *suministro de gas*, la Ley 10/1987, de 15 de junio (art. 12.1);
- en materia de instalaciones eléctricas, la Ley 10/1966 (art. 13).

Por otra parte, también es preciso destacar la importancia fundamental de la planificación urbanística como instrumento de racionalización de los conflictos a que da lugar la instalación de redes de servicios subterráneos. La Ley del Suelo incluye, como hemos visto, entre las determinaciones necesarias de los Planes Generales «las características y trazados de las galerías y redes de abastecimiento de agua, alcantarillado, energía eléctrica y de aquellos otros servicios que, en su caso, prevea el Plan» —art. 12.2.f) LS—. Y lo mismo se establece también para los Planes Parciales —arts. 13.2.f)

LS y 53 RP—, para los Programas de Actuación Urbanística —art. 16.2.c)— y para los Planes Especiales (arts. 17, 23 y 24 LS).

La planificación urbanística se completa con las Ordenanzas Reguladoras de Obras e Instalaciones (antes denominadas «ordenanzas técnicas de calas y canalizaciones») y con los Pliegos de Condiciones Técnicas Generales, a los que nos referimos después, al tratar de las licencias en esta materia (16).

B) Concesiones y licencias

a) Concesiones.

La utilización del subsuelo público requiere la obtención de una previa *concesión demanial*, generalmente integrada en la concesión del servicio o, si ello no es así, obtenida por el procedimiento previsto en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (arts. 78 a 91).

Como regla general, el Tribunal Supremo mantiene que la autorización para ocupar terrenos del subsuelo no puede consistir en una mera licencia para la realización de una actividad, sino que exige el otorgamiento de la correspondiente concesión (17).

(16) Pero es necesario destacar, en todo caso, la singular importancia de una planificación general de galerías de servicios. Incomprensiblemente, la construcción de galerías de servicios no se ha exigido como la lógica y la economía lo requieren. Superado hoy, al parecer, el problema de la instalación de conducciones de gas (debidamente aisladas) en las galerías de servicios, éstas ofrecen una solución óptima para gran parte de los problemas de las redes de servicios. Algunas ciudades cuentan con una importante red de galerías (Madrid tiene implantadas galerías «visitables» bajo más de 70 kilómetros de su red viaria, aunque ello es notoriamente insuficiente) y otras han aprobado planes para su instalación (Barcelona ha aprobado un *Plan Especial de Galerías de Servicios en el II Cinturón, Cinturón Litoral I, Cinturón-Ronda del Mig y viales conexos*).

(17) Así, la Sala 4.^a del Tribunal Supremo anula la ocupación por silencio de una parte del subsuelo de la Plaza de la Constitución de la Villa de Cee (La Coruña) para la instalación de un depósito de gasóleo que había sido denunciada por un vecino. La *Sentencia de 20 de diciembre de 1986* (Ar. 1173 de 1987) declara que el Ayuntamiento debía haber tramitado el correspondiente expediente de concesión:

«TERCERO.—Y entrando ya en el fondo de la cuestión planteada, resulta obvio, como adecuadamente distingue la sentencia de instancia, que son distintas las licencias otorgadas para la realización de las obras y de la actividad de depósito de gasóleo y la autorización de ocupación de terrenos de dominio público, sito en el lugar citado, junto a la ría de Corcubión, no pudiéndose asumir la tesis de la Sala de instancia relativa al difícil encaje de tal ocupación en los distintos apartados del artículo 59 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, por cuanto, aunque es cierto que el concepto de

b) *Licencias.*

Todas las obras e instalaciones en el suelo o subsuelo necesitan, además, *licencia municipal*. En este sentido es muy claro y tiene interés general lo dispuesto en la «Ordenanza Reguladora de las Obras e Instalaciones en los Espacios Libres Municipales de Dominio y Uso Público del Ayuntamiento de Madrid» (aprobada por el Pleno el 31 de octubre de 1985 y publicada en «BOCM», número 71, de 25 de marzo de 1986):

«Art. 24. 1. Toda obra o instalación a realizar en el suelo o subsuelo de los espacios libres municipales de dominio o uso público, estará sometida a la obtención previa de licencia o autorización municipal o, en su caso, permiso de urgencia y al pago de las correspon-

propiedad en nuestro ordenamiento jurídico no responde ya al viejo criterio quirritario romano, dados los límites que establece, por ejemplo, la legislación minera, si que todavía el concepto de propiedad del artículo 348 del Código Civil comprende el subsuelo más inmediato y su ocupación permanente por parte de un particular, cuando el dominio es público, cual en el caso acaece, y dado que tal circunstancia no se discute en momento alguno, permite ello subsumir el caso, bien en el apartado segundo del citado artículo 59 del Reglamento de Bienes, bien en el apartado cuarto del mismo, ya que tal ocupación no sólo impide otra a realizar por un tercero, sino el mismo uso municipal, tan corriente en la actualidad, de instalación de redes de servicios, bien sean directamente prestados por la Corporación, bien sean efectuadas por concesionarios de ellos; tal consideración determina la no estimación del recurso de apelación, pues aunque ella pone de manifiesto la infracción del artículo 62 del citado Reglamento de Bienes y de sus disposiciones concordantes, una estimación del recurso, para restablecer ese aspecto de la legalidad, es totalmente incompatible con la postura impugnativa de la Corporación que solicita la declaración de conformidad jurídica de unos acuerdos totalmente ilegales, en cuanto hacen dejación de la defensa del dominio municipal, de lo que resulta la necesidad de confirmar la sentencia de instancia, para no producir una reforma del fallo que iría en perjuicio de la propia Corporación recurrente, que, obviamente, deberá actuar en el expediente de legalización de uso del suelo con la prudencia que el caso requiere; y no se alegue, cual reiteradamente se ha indicado, que la licencia definitivamente concedida el 16 de octubre de 1978 cubre la ocupación del suelo público, porque es claro que el trámite seguido lo fue para la autorización de la actividad de almacenamiento de gasóleo, no para una ocupación de terrenos de dominio público, por lo que, caso de haberse efectuado alguna referencia a tal aspecto en el acto licenciatario, lo que no consta, ella sería nula total y absolutamente, al haberse prescindido también total y absolutamente del procedimiento para ello establecido.»

dientes exacciones fiscales, según la normativa aplicable en cada supuesto, de conformidad con lo establecido por el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 y artículo 1 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978.

2. Asimismo estarán sujetas a la obtención de licencia municipal las obras promovidas por la Administración estatal o autonómica sobre terrenos de dominio o uso público, con las limitaciones y excepciones contenidas en el artículo 180 de la Ley del Suelo.

Art. 25. El procedimiento general para el otorgamiento de las licencias se ajustará a lo establecido en la legislación de régimen local y Reglamento de Disciplina Urbanística.»

La misma Ordenanza define los tipos de obras que pueden realizarse en el suelo y subsuelo de la red viaria y de los espacios libres. Pueden ser:

— *Calas*.—«Se entenderá por *cala* la apertura del suelo o pavimento llevada a cabo para descubrir un servicio existente que es necesario reparar, o para proceder a su instalación, siempre que su longitud sea inferior a 25 metros. A partir de esta longitud se considerará como canalización, con independencia del motivo de apertura» (art. 2.º, a).

— *Canalizaciones*.—«Se denomina *canalización* a toda apertura del suelo o pavimento cuando su objetivo sea la instalación de un nuevo servicio en el subsuelo o sustitución de uno ya existente y longitud superior a 25 metros. En el caso de acometida de alcantarillado, se considerará canalización cuando la longitud supere el ancho de la vía pública.»

Las *instalaciones* se clasifican en esa Ordenanza:

- en galerías visitables (art. 6);
- en cajones de servicios (art. 7).
- en el subsuelo por canalizaciones entubadas (art. 8);
- simplemente enterradas (art. 9); y
- por tendido aéreo.

Sin embargo, las instalaciones por tendido aéreo sólo se admiten excepcionalmente. La Ordenanza dice que «estarán absolutamente prohibidos los tendidos aéreos, ya sean eléctricos, telegráficos o telefónicos, en todo el ámbito del suelo urbano, definido por el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, salvo autorización expresa para instalaciones provisionales.

En el ámbito del suelo urbanizable, en tanto no se apruebe el planeamiento parcial que lo desarrolle, podrán permitirse las instalaciones en precario, quedando las Compañías obligadas a las modificaciones precisas, o a su cambio definitivo por construcciones enterradas, según la definición que establezca el correspondiente proyecto de urbanización; en este caso, los puntos de soporte deberán tener la solidez y estabilidad necesarias y estarán debidamente recibidos y anclados al terreno de tal forma que su estabilidad quede garantizada en todo momento. El gasto que originen tales modificaciones será soportado de acuerdo con las disposiciones contenidas en la normativa vigente» (art. 10).

c) *Carácter reglado de las licencias de obras.*

El otorgamiento de licencias para realizar obras en el subsuelo de la red viaria y de los espacios libres de dominio y uso público municipal tiene carácter reglado y está condicionado a que esas obras cumplan las normas técnicas y las normas urbanísticas vigentes en el municipio.

a') *Las normas técnicas* que tienen especial relevancia para este tipo de obras son las siguientes:

- Normalización de elementos constructivos para obras de urbanización.
- Pliego de Condiciones Técnicas Generales.
- Pliego de Condiciones para el Concurso de las obras de conservación y reforma de los pavimentos.

b') *Las normas urbanísticas* constituyen el criterio fundamental para el otorgamiento o la denegación de las licencias. La jurisprudencia ha dejado clara, en los numerosos conflictos planteados sobre el trazado de las instalaciones subterráneas, la supremacía de las normas urbanísticas.

Aquí hay que distinguir, por tanto, entre municipios que tienen una normativa urbanística aplicable y los que carecen de ella. Como ejemplo de esta distinción, es significativo el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en las numerosas sentencias dictadas con ocasión de conflictos suscitados por la instalación de líneas telefónicas (elección entre instalación aérea o instalación subterránea).

a") En aquellos casos en los que existe Plan aprobado, la primacía de éste no ofrece duda. Como exponente de esa doctrina puede reproducirse la *Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1989* (Ponente: José Luis Ruiz Sánchez, Ar. 1389) (18).

(18) *Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1989* (Ponente: José Luis Ruiz Sánchez, Ar. 1389):

«PRIMERO.—Nuevamente se suscita la cuestión de la colocación de los postes para el tendido de las instalaciones telefónicas con la problemática de la prevalencia de las normas específicas derivadas de la Ley del Suelo y las resultantes del contrato concertado entre el Estado y la CTNE, siendo preciso para establecer la conclusión procedente fijar: 1) La prevalencia de las normas urbanísticas, por aplicación de lo previsto en el artículo 1.º, 56, 57.1 y 180 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, sobre las que regulan las relaciones entre el Estado y la CTNE —prescindiendo de la evolución experimentada en las relaciones entre el Estado y la CTNE—. El contrato concesional vigente fue aprobado por Decreto de 31 de octubre de 1946, es cuestión dilucidada y establecida en multitud de sentencias de esta Sala, que se hace ocioso reiterar, disponiendo expresamente el artículo 56 de la Ley del Suelo que “los Planes, Normas Complementarias y Subsidiarias, Programas de Actuación Urbanística, Estudios de Detalle, proyectos, normas ordenanzas, ordenanzas y catálogos serán inmediatamente ejecutivos, una vez publicada su aprobación definitiva”, y el 57.1 expresamente dispone: “Los particulares, al igual que la Administración, *quedarán* obligados al cumplimiento de las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la presente Ley y en los Planes, Programas de Actuación Urbanística, Estudios de Detalle, proyectos, normas y ordenanzas aprobadas con arreglo a la misma.” 2) El Plan General de Ordenación Urbana de Madrid fue aprobado definitivamente el 7 de marzo de 1985. 3) La Ordenanza Reguladora de las Obras e Instalaciones en los Espacios Libres Municipales de Dominio y Uso Público aprobadas por el Ayuntamiento Pleno de 31 de enero de 1986 (publicado en el B. O. Comunidad de Madrid el 25-3-1986) establece en su artículo 10 que: “estarán absolutamente prohibidos los tendidos aéreos ya sean eléctricos, telegráficos o telefónicos, en todo el ámbito del suelo urbano definido por el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, *salvo autorización expresa para instalaciones provisionales*”. 4) Con anterioridad a la referida Ordenanza estaba vigente la Ordenanza de Actuación en el Suelo y Subsuelo de los Espacios Libres Municipales de Dominio y Uso Público (aprobada por el Ayuntamiento Pleno con fecha de 30 de junio de 1979), en cuyos artículos 3.º, 4.º y 7.º son de aplicación a la zona referida, que, además, constituye en el momento actual una zona de evidente intensidad e importancia urbanística, constituyendo un “barrio céntrico”, como lo revela la avenida Cardenal Herrera Oria, las calles Francisco Bus-

Otras muchas sentencias de la misma Sala del Tribunal Supremo reiteran el principio de supremacía de las normas urbanísticas. Así, las *Sentencias de 27 de enero de 1989* (Ar. 462), *10 de febrero de 1989* (Ar. 2458), *23 de febrero de 1989* (Ar. 2531), *1 de marzo de 1989* (Ar. 1930), *1 de marzo de 1989* (Ar. 1931), *19 de abril de 1989* (Ar. 3444), *13 de junio de 1989* (Ar. 5497), *15 de junio de 1989* (Ar. 5499), *4 de julio de 1989* (Ar. 5689), *26 de septiembre de 1989* (Ar. 6505) y *28 de septiembre de 1989* (Ar. 6681).

b") En cambio, cuando se trata de municipios que no tienen una normativa urbanística que regule esta cuestión, la jurisprudencia aplica lo dispuesto en la Base 15, apartado 7.º, del contrato. Así, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de enero de 1989* (Ar. 153) (19).

tillo, Luisa Serrano, Carmen Fernández, Miguel San Narciso y Manuel Pérez, prohibiéndose los tendidos aéreos en los artículos 206 y 207 de las Ordenanzas del Uso del Suelo y Edificación —aprobadas definitivamente por la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de Madrid el día 29 de febrero de 1972, modificada posteriormente por la Coplaco en 1 de marzo de 1974 y 23 de octubre de 1980— y en su artículo 226.»

(19) La *Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de enero de 1989* (Ar. 153) dice:

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

c) *Precios públicos por la utilización del subsuelo.*

La Ley Reguladora de las Haciendas Locales 39/1988, de 28 de diciembre, incluye, entre los recursos de las Entidades Locales, «los percibidos en concepto de precios públicos» —art. 2.1.e)—. La misma ley dispone que «tendrán la consideración de precios públicos las contraprestaciones pecuniarias que se satisfagan por «la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local» —art. 41.A)—. Corresponde al Pleno de la Corporación su fijación (art. 48) en uso de la potestad tributaria que la Ley de Bases de Régimen Local le reconoce (art. 4 de la Ley 7/1985).

Es competencia, pues, de las Corporaciones Locales el establecimiento de los precios públicos por la utilización privativa y el aprovechamiento especial del suelo, subsuelo y vuelo de las vías públicas.

Así, por ejemplo, el Ayuntamiento de Madrid ha aprobado dos Ordenanzas, la primera para el supuesto de utilización del dominio público por empresas explotadoras de servicios públicos, y la segunda para el supuesto de usos particulares:

— La «Ordenanza Reguladora del Precio Público por Utilización Privativa y Aprovechamientos Especiales Constituidos en el Suelo, Subsuelo o Vuelo de la Vía Pública en favor de Empresas Explotadoras de Servicios Públicos», aprobada por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, el 29 de noviembre de 1989, desarrolla lo dispuesto en el artículo 45.2 de la Ley de Haciendas Locales: «Cuando se trata de precios públicos por utilización privativa

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

o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, en favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllos consistirá, en todo caso, y sin excepción alguna, en el 1,5 por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal dichas Empresas.» La Ordenanza dispone que «tendrán la consideración de Empresas explotadoras de suministros, con independencia de su carácter público o privado, las siguientes: a) Las empresas suministradoras de energía eléctrica, agua o gas. b) Cualquiera otras empresas de servicios de suministros que utilicen para la prestación de los mismos tuberías, cables y demás instalaciones que ocupen el suelo, vuelo o subsuelo municipales».

— La «Ordenanza Reguladora de los Precios Públicos por Aprovechamientos Privados y Especiales del Vuelo, Suelo y Subsuelo de la Vía Pública», de igual fecha que la anterior, 29 de noviembre de 1989, incluye entre los supuestos sometidos al pago de un precio «las ocupaciones del subsuelo para usos particulares, como cajas registradoras, bocas de carga de combustible, arquetas y transformadores, cables, tuberías, rieles y otros elementos análogos» —art. 1.º, g)—, y establece en el epígrafe G (art. 14) la cuantía de las tarifas a pagar en cada supuesto. Además, incluye la consiguiente cláusula residual: «Por ocupación del subsuelo para usos particulares, y aunque se limite a servir de agrandamiento o ensanche de las plantas inferiores de los inmuebles, se abonará una cuota equivalente al 11 por 100 del valor del terreno ocupado en que se comprenda, que se fijará tomando como base el valor unitario establecido en el Índice de Valores del trienio 86-88 para los terrenos con fachada a la vía pública en que realice el aprovechamiento.»

C) *Modificación del trazado de las instalaciones que ocupan el dominio público municipal*

Una cuestión de gran importancia y muy discutida es la del ejercicio de la potestad de los Ayuntamientos para exigir el cambio del trazado de las instalaciones de servicios que ocupan el dominio público municipal. El título que habilita al municipio para ordenar

el cambio y la imputación y cálculo de los gastos que el cambio origina son los dos aspectos de la cuestión más discutidos.

Por lo general, las normas que regulan cada servicio dedican alguna disposición a esa materia, pero tales disposiciones no suelen ser completas ni suficientes. Por ello, las ordenanzas municipales más recientes contienen disposiciones que suplen posibles lagunas (así, por ejemplo, el art. 21.4 de la «Ordenanza sobre Utilización de los Bienes de Uso Público Municipal del Ayuntamiento de Barcelona», y el art. 15 de la Ordenanza Reguladora de las Obras e Instalaciones en los Espacios Libres Municipales de Dominio Público del Ayuntamiento de Madrid, a la que luego nos referiremos).

La discusión sobre el título que habilita para exigir variaciones del trazado de las instalaciones parece haber alcanzado una respuesta, generalmente aceptada: en el caso de instalaciones sobre fincas privadas, el dueño del predio sirviente tiene los derechos previstos en el artículo 545 del Código civil; en cambio, en el caso de instalaciones sobre dominio público, se trata de concesiones o de autorizaciones que están sometidas al *ius variandi* de la Administración.

Más compleja es, sin embargo, la determinación e imputación de los gastos ocasionados por el cambio. La cuestión depende de que se atribuya o no la condición de «precario» a la concesión o a la autorización. El ejemplo de lo sucedido con la variación de las líneas eléctricas muestra la evolución de este problema.

Históricamente, el problema se resolvió incluyendo en las concesiones o autorizaciones —cuestión ésta también debatida— la llamada cláusula de precario, en virtud de la cual la Administración se reservaba el derecho a obligar al concesionario a realizar por su cuenta y sin derecho a indemnización alguna las modificaciones impuestas por la Administración. Nuestro Tribunal Supremo reconoció la validez de esta cláusula en todos aquellos recursos en que las compañías eléctricas la impugnaron directa o indirectamente. Sin embargo, en el año 1966, al promulgarse la Ley sobre «expropiación forzosa y servidumbres de paso para instalaciones de energía eléctrica», Ley de 18 de marzo de 1966, se introdujo una disposición, artículo 7.º, destinada a regular las variaciones del trazado de las líneas, que eliminó la licitud de la cláusula de precario:

«Art. 7. 1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 545 del código civil, la servidumbre de paso de ener-

gía eléctrica no impide al dueño del predio sirviente cercarlo o edificar sobre él, dejando a salvo dicha servidumbre. Podrá asimismo el dueño solicitar el cambio del trazado de la línea si no existen dificultades técnicas, y corriendo a su costa los gastos de la variación.

2. La variación del tendido de una línea como consecuencia de proyectos o planes aprobados por la Administración en sus diversas esferas, comportará el pago del coste de dicha variación y de los perjuicios ocasionados.»

A pesar de los términos bastante claros del párrafo segundo del artículo 7.º, nuestra Jurisprudencia mostró, en un primer momento, cierta resistencia a su plena aplicación, quizá debido a la idea latente de que no era del todo justa la solución que daba a la imputación de los gastos ocasionados por la variación de las líneas. La jurisprudencia, por ejemplo, mantuvo la tesis, en un primer momento, de que este precepto no afectaba a las líneas ya existentes, refiriéndose sólo a las que se tendiesen en el futuro.

La doctrina, en cambio, sometió a una severa crítica la validez de la cláusula de precario (Jesús LEGUINA, Javier SALAS) (20).

(20) Jesús LEGUINA, *Instalaciones de líneas eléctricas y precariedad administrativa*, núm. 68 de esta REVISTA, 1972, y Javier SALAS, *Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1977, páginas 389 y ss.

Jesús LEGUINA (*ob. cit.*, págs. 13 y ss.) sometió a una rigurosa crítica, en primer lugar, la técnica concesional aplicada a las resoluciones por las que se permitía el paso de líneas eléctricas sobre terrenos de dominio público, criticando, asimismo, las antiguas normas (Reales Ordenes de 17 de febrero de 1908 y 4 de junio de 1913) que imponían la cláusula de precario sobre la base de que se trataba de una característica común a todas las concesiones de obras públicas. Jesús LEGUINA rechaza, por otro lado, que nos encontremos ante una servidumbre de paso sobre dominio público y rechaza, asimismo, que se trate de una ocupación privativa adquirida por concesión, defendiendo, en cambio, la tesis del uso especial del demanio atribuido mediante simple autorización administrativa. Sobre esta base, y partiendo de la distinción neta de la figura del precario civil y la del precario administrativo (distinción que ha sido cuidadosamente analizada por Ramón MARTÍN MATEO, *La cláusula de precario en las concesiones de dominio público*, núm. 56 de esta REVISTA, 1968, págs. 101 y ss. y 120), Jesús LEGUINA ve en la cláusula de precario un medio para evitar que las utilizaciones secundarias constituidas por aprovechamientos privativos o usos anormales del dominio público se erijan en obstáculos insuperables para la finalidad primaria de esc dominio (pág. 32). Ahora bien, el conflicto de intereses que esta cláusula levanta —el interés público en el mantenimiento del destino primario del demanio y el interés privado en la conservación del equilibrio patrimonial— debe resolverse, sostiene LEGUINA, aplicando la tesis de Ramón MARTÍN MATEO, en virtud de la cual hay que elevar a principio general la precariedad de primer grado —esto es, aquella que imputa a la Administración las consecuencias económicas derivadas

En este contexto, y con el precedente de las Sentencias de 17 de febrero de 1972 y de 23 de mayo de 1972, se dictó la importante *Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1978* (Ponente: Angel Martín del Burgo, Ar. 3690), que, en síntesis, declaró:

1.º La tesis concesional de la ocupación del demanio por causa de la instalación del tendido de una línea de energía eléctrica está hoy superada doctrinal, jurisprudencial y legalmente, de manera que hay que reconocer, como más ajustada a derecho, la tesis de la autorización administrativa.

2.º La inclusión de una cláusula de precario en las autorizaciones regladas de la Administración, con la finalidad de exonerar a la Administración de responsabilidad patrimonial cuando se hace uso

del acto revocatorio—, estableciendo, en cambio, que la precariedad de segundo grado o absoluta —que elimina toda responsabilidad patrimonial de la Administración— debe operar sólo de modo excepcional. Partiendo de estas premisas, Jesús LEGUINA critica el inadecuado empleo de la cláusula de precario en las autorizaciones para el tendido de líneas eléctricas hasta el año 1966, año en el que la Ley de 18 de marzo produce, como hemos visto, una transformación sustancial en esta materia (págs. 39 y ss.). Por último, Jesús LEGUINA combate la resistencia jurisprudencial a aplicar la nueva regulación, elogiando, finalmente, la importante rectificación que en esa doctrina supuso la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1972.

Javier SALAS (*ob. cit.*, págs. 3777 y ss.), por el contrario, al estudiar el régimen legal anterior a la Ley de 1966, sostiene que se trataba de una precariedad que, frente a los ataques formulados por la doctrina, «estaba plenamente justificada, como lo está toda precariedad en la utilización para usos anormales de dominio público frente a los que debe prevalecer el uso normal o institucional del mismo y, por consiguiente, la potestad de la Administración para variar sin indemnización las condiciones de éste» (*ob. cit.*, pág. 389). Una precariedad, pues, que permite variar el trazado de la línea en aras de una mejor utilización normal del demanio de que aquella utilización se sirve (ensanchamiento o variación del trazado de una carretera, línea férrea, etc.). Javier SALAS, no obstante, reconoce que era excesiva la extensión, entonces usual, de la cláusula de precariedad no sólo a la utilización estricta del demanio, sino a la entera instalación de la línea. Extensión que tenía una explicación en la consideración de la instalación del tendido de líneas eléctricas como «concesión de obra pública», dado que hasta época relativamente reciente no se conocía la moderna técnica de las utilidades industriales. Ello explicaba que la inclusión de la cláusula de precario afectase a toda la línea y no sólo a aquella parte asentada sobre una dependencia demanial. Ahora bien, frente a esa posición maximalista se ha producido, dice Javier SALAS, una posición no menos maximalista de signo contrario, la del artículo 7.º 2 de la Ley de 1966 (*ob. cit.*, pág. 362). Posición que rechaza porque «sale al paso de la totalidad de la praxis anterior, sin distinguir los diferentes supuestos de variaciones de líneas impuestas por la administración», cuando «lo razonable hubiera sido la distinción de diversas hipótesis, de modo que, no en todo caso, el coste de la variación del tendido corriera a cargo de la Administración» (*ob. cit.*, pág. 393). Así, por ejemplo, cuando la línea de transporte ha quedado fuera de ordenación o cuando la línea se levantó sobre zona urbana aún sin edificar bajo condición de transformarla en subterránea en el momento en que comenzaran las construcciones, etc. (págs. 418 y 419).

de la misma, pugna con los principios de nuestro ordenamiento jurídico-administrativo (21).

Una solución en parte distinta se encuentra en el Decreto de 13 de mayo de 1954 («BOE», 16 de mayo), que regula la participación de la Administración y de la Compañía Telefónica en el coste causado por la modificación o traslado de líneas telefónicas (según el art. 4.º, el 50 por 100 lo sufraga la Administración y el 50 por 100 la Compañía —o la Dirección General de Correos si la línea es de telégrafos—) (22).

Ahora bien, no siempre las normas aplicables a cada servicio contienen una regulación suficiente de esta cuestión. Para completar las posibles lagunas en el Ayuntamiento de Madrid, la *Ordenanza Reguladora de las Obras e Instalaciones en los Espacios Libres Municipales de Dominio Público* (aprobada por el Pleno el 31 de octubre de 1986) dispone:

«Art. 16. *Modificación de instalaciones como consecuencia de actuaciones municipales.*

1. Si el Ayuntamiento exigiese el retranqueo o modificación de un servicio instalado correctamente según la licencia concedida, aquél abonará a la Compañía

(21) Sobre esta Sentencia, Fernando SAINZ MORENO, *La cláusula de precario en la autorización para tender líneas eléctricas sobre dominio público*, «REDA», 21, 1979.

Pero la Sentencia advierte que en estos casos no se trata de resolver una simple colisión entre el interés público al que el demanio sirve y el interés privado de la empresa concesionaria, sino que, por el contrario, hay que tener en cuenta que la empresa concesionaria presta un servicio público, el cual, por ser público, merece también una especial protección. En tal sentido, el Tribunal Supremo dice:

«CONSIDERANDO: *Que siendo titular el referido Ayuntamiento del dominio sobre el que se ha de instalar o se ha instalado la línea eléctrica y el transformador en cuestión, y correspondiéndole, por otra parte, el poder de policía que le habilita y le obliga a intervenir en estos casos, tanto por las atribuciones genéricas que le atribuye la legislación de régimen local (Ley de Régimen Local y Reglamento de Servicios), como por la específica del ordenamiento eléctrico (Ley de 18 de marzo de 1966, art. 2.3; Decreto de 20 de octubre de 1966, núm. 2617/66, art. 5.º; Decreto de 20 de octubre de 1966, núm. 2619/66), sin embargo, tales prerrogativas tienen forzosamente que ejercitarse en sentido coherente y armónico con la naturaleza del servicio a que pertenece la instalación de que se trata, esto es, con su naturaleza de servicio público, ya asignada en el artículo 1.º del Reglamento de Verificaciones Eléctricas de 12 de marzo de 1974, recordado al comienzo de la citada Ley de 1966.»*

(22) Sobre esta cuestión, véase el libro de Alejandro NIETO y Juan Antonio CAMPORA, *La Compañía Telefónica Nacional de España y las Corporaciones Locales*, editado por el Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial, Granada, y la ponencia de Alejandro NIETO, «El servicio telefónico y los Ayuntamientos».

afectada el coste de las obras conforme a la normativa que fuera aplicable. Si ésta no existiese, el abono será del 80 por 100 del coste total, disminuido en un 5 por 100 por cada año o fracción desde su instalación.

2. Si la modificación del servicio fuera a propuesta de la Compañía o aquél no correspondiera a la licencia concedida, el importe íntegro de la misma corresponderá a la Empresa de Servicios.»

D) *Daños causados por obras que se realizan en el subsuelo*

La realización de obras en el subsuelo puede causar daños a las fincas que se encuentran en la superficie, o en la vecindad de la obra, o bien en instalaciones o conducciones situadas en el mismo subsuelo.

a) *Daños en las fincas que se encuentran en la superficie.*

Los supuestos más frecuentes tienen lugar cuando se producen corrimientos de tierras como consecuencia de excavaciones para la construcción de galerías de servicios, aparcamientos subterráneos o túneles del Metro. En tales casos, cuando las obras se realizan en terrenos pertenecientes al Ayuntamiento suelen plantearse como problemas generales el de la imputación de los daños, la determinación de la cuantía de los mismos, y la vía procesal para exigir su pago.

— Sobre la imputación de los daños causados, la jurisprudencia más reciente, además de aplicar las reglas generales sobre responsabilidad por daños causados por contratistas de obras públicas, tiende a admitir la responsabilidad solidaria de la Administración municipal por *culpa in vigilando*. Así, por ej., la *Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1987 (Ar. 673)* confirma la responsabilidad de un contratista y del Ayuntamiento de Zaragoza por los daños causados a un edificio contiguo, como consecuencia de la apertura de una zanja para la colocación de una tubería. La Sentencia declara que, en estos casos, la Administración no responde tanto por la actuación del contratista (a lo que se opondría lo dispuesto en el art. 134 del Reglamento General de

Contratación del Estado, aplicable a la Administración Local) como por su propia responsabilidad, esto es, por su negligencia al no cumplir o no hacer cumplir a sus empleados o técnicos sus obligaciones de vigilancia. (Vid., también, Sentencia de 17 de marzo de 1980 —Ar. 1118—.)

— Pero siendo, entonces, una responsabilidad administrativa la que aquí se exige, surge la cuestión de la competencia de la jurisdicción civil para declarar la responsabilidad administrativa de una corporación local, cuestión que la jurisprudencia resuelve invocando la doctrina sobre la «continencia de la causa» (Sentencias de 15 de octubre de 1976, 22 de diciembre de 1985, 14 de octubre de 1986, etcétera). Ultimamente, las Sentencias de 17 de diciembre de 1985 (Ar. 6591) y de 2 de febrero de 1987 (Ar. 673) declaran que «la conjunta demanda de la Administración con una persona jurídica privada, pretendidamente corresponsable del evento dañoso, determina la competencia exclusiva de la jurisdicción civil para su conocimiento, por el carácter atractivo de la misma, pues, siendo solidarias sus responsabilidades, de separarse la continencia de la causa, se correría el riesgo de fallos contradictorios, lo que constituiría un absurdo lógico y jurídico, produciéndose un caso de *litis consorcio pasivo necesario*, que atribuye el conocimiento de la cuestión debatida a la jurisdicción civil, dada su *vis atractiva*».

— La determinación del daño que ha de ser reparado no puede producir un beneficio injustificado al perjudicado cuando la reparación comporta, como suele suceder, una mejora del estado general del edificio dañado. Pero, por otra parte, durante el tiempo que media entre el momento en que el daño se produce y la finalización de las obras de reparación, puede quedar inutilizable parte o todo el edificio afectado, lo que implica un daño adicional que debe ser también reparado. Para esto último, el Consejo de Estado ha propuesto la aplicación analógica de las reglas de la ocupación temporal (Dictamen sobre daños causados por las obras del Metro de Sevilla) (23).

(23) Sobre la determinación de la cuantía del daño que ha de ser reparado tiene especial interés la doctrina expuesta por el Consejo de Estado en su Dictamen de 5 de junio de 1985 (núm. 46811) en relación a las obras del Metro de Sevilla.

Ante la reclamación planteada por la propietaria de la «Casa o Palacio Guardiola», inmueble situado en la Plaza Puerta de Jerez de la Ciudad de Sevilla, por los daños causados en el mismo, por obras de construcción de galerías del Metro de Sevilla, el Consejo de Estado dictamina, en síntesis, lo siguiente:

b) *Daños en las instalaciones o conducciones que se encuentran en el subsuelo.*

La realización de obras en las vías públicas, mediante la apertura de zanjas, puede dar lugar a que sufran daño las instalaciones o

— Sobre la posible existencia de responsabilidad objetiva de la Administración, el Consejo de Estado afirma que se dan los requisitos para apreciar esa responsabilidad y para imputarla a la Administración y no al contratista, al haberse ajustado éste, estrictamente, a los proyectos técnicos y a las órdenes recibidas de la Administración.

— En cuanto a la determinación de la cuantía del daño, el caso plantea la doble dificultad del deterioro en que se encontraba el edificio, que hace difícil calcular en cuánto se ha incrementado por razón de las obras, y el hecho de que el daño no se haya producido de modo súbito, sino paulatinamente. Ante estas dificultades, el Consejo de Estado considera razonable la fórmula de que sea la propia Administración quien se encargue de la reparación completa del edificio. Surge aquí, sin embargo, un nuevo problema: la reparación completa del edificio produciría un beneficio a la propietaria a costa de la Administración. Para lograr, entonces, una solución justa, el Consejo de Estado estima correcta la aplicación de la técnica de la ocupación. Por su interés se transcribe, a continuación, la doctrina del Consejo de Estado sobre tal cuestión:

«No obstante, la reparación completa del edificio a costa de la Administración no deja sin desperfectos un edificio que ya los tenía con anterioridad al daño producido por la obra pública. *La diferencia* de valoraciones es en beneficio de *la propietaria*. Porque en efecto la cuantía de la indemnización debe ser estrictamente la resultante de la reposición de un patrimonio lesionado *al statu quo ante*. Tal es el sentido del propio término "indemnización", es decir, la reposición de un patrimonio *sine damnu*, sin detrimento. Y aquí aparece un incremento económico, al reponer el edificio a una mejor situación arquitectónica, y por ende patrimonial, que la anteriormente existente. Pese a ello es de tener en cuenta que la reclamante fundamenta los sucesivos aumentos de indemnización en la que denomina *ocupación temporal de parte del edificio* (en concreto, tres dormitorios, un salón y comedor) en base a que los apuntalamientos hicieron inhabitable esta zona y hubo de trasladarse a su costa.

Este punto relativo a la denominada *ocupación temporal* plantea también a juicio del Consejo otro problema extremadamente delicado. No se trata en efecto de una ocupación temporal *stricto sensu*; pues con la ocupación temporal la Administración *ex ante*, y para una actuación propia, y por tiempo determinado un bien patrimonial particular. Aquí la Administración no ha ocupado para construir *su* obra, sino que se ha visto forzada a apuntalar los muros de un edificio particular para impedir que el perjuicio —ciertamente causado— por la obra pública no se incrementara. No hay prioridad en la ocupación, sino posterioridad. Se trata de una actuación *utiliter gestum*, en beneficio no sólo del particular, sino también de la propia Administración en razón de evitar daños mayores. Y a estos efectos es de invocar el artículo 1893 del Código civil en cuanto a los gastos necesarios y útiles. No cabe encuadrar el supuesto en el artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa, que prevé supuestos de catástrofe o calamidad explícitamente diferentes.

conducciones subterráneas. En tal caso, cuando las obras se realizan por contratistas del Ayuntamiento o, en general, previa licencia de obras, la cuestión que con mayor frecuencia se plantea consiste en determinar la responsabilidad del Ayuntamiento si no ha informado, o no lo ha hecho correctamente, sobre la existencia de instalaciones subterráneas. Como es sabido, el desconocimiento, en muchos casos, de la situación exacta de las conducciones subterráneas cuando no existen, como es muy frecuente, galerías de servicios, da lugar a que el causante del daño trate de exonerarse de responsabilidad, alegando falta de información por parte del municipio. Sin embargo, el Tribunal Supremo parece mantener la doctrina de que la existen-

Con todo, hay fuertes razones de similitud, de *ratio juris*, que aconsejan la aplicación analógica de las reglas de la ocupación temporal para la fijación del perjuicio ocasionado. Hay un vacío normativo y se aprecia una identidad de razón entre el supuesto de hecho previsto en la Ley de Expropiación Forzosa y el caso concreto, con lo que se está ante un caso claramente abocado a la integración analógica, según el artículo 4 del Código civil. La aparente dificultad que presente el hecho de que en la Ley de Expropiación Forzosa se exceptúe de ocupación temporal a los edificios habitados es, como se indica, aparente, pues la Ley de Expropiación Forzosa en este precepto (art. 109) lo que pretende es no llegar a apoderar a la Administración para las ocupaciones temporales normales, esto es, *ex ante*, para ocupar viviendas, habilitándole sólo —como supuestos normales— para solares o suelo rústico. Pero, como se ha repetido, no se trata de una propia ocupación temporal *ex ante*, sino de una ocupación *ex post facto*, en razón, además, no de la construcción de la obra pública propia, sino en evitación de que se destruya o deteriore más gravemente un edificio particular. Y con el consentimiento del propietario, que claramente se obvia en el supuesto de expropiación forzosa, que se produce *invito domino*, esto es, sometiendo al particular a un especial deber de sujeción en que su voluntad es inoperante frente al apoderamiento legal a la Administración. De ahí que no proceda incrementar el importe con el premio de afección en el supuesto de responsabilidad extracontractual, a diferencia de lo que acontece en la expropiación, pues tal premio de afección no es sino la compensación del *invito domino* (dictamen 25 de junio de 1979, expediente 42173) y en este caso no ha habido privación de patrimonio (típico de la expropiación), sino lesión económica del mismo.

La Ley de Expropiación Forzosa destaca no sólo en la Exposición de Motivos, sino en el propio articulado (arts. 24, 30 y 31) la preferencia legal de una solución mediante *acuerdo mutuo* a la determinación ejecutoria del justiprecio. De ahí las radicales diferencias entre el mutuo acuerdo expropiatorio —o convenio expropiatorio— y el mutuo acuerdo como solución de discrepancias en el contrato administrativo. En este último tiene carácter excepcional, diferente incluso de la transacción, y debe revestir especiales cauteles de procedimiento en evitación de corruptelas.

El mutuo acuerdo parece ser, pues, la solución predicable en este caso, ofreciendo la Administración frente a la reclamación de la propietaria la cantidad que estime razonable.»

cia de tendidos bajo las calles (telefónicos, eléctricos, de gas, etc.) es algo generalmente previsible, y más aún cuando existen en las proximidades signos de su existencia (por ej., tapas de registros). En consecuencia, los contratistas de las obras no pueden pretender exonerarse de su responsabilidad por falta de información municipal (24).

III. RECAPITULACIÓN: NECESIDAD DE UNA NUEVA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL SUBSUELO

A lo largo de esta ponencia se ha puesto de manifiesto que la regulación legal del subsuelo en el derecho español adolece de una gran imprecisión. Todavía sigue siendo el artículo 350 del Código civil de 1889 la norma básica para resolver los problemas del subsuelo privado y de dominio público. Esa norma, con la salvedad que contiene de las servidumbres, las leyes de minas y de aguas y de los reglamentos de policía, estaba, sin duda, ajustada a la época en

(24) El *Tribunal Supremo (Sala 1.ª)*, en *Sentencia de 19 de febrero de 1987* (Ar. 692), declara que el contratista del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, que al abrir una zanja causó daños a un cable subterráneo de la CTNE, es responsable del daño causado, pese a que dicho cable no figura en el «Proyecto de Mejora de la Red» de la zona en que se hizo la obra y pese a que la Compañía Telefónica no ha probado en Autos que hubiera obtenido autorización del Ayuntamiento para pasar un cable por el lugar donde se abrió la zanja, pudiendo considerarse clandestina su instalación. La cuestión de si, además, es responsable solidario el Ayuntamiento, fue resuelta en sentido afirmativo por el Juez de 1.ª Instancia, pero rechazada por la Audiencia Territorial. El Tribunal Supremo no se pronuncia sobre ello por razones procesales («En punto a la responsabilidad del Ayuntamiento, cualquiera sea el juicio de esta Sala, debe mantenerse lo pronunciado por la Audiencia, que le absolvió en firme de la pretensión resarcitoria, ya que la entidad actora no ha recurrido ese pronunciamiento»). No obstante, en otras Sentencias, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo parece dejar claro que la responsabilidad por los daños que en estos supuestos se producen es una responsabilidad civil del contratista a no ser que tales daños deriven del cumplimiento de una cláusula impuesta al contratista. Así, la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 31 de marzo de 1987* (Ar. 1842), pronunciada con ocasión de una reclamación por el daño causado por la ruptura de un cable subterráneo de la CTNE en la calle Gallarza de Logroño, declara que «la relación de derecho público que liga al contratista ejecutor de la obra pública con la Administración adjudicante, no trasciende a la responsabilidad contraída con terceros por aquél en la esfera de realización material de la obra contratada en la que actúa en posición de derecho privado, conclusión tanto más afirmable cuanto en el presente caso no aparece que en la causación de los daños haya incidido el cumplimiento de alguna cláusula impuesta por la Administración al contratista que para éste fuere de ineludible cumplimiento, ni que los mismos puedan ser atribuidos a vicios del proyecto elaborado por la Administración y ni siquiera al incumplimiento por ésta de poderes reservados en punto a la dirección, vigilancia y control de la obra contratada».

que se dictó. Pero pronto comenzó a mostrarse insuficiente al iniciarse grandes obras públicas bajo el subsuelo urbano, como la construcción de los túneles del Metro de Madrid. Fue entonces cuando se abrió la discusión sobre la propiedad del subsuelo de las calles y se pudo comprobar que la fórmula del artículo 350 no permitía resolver los conflictos de intereses públicos y privados planteados.

Es cierto que el artículo 350 del Código civil, pese a su tenor literal, nunca se interpretó según el tradicional brocardo *dominus soli dominus est usque ad coelum, sive ad sidera, et usque ad inferos, sive ad profumdum*, sino que desde un primer momento se impuso el límite del «interés» del propietario. Sin embargo, ese límite tan variable según las circunstancias introduce una notable inseguridad en el tráfico jurídico. ¿Hasta dónde llega el interés privado sobre el subsuelo de una finca urbana? ¿Hasta dónde llega el interés público sobre el subsuelo de una calle? ¿Qué es el subsuelo? ¿Es algo distinto del suelo? ¿Dónde comienza y dónde termina? El legislador debe introducir, pues, mayor precisión en el régimen jurídico del subsuelo, teniendo en cuenta los conflictos de intereses que hoy suscita.

— En primer lugar, el concepto mismo de subsuelo es muy impreciso. Contraponer «subsuelo» a «suelo» como cosas distintas no parece posible porque no hay suelo sin subsuelo. Por lo general, la doctrina suele estudiar el problema del límite inferior del subsuelo (¿hasta dónde llega?), pero no suele analizar la cuestión previa del concepto mismo de subsuelo. ¿Es algo distinto del suelo? Si así fuera, habría que precisar dónde termina el suelo y dónde comienza el subsuelo. Cuestión ésta de la mayor importancia, siempre que existen propiedades superpuestas (en nuestro derecho, «propiedades horizontales»).

El Código civil (art. 350) y la Ley del Suelo (arts. 77 y ss.) utilizan la expresión «terreno». El terreno tiene una «superficie» y un «subsuelo». Con mayor precisión, sin embargo, habría que decir que el terreno tiene un «suelo» o «faz» sobre la cual puede existir algo encima («superficie») y existe algo debajo («subsuelo»). Sin embargo, en nuestro derecho, la expresión «superficie» se equipara a «suelo», como sucede también en el lenguaje ordinario (Diccionario de la RAE: «Suelo: superficie de la tierra», y la superficie es sólo «el límite o término de un cuerpo», esto es, una «extensión en que sólo se consideran dos dimensiones, que son longitud y latitud»). Ahora

bien, el suelo es la superficie de algo sólido, de manera que el derecho de propiedad sobre el suelo no tiene por objeto una extensión en abstracto, sino un cuerpo sólido (como gráficamente dice el diccionario italiano: «Suolo: superficie del terreno sul quale si sta o si cammina»). Así, también, en el derecho alemán, en el que la noción de *Oberfläche* (literalmente, «superficie») lo es de un «cuerpo de tierra» (*Erdkörper*). En este sentido, el propietario de un terreno es propietario de la superficie de un «volumen» o «columna» de tierra de profundidad indefinida (utilizando la terminología de la Ley de Minas de 1973: «cuadrícula minera es el volumen de profundidad indefinida cuya base superficial queda comprendida...», o bien de la Ley del Mar Territorial de 1977: «columna de agua...»). Por tanto, la propiedad del suelo es inseparable de la propiedad del subsuelo porque no hay suelo sin subsuelo, a no ser que se defina el subsuelo a partir de una determinada profundidad, cosa que nuestro derecho no hace. Tal cuestión tiene especial interés en los supuestos, cada vez más frecuentes, de propiedades horizontales subterráneas y exige una definición legal que hoy no existe.

— La utilización del criterio del «interés» para definir el límite inferior del subsuelo es claramente insuficiente. Y, sin embargo, se trata de una cuestión muy importante para determinar tanto el ámbito de las facultades del propietario (de hacer, de impedir la inmisión de terceros) como sus pretensiones patrimoniales de indemnización, caso de perturbación. También lo es para medir el alcance de posibles expropiaciones. Pero todo ello necesita ser concretado no sólo por la vía de la interpretación judicial, sino también mediante criterios legales. La jurisprudencia, como hemos visto, ha realizado importantes precisiones en esta materia. En algunos casos ha declarado que las relaciones de vecindad permiten la inmisión en el subsuelo del vecino si no se causa daño a éste (vid. Jurisprudencia antes examinada). Pero la oposición del propietario está justificada cuando se limita la posibilidad de uso de su subsuelo. La cuestión consiste, sin embargo, en si la posibilidad de uso del subsuelo hay que determinarla en función de la normativa urbanística vigente en cada momento, o puede tenerse en cuenta una razonable expectativa de utilización futura. Para resolver esta cuestión, las normas urbanísticas deben fijar criterios específicos en relación al subsuelo, hoy inexistentes.

— También es necesario precisar las reglas determinantes de la extensión del dominio público sobre el subsuelo. En este caso no

es suficiente la aplicación de la regla del artículo 350 del Código civil porque tal regla determina la extensión de la «propiedad pública», pero no la del «dominio público», cuyo volumen está determinado por la afectación. Esto sucede no sólo en los ordenamientos latinos, inspirados en doctrina del «dominio público», sino también en los germánicos, inspirados en la figura de las «cosas públicas» (así, literalmente, el comentario al art. 905 BGB de J. VON STAUDINGERS, antes citado, *Auch öffentliche Sache, von denen im vorliegenden Zusammenhang am bedeutsamsten die Strassen sind, unterstehen der bürgerlich —rechtlichen Eigentumsordnung*, si bien están determinadas por la afectación —*Widmung*—). Por tanto, es necesario precisar si más allá del espacio ocupado por el dominio público (subsuelo de una calle, por ejemplo) el terreno es propiedad patrimonial o es, incluso, propiedad privada (caso, por ejemplo, de terreno expropiado para ensanchar una plaza, y que ha sido objeto de una sentencia del Tribunal Supremo, antes examinada).

— Finalmente, queda planteada la cuestión, de interés más teórico que práctico, de la naturaleza del subsuelo que se encuentra más allá del límite del interés del propietario. La discusión sobre si se trata de *res nullius* o de *res communis omnium*, o de *res extra commercium*, tuvo respuesta en nuestro derecho histórico cuando el Decreto-ley de 29 de diciembre de 1868 dispuso en su artículo 6.º: «El subsuelo se halla originariamente bajo el dominio del Estado y éste podrá, según los casos, y sin más regla que la conveniencia, abandonarlo al aprovechamiento común, cederlo gratuitamente al dueño del suelo o enajenarlo mediante un canon a los particulares o asociaciones que lo soliciten.» Tal regla no es posible aplicarla hoy a todo el subsuelo, pero sí puede inspirar la regulación de aquella parte del subsuelo que no pueda atribuirse al propietario de la superficie.