
Capítulo 11

El régimen jurídico del subsuelo y la implantación de infraestructuras ferroviarias

CARLES PAREJA LOZANO

Socio de Pareja & Associats, abogados. Profesor Titular de Derecho Administrativo

GEMMA SEGURA LÓPEZ

Socia de Pareja & Associats, abogados. Doctora en Derecho

Sumario:

1. Objeto del estudio
2. El proceso de configuración del régimen jurídico del subsuelo
 - 2.1. Sobre la insuficiencia de la regulación del régimen jurídico del subsuelo hasta las leyes urbanísticas autonómicas más recientes y la jurisprudencia dictada en este contexto normativo
 - 2.2. Sobre las posiciones doctrinales más relevantes respecto a la titularidad y régimen aplicable al subsuelo
3. El régimen jurídico del subsuelo en la legislación vigente
 - 3.1. Las previsiones de la Ley de suelo sobre el régimen jurídico del subsuelo
 - 3.2. El régimen urbanístico del subsuelo en la legislación urbanística; en especial, la regulación del subsuelo en la legislación urbanística catalana
 - 3.2.1. La regulación del subsuelo como objetivo y función del planeamiento urbanístico

3.2.2. Supeditación de cualquier utilización del subsuelo a las normas sectoriales relativas a la preservación de riesgos y a la protección de restos arqueológicos y acuíferos

3.2.3. La delimitación de las facultades urbanísticas de aprovechamiento del subsuelo y su subordinación a las necesidades de implantación de infraestructuras y servicios públicos

3.2.3.1. Subordinación a las necesidades de implantación de infraestructuras y servicios públicos

3.2.3.2. La concreción de que la subordinación del aprovechamiento urbanístico del subsuelo a las necesidades de implantación de infraestructuras y servicios públicos no da lugar a derechos indemnizatorios

3.2.3.3. La concreción de los casos en los que la implantación de infraestructuras o servicios públicos en el subsuelo exige expropiar

3.3. Caracterización del régimen urbanístico del subsuelo regulado en la legislación vigente

4. Las previsiones de la legislación ferroviaria respecto a las consecuencias jurídicas de la implantación de infraestructuras subterráneas en los derechos de los propietarios del suelo

4.1. La ejecución de proyectos ferroviarios como «causa expropriandi»

4.2. Sobre las limitaciones legales a la propiedad que determina la legislación ferroviaria

5. Análisis de la casuística de la posible incidencia de la implantación de infraestructuras subterráneas en los derechos de los propietarios de suelo

5.1. Implantación de una infraestructura ferroviaria en el subsuelo de un terreno de titularidad privada, en el caso de que el planeamiento urbanístico no atribuya al subsuelo ningún aprovechamiento, ni se haya materializado ningún aprovechamiento

5.2. Implantación de una infraestructura ferroviaria en el subsuelo de un terreno de titularidad privada, en el caso de que

el planeamiento urbanístico admita aprovechamiento urbanístico en el subsuelo, pero éste no se haya materializado

5.3. Terreno de titularidad privada con aprovechamiento materializado en el subsuelo que se ve afectado por la implantación de la infraestructura

6. Conclusiones

6.1. La definición del régimen del subsuelo como función del ordenamiento jurídico-urbanístico

6.2. El régimen urbanístico del subsuelo de acuerdo con el TRLS

6.3. El régimen del subsuelo de acuerdo con la legislación urbanística catalana

6.4. Sobre las previsiones de la legislación sectorial relativas a la incidencia de la implantación de infraestructuras en los derechos de terceros

6.5. Sobre el concepto de imposición de servidumbres a que se refiere la legislación sectorial cuando se trata de la implantación de infraestructuras o servicios en el subsuelo

6.6. Sobre la casuística de la posible incidencia de la implantación de infraestructuras subterráneas en los derechos de los propietarios del suelo, de acuerdo con la legislación sectorial y sobre régimen de suelo y urbanismo

7. Bibliografía

1. OBJETO DEL ESTUDIO

El presente estudio tiene por objeto determinar el régimen jurídico al que se sujeta la implantación de servicios o infraestructuras de carácter público, en especial las ferroviarias, en el subsuelo de fincas de titularidad privada, a fin de determinar si dicha implantación supone o no una afectación a derechos que exija llevar a cabo una actuación expropiatoria o da lugar al surgimiento del derecho a percibir algún tipo de indemnización.

2. EL PROCESO DE CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUBSUELO

2.1. SOBRE LA INSUFICIENCIA DE LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUBSUELO HASTA LAS LEYES URBANÍSTICAS AUTONÓMICAS MÁS RECIENTES Y LA JURISPRUDENCIA DICTADA EN ESTE CONTEXTO NORMATIVO

Hasta la introducción en los últimos años de diversas referencias al régimen aplicable al subsuelo en la legislación de suelo y urbanística, la cuestión de la titularidad del subsuelo y del régimen que le es aplicable sólo contaba con una norma de carácter general, contenida en el Código Civil, y con diversas leyes sectoriales que declaraban que determinados bienes o recursos del subsuelo eran de dominio público.

El artículo 350 del Código Civil define el alcance del dominio del propietario privado de un terreno en los siguientes términos:

«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 convenga, salvas las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre minas y aguas y en los Reglamentos de policía».

Por otra parte, en el subsuelo se pueden encontrar bienes o recursos que son de dominio público y, en este sentido, la legislación sectorial en materia de minas, aguas, costas, hidrocarburos, etc. se ha encargado de determinar su titularidad pública. Pero esta demanialización de determinados bienes o recursos que se encuentran en el subsuelo no lleva aparejada, por sí misma, la demanialización del resto del subsuelo. En este contexto normativo se han planteado interpretaciones diferentes del artículo 350 del Código Civil y de la legislación sectorial en materia de bienes públicos, concretamente en aspectos como cuál es el alcance

de la proyección del dominio respecto al subsuelo, cuáles son los límites que se imponen a esta extensión del dominio sobre el subsuelo en el caso de titularidad privada del suelo, quién es el propietario del subsuelo más allá de estos límites y, más recientemente, cómo se incardina este precepto del Código Civil con el carácter estatutario del derecho de propiedad sobre el suelo derivado de su función social.

A la vista de la casuística de los conflictos planteados, los pronunciamientos jurisprudenciales se han referido básicamente a dos cuestiones: por una parte, al régimen aplicable al subsuelo del suelo de dominio público y, por otra, a la determinación de la indemnización de la ocupación del subsuelo derivada de diversos tipos de instalaciones de servicios públicos.

En cuanto a la primera de las cuestiones indicadas, debe señalarse que la jurisprudencia mayoritaria sobre la materia argumenta, a partir del citado artículo 350 del CC, que la propiedad de un terreno comprende su superficie y su subsuelo, si bien ha de señalarse que la jurisprudencia contencioso-administrativa ha mantenido esta posición respecto al subsuelo del suelo de titularidad pública¹⁾, y sobre la base de una supuesta inadmisibilidad de la estratificación de la propiedad del suelo sujeto a dicha titularidad pública que ha sido rebatida, desde el punto de vista jurídico-civil, por las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado²⁾, y que no encaja en absoluto, como se indicará más adelante, con lo que prevé la legislación vigente en materia de régimen de suelo y urbanismo.

Por otra parte, la jurisprudencia contenciosa-administrativa sí se ha pronunciado, en relación con el alcance del dominio del propietario privado del suelo sobre el subsuelo, en casos de conflictos sobre la eventual existencia de derechos indemnizatorios derivados de las «servidumbres» que impone la legislación sectorial, en supuestos como la implantación de determinadas canalizaciones o redes de servicios públicos en el subsuelo de terrenos de titularidad privada. También respecto a esta cuestión la jurisprudencia es muy casuística

y, dado que se trata de casos en los que la Administración competente ya había reconocido al propietario del suelo el derecho a ser indemnizado, se circunscribe normalmente a la discusión sobre la cuantía indemnizatoria, si bien formula una doctrina general respecto al tema que nos ocupa, que puede resumirse como sigue:

(a) Las «servidumbres de paso» subterráneo de instalaciones y redes de servicios que conllevan la sujeción del suelo a limitaciones como la prohibición de las actividades de cultivo y plantación, la posibilidad de implantar cualquier edificación o construcción o la obligación de permitir el acceso del personal para el control y mantenimiento de la instalación³⁾, han de considerarse afecciones concretas y singulares que deben ser objeto de indemnización. En esta línea, existen numerosas sentencias del Tribunal Supremo⁴⁾ que reiteran esta doctrina en los siguientes términos:

«La jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha venido entendiendo que la afección derivada de la construcción de un gasoducto con las limitaciones que impone y que han quedado concretadas, no son limitaciones administrativas de derechos, establecidas con carácter general en determinadas normas de aquel carácter, sino afecciones concretas y singulares que derivan de una actuación singular indemnizable, atendido el amplísimo concepto que de la expropiación forzosa nos ofrece el art. 1.º de la Ley de Expropiación Forzosa de 16-12-1954».

(b) Teniendo en cuenta las características específicas de estas servidumbres –dado que se trata de una ocupación no del suelo, sino del subsuelo–, para determinar la indemnización, es decir, para valorar la incidencia de la servidumbre en las facultades del titular de la finca, debe tenerse en cuenta necesariamente *«cuál sea el uso y aprovechamiento del terreno en cuestión»*. Hay que destacar, por lo tanto, que estas resoluciones judiciales analizan en cada caso la repercusión de las prohibiciones derivadas de la servidumbre en función del destino urbanístico de la finca, distinguiendo si se trata de un suelo sujeto al régimen del suelo no urbanizable, o de suelos urbanos o urbanizables. Es también significativo que la procedencia y cuantía de la indemnización se justifica, en las sentencias analizadas, por

la incidencia de la servidumbre en el uso y aprovechamiento del suelo o superficie del terreno, es decir, por las limitaciones que la instalación de la infraestructura de interés público conlleva en la utilización de este suelo.

En este sentido, a título de ejemplo se puede señalar que el Tribunal Supremo rechaza la procedencia de indemnización por el demérito de la parte de la finca donde no se emplaza la servidumbre, en el caso de fincas rústicas, afirmando que «no cabe entender producido el demérito cuya indemnización se solicita, toda vez que la construcción del gasoducto subterráneo se produce dentro de una finca rústica, sin interferir el aprovechamiento correspondiente a tal naturaleza, a la cual ha de atenderse, y cuanto a la posible edificabilidad permitida, dentro de la aludida calificación, no es disminuida por la servidumbre y puede ser desarrollada, en su caso, en la parte no afectada por la misma» [SSTS de 26 de junio de 1996 (RJ 1996, 5030 y 5031)].

También considera que la determinación de la indemnización procedente por una servidumbre de este tipo debe realizarse en función de su incidencia en el destino rústico de la finca, y en la explotación efectivamente existente, como en el caso de la sentencia de 4 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 7888):

«... en cuanto a la zona de afección (...), teniendo en cuenta las limitaciones a que se ve sometida, ya que se impide efectuar trabajos de azada, cava u otros análogos, si exceden de una profundidad de 50 centímetros, así como el plantar árboles o arbustos de tallo alto y levantar edificaciones o construcciones de cualquier tipo, la Sala de instancia señala un demérito del 25 por 100 del valor del terreno afectado (...) que se estima equitativo teniendo en cuenta el destino de la finca (rústica, a prado, según el Acta de ocupación). Así pues, si el destino es a prado, el perjuicio que se causa a la dedicación actual rústica es relativamente muy limitado, pues la labor a la que la finca es destinada puede continuar en el mismo grado y con la misma intensidad».

En el caso de fincas urbanas o urbanizables, el criterio de la jurisprudencia es también la valoración del perjuicio derivado, en su caso, de la servidumbre, en función de la limitación que

ésta suponga para el aprovechamiento correspondiente al suelo⁵⁾. En consecuencia, las resoluciones analizadas establecen la procedencia de indemnizar la ocupación del subsuelo, incluso en algún caso por la totalidad del valor del suelo, en la medida en que esta ocupación determine la prohibición total de edificación del suelo (o, en las zonas adyacentes, la limitación de esta facultad), y también determinan la procedencia de indemnizar el demérito del resto de finca, cuando la referida servidumbre limita o dificulta la materialización del aprovechamiento que el planeamiento atribuye al suelo. Se pueden citar, en este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1996 (RJ 1996, 5034), y de 30 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6924)⁶⁾.

Así pues, el análisis de la jurisprudencia dictada en materia de implantación de instalaciones de interés público en el subsuelo, al margen de que se puedan advertir algunas contradicciones entre los criterios generales establecidos y la resolución concreta, pone de manifiesto que la afección correspondiente se considera como una afección singular indemnizable en la medida que conlleve limitaciones al uso y aprovechamiento del suelo de la finca.

En coherencia con esta doctrina, una sentencia más reciente, concretamente la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de julio de 2005 (RJ 2006, 4570), declara procedente la denegación de inicio de expediente expropiatorio en un caso de construcción de un túnel por debajo de una finca de titularidad privada, a una profundidad de entre 36 y 42 metros desde la superficie, precisamente por constatar que:

«La profundidad del túnel era tan grande que su construcción, consolidación y estructura actual no ha producido a los dueños de la finca situada en la superficie el más mínimo perjuicio, molestia, incomodidad, o lesión en sus derechos, ni hay tampoco ningún indicio de que pueda producirse en el futuro. **Sus facultades dominicales reales y efectivas han quedado incólumes**, pues ellos mismos admiten que no dedicaban el subsuelo a ninguna utilidad o aprovechamiento específicos que pudieran tener relación con derechos o facultades que, teóricamente, pudieran nacer a su favor de las normas de las leyes de Minas y Aguas. No

hay, pues, causa legal suficiente para la iniciación del expediente expropiatorio solicitado».

En definitiva, la sentencia analizada sostiene que, para que proceda expropiar o indemnizar por la ocupación del subsuelo, «se requiere que el titular del derecho de propiedad sufra un perjuicio real y efectivo, que repercuta negativamente en la utilidad actual que el ejercicio de ese derecho, o de cualquier otro interés legítimo relacionado con él, pueda proporcionarle», y, a la vista de la inexistencia de perjuicios o lesiones patrimoniales efectivas derivadas de la ejecución del túnel, concluye que no procede iniciar ningún tipo de procedimiento expropiatorio ⁷⁾.

Como se expone a continuación, el pronunciamiento contenido en esta sentencia se adecua a las tesis mantenidas por la doctrina que ha abordado la cuestión del régimen jurídico del subsuelo, a partir de la necesaria distinción entre privación singular de la propiedad o de cualquier derecho, generadora del derecho de indemnización, y establecimiento de límites generales y específicos del derecho de propiedad atendiendo a su función social.

2.2. SOBRE LAS POSICIONES DOCTRINALES MÁS RELEVANTES RESPECTO A LA TITULARIDAD Y RÉGIMEN APLICABLE AL SUBSUELO

La doctrina civilista tradicional ha defendido mayoritariamente que el Código Civil no atribuye al propietario de un terreno la propiedad privada del subsuelo de forma ilimitada. Más allá de los límites a la propiedad que el propio artículo 350 del CC impone, la doctrina ha interpretado que la propiedad privada del subsuelo llega hasta donde llega el interés del propietario del terreno y, por tanto, ha reconocido que esta propiedad debía tener un límite. Sin embargo, los problemas de esta posición doctrinal aparecen a la hora de definir hasta dónde llega este interés y si éste ha de ser el interés actual, de acuerdo con el uso al que se destina efectivamente la superficie del terreno (suelo), o si abarca también el interés potencial del propietario.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la cuestión sobre la extensión vertical del dominio no ha sido analizada sólo desde la óptica civil, sino que la doctrina administrativista también se ha ocupado del tema, centrando su reflexión en dos aspectos: en primer lugar, en la naturaleza y el régimen aplicable al subsuelo del suelo de titularidad pública, cuestión ésta que no tiene una incidencia directa en el objeto del presente estudio y, en segundo lugar, en la delimitación de la titularidad del subsuelo y, en todo caso, de las facultades correspondientes al titular del subsuelo desde la perspectiva del contenido urbanístico del derecho de propiedad.

En la actualidad, se puede considerar que la doctrina mayoritaria es la derivada de las reflexiones de Tomás Ramón Fernández ⁸⁾ y Luciano Parejo Alfonso.

El primero de los autores mencionados pretende definir de forma clara y precisa los límites del dominio del propietario del suelo, efectuando una interpretación que permita conjugar lo que establece el artículo 350 del Código Civil con el contenido urbanístico de la propiedad urbana. En este sentido, el autor parte de la idea de que el concepto de suelo no se reduce a la superficie, sino que comprende un corpus de tierra, **un grosor o espesor mínimo sin el cual no sería posible hacer uso del suelo** ⁹⁾. A partir de este punto, se extendería el subsuelo. El subsuelo, por su parte, es de propiedad pública y pertenece, además, al Estado, en condición de bien patrimonial. El autor citado también efectúa una interpretación de la extensión del derecho de propiedad definido en el artículo 350 del Código Civil que permite integrar el concepto de propiedad urbanística. En este sentido, sostiene que la referencia que este precepto efectúa a los reglamentos de policía debe entenderse, en la actualidad, referida al ordenamiento jurídico urbanístico, de forma que los límites que el artículo 350 del CC impone a la extensión vertical del dominio se deducirían de la legislación sectorial y el planeamiento urbanístico. Partiendo de esta premisa, distingue el alcance y los límites del dominio del propietario en función de cada clase de suelo, para concluir que:

- En suelo no urbanizable, el contenido del derecho de propiedad se corresponde con el aprovechamiento natural de los terrenos. El dominio del propietario del suelo se extiende hasta donde sea necesario para llevar a cabo este aprovechamiento natural (cultivo, plantaciones, etc.). Más allá de este límite, comienza el subsuelo, que es propiedad del Estado.

- En suelo urbano, por el contrario, el contenido del derecho de propiedad es artificial y viene dado por el aprovechamiento urbanístico que el planeamiento le atribuye. La extensión en vertical del derecho del propietario del suelo llega hasta donde permite el plan, sin que el propietario del suelo tenga derecho a indemnización en caso de una eventual modificación del planeamiento que modifique el aprovechamiento atribuido por el plan. No hay ningún derecho del propietario del suelo en relación con el subsuelo, fuera de los expresamente conferidos por los planes urbanísticos y, por tanto, tampoco hay ningún derecho del propietario del suelo sobre el subsuelo cuando el plan no atribuye ningún aprovechamiento a éste o, simplemente, no se manifiesta al respecto.

En sentido coincidente con esta tesis, aunque atribuyendo al subsuelo la naturaleza jurídica de bien demanial propiedad de los entes locales o de las comunidades autónomas, se manifiesta también Parejo Alfonso ¹⁰⁾. Para este autor, la configuración específica del aprovechamiento urbanístico hace posible que la ordenación del territorio y el urbanismo constituyan lo que denomina «el locus de la delimitación última, además de horizontal, vertical (mediante integración, en su caso, de las decisiones adoptadas en el contexto de la legislación sectorial) del bien suelo, tierra o terreno; delimitación que, por ser urbanística, goza de la flexibilidad propia del sistema de ordenación urbanística» ¹¹⁾. De esta forma, distingue entre dos situaciones jurídicas:

- El subsuelo que forma parte del suelo-superficie, y que se corresponde con aquellos casos en los que el aprovechamiento del subsuelo, una vez materializado,

forma parte de la edificación propia del suelo. En este caso, su régimen jurídico es el que definen tanto la legislación civil como la urbanística, siendo, por lo tanto, un subsuelo de propiedad privada.

- Y el subsuelo que admite usos independientes del uso del suelo-superficie que, una vez materializados dichos usos, integra un bien jurídico independiente del previsto o existente en dicho suelo-superficie. En este caso, el subsuelo es público, su uso está delimitado por lo que prevea la ordenación urbanística y las ordenaciones sectoriales y se configura, con carácter residual, como un bien de dominio público –es decir, en defecto de planeamiento que atribuya al propietario del suelo-superficie aprovechamiento en el subsuelo ligado al uso de este suelo-superficie–. Además, este subsuelo demanial es de titularidad municipal o autonómica, salvo en aquellos supuestos en los que se trata de dominio público estatal en virtud de lo que pueda prever la legislación sectorial.

En definitiva, para ambos autores es el planeamiento el que delimita el alcance del derecho de propiedad, no sólo en cuanto a sus facultades, sino también en cuanto a la extensión en vertical del dominio. Por lo tanto, es el planeamiento el que atribuye el derecho de propiedad, una propiedad que, por otra parte y, a falta de planeamiento o de previsión expresa de éste sobre los aprovechamientos permitidos en el subsuelo, es pública, si bien parece que, según estos autores, la incorporación del subsuelo en el dominio del propietario del suelo se produciría ya con la aprobación del planeamiento, sin que fuera necesario que el propietario privado hubiera patrimonializado este aprovechamiento. La referida posición doctrinal ha sido asumida por algunas leyes urbanísticas autonómicas, que han atribuido al subsuelo la naturaleza de bien público con carácter residual, cuando el planeamiento no atribuye al propietario del suelo aprovechamiento en el subsuelo, como se analizará más adelante.

Hay que referirse finalmente, por su aportación novedosa y porque permite resolver algunos de los problemas que plantean las tesis que atribuyen naturaleza pública al subsuelo con carácter residual, la posición mantenida por Juan Manuel Alegre Ávila ¹²⁾. Este autor difiere de la doctrina mayoritaria en su concepción de la naturaleza jurídica del subsuelo y equipara su régimen jurídico al del espacio existente sobre rasante (entendido como un concepto diferente del de vuelo, dado que este último engloba las plantaciones y construcciones).

Para Alegre Ávila, el subsuelo es un espacio, pero no es una entidad jurídica, no es un objeto o cosa en el sentido de los artículos 334 y 335 del CC y, por tanto, no se puede extender a él el derecho de propiedad. En consecuencia, el propietario del terreno no es propietario del subsuelo porque no puede recaer ningún derecho sobre un objeto o cosa inexistente. En este sentido, la condición, pública o particular, del propietario del terreno sería irrelevante: ni la administración ni los particulares serían propietarios del subsuelo, al igual que no lo son del espacio.

Que el propietario del suelo no fuera propietario del subsuelo no querría decir, sin embargo, que las facultades inherentes a su derecho de propiedad del suelo (el *ius fruendi*) no se proyectaran sobre éste, al igual que sucede con el espacio. La propiedad fundiaria no se extendería al subsuelo, pero sí se proyectaría hasta donde alcance el interés del propietario, que en todo caso vendrá definido por la ley y, en este sentido, distingue dos supuestos:

- Por un lado, la propiedad del suelo permite extender el dominio sobre aquellos bienes o cosas que se encuentren en el subsuelo de la finca. Así, el propietario del suelo lo será también de estos bienes o cosas siempre que no hayan sido demanializados (como sucede con las aguas, yacimientos, restos arqueológicos, etc.).
- Por otro lado, la propiedad del suelo permite hacer uso del subsuelo. Sin embargo, este derecho de uso

es conferido por el planeamiento urbanístico, que atribuye al propietario del suelo las facultades de uso del subsuelo. La distinción entre facultades de uso y dominio permite al autor afirmar que, aunque el propietario del suelo no es propietario del subsuelo hasta que no materializa el aprovechamiento urbanístico, sí tiene a priori, y en la medida en que el planeamiento se las reconozca, unas facultades de uso sobre este subsuelo.

En su condición de titular de un derecho de uso del subsuelo (*ius fruendi*), las facultades del propietario de un terreno comprenden la de evitar las inmisiones que perturben el *ius fruendi* inherente a su derecho de propiedad, pero este *ius fruendi* no le faculta para prohibir los aprovechamientos que, como resultado del ejercicio de las competencias públicas correspondientes, se ubiquen en el espacio que se encuentra bajo su terreno y que no supongan una inmisión contraria a su derecho de uso.

En suma, el autor configura el subsuelo como un espacio de proyección de las competencias públicas correspondientes, de cuyo ejercicio surgirán las entidades jurídicas oportunas, objeto de las respectivas titularidades dominicales. Ni los particulares, ni la administración son, a priori, propietarios del subsuelo y sólo el ejercicio de las competencias de las distintas administraciones puede determinar la titularidad sobre las cosas o bienes que se encuentren o que se puedan materializar en el subsuelo.

De acuerdo con lo que ha sido expuesto sobre la insuficiente regulación del régimen jurídico del subsuelo hasta fechas recientes, el estudio hasta aquí efectuado de la doctrina más significativa permite establecer las bases de este régimen en el contexto del nuevo concepto del derecho de propiedad derivado de la Constitución, es decir, de la necesaria configuración de su contenido a partir de la función social y, por lo tanto, está en el origen del régimen del subsuelo que prevé la legislación actualmente vigente, que se estudia a continuación.

3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUBSUELO EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

3.1. LAS PREVISIONES DE LA LEY DE SUELO SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUBSUELO

El Texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (en adelante, TRLS), contiene varias referencias al régimen urbanístico aplicable al subsuelo, aunque no regula de forma expresa y directa la cuestión de su titularidad.

En primer lugar se puede indicar que el artículo 7.1 del TRLS declara explícitamente el carácter estatutario del régimen urbanístico de la propiedad del suelo, señalando que este régimen « resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística». Por su parte, el artículo 8, dedicado a delimitar el contenido del derecho de propiedad del suelo en cuanto a las facultades que lo integran, establece que este derecho comprende la facultad de disposición sobre el suelo, así como las facultades de uso, disfrute y explotación de acuerdo con el ordenamiento urbanístico ¹³⁾, precisando que estas últimas facultades «alcanzan al vuelo y al subsuelo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público» (apartado 6).

Por lo tanto, la legislación sobre régimen de suelo admite que las facultades de uso del suelo del propietario de un terreno se pueden extender al subsuelo, si bien únicamente en la medida que determinen el planeamiento urbanístico y las leyes aplicables. Respecto a las consecuencias de lo que establece este precepto se pueden formular las siguientes observaciones:

a) En primer término, se trata de una previsión que presupone, como ya había venido sosteniendo la doctrina y

habían declarado de forma expresa la mayoría de las leyes urbanísticas autonómicas, que la función pública urbanística comprende la potestad de ordenación del subsuelo.

b) En segundo término, del precepto analizado se deriva que la propiedad del suelo sólo comporta la facultad de utilización urbanística del subsuelo si así lo determina el planeamiento urbanístico, es decir, si éste reconoce la posibilidad de un uso urbanístico del subsuelo. Y hay que tener en cuenta que, a la luz de la amplitud del concepto de uso urbanístico del subsuelo, éste incluiría cualquier uso que suponga la transformación del estado natural del terreno, con la excepción de los usos agrícolas, ganaderos, cinegéticos o de explotación de los recursos naturales, que no serían usos urbanísticos.

c) La facultad de uso del subsuelo no sólo viene determinada por lo que prevea el planeamiento urbanístico, sino también por las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público, y por lo que establezcan «las leyes aplicables», expresión que constituye una habilitación indeterminada y amplia para la previsión, por ley, de otros requisitos o condiciones que puedan incidir en la delimitación del contenido de la propiedad respecto a las facultades de uso del subsuelo. En este sentido, hay que entender que la citada remisión a las leyes aplicables no se circunscribe a las leyes sectoriales que puedan tener incidencia en el subsuelo, sino que se puede entender que también comprende la legislación urbanística autonómica.

La regulación de las facultades sobre el subsuelo del propietario del suelo expuesta hasta aquí se complementa con lo que establece el artículo 7.2 respecto a la patrimonialización de la edificabilidad, en los siguientes términos:

«La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del

régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística».

De acuerdo con el precepto legal transcrito, el propietario del suelo no es propietario de la edificabilidad atribuida por el planeamiento ni al vuelo ni el subsuelo hasta que ésta no se ha materializado efectivamente, ya que, según indica expresamente la citada norma, el hecho de que el planeamiento reconozca edificabilidad a un terreno no conlleva que ésta se integre en el contenido del derecho de propiedad del suelo, sino que la edificabilidad prevista sólo se incorpora al derecho de propiedad, o sólo pasa a formar parte del patrimonio del titular del terreno, con su materialización, y previo cumplimiento de los deberes y condiciones exigidas legalmente.

Esta previsión legal declara de forma expresa, por tanto, que la atribución de aprovechamiento urbanístico a un terreno por parte del planeamiento constituye una mera expectativa, pero no el reconocimiento de un derecho que pase a formar parte, por la simple aprobación del planeamiento, del derecho de propiedad del titular del suelo. Así, de acuerdo con la disposición analizada, la afirmación ya tradicional en nuestra doctrina urbanística respecto a que el planeamiento delimita el contenido del derecho de propiedad sobre el suelo, se debería precisar en el sentido de señalar que el planeamiento delimita, desde el punto de vista de las facultades de utilización urbanística, **cuál puede llegar a ser este contenido**, ya que la atribución de aprovechamiento a un terreno por parte del plan urbanístico constituye una condición necesaria, pero no suficiente, para considerar que este aprovechamiento se ha integrado en el patrimonio del titular del suelo, en la medida en que, como determina el precepto legal analizado, esta patrimonialización requiere, además, la materialización efectiva del aprovechamiento, previo cumplimiento de los deberes y cargas exigibles.

Una vez analizados los preceptos del TRLS relativos al subsuelo que son relevantes a los efectos del objeto del presente estudio ¹⁴⁾, es necesario examinar cuál es el régimen urbanístico del subsuelo que establece la legislación

urbanística autonómica, para poder determinar, finalmente, como incide la implantación de infraestructuras públicas en este régimen.

3.2. EL RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL SUBSUELO EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA; EN ESPECIAL, LA REGULACIÓN DEL SUBSUELO EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA CATALANA

Aunque sobre la base de la legislación urbanística anterior ya se podía sostener que la ordenación del subsuelo formaba parte de las funciones de la potestad de planeamiento, la mayor parte de las leyes urbanísticas autonómicas más recientes han incorporado una declaración expresa en este sentido. En el caso de la legislación urbanística catalana, esta declaración se contiene en el artículo 1.2 del Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto (en adelante, TRLUC), en los siguientes términos:

«El urbanismo es una función pública que abarca la ordenación, la transformación, la conservación y el control del uso del suelo, del **subsuelo** y del vuelo, su urbanización y edificación, y la regulación del uso, de la conservación y de la rehabilitación de las obras, edificios e instalaciones».

Partiendo de este principio, el artículo 39 del TRLUC regula el régimen urbanístico del subsuelo, estableciendo literalmente que:

«1. El subsuelo es regulado por el planeamiento urbanístico y queda sometido a las servidumbres administrativas necesarias para la prestación de servicios públicos o de interés público, siempre que estas servidumbres sean compatibles con el uso del inmueble privado sirviente de acuerdo con el aprovechamiento urbanístico atribuido. De otro modo, hay que proceder a la expropiación correspondiente.

2. El uso del aprovechamiento urbanístico y la implantación de infraestructuras en el subsuelo están condicionados en cualquier caso a la preservación de riesgos, y también a la protección de los restos arqueológicos de interés declarado y

de los acuíferos clasificados, de acuerdo con la legislación sectorial respectiva».

A continuación se analiza detalladamente el contenido del precepto transcrito y de las normas reglamentarias que lo desarrollan, teniendo en cuenta los aspectos más relevantes desde el punto de vista del objeto de este estudio.

3.2.1. La regulación del subsuelo como objetivo y función del planeamiento urbanístico

En primer lugar, el TRLUC declara explícitamente que el subsuelo es regulado por el planeamiento urbanístico, lo que significa, como precisa el artículo 32 del Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña, aprobado por el Decreto 305/2006, de 18 de julio (en adelante, RLUC), que «el aprovechamiento urbanístico del subsuelo es el que determina, en su caso, el planeamiento urbanístico». Por lo tanto, al margen de la discusión sobre si la propiedad del suelo se extiende o no el subsuelo, lo que está claro es que en ningún caso existe una facultad de utilización urbanística del subsuelo intrínseca al derecho de propiedad, sino que esta facultad o expectativa únicamente existe si lo prevé el planeamiento y en los términos y condiciones que éste establezca.

Del precepto analizado también se deriva que, si el planeamiento urbanístico no atribuye explícitamente aprovechamiento al subsuelo, el titular del suelo ni siquiera disfruta de la indicada expectativa, de forma que sus facultades de utilización del subsuelo se limitarían a aquellas intrínsecamente necesarias para llevar a cabo el destino o aprovechamiento urbanístico que el planeamiento prevea para el suelo.

Por otra parte, el hecho de que se establezca que corresponde al planeamiento urbanístico la regulación del subsuelo comporta la aplicación, también en dicho subsuelo, de los principios que rigen la función pública urbanística, entre los que cabe destacar el principio general de inexistencia del derecho a exigir indemnización por la

ordenación urbanística, principio que es consecuencia de la consideración de que esta ordenación urbanística no constituye una restricción al derecho de propiedad, sino que delimita el contenido de este derecho de conformidad con su función social.

Por lo tanto, de acuerdo con el indicado principio general, que está recogido en el artículo 6 del TRLUC, las determinaciones que el planeamiento pueda establecer en relación con el aprovechamiento y uso del subsuelo no dan lugar a derechos indemnizatorios, salvo los casos concretos en los que la propia legislación urbanística establece lo contrario.

3.2.2. Supeditación de cualquier utilización del subsuelo a las normas sectoriales relativas a la preservación de riesgos y a la protección de restos arqueológicos y acuíferos

En segundo lugar, de conformidad con el artículo 39 del TRLUC anteriormente transcrito, cualquier utilización del subsuelo, tanto si se trata de la materialización del aprovechamiento urbanístico admitido por el planeamiento, como si se trata de la implantación de infraestructuras, está supeditada a su compatibilidad con lo que establezca la legislación sectorial en relación con la prevención de riesgos y a la protección de restos arqueológicos y de acuíferos clasificados. Lógicamente esto significa que no se podrá ejecutar ninguna actuación en el subsuelo en contra de las normas de protección contenidas en la legislación sectorial, pero este precepto no determina explícitamente si, en el caso de que la aplicación de estas normas comporte la imposibilidad de materializar, en todo o en parte, el aprovechamiento urbanístico del subsuelo admitido por el planeamiento, de ello podrían derivarse o no derechos indemnizatorios, si bien este extremo sí se regula en la normativa reglamentaria, en los términos que expondremos más adelante. En todo caso en este punto conviene adelantar que el artículo 32.2 del RLUC precisa que lo que queda subordinado a las limitaciones que se deriven de la legislación sectorial citada (y de la relativa al patrimonio geológico protegido) es «la adquisición y la materialización

del aprovechamiento urbanístico que el planeamiento atribuya al subsuelo».

3.2.3. La delimitación de las facultades urbanísticas de aprovechamiento del subsuelo y su subordinación a las necesidades de implantación de infraestructuras y servicios públicos

3.2.3.1. Subordinación a las necesidades de implantación de infraestructuras y servicios públicos

Además de lo que ya se ha expuesto respecto a la regulación del subsuelo por parte del planeamiento urbanístico y a la subordinación de cualquier actuación en el subsuelo a las limitaciones derivadas de la legislación sectorial, el artículo 39 del TRLUC añade que el subsuelo «queda sometido a las servidumbres administrativas necesarias para la prestación de servicios públicos o de interés público, siempre que estas servidumbres sean compatibles con el uso del inmueble privado sirviente de acuerdo con el aprovechamiento urbanístico atribuido. De otro modo, hay que proceder a la expropiación correspondiente» [15](#)).

En primer lugar hay que indicar que el mencionado precepto utiliza el concepto de servidumbre, el cual, de acuerdo con su definición en el marco de la legislación civil como limitación del derecho de propiedad, parece presuponer la extensión del derecho de propiedad del suelo al subsuelo, extensión que, según ya se ha constatado, la doctrina considera discutible o, cuanto menos, limitada necesariamente en función del interés, por lo que la implantación de un servicio o infraestructura en el subsuelo de un terreno de titularidad privada no se puede entender que dé lugar en todos los casos (según la doctrina mayoritaria), o en ningún caso (según la postura de Alegre Ávila), a una servidumbre administrativa. No obstante, hay que poner de manifiesto que, aunque ha tenido éxito, esta expresión de «servidumbre administrativa» constituye una utilización impropia del concepto de servidumbre, en la medida en que carece de uno de los elementos imprescindibles de este tipo de derecho

real, de acuerdo con su configuración jurídico-civil, que es la existencia de un predio o finca dominante en cuyo beneficio se establece la servidumbre.

En todo caso, el precepto analizado prevé que el sometimiento del subsuelo a las referidas «servidumbres» tiene lugar si éstas son compatibles con «el uso del inmueble privado sirviente de acuerdo con el aprovechamiento urbanístico atribuido», mientras que, en caso de incompatibilidad, debe procederse a la expropiación. Es decir, de conformidad con el precepto de continua referencia, la implantación de una infraestructura o un servicio en el subsuelo de una finca, ya sea de propiedad pública o privada, no requiere en todos los casos la utilización del instituto expropiatorio, sino que, por el contrario, la regla general es que esta implantación en el subsuelo no exige expropiar salvo en el supuesto de que haga imposible la utilización del «inmueble privado sirviente», es decir, de la superficie del terreno, de acuerdo con el aprovechamiento urbanístico que le corresponda según el planeamiento.

En efecto, aunque el artículo 39.1 del TRLUC utilice el término, ciertamente poco preciso e inadecuado, de «inmueble privado sirviente», hay que concluir necesariamente que lo que establece es que sólo hay que proceder a la expropiación correspondiente cuando la implantación del servicio público en el subsuelo resulta incompatible con el aprovechamiento del suelo o superficie del terreno, pero no cuando únicamente impide el aprovechamiento que, en su caso, el planeamiento haya podido admitir en el subsuelo. Esta es, ciertamente, la conclusión que se deduce de la propia regla general establecida en el precepto, consistente, como se ha dicho, en la subordinación del subsuelo (hay que entender, por tanto, en la subordinación de las facultades de uso y aprovechamiento admitidas en este subsuelo) a los requerimientos derivados de la implantación de infraestructuras públicas, ya que sería totalmente contradictorio con esta regla general interpretar que es necesario expropiar cuando la referida implantación impide únicamente el aprovechamiento admitido en el subsuelo.

En todo caso, si bien los términos del artículo 39 ya conducen a la conclusión de que únicamente hay que proceder a expropiar en caso de incompatibilidad de la implantación del servicio público con el aprovechamiento atribuido al suelo, el desarrollo reglamentario de dicho precepto confirma totalmente esta conclusión.

3.2.3.2. La concreción de que la subordinación del aprovechamiento urbanístico del subsuelo a las necesidades de implantación de infraestructuras y servicios públicos no da lugar a derechos indemnizatorios

En primer lugar, el artículo 32 del RLUC, en cuanto a la incidencia en el régimen del subsuelo de la implantación de servicios o infraestructuras públicas, declara explícitamente la subordinación del aprovechamiento urbanístico del subsuelo que haya podido prever el planeamiento a las necesidades de implantación de infraestructuras y servicios públicos, estableciendo literalmente que:

«El aprovechamiento urbanístico del subsuelo es el que determina, en su caso, el planeamiento urbanístico y está subordinado, en todo caso, a las exigencias de la implantación de instalaciones e infraestructuras vinculadas a la prestación de servicios públicos o de interés público, tales como telecomunicaciones, suministros, transporte y otros análogos».

La disposición transcrita, al margen de prescindir de la utilización del concepto de servidumbre (que, como se ha señalado, no se puede considerar adecuado para expresar la incidencia de la implantación de infraestructuras públicas en el subsuelo), establece de forma clara y precisa que: (1) es el planeamiento urbanístico el que determina si puede haber o no aprovechamiento urbanístico en el subsuelo, y (2) que, en todo caso, este aprovechamiento urbanístico que haya podido admitir el planeamiento estará supeditado a las necesidades derivadas de la implantación de servicios e infraestructuras públicas. Es decir, el reconocimiento de la posibilidad de aprovechamiento urbanístico en el subsuelo por parte del planeamiento constituye una mera expectativa, y su patrimonialización está condicionada, no sólo a que el

propietario proceda a materializarlo previo cumplimiento de los deberes y cargas que correspondan, sino también a que no se apruebe ningún plan o proyecto para la implantación de infraestructuras públicas que impida esta materialización del aprovechamiento.

Finalmente, el apartado 3 del mismo artículo 32 del RLUC precisa qué debe entenderse por subordinación del aprovechamiento urbanístico del subsuelo a las exigencias de la implantación de los servicios públicos, disponiendo de forma expresa que los límites a este aprovechamiento urbanístico del subsuelo previsto en el planeamiento que se puedan derivar de las referidas exigencias, «delimitan el contenido urbanístico de la propiedad del subsuelo y no confieren a las personas propietarias el derecho a exigir indemnización en el caso de que comporten una reducción del aprovechamiento urbanístico del subsuelo previsto en el planeamiento urbanístico».

Así pues, la sujeción del subsuelo a las servidumbres necesarias para la prestación de servicios públicos (en la terminología del artículo 39.1 del TRLUC), o, de forma más precisa, la subordinación del aprovechamiento urbanístico que el planeamiento admita en el subsuelo a las exigencias de implantación de estos servicios (de acuerdo con la redacción del artículo 32.1 del RLUC), significa que, en todo caso, la posibilidad de materializar un aprovechamiento urbanístico en el subsuelo queda siempre condicionada a que este subsuelo no sea necesario para la ejecución de una obra o infraestructura de interés público.

Y, según precisa el apartado 3 del artículo 32 del RLUC, cuando de esta condición se deriva la reducción o la imposibilidad de materializar el aprovechamiento que prevé el planeamiento, no se puede considerar que se produzca ningún perjuicio o lesión al patrimonio del titular del suelo, dado que esta supeditación a las exigencias de la implantación de servicios o infraestructuras públicas no constituye una restricción de un derecho preexistente, sino una condición que delimita *ab initio* el contenido del derecho de propiedad.

3.2.3.3. La concreción de los casos en los que la implantación de infraestructuras o servicios públicos en el subsuelo exige expropiar

Como ya se ha avanzado al analizar lo establecido por el artículo 39 del TRLUC, la subordinación del aprovechamiento urbanístico del subsuelo a las necesidades de implantación de infraestructuras públicas que determina la Ley conlleva que, como regla general, esta implantación no requiera expropiar, en la medida en que la eventual reducción del aprovechamiento en el subsuelo previsto por el plan no constituiría ninguna privación o restricción de ningún derecho o facultad inherente al derecho de propiedad.

Ahora bien, esta regla general no es de aplicación, lógicamente, cuando la indicada implantación de una infraestructura o servicio público en el subsuelo sí da lugar a una lesión patrimonial efectiva, circunstancia que hay que considerar que concurre en los siguientes casos:

- En primer lugar, cuando la implantación de la infraestructura en el subsuelo es incompatible con el destino del suelo previsto por el planeamiento urbanístico, según ya se ha señalado que prevé el artículo 39 del TRLUC, y según precisa de forma más explícita el artículo 32.4 del RLUC. En efecto, el mencionado apartado 4 del precepto reglamentario analizado determina que se debe proceder a la expropiación «cuando de las exigencias derivadas de la prestación de servicios públicos o de interés público en el subsuelo se derive una incompatibilidad total o parcial con el uso del suelo o del vuelo del inmueble privado sirviente de acuerdo con el aprovechamiento urbanístico atribuido», confirmando de esta forma la interpretación del artículo 39 del TRLUC expuesta anteriormente.

Por lo tanto, la ejecución de obras públicas en el subsuelo determina la necesidad de proceder a expropiar en el caso de que esta ejecución conlleve una afectación parcial o total al aprovechamiento que el planeamiento atribuya al suelo o al

vuelo del terreno¹⁶), pero no si únicamente afecta al aprovechamiento previsto en este planeamiento para el subsuelo (siempre y cuando no se haya materializado efectivamente) ya que, como se ha constatado, el ordenamiento jurídico-urbanístico vigente subordina en todo caso las expectativas de aprovechamiento en el subsuelo derivadas del planeamiento a las necesidades de implantación de infraestructuras y servicios públicos.

Hay que indicar, asimismo, que el referido precepto contempla la posibilidad de que, aunque se produzca la referida afectación al aprovechamiento atribuido al suelo o al vuelo, no haya que expropiar el terreno si éste está incluido en un ámbito de actuación que permita redistribuir los beneficios y las cargas y obtener el suelo mediante la figura de la ocupación directa regulada en el artículo 156 del TRLUC.

Finalmente, no puede dejar de señalarse que el apartado 4 que analizamos circunscribe su ámbito de aplicación al suelo urbano, pero hay que entender que la regulación que establece es aplicable igualmente al suelo urbanizable, en el caso de que la implantación de la infraestructura se produzca cuando el sector ya disponga de planeamiento parcial aprobado y, en todo caso, si ya ha tenido lugar el proceso de reparcelación. En efecto, aunque la referencia del artículo 32.4 del RLUC al suelo urbano puede obedecer a la idea de que en esta clase de suelo normalmente los terrenos ya tienen atribuido el aprovechamiento concreto que les corresponde desde el planeamiento general, mientras que en suelo urbanizable es necesario aprobar siempre un plan derivado que puede distribuir el aprovechamiento de forma que éste se sitúe en terrenos distintos de los que son objeto de la implantación de la infraestructura, lo cierto es que, si este planeamiento derivado ya ha sido aprobado y también se ha aprobado el correspondiente proyecto de reparcelación mediante el cual se han adjudicado las fincas a los diferentes propietarios, la situación derivada de la incompatibilidad de una obra pública en el subsuelo con el aprovechamiento atribuido al suelo sería equiparable a la que se produce en el suelo urbano y, en consecuencia, ha de considerarse que

también debería procederse a la expropiación correspondiente. Avala esta conclusión, por otra parte, el hecho de que el artículo 39 del TRLUC prevé que, con carácter general y no en una clase de suelo determinada, la incompatibilidad de la infraestructura a implantar en el subsuelo con el destino urbanístico del suelo determinará la necesidad de expropiar el terreno.

- En segundo lugar, es evidente que también procederá la expropiación cuando la implantación de la infraestructura o servicio público en el subsuelo conlleve la privación de un aprovechamiento urbanístico en el subsuelo que ya estaba efectivamente materializado y, por lo tanto, incorporado al patrimonio de su titular, dado que en este supuesto sí se produciría una lesión patrimonial efectiva.

3.3. CARACTERIZACIÓN DEL RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL SUBSUELO REGULADO EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

De conformidad con todo lo que ha sido expuesto, el régimen urbanístico del subsuelo que establece la legislación actualmente vigente se caracteriza por los siguientes aspectos:

(a) La regulación del uso y del aprovechamiento del subsuelo forma parte de la potestad de ordenación urbanística, lo que comporta que el aprovechamiento urbanístico del subsuelo será el determinado por el planeamiento, siempre que establezca las correspondientes previsiones al respecto. En el caso de terrenos de titularidad privada, salvo que el planeamiento califique el subsuelo como sistema de titularidad pública ¹⁷⁾, quien tiene la facultad de llegar a materializar (y, consecuentemente, a patrimonializar) este aprovechamiento es el propietario del suelo. No obstante, la legislación urbanística catalana –a diferencia de otras legislaciones autonómicas que establecen que el subsuelo, si no tiene reconocido aprovechamiento urbanístico por parte del planeamiento, se presume de titularidad pública ¹⁸⁾–, no

hace referencia expresa a la atribución de la titularidad del subsuelo, porque no aborda la regulación del subsuelo desde la perspectiva de su titularidad, sino desde la perspectiva de la delimitación de las facultades que pueden corresponder, respecto al subsuelo, al titular del suelo.

Como consecuencia de la atribución al planeamiento de la función de ordenación del subsuelo, debe concluirse que el titular del suelo no dispone de ninguna facultad de utilización del subsuelo más allá de las que el planeamiento urbanístico le reconozca expresamente, o de las que se puedan considerar imprescindibles para destinar el suelo-superficie al uso y aprovechamiento que le atribuya este planeamiento. Por lo tanto, en el caso de que el referido planeamiento urbanístico no atribuya aprovechamiento el subsuelo, el titular del terreno correspondiente únicamente tendrá la facultad de actuar sobre este subsuelo en la medida (en el grosor o espesor, en la terminología empleada por la doctrina) que sea necesaria para implantar el uso o edificación previstos para el suelo (ejecución de cimientos, cultivo y plantaciones, etc.).

(b) La facultad de materializar efectivamente y de adquirir el aprovechamiento que el planeamiento urbanístico reconozca en el subsuelo está subordinada a las normas sectoriales de protección de restos arqueológicos y acuíferos, y a las de preservación de riesgos, así como a las necesidades de implantación de infraestructuras y servicios públicos o de interés público. Esta subordinación, que se establece con carácter general, delimita el contenido urbanístico de la propiedad del suelo, de forma que, en el marco de la legislación urbanística catalana, la imposibilidad de materializar en el subsuelo un aprovechamiento previsto por el planeamiento, por causa de la incompatibilidad con las normas sectoriales de protección citadas o con un proyecto de ejecución de una infraestructura pública, no constituye una afectación singular que dé lugar a indemnización. Sí se establece, en cambio, que habrá que proceder a la expropiación correspondiente cuando de la referida implantación de la infraestructura en el subsuelo se derive la imposibilidad de destinar el suelo-superficie al uso y aprovechamiento que le atribuya el planeamiento.

El régimen del subsuelo descrito es análogo al que contemplan otras leyes urbanísticas autonómicas como las de Andalucía, (Ley 7/2002, de 17 de diciembre), La Rioja (Ley 5/2006, de 2 de mayo) o el País Vasco (Ley 2/2006, de 30 de junio), que declaran que el aprovechamiento urbanístico del subsuelo está subordinado a las exigencias del interés público y de la implantación de servicios e infraestructuras públicas ¹⁹⁾. Sin embargo, mientras que la Ley de La Rioja regula esta supeditación en términos similares a la legislación catalana, es decir, condicionándola sólo a la compatibilidad con el uso y aprovechamiento del suelo o superficie del terreno (lo que conlleva, por tanto, que en caso de incompatibilidad con este destino de la superficie del terreno, será necesario expropiar), de la Ley del País Vasco parece derivarse, por el contrario, el reconocimiento de derechos indemnizatorios en caso de que la implantación de la infraestructura afecte a la edificabilidad reconocida por el planeamiento en el subsuelo ²⁰⁾.

(c) En cualquier caso, la regulación examinada es plenamente congruente con los principios básicos sobre el régimen del suelo contenidos en el TRLS, dado que éste, como ya se ha expuesto, dispone que las facultades de uso y explotación del suelo y del subsuelo son las que determinan los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables. Este precepto, además de declarar que la potestad de planeamiento urbanístico comprende la ordenación del subsuelo, reconoce la habilitación de la legislación aplicable para regular las condiciones y limitaciones de dichas facultades admitidas por el planeamiento, de forma que la subordinación del aprovechamiento del subsuelo a las exigencias de implantación de infraestructuras públicas se incardina perfectamente en esta habilitación.

Por otra parte, esta subordinación –que, según precisa el RLUC, conlleva que no se procederá a la expropiación del subsuelo de un suelo de titularidad privada afectado por la ejecución de una infraestructura subterránea, si esta ejecución no incide en el uso y aprovechamiento del suelo-superficie–, es perfectamente coherente con lo que dispone el

artículo 7.2 del TRLS, respecto a la falta de patrimonialización del aprovechamiento que admita el planeamiento hasta que este aprovechamiento no haya sido materializado, previo cumplimiento de las cargas y otras condiciones exigibles.

4. LAS PREVISIONES DE LA LEGISLACIÓN FERROVIARIA RESPECTO A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA IMPLANTACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS SUBTERRÁNEAS EN LOS DERECHOS DE LOS PROPIETARIOS DEL SUELO

Una vez establecido el alcance de las facultades que la legislación de suelo y urbanística atribuye a los propietarios en relación con el subsuelo de los terrenos de su propiedad, procede analizar cuáles son las previsiones establecidas al respecto por la legislación sectorial en materia de infraestructuras públicas o de interés público que deban implantarse en el subsuelo de fincas de titularidad privada. Ya podemos adelantar aquí que, con carácter general, dicha legislación sectorial se limita a establecer la habilitación legal necesaria para que la implantación de una infraestructura pueda afectar, en su caso, a tales derechos de terceros, pero no determina en ningún caso cuándo la implantación de una infraestructura pública conlleva una afectación al derecho de propiedad sobre el suelo y, en su caso, sobre el subsuelo. En todo caso, el análisis conjunto de ambas regulaciones nos debe permitir dar respuesta al objeto del presente estudio, esto es, en qué supuestos la implantación de estas infraestructuras subterráneas significa una afectación de los derechos de propiedad que requiere de una actuación expropiatoria o, alternativamente, que da lugar al surgimiento de algún derecho indemnizatorio.

4.1. LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS FERROVIARIOS COMO «CAUSA EXPROPIANDI»

Al margen de la regulación de requisitos técnicos y procedimentales específicos para la planificación y ejecución de las obras públicas en el subsuelo, las referencias contenidas en las leyes sectoriales en materia ferroviaria a las cuestiones singulares que plantea su implantación en el subsuelo son ciertamente muy escasas.

De conformidad con el objeto del presente estudio, la legislación sectorial que corresponde examinar fundamentalmente (sin perjuicio de las referencias necesarias a otras legislaciones en que se plantee también la cuestión de la ocupación del subsuelo) es la relativa a las infraestructuras de transporte y comunicaciones y, en especial, la legislación reguladora de las infraestructuras ferroviarias. La legislación sectorial en materia ferroviaria está integrada, por una parte, por la Ley estatal 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario, y, por otra parte, por la citada Ley autonómica catalana 4/2006, de 31 de marzo, ferroviaria de Cataluña²¹⁾ (en adelante, LFC).

La indicada legislación sectorial parte del presupuesto, como regla general, de la implantación de las infraestructuras en el suelo y sólo de forma puntual efectúa determinadas referencias en relación con el subsuelo. En consecuencia, las disposiciones legales relativas a las afectaciones a los derechos de los particulares que pueden derivarse de la ejecución de infraestructuras ferroviarias no distinguen, salvo algún supuesto concreto, entre los casos en que la infraestructura conlleva ocupación del suelo y los casos en que discurre por el subsuelo.

En este sentido, encontramos en la LFC, en primer término, una disposición, que es común a muchas otras legislaciones sectoriales, de acuerdo con la cual la aprobación del proyecto de la infraestructura ferroviaria (y, en su caso, la aprobación de la modificación del proyecto) conlleva «la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes y derechos afectados, a los efectos de la expropiación forzosa, la ocupación temporal y la imposición o modificación de servidumbres» (artículo 10.10 de la LFC); añadiendo, este mismo precepto, que también conlleva «la aplicación de las

limitaciones a la propiedad que establece esta ley». Así pues, desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas de la ejecución de infraestructuras ferroviarias, la referida ley autonómica establece una distinción expresa entre la expropiación, la ocupación temporal y la imposición de servidumbres por una parte, y las limitaciones legales a la propiedad, por otra.

Por su parte, el artículo 6.2 de la Ley estatal 39/2003, del sector ferroviario, en el que se regula la proyección y construcción de las infraestructuras ferroviarias que integran la Red Ferroviaria de Interés General, contiene una disposición de contenido similar, aunque únicamente referida a la expropiación, sin efectuar referencia expresa a las ocupaciones temporales o la imposición de servidumbres²²).

En realidad, la referencia expresa a los citados conceptos contenida en la legislación autonómica catalana, de la que se deduce que la norma pretende aludir a que las afectaciones a bienes y derechos derivados de la ejecución de la infraestructura pueden ser de un alcance y características distintos, puede considerarse innecesaria. Ello es así debido a que la definición de expropiación que efectúa el artículo 1.1 de la Ley de expropiación forzosa (en adelante, LEF), comprende cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, que es acordada imperativamente, incluyendo entre las formas de privación la «venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupaciones temporales o mera cesación de ejercicio».

En todo caso, parece claro que la LFC, cuando utiliza los conceptos de expropiación y de ocupación temporal está distinguiendo entre los casos en los que la infraestructura ferroviaria debe ocupar definitivamente unos determinados terrenos y aquellos otros supuestos en los que la ocupación es necesaria para la ejecución de las obras, pero tiene sólo carácter temporal porque la infraestructura no se emplaza en esos terrenos. En el primer caso, la implantación de la infraestructura conlleva una privación definitiva del derecho de propiedad sobre el terreno ocupado (que es lo que la LFC

denomina expropiación), y el correspondiente cambio en la titularidad de la propiedad, mientras que en el segundo caso se produce una privación o restricción de las facultades de uso y disfrute del terreno que tiene carácter temporal, y que no da lugar a ningún cambio (ni siquiera temporal) en la titularidad de la propiedad.

Interesa en especial determinar cómo debe interpretarse la referencia a «la imposición o modificación de servidumbres» contenida en el mismo artículo 10.10 de la LFC, concepto éste que, como ya se ha indicado, algunas legislaciones sectoriales y la jurisprudencia han utilizado tradicionalmente para referirse precisamente a supuestos en los que la implantación de la infraestructura se produce en el subsuelo de terrenos de titularidad privada. En efecto, como se expone a continuación, varias normas utilizan el concepto de «servidumbre» para denominar la supuesta afectación a los derechos o intereses de los propietarios del suelo que tendría lugar en el caso de establecimiento de canalizaciones y otras infraestructuras públicas o de interés público en el subsuelo de los terrenos de su titularidad.

Es el caso de la legislación en materia del sector eléctrico y del sector de los hidrocarburos, que denominan «servidumbre de paso» la relación jurídica que se establece con la titularidad del suelo, como consecuencia de la implantación en el subsuelo de las conducciones y otras instalaciones propias de estos servicios. Así, la legislación en las citadas materias declara de utilidad pública las instalaciones correspondientes, «a los efectos de expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para su establecimiento y de la imposición y ejercicio de la *servidumbre de paso* », según el artículo 54.1 de la Ley estatal 24/2013, del sector eléctrico y, en el caso del artículo 103.2 de la Ley estatal 34/1998, del sector de hidrocarburos, añadiendo que esta declaración supone que los titulares de concesiones o autorizaciones para el ejercicio de las actividades propias del sector «gozarán del beneficio de expropiación forzosa y ocupación temporal de bienes y derechos que exijan las instalaciones y servicios necesarios, así como la *servidumbre de paso y limitaciones de dominio* », en los casos que sea

preciso para vías de acceso, líneas de conducción y distribución de los hidrocarburos, incluyendo las necesarias para atender a la vigilancia, conservación y reparación de las instalaciones».

Ambas leyes establecen también que estas servidumbres de paso gravan los bienes ajenos, en la forma y con el alcance que determine la propia ley sectorial, y que se rigen por la normativa sectorial en la materia y, supletoriamente, por la legislación general sobre expropiación forzosa y el Código Civil, y precisan que la servidumbre de paso subterráneo comprende, en su caso, la ocupación del subsuelo por los cables conductores (en el caso de las líneas eléctricas) o para instalaciones y canalizaciones (en el caso del sector de los hidrocarburos), y también el derecho de paso y de acceso, y la ocupación temporal de terrenos u otros bienes necesarios para atender la vigilancia, conservación y reparación de las instalaciones y conducciones ²³).

A los efectos del presente estudio interesa destacar que, al margen de las connotaciones que conlleva el término «servidumbre» en su acepción tradicional, la legislación sectorial, cuando utiliza este concepto, lo hace para referirse a una situación derivada de la implantación de infraestructuras públicas o de interés público que se diferencia de la situación que requiere la «expropiación» (en el sentido que atribuye a este término dicha legislación sectorial), porque no conlleva la ocupación del suelo (de la superficie de la finca) de titularidad privada y, por lo tanto, no da lugar a ningún cambio en dicha titularidad. En otras palabras, cuando la legislación sectorial analizada utiliza el término servidumbre, para referirse a la ocupación del subsuelo por infraestructuras, está entendiendo que ésta no origina la privación del derecho de propiedad, pero, en cambio, parte del presupuesto de que puede producir limitaciones en las facultades de dicho derecho de propiedad.

Sin embargo, la efectiva concurrencia o no de este presupuesto ha de ser analizada a la luz de la definición del contenido del derecho de propiedad sobre el suelo (y su proyección sobre el subsuelo) de acuerdo con su función

social estudiada más arriba. Por lo tanto, las previsiones de la legislación sectorial sobre la incidencia de la implantación de infraestructuras públicas en el derecho de propiedad de terceros deben ser interpretadas necesariamente de conformidad con la citada legislación y atendiendo a las facultades que, de acuerdo con ella, integran el contenido de la propiedad del suelo, ya que en el caso de que la implantación de las infraestructuras y servicios públicos no afecte a facultades que forman parte en todo caso del contenido de este derecho, no se podrá entender que las llamadas «servidumbres» impliquen ningún tipo de limitación del derecho de propiedad, ni puedan dar lugar a ningún tipo de indemnización.

4.2. SOBRE LAS LIMITACIONES LEGALES A LA PROPIEDAD QUE DETERMINA LA LEGISLACIÓN FERROVIARIA

Por otra parte, la legislación en materia ferroviaria también determina un conjunto de «limitaciones legales» a la propiedad, que tienen por objeto la protección del dominio público ferroviario y que constituyen lo que tradicionalmente se ha considerado como servidumbres legales, de acuerdo con la definición contenida en el artículo 536 del Código Civil²⁴⁾ y la terminología empleada por numerosas leyes sectoriales²⁵⁾.

En el caso de estas leyes sectoriales, las «servidumbres» o «limitaciones» legales consisten en el establecimiento por parte de la ley, y con carácter general, de un régimen al que se sujetan los terrenos contiguos al dominio público, que suele caracterizarse por la prohibición o limitación de la implantación de edificaciones en la zona delimitada, o por la sujeción de cualquier actuación a la correspondiente autorización de la administración sectorial, todo ello con la finalidad de garantizar la protección y correcto funcionamiento de la infraestructura o servicio público.

Concretamente, la legislación en materia ferroviaria, tanto estatal como autonómica, define en primer término en qué consiste la zona de dominio público (es decir, de titularidad

pública), a continuación de la cual se delimita una zona de protección y un límite de edificación a fin de garantizar en todo caso la correcta operatividad de la infraestructura y del servicio prestado a través de la misma.

La zona de dominio público ferroviario comprende «los terrenos ocupados por las líneas ferroviarias y una franja de terreno de ocho metros a cada lado de la plataforma, medida en horizontal y perpendicularmente a su eje, desde la arista exterior de la explanación»²⁶⁾, si bien en el caso de suelo urbano consolidado la distancia que delimita la zona de dominio público es de cinco metros, y se prevé que el departamento competente pueda reducirla justificadamente, pero sin que pueda ser inferior a dos metros²⁷⁾.

En el caso de líneas ferroviarias en el subsuelo hay que entender que se aplican también estas distancias de delimitación de la zona de dominio público, pero, además, la zona de dominio público se extiende también *a la superficie de los terrenos necesarios para asegurar la conservación y el mantenimiento de la obra, de acuerdo con las características geotécnicas del terreno, su altura sobre los túneles y la disposición de sus elementos, teniendo en cuenta circunstancias tales como su ventilación y sus accesos*²⁸⁾.

Se puede concluir pues que, en el caso de infraestructuras ferroviarias en el subsuelo, la zona de dominio público incluye, además de lo que sería propiamente el túnel, aquel espacio por encima del túnel, incluida la superficie del terreno, que sea necesaria atendiendo a los criterios legalmente establecidos en el precepto anteriormente transcrito, y también cabe interpretar que incluye las dos franjas a cada lado del túnel hasta una distancia de 2 metros, como mínimo, y 8 metros, como máximo (debemos suponer que de la misma altura que el túnel).

Ciertamente, aunque desde el punto de vista de las características específicas de los túneles se podría cuestionar si le son aplicables las mismas reglas de delimitación de la zona de dominio público que en el caso de líneas en superficie, la legislación no incorpora ninguna excepción

explícita en este sentido y, en cambio, la aplicación por analogía de la definición del concepto de explanación que contienen diversas normas, permite concluir que también en el caso de túneles la zona de dominio público incorpora las referidas franjas laterales.

Así, si bien es cierto que no disponemos de una definición del concepto de explanación en la legislación en materia ferroviaria, para el caso de infraestructuras situadas en el subsuelo, la aplicación, como hemos dicho por analogía, de la definición contenida en el artículo 25.1 del Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del sector ferroviario y, en especial, de la definición que se establece en la legislación sectorial de carreteras (concretamente, en el Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre), avala la interpretación de que, en el supuesto de túneles, se puede identificar «explanación» con el espacio ocupado por el túnel y, a partir del límite exterior de este túnel, medir las franjas laterales que forman parte también, según la legislación ferroviaria, de la zona de dominio público.

Así, el mencionado artículo 25.1 del Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del sector ferroviario, dispone que:

«Se entiende por explanación, la superficie de terreno en la que se ha modificado la topografía natural del suelo y sobre la que se encuentra la línea férrea, se disponen sus elementos funcionales y se ubican sus instalaciones, siendo la arista exterior de ésta la intersección del talud del desmonte, del terraplén o, en su caso, de los muros de sostenimiento colindantes con el terreno natural».

Y el artículo 74.1 del Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de carreteras, prevé que:

«La arista exterior de la explanación es la intersección del talud del desmonte, del terraplén o, en su caso, de los muros de sostenimiento colindantes, con el terreno natural. En los casos especiales de puentes, viaductos, túneles, estructuras u obras similares, se podrá fijar como arista exterior de la

explanación la línea de proyección ortogonal del borde de las obras sobre el terreno».

Por lo tanto, en el caso de túneles de infraestructuras ferroviarias hay que entender como explanación toda la anchura del túnel y la zona de dominio público comprende esta anchura más las franjas laterales medidas desde la arista exterior.

Finalmente, como ya se ha adelantado, la previsión específica que la legislación ferroviaria contempla en relación con los túneles consiste en establecer que, a la zona de dominio público configurada de acuerdo con la definición general (explanación más franjas laterales), hay que añadir la superficie de terreno necesaria para garantizar el mantenimiento de la obra y, lógicamente, el espacio entre el túnel y esta superficie (ya que así se deriva de la finalidad de esta «extensión» de la zona de dominio público, y de las referencias legales a los elementos de ventilación y los accesos).

Teniendo en cuenta lo expuesto, es de destacar que la existencia de una infraestructura ferroviaria en el subsuelo determina la titularidad pública del espacio delimitado según la legislación ferroviaria, el cual no se circunscribe estrictamente al espacio ocupado por la plataforma o explanación, sino que comprende unas franjas laterales de anchura entre 5 y 8 metros (y, excepcionalmente, de un mínimo de 2 metros) y que, además, en el caso los túneles, también se extenderá, si es necesario, a la superficie del terreno así como, lógicamente, al espacio entre el túnel y esta superficie.

Una vez analizada la configuración legal de la zona de dominio público ferroviario, procede examinar los ámbitos que la legislación sectorial sujeta a lo que denomina limitaciones de la propiedad o servidumbres legales. Se trata, en primer lugar, de la zona de protección y, en segundo lugar, de la línea límite de edificación, que se delimitan en los artículos 14, 15 y 16 de la Ley estatal del sector ferroviario (y prácticamente en los mismos términos en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 13 y en el artículo 14 de la LFC).

No hay en estos preceptos ninguna referencia específica a la configuración de estas zonas en el caso de líneas ferroviarias en el subsuelo, por lo que deberán delimitarse de acuerdo con las reglas generales y se sujetarán al mismo régimen, sin perjuicio de señalar las dudas que plantea cuál es la extensión en vertical (hacia la superficie) de estos ámbitos.

En todo caso, la zona de protección de las líneas ferroviarias consiste en una franja de terreno a cada lado de las líneas delimitada, interiormente, por la zona de dominio público ferroviario y, exteriormente, por dos líneas paralelas situadas a setenta metros de las aristas exteriores de la explanación, distancia que se reduce a ocho metros en el suelo urbano consolidado. El régimen al que se sujeta esta zona consiste, básicamente, en que cualquier actuación requiere de autorización previa de la administración sectorial y en que, con carácter general, únicamente se pueden realizar obras o implantar instalaciones si son compatibles con la seguridad del tránsito ferroviario y son necesarias para prestar el servicio ferroviario, o bien si lo requiere la prestación de un servicio de interés general.

Finalmente, el establecimiento de la línea límite de edificación a ambos lados de las líneas ferroviarias (a una distancia de 50 metros desde la arista exterior de la plataforma, en suelo urbanizable y urbano no consolidado, y de 20 metros en suelo urbano consolidado) ²⁹⁾, conlleva la prohibición de las obras de construcción, reconstrucción o ampliación entre la citada línea límite de edificación y la línea ferroviaria.

Como ya se ha adelantado, la legislación sectorial analizada no efectúa ninguna referencia a la aplicación en el subsuelo de los criterios de delimitación de estas zonas, ni del régimen que conllevan, lo que puede comportar una cierta indeterminación técnica respecto a cómo delimitarlas en el caso de los túneles ³⁰⁾, aunque debe concluirse necesariamente que las infraestructuras ferroviarias en el subsuelo también dan lugar a la aplicación en el mismo de las servidumbres legales examinadas.

Ciertamente, ésta es la única conclusión procedente teniendo en cuenta, en primer lugar, que la legislación no excluye en ningún caso la aplicabilidad de estas zonas en el caso de líneas subterráneas y, en segundo lugar, que los fines de garantizar la funcionalidad y la seguridad de las infraestructuras ferroviarias, que justifican estas zonas y su régimen específico, concurren en igual medida en el caso de infraestructuras ubicadas en el subsuelo que en el suelo³¹). En este sentido resulta evidente que, si la legislación sectorial ha considerado que las exigencias de funcionalidad y seguridad en la prestación del servicio ferroviario requieren la sujeción de los suelos contiguos al dominio público a un régimen específico, en el caso de infraestructuras ubicadas en el subsuelo hay que afirmar que la aplicación de este régimen en el subsuelo contiguo, desde este mismo punto de vista de garantizar la funcionalidad y la seguridad del servicio, resulta, como mínimo, igualmente necesaria, por no decir que lo es en mayor medida, si tenemos en cuenta los problemas adicionales de seguridad que pueden plantear las líneas ferroviarias subterráneas.

5. ANÁLISIS DE LA CASUÍSTICA DE LA POSIBLE INCIDENCIA DE LA IMPLANTACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS SUBTERRÁNEAS EN LOS DERECHOS DE LOS PROPIETARIOS DE SUELO

Una vez analizado el régimen jurídico del subsuelo que establece la legislación vigente, así como las previsiones de la legislación sectorial en materia de infraestructuras ferroviarias sobre la eventual ejecución de estas infraestructuras en el subsuelo, procede examinar, por último, la diversidad de circunstancias que pueden concurrir en el caso de implantación de estas infraestructuras en el subsuelo de terrenos de titularidad privada, para establecer, en cada uno de los supuestos planteados, si existen o no perjuicios patrimoniales susceptibles de generar derechos indemnizatorios y que exijan, por lo tanto, llevar a cabo la expropiación correspondiente.

5.1. IMPLANTACIÓN DE UNA INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA EN EL SUBSUELO DE UN TERRENO DE TITULARIDAD PRIVADA, EN EL CASO DE QUE EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO NO ATRIBUYA AL SUBSUELO NINGÚN APROVECHAMIENTO, NI SE HAYA MATERIALIZADO NINGÚN APROVECHAMIENTO

Según ya se ha expuesto, las facultades de uso y aprovechamiento del subsuelo son las que determina el planeamiento urbanístico y, por tanto, en el caso de que este planeamiento no atribuya de forma expresa ningún aprovechamiento en el subsuelo, el propietario del suelo no tiene ninguna facultad de utilización del mismo, excepto en aquello en que dicha utilización resulte necesaria para desarrollar el uso o materializar el aprovechamiento que corresponda al suelo-superficie del terreno. Se ha señalado, en este sentido, que varias leyes urbanísticas autonómicas establecen que el subsuelo se presume público, mientras que otras legislaciones, como la catalana, aunque no efectúa esta declaración, establecen muy claramente que el derecho de propiedad sobre el suelo no comprende ninguna facultad de uso del subsuelo que no esté expresamente reconocida por el planeamiento.

En consecuencia, en el supuesto que se analiza, la ejecución de una infraestructura subterránea que discurra bajo un terreno de titularidad privada sólo requerirá llevar a cabo un procedimiento expropiatorio (expropiación en sentido amplio, como procedimiento dirigido a la indemnización de una lesión patrimonial singular) si la implantación de la infraestructura impide, reduce o dificulta el uso o aprovechamiento del suelo.

En el ámbito del suelo no urbanizable, esto significa que la implantación de la infraestructura en el subsuelo dará lugar a indemnización si conlleva limitaciones o prohibiciones de los usos y actividades propios de esta clase de suelo, pero no procederá indemnizar, porque no habría ningún daño o lesión patrimonial, en el caso de que no suponga ningún tipo de afectación al desarrollo de estas actividades agrícolas, ganaderas o cualquier otra admitida en aquel suelo no urbanizable.

En cuanto al suelo urbanizable o urbano, en el supuesto examinado hay que hacer especial referencia a los casos en los que el planeamiento urbanístico no regula en absoluto si se admite o no admite aprovechamiento en el subsuelo (casos en que, en la práctica, a pesar de esta falta de regulación, se ha venido admitiendo la materialización de aprovechamiento en el subsuelo, sobre todo con destino a aparcamiento al servicio de la edificación construida en el suelo). En el marco de la legislación urbanística vigente, de acuerdo con la cual el aprovechamiento urbanístico del subsuelo «es el que determina, en su caso, el planeamiento urbanístico» (artículo 32.1 del RLUC), cuando el instrumento de ordenación no atribuye aprovechamiento en el subsuelo de un terreno urbano o urbanizable está claro que no procede indemnizar por ninguna supuesta pérdida o disminución de aprovechamiento en el subsuelo, aunque en el entorno se haya autorizado y materializado, en otras fincas, algún aprovechamiento en el indicado subsuelo. Ciertamente, en este supuesto la ocupación del subsuelo para la ejecución de una infraestructura pública no se puede considerar que comporte ningún tipo de lesión a ningún derecho o interés, en la medida en que, si el planeamiento no atribuye aprovechamiento al subsuelo, el derecho de propiedad sobre la finca no incorpora ninguna facultad de utilización urbanística de este subsuelo.

Por lo tanto, hay que afirmar que, en el marco de la legislación urbanística vigente, la resolución de un supuesto como el que analiza la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de febrero de 2001 (JUR 2001, 169281), relativa a la determinación del justiprecio por la ocupación del subsuelo en una finca urbana de Barcelona, debería regirse por criterios sustancialmente diferentes a los que esgrime la Sentencia. Así, a pesar de la falta de relación de antecedentes detallados, parece que el planeamiento aplicable a la finca en cuestión no regulaba el aprovechamiento del subsuelo, lo que la resolución judicial interpreta, no en el sentido de inexistencia de aprovechamiento, sino en el sentido de inexistencia de limitación urbanística en el aprovechamiento del subsuelo, fijando la indemnización por la ocupación del subsuelo

teniendo en cuenta el aprovechamiento del subsuelo característico de la zona en la que está incluida la finca. Concretamente, la citada Sentencia señala que:

«Para verificar la valoración de las afectaciones debidas a la construcción de un túnel de metro en el subsuelo de la finca titularidad de los recurrentes, debe considerarse que si bien –como manifestó el Perito procesal– bajo rasante no hay limitación urbanística de ningún tipo, pudiéndose realizar tantas plantas subterráneas como se consideren convenientes dentro de la lógica constructiva y de la rentabilidad inmobiliaria, no es menos cierto que en la zona de que se trata, dos plantas sótano es la medida más utilizada para un uso como garaje, tanto por su facilidad de acceso como por considerar que el sistema constructivo se adecua a los costes medios de una obra actual, por lo que la valoración debe centrarse a la limitación de no poder construir la segunda planta de aparcamiento».

Ciertamente, de conformidad con la legislación urbanística vigente, y a diferencia de lo que sostiene la sentencia transcrita, no sería procedente indemnizar por la supuesta afectación a un aprovechamiento urbanístico del subsuelo que no está expresamente atribuido por el planeamiento urbanístico, ya que, de acuerdo con la indicada legislación, no existe aprovechamiento urbanístico en el subsuelo si no lo prevé el planeamiento.

Así pues, en el caso de terrenos urbanos y urbanizables que no tengan atribuido aprovechamiento urbanístico en el subsuelo, la ejecución de infraestructuras subterráneas sólo exige proceder a expropiar si afecta al uso y aprovechamiento del suelo, como sucede normalmente en el caso de las canalizaciones de diferentes servicios, que están sujetos a la prohibición de edificar sobre la parte del subsuelo ocupada o a otras limitaciones del posible aprovechamiento del suelo. No obstante, hay que recordar que la legislación urbanística prevé una posible excepción a la necesidad de expropiar en estos supuestos, que sería que los terrenos estuvieran incluidos en un ámbito de actuación urbanística que permitiera la distribución equitativa de beneficios y cargas, es decir, que permitiera que, aunque el aprovechamiento no se pudiera localizar allí donde el subsuelo hubiera sido ocupado,

sí se pudiera mantener el aprovechamiento correspondiente a los terrenos de acuerdo con el planeamiento.

Finalmente debe reiterarse que, en cambio, si la implantación de la infraestructura subterránea no impide ni dificulta la materialización del aprovechamiento que el planeamiento asigna al suelo, no procederá expropiar porque no se produce ninguna lesión a ningún derecho o interés del titular de la propiedad del suelo.

5.2. IMPLANTACIÓN DE UNA INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA EN EL SUBSUELO DE UN TERRENO DE TITULARIDAD PRIVADA, EN EL CASO DE QUE EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO ADMITA APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO EN EL SUBSUELO, PERO ÉSTE NO SE HAYA MATERIALIZADO

De conformidad con lo que ha sido expuesto anteriormente, en el marco de la legislación urbanística catalana el aprovechamiento en el subsuelo que pueda prever el planeamiento está subordinado a las exigencias de implantación de infraestructuras y servicios públicos, haciéndose constar de forma expresa que esta subordinación constituye una condición o límite del aprovechamiento urbanístico que delimita el contenido urbanístico de la propiedad del subsuelo que, por lo tanto, no confiere derecho a exigir indemnización en el caso de que, por causa de la ejecución de una obra pública, se reduzca el aprovechamiento del subsuelo previsto en el planeamiento (artículo 32.2 del RLUC).

En consecuencia, el hecho de que la implantación de la infraestructura ocupe el subsuelo de una finca privada para el que el planeamiento haya previsto aprovechamiento urbanístico, no determina la necesidad de proceder a expropiar si este aprovechamiento no ha sido efectivamente materializado o, en todo caso, si el titular de la finca no ha obtenido la licencia para materializar dicho aprovechamiento del subsuelo [32](#)).

A las anteriores consideraciones debe añadirse que, en el supuesto específico de ampliación o modificación de infraestructuras subterráneas ya existentes, la inexistencia de afectaciones a ningún derecho o interés, además de derivarse de la subordinación del aprovechamiento del subsuelo a las necesidades de implantación de infraestructuras públicas (o de la falta de previsión de aprovechamiento para el subsuelo, en el caso estudiado en el apartado anterior), puede derivarse también de la delimitación del dominio público y de las limitaciones legales previstas en la legislación sectorial en materia ferroviaria. En este sentido, como se ha expuesto anteriormente, de conformidad con la regulación contenida en esta legislación se puede concluir que, en el caso de infraestructuras ferroviarias en el subsuelo, también son aplicables las reglas relativas a la extensión de la zona de dominio público (zona que comprende, además de lo que sería propiamente el túnel, el espacio por encima del túnel necesario para la conservación y mantenimiento de la obra y también las dos franjas laterales del túnel hasta una distancia de entre 2 y 8 metros), así como las reglas relativas a la delimitación de la zona de protección y al establecimiento de la línea límite de edificación y el régimen aplicable en estas zonas (que comporta, entre otros aspectos, la prohibición de las obras de construcción, reconstrucción o ampliación entre la citada línea límite de edificación y la línea ferroviaria).

Sin perjuicio de la necesidad de un análisis de la delimitación de estas zonas en cada caso, se puede afirmar que las infraestructuras subterráneas ya existentes determinan, en aplicación de estos límites generales que regula la legislación sectorial, la inexistencia de ningún tipo de derecho o expectativa de aprovechamiento en el subsuelo incluido en las indicadas zonas, incluso aunque del planeamiento urbanístico y de la calificación de la finca se pudiera derivar la posibilidad de aprovechamiento en el subsuelo.

Por todos los motivos expuestos, debe concluirse que, en este supuesto que se examina, al igual que en el supuesto anteriormente analizado, la ejecución de la infraestructura subterránea sólo requiere indemnizar por la ocupación del

subsuelo si esta ocupación conlleva la limitación o la incompatibilidad del uso y aprovechamiento del suelo-superficie de la finca.

5.3. TERRENO DE TITULARIDAD PRIVADA CON APROVECHAMIENTO MATERIALIZADO EN EL SUBSUELO QUE SE VE AFECTADO POR LA IMPLANTACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA

Finalmente hay que señalar que si la ejecución de la infraestructura subterránea conlleva la privación de un aprovechamiento en el subsuelo efectivamente materializado, o limitaciones a los usos o actividades que se estén desarrollando de acuerdo con el planeamiento urbanístico, deberá tramitarse el procedimiento expropiatorio correspondiente e indemnizar los daños y perjuicios que se produzcan.

6. CONCLUSIONES

6.1. LA DEFINICIÓN DEL RÉGIMEN DEL SUBSUELO COMO FUNCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO-URBANÍSTICO

En el marco de nuestro ordenamiento jurídico es la legislación en materia de régimen de suelo y urbanismo la que, junto con el planeamiento urbanístico, define el contenido del derecho de propiedad sobre el suelo. En este sentido, desde la Ley del Suelo de 1956, la legislación urbanística ha partido de una concepción estatutaria del derecho de propiedad, de acuerdo con la cual las facultades que pueden integrar este derecho, más allá de las propias del destino natural del suelo, son las que expresamente reconocen la legislación y el planeamiento urbanístico. Por lo tanto, la determinación de si la implantación de una infraestructura pública en el subsuelo de un suelo de titularidad privada conlleva o no una afectación de los derechos o facultades de los propietarios, requiere establecer cuáles son las facultades que la legislación en materia de régimen de suelo y urbanística reconoce o

atribuye a los propietarios en relación con el subsuelo de los terrenos de su propiedad, y con qué condiciones y limitaciones.

6.2. EL RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL SUBSUELO DE ACUERDO CON EL TRLS

El TRLS establece, en su artículo 8, que el derecho de propiedad sobre el suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del suelo y del subsuelo «hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público». Por lo tanto, este precepto, además de declarar de forma expresa que la función pública urbanística comprende la potestad de ordenación del subsuelo, determina que la propiedad del suelo sólo comporta la facultad de uso urbanístico de este subsuelo si así lo prevé el planeamiento urbanístico y siempre en el marco de las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público y que establezcan «*las leyes aplicables*», expresión que constituye una amplia habilitación a la legislación urbanística autonómica para regular estas limitaciones o condiciones.

Por otra parte, también hay que destacar, a los efectos de este estudio, que el artículo 7.2 del TRLS establece que el propietario del suelo no es propietario de la edificabilidad atribuida por el planeamiento (ni al suelo ni al subsuelo) hasta que ésta no se ha materializado efectivamente, ya que, según indica expresamente la citada norma, el hecho de que el planeamiento reconozca edificabilidad a un terreno no conlleva que ésta se integre en el contenido del derecho de propiedad del suelo, sino que la edificabilidad prevista sólo se incorpora al derecho de propiedad, o sólo pasa a formar parte del patrimonio del titular del terreno, con su materialización y previo cumplimiento de los deberes y condiciones exigidas legalmente.

6.3. EL RÉGIMEN DEL SUBSUELO DE ACUERDO CON LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA CATALANA

De acuerdo con los artículos 39 del TRLUC y 32 del RLUC, el subsuelo está sujeto al siguiente régimen:

(a) No hay una facultad de utilización urbanística del subsuelo intrínseca al derecho de propiedad, sino que esta facultad o expectativa únicamente existe si lo prevé el planeamiento y en los términos y condiciones que éste establezca. Y, en el caso de que el planeamiento urbanístico no atribuya explícitamente aprovechamiento al subsuelo, el titular del suelo ni siquiera disfruta de la indicada expectativa, de forma que sus facultades de utilización del subsuelo se limitarían a aquellas intrínsecamente necesarias para llevar a cabo el destino o aprovechamiento urbanístico que el planeamiento prevea para el suelo.

(b) En segundo lugar, cualquier utilización del subsuelo, tanto si se trata de la materialización del aprovechamiento urbanístico admitido por el planeamiento, como si se trata de la implantación de infraestructuras, está supeditada a su compatibilidad con lo que establezca la legislación sectorial en relación con la prevención de riesgos y a la protección de restos arqueológicos y de acuíferos clasificados.

(c) El aprovechamiento urbanístico del subsuelo también queda subordinado a las necesidades de implantación de infraestructuras y servicios públicos, subordinación que conlleva que, por regla general, la ejecución de estas infraestructuras en el subsuelo no exige expropiar (ni, en términos más amplios, indemnizar por ningún concepto), salvo en el supuesto de que la ocupación del subsuelo haga imposible la utilización de la superficie del terreno, de acuerdo con el aprovechamiento urbanístico que le corresponda según el planeamiento, o afecte a un aprovechamiento en el subsuelo ya materializado y, por lo tanto, patrimonializado.

Así pues, la subordinación del aprovechamiento urbanístico que el planeamiento admita en el subsuelo a las exigencias de implantación de estos servicios significa que la posibilidad

de materializar un aprovechamiento urbanístico en el subsuelo queda siempre condicionada a que este subsuelo no sea necesario para la ejecución de una obra o infraestructura de interés público. Asimismo, según precisa el apartado 3 del artículo 32 del RLUC, cuando de esta subordinación se deriva la reducción o la imposibilidad de materializar el aprovechamiento que prevé el planeamiento, no se puede considerar que se produzca ningún perjuicio o lesión al patrimonio del titular del suelo, dado que la referida supeditación a las exigencias de la implantación de servicios o infraestructuras públicas no constituye una restricción de un derecho preexistente, sino una condición que delimita *ab initio* el contenido del derecho de propiedad.

6.4. SOBRE LAS PREVISIONES DE LA LEGISLACIÓN SECTORIAL RELATIVAS A LA INCIDENCIA DE LA IMPLANTACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS EN LOS DERECHOS DE TERCEROS

La legislación ferroviaria, y la legislación en materia de infraestructuras con carácter general, en cuanto a las consecuencias de la implantación de estas infraestructuras en eventuales derechos de terceros, se limitan a: **1)** ofrecer la necesaria habilitación legal para que la implantación de una infraestructura pueda afectar, en su caso, derechos de terceros, estableciendo, en este sentido, que la aprobación del proyecto conlleva la declaración de utilidad pública que permite esta afectación, **2)** definir los grados o intensidades en que estos eventuales derechos de terceros pueden verse afectados y, en este sentido, distinguir entre los supuestos en los que la implantación de la infraestructura puede suponer la privación del dominio (expropiación), la ocupación temporal del terreno, o la limitación de alguna de las facultades de uso y disfrute del propietario del predio (servidumbre), y **3)** establecer una serie de limitaciones legales a las facultades de los propietarios de los terrenos contiguos al dominio público ferroviario, para garantizar la funcionalidad y seguridad de las infraestructuras.

Sin embargo, lo que estas normas en ningún caso determinan, dado que no les corresponde hacerlo, es el contenido de los derechos eventualmente afectados, ni tampoco si efectivamente existen derechos que puedan resultar afectados como consecuencia de la implantación de una concreta infraestructura pública.

6.5. SOBRE EL CONCEPTO DE IMPOSICIÓN DE SERVIDUMBRES A QUE SE REFIERE LA LEGISLACIÓN SECTORIAL CUANDO SE TRATA DE LA IMPLANTACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS O SERVICIOS EN EL SUBSUELO

El concepto de imposición de servidumbres, tanto en la legislación ferroviaria como en otras leyes sectoriales, hace referencia precisamente a supuestos en los que la implantación de la infraestructura se produce en el subsuelo de terrenos de titularidad privada. Se trata, por tanto, de una situación derivada de la implantación de infraestructuras públicas o de interés público que se diferencia de la ocupación temporal en que la ocupación es definitiva, pero que también se diferencia de la situación que requiere la «expropiación» (en el sentido que atribuye a este término la indicada legislación sectorial), porque no comporta la ocupación del suelo (de la superficie de la finca) de titularidad privada y, por lo tanto, no da lugar a ningún cambio en la titularidad del mismo.

Cuando la legislación sectorial utiliza el término servidumbre, para referirse a la ocupación del subsuelo por infraestructuras, está entendiendo que esta ocupación no origina una privación del derecho de propiedad, pero, en cambio, parte del presupuesto de que puede producir limitaciones en las facultades de la propiedad, si bien la efectiva concurrencia o no de este presupuesto debe ser analizada a la luz de la legislación en materia de régimen de suelo y urbanismo, dado que es esta legislación la que define el contenido del derecho de propiedad sobre el suelo, de acuerdo con su función social. También hay que tener en cuenta también que la jurisprudencia dictada en relación con la determinación de las indemnizaciones por imposición de

servidumbres sectoriales, fundamenta la procedencia y la determinación de la cuantía de la indemnización en función de la incidencia de la ocupación en el uso y aprovechamiento del suelo o superficie de la finca, es decir, en función de las limitaciones que la instalación de la infraestructura conlleva para la utilización de este suelo.

6.6. SOBRE LA CASUÍSTICA DE LA POSIBLE INCIDENCIA DE LA IMPLANTACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS SUBTERRÁNEAS EN LOS DERECHOS DE LOS PROPIETARIOS DEL SUELO, DE ACUERDO CON LA LEGISLACIÓN SECTORIAL Y SOBRE RÉGIMEN DE SUELO Y URBANISMO

La implantación de una infraestructura subterránea en el subsuelo de un terreno de titularidad privada, *si el planeamiento no atribuye a este subsuelo ningún aprovechamiento urbanístico o si, aunque sí lo prevea, el aprovechamiento no ha sido materializado*, no conlleva ningún tipo de privación de derechos patrimoniales que exija indemnizar, salvo en el caso de que la implantación de la infraestructura impida, reduzca o dificulte el uso o aprovechamiento del suelo. Ello significa que, en el ámbito del suelo no urbanizable, la ejecución de la infraestructura en el subsuelo sólo dará lugar a indemnización si conlleva limitaciones o prohibiciones de los usos y actividades propios de esta clase de suelo. Y, en el caso de terrenos urbanos y urbanizables, sólo procederá indemnizar si la ejecución de la obra pública impide la materialización del aprovechamiento que el planeamiento atribuya al suelo, excepto en el caso de que los terrenos estén incluidos en un ámbito de actuación urbanística que permita la distribución equitativa de beneficios y cargas, es decir, que permita que, aunque el aprovechamiento no se pueda localizar allí donde el subsuelo ha sido ocupado, sí se pueda mantener el aprovechamiento correspondiente a los terrenos de acuerdo con el planeamiento.

Además, en estos casos (subsuelo que no tiene atribuido aprovechamiento urbanístico o que, aunque el planeamiento lo prevé, no ha sido materializado), *si se trata de obras de*

ampliación o modificación de infraestructuras subterráneas ya existentes , la inexistencia de afectaciones a derecho o interés alguno puede derivarse asimismo de la delimitación del dominio público y de las limitaciones legales previstas en la legislación sectorial en materia ferroviaria en la zona de protección y dentro de la línea límite de edificación (que incluyen, entre otros aspectos, la prohibición de las obras de construcción, reconstrucción o ampliación entre la citada línea límite de edificación y la línea ferroviaria). Por lo tanto, sin perjuicio de la necesidad de un análisis de la delimitación de estas zonas en cada caso, se puede afirmar que las infraestructuras subterráneas ya existentes determinan, en aplicación de estos límites generales que regula la legislación sectorial, la inexistencia (o limitación) de expectativas de aprovechamiento en el subsuelo incluido en las indicadas zonas, incluso aunque del planeamiento urbanístico y de la calificación de la finca se pudiera derivar la posibilidad de aprovechamiento en el subsuelo.

Finalmente hay que señalar que si la ejecución de la infraestructura subterránea conlleva la privación de un *aprovechamiento en el subsuelo que está efectivamente materializado* , o comporta limitaciones a los usos o actividades que se desarrollan en el mismo de acuerdo con el planeamiento urbanístico, deberá tramitarse el procedimiento expropiatorio correspondiente e indemnizar los daños y perjuicios que se produzcan por la privación de los derechos afectados.

7. BIBLIOGRAFÍA

Alegre Ávila, J. M. «El subsuelo, una propuesta para la reformulación de su estatuto jurídico», *Revista Española de Derecho Administrativo* , núm. 130, 2006.

Fernández; T. R.: «La propiedad urbanística del suelo, el vuelo y el subsuelo», *Revista Vasca de Administración Pública* , núm. 41, 1995. También en *Anales de la Academia matritense del notariado* , Tomo XXXV, Edersa, Madrid, 1996.

Parejo Alfonso, L.: «Algunas reflexiones sobre las cuestiones básicas del régimen jurídico del subsuelo», *CIUDAD y TERRITORIO, Estudios Territoriales*, XXVIII (109), 1996.

1

Es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2002 (RJ 2002, 7895), según la cual, de acuerdo con el artículo 350 del CC, «la propiedad pública o privada comprende la superficie y a lo que está debajo de ella», si bien este argumento se utiliza para afirmar que el uso público de los bienes de dominio público impide su uso particular y privativo, aunque sólo afecte al subsuelo.

«aunque la regulación del régimen jurídico del subsuelo es ciertamente insuficiente, cualquier consideración que se efectúe debe partir de lo dispuesto en el artículo 350 del Código Civil, según el cual 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, a lo que cabría añadir hoy las peculiaridades derivadas del régimen de la propiedad urbana que se contienen en la normativa urbanística».

«Sin necesidad de remontarse a la doctrina tradicional que considera que el dominio de un terreno alcanza *usque ad inferos*, lo cierto es que el subsuelo constituye el sustrato natural del suelo, por lo que en cualquier caso debe seguir su misma condición. Así lo han entendido las Sentencias del Tribunal Supremo de [AZD 13 de diciembre de 1988](#) (RJ 1988, 9384) y [AZD 23 de diciembre de 1991](#) (RJ 1991, 9223), en las que se dice que «el aprovechamiento del subsuelo (...) por parte de la Corporación municipal es una facultad que le asiste como titular del dominio público sobre la misma"».

El razonamiento expuesto lleva al Tribunal a afirmar que el subsuelo de un suelo de dominio público puede destinarse a fines públicos diferentes, siempre que resulten compatibles con el carácter demanial. En cambio, según la sentencia citada, no es jurídicamente admisible la alteración de su naturaleza jurídica, en primer lugar, porque en el supuesto analizado en el recurso la afectación al dominio público derivaba del planeamiento y, en todo caso, porque en una eventual desafectación del subsuelo de un bien de dominio público «se verían comprometidas las notas de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad que caracterizan al demanio, pues de admitirse que el subsuelo de los bienes inmuebles de dominio público puede ser considerado como bien patrimonial, nada impediría su enajenación a terceros, de lo que resultaría una inadmisibles estratificación

de la propiedad del suelo, en la que la titularidad del subsuelo, substrato natural de los espacios públicos, correspondería a particulares».

2

La Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 5 de abril de 2001 (RJ 2002, 8121) revoca la decisión del registrador que se negó a inscribir como bien independiente el subsuelo de una finca de dominio público, que había sido previamente desafectado. Los razonamientos de la indicada resolución establecen al respecto que:

«No cabe interpretar los preceptos del Código Civil relativos a la propiedad y a la accesión, según el viejo aforismo romano *usque ad sidera usque ad infero*. Esta concepción liberal del dominio se ha visto extensamente modulada por la legislación especial y no se corresponde a la actual configuración del derecho de propiedad en nuestra Constitución.(...). El aforismo *usque ad sidera usque ad infero* referido a los derechos del propietario, cede frente al superior principio de la función social de la propiedad, de manera que además de las leyes especiales limitativas deben tenerse en cuenta aquellas otras cuyo objeto es la delimitación de las facultades del propietario, como ocurre en materia urbanística (cfr. artículo 2 de la Ley del Suelo).

Las normas urbanísticas pueden permitir así un uso diverso para el subsuelo distinto del correspondiente al suelo. Para ello será premisa indispensable, que tal posibilidad no sea contradictoria con el planeamiento, y que si los terrenos inicialmente eran dotacionales públicos se cumplan los requisitos legales en orden a la desafectación como bien demanial del subsuelo para su configuración como bien patrimonial. Por supuesto será precisa además la correspondiente licencia urbanística, que no es sino el acto administrativo mediante el cual adquiera efectividad la posibilidad de ocupación, aprovechamiento o uso de un suelo determinado, previa concreción de lo establecido al respecto por las leyes, planes de ordenación y demás normativa urbanística.

Registralmente deberá abrirse folio autónomo a la unidad subterránea constituida por el volumen de subsuelo desafectado como bien demanial».

3

Las sentencias se refieren fundamentalmente a la implantación de oleoductos y gasoductos, aunque también, en algunos casos, a conductos de la red de suministro de agua, de evacuación de aguas residuales, o a

otras instalaciones. En la mayor parte de los supuestos analizados, por lo tanto, se hace constar que la servidumbre de paso subterráneo supone la sujeción a las siguientes limitaciones: «I.-Prohibición de efectuar trabajos de arado, cava u otros análogos a una profundidad superior a los cincuenta centímetros en la zona de cuatro metros. II.-Prohibición de plantar árboles o arbustos de tallo alto, a una distancia inferior a dos metros, a contar desde el eje del gasoducto a uno y otro lado del mismo. III.-Prohibición de levantar edificaciones o construcciones de cualquier tipo aunque tengan carácter provisional o temporal, ni efectuar acto alguno que pueda dañar o perturbar el buen funcionamiento, la vigilancia, conservación o reparaciones necesarias, en su caso, del gasoducto y sus elementos anejos incluido el cable de telecomunicación a una distancia inferior a diez metros del eje del trazado, a uno y otro lado del mismo. IV.-Libre acceso, por la franja de servidumbre de cuatro metros, y de ocupación temporal, del personal y elementos necesarios para poder colocar, vigilar, mantener, reparar o renovar las instalaciones, con pago en su caso, de los daños que se ocasionen».

4

Entre otras, SSTS de 23 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 7822); 28 de junio de 1992 (RJ 1992, 4725); 3 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4105); 13, 14, 20, 25, 26 y 27 de junio de 1996 (RJ 1996, 4811, 4816, 4894, 5024, 5031, 5034); 4 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 7888), 30 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6924), 9 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1447), y 3 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 7393).

5

Así, la STS de 20 de junio de 1996 (RJ 1996, 4894) afirma que la valoración debe efectuarse « ... atendiendo a la particular incidencia del establecimiento de la servidumbre de gasoducto en la finca afectada por la expropiación teniendo en cuenta las limitaciones que implica aquélla para el normal aprovechamiento de esta última en su condición urbanística de suelo urbano de destino industrial».Y, de acuerdo con este criterio, la STS de 30 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6924) considera procedente que la indemnización para la parte afectada por la servidumbre, y sujeta a una prohibición de edificación, se establezca en un 75 por ciento del valor del suelo, en el caso de un suelo urbano no consolidado, por entender que «en terreno susceptible de edificabilidad, en lo que respecta a la superficie por la que discurre el gasoducto, las limitaciones impuestas equivalen a una privación de dominio, y en lo atinente a la superficie contigua, resultan considerablemente alteradas las posibilidades edificatorias».

6

Esta última sentencia considera adecuado indemnizar el demérito de la totalidad de la finca en un 5% del valor del suelo por entender que «se produce como consecuencia de la instalación de la servidumbre una

merma justificada del ius edificando y, en este sentido, el pronunciamiento que realiza la sentencia de instancia parece correcto, tratándose de una expropiación en la que se produce una incidencia negativa en las posibilidades constructivas del predio, en la forma que acredita el estudio pericial procesal», estudio que había señalado que, a pesar de que edificabilidad atribuida podría hacerse efectiva en la parte de la finca no afectada, la finca era «difícilmente edificable en la menor de las partes en que queda dividida, como consecuencia tanto de los retranqueos obligados a linderos como a la red de gas instalada, lo que supone la no posible subdivisión de dicha finca en otras menores para su posible urbanización o, al menos, que esta posibilidad se encuentre mermada en función de la servidumbre existente».

7

Por su interés en relación con el objeto de este estudio, conviene reproducir el resumen que efectúa la sentencia de los fundamentos jurídicos esgrimidos por cada una de las partes, en los siguientes términos:

« **mientras los actores** , en función de la aplicación mas clásica del derecho de propiedad y con apoyo en la referencia que el art. 350 del C. Civil hace a que «el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convenga, salvas las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los Reglamentos de Policía», **interpretan que el mero hecho, objetivamente considerado, de construcción del túnel por debajo de su finca, les da derecho a que se inicie el correspondiente expediente expropiatorio para compensarlos de esa teórica afectación** , aunque el subsuelo no se encuentre en fase de explotación o utilización. Por el contrario, **la Administración** estatal demandada, –lo mismo que Autopistas del Atlántico–, **oponen** , en una concepción mas moderna de dicho derecho, **que dicha obra** , –con una profundidad desde la superficie entre un mínimo de treinta y seis y un máximo de cuarenta y dos metros– **no ha ocasionado ni ocasionará en el futuro ningún perjuicio a los actores** , que, además de reconocer que no utilizan el subsuelo para ningún destino económico, no ostentan tampoco ningún interés legítimo actual relacionado con el bien cuya expropiación solicitan, incumpliendo así la condición básica para ello exigida por el art. 3 6 de la Ley de Expropiación Forzosa, (...) por lo que, a efectos expropiatorios, la iniciación del correspondiente expediente sólo podría estar justificado por el hecho de que los solicitantes ejercieran, «de facto» una explotación razonable del subsuelo de la finca de que se trata que se viera, directa

o indirectamente, afectada por la construcción de dicho túnel, **sin que simples y potenciales expectativas de una teórica limitación o afectación futura merezcan el calificativo de privación efectiva de la propiedad privada ni de derechos o intereses legítimos relacionados con ella** , ya que, en la práctica, no ha habido para los actores perjuicios de ningún tipo».

8

Fernández; T. R.: «La propiedad urbanística del suelo, el vuelo y el subsuelo», *Revista Vasca de Administración Pública* , núm. 41, 1995, artículo publicado también en *Anales de la Academia matritense del notariado* , Tomo XXXV, Edersa, Madrid, 1996, pp. 145-170.

9

La delimitación que efectúa Tomás Ramón Fernández del suelo y del subsuelo la extrae de la Ley de Minas de 1868, legislación ésta que, además, era la vigente en el momento en que se promulgó el Código Civil. De acuerdo con la Ley de Minas de 1868 este *corpus* de tierra que forma parte del suelo se definía como «el espesor al que haya llegado el trabajo del propietario, ya sea para el cultivo, ya para solar o cimentación, ya para otro objeto distinto cualesquiera de la minería». A partir de ahí, según la propia Ley de Minas, el subsuelo era dominio público. Dado que ésta era la regulación vigente en el momento en que se aprobó el CC, hay que concluir que, en su formulación inicial, el artículo 350 del CC no atribuía al propietario del suelo la propiedad del subsuelo, al hacer referencia precisamente a los límites impuestos por la legislación en materia de minas.

10

Parejo Alfonso, L.: «Algunas reflexiones sobre las cuestiones básicas del régimen jurídico del subsuelo», *Ciudad y Territorio, Estudios Territoriales* , XXVIII (109), 1996, pp. 387-402.

11

Parejo Alfonso, L., *op. cit.* p. 401.

12

Alegre Ávila, J. M. «El subsuelo, una propuesta para la reformulación de su estatuto jurídico», *Revista Española de Derecho Administrativo* , núm. 130, 2006, pp. 255-274.

13

Según la disposición analizada, están incluidas en las facultades de uso y explotación del suelo, la facultad de realizar las instalaciones y construcciones para utilizar el suelo conforme a su naturaleza que estén legalmente permitidas; la de edificar en el caso que la ordenación territorial y urbanística atribuya edificabilidad y se cumplen el resto de condiciones establecidas; y la de participar en las actuaciones de urbanización que define el propio TRLS.

14

Aunque no son analizadas, por no tener una relación directa con el objeto del estudio, conviene indicar que el citado TRLS incluye otras referencias al subsuelo, entre las que destaca la contenida en su artículo 17.4, que admite explícitamente la posibilidad de que el planeamiento destine superficies superpuestas del subsuelo o del vuelo, a calificaciones con aprovechamiento privado y a sistemas urbanísticos públicos, en los siguientes términos: «Cuando los instrumentos de ordenación urbanística destinen superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el vuelo, a la edificación o uso privado y al dominio público se constituirá un complejo inmobiliario en el que aquéllas y ésta tengan el carácter de fincas especiales de atribución privativa, previa la desafectación y con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público».

15

El antecedente normativo del precepto transcrito se puede encontrar en el artículo 78 de la Carta municipal de Barcelona (Ley autonómica 22/1998, de 30 de diciembre), precepto que, al margen de declarar en el apartado 3 que es el planeamiento urbanístico el que crea y regula la posibilidad de aprovechamiento en el subsuelo («3. la realización de obras, la materialización de aprovechamientos y el desarrollo de usos o actividades en el subsuelo requieren la ordenación previa de éste por el pertinente plan especial»), contiene un apartado 2 con una redacción prácticamente idéntica al artículo 39.1 del TRLUC: «El subsuelo que tenga atribuido aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación privada está sometido a las servidumbres administrativas necesarias para la prestación de servicios públicos o de interés público, siempre y cuando esta utilización sea compatible con el uso del inmueble privado sirviente. En caso de que no sea compatible, debe procederse a la expropiación, de acuerdo con las determinaciones del planeamiento».

16

El apartado 4 del precepto objeto de análisis establece de forma expresa que «La expropiación se tiene que extender a la totalidad del terreno si, como consecuencia de la afectación, no es posible la materialización, ni tan sólo parcial, del aprovechamiento urbanístico atribuido».Y, por otro lado, el apartado 5 del mismo artículo regula a quién corresponde

expropiar, en los siguientes términos: «En el caso a que se refiere el apartado anterior, la expropiación ha de llevarla a cabo la administración competente por razón del servicio a implantar, y corresponde a la persona titular del servicio que dé lugar a la afectación la condición de persona beneficiaria de la expropiación».

17

El artículo 34.3 del RLUC prevé que, en suelo urbano, el planeamiento pueda «calificar como sistema de titularidad pública parte de las edificaciones existentes, de las edificaciones de nueva construcción, o del vuelo o del subsuelo de los inmuebles, por razón de la necesidad de implantación de equipamientos comunitarios, así como para facilitar la accesibilidad de los peatones a los sistemas viario y de espacios libres en las tramas urbanas consolidadas».

18

Es el caso de la legislación de Castilla-La Mancha (Disposición preliminar del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio y de la actividad urbanística de Castilla-La Mancha, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo: «Cuando la ordenación territorial y urbanística no atribuya aprovechamiento urbanístico al subsuelo, éste se presume público»), de Extremadura (Disposición preliminar de la Ley 15/2001, en los mismo términos transcritos anteriormente), o de Canarias (Anexo del Decreto Legislativo 1/2000). También la Ley 7/2002 de Andalucía, después de regular el subsuelo en términos análogos a los de la legislación urbanística catalana, añade que: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el instrumento de planeamiento no precise el aprovechamiento atribuido al subsuelo, éste se presumirá público».

19

Concretamente, esta subordinación se establece en los términos siguientes:

- Artículo 49.3 de la Ley 7/2002, de Andalucía: «El uso urbanístico del subsuelo se acomodará a las previsiones del Plan General, quedando en todo caso su aprovechamiento subordinado a las exigencias del interés público y de la implantación de instalaciones, equipamientos y servicios de todo tipo».

- Artículo 40.1 de la Ley 5/2006, de La Rioja: «El planeamiento urbanístico regulará el uso del subsuelo, que quedará sometido a las servidumbres administrativas necesarias para la prestación de

servicios públicos o de interés público, siempre que estas servidumbres sean compatibles con el uso del inmueble que sobre él se encuentre».

- Artículo 18.2 de la Ley 2/2006, del País Vasco: «... la ordenación urbanística puede determinar, además de la edificabilidad urbanística y de los usos que atribuya al vuelo y al subsuelo ligados a la superficie, la utilización específica e independiente del suelo, subsuelo y vuelo para fines de uso o servicio público, así como de utilidad pública o interés social...».

20

Así se deduce del apartado 4 del artículo 18 de la citada Ley 2/2006, cuando dispone que: «Tampoco otorga derecho de indemnización al propietario de la superficie la utilización que se disponga del subsuelo conforme al apartado segundo, siempre que la misma no afecte o perjudique la edificabilidad y el uso otorgados al subsuelo ligado a la superficie».

21

En cuanto al ámbito de aplicación de estas leyes, hay que tener en cuenta que la Generalitat tiene competencias exclusivas en relación con las infraestructuras de la red ferroviaria de las que es titular y sobre los ferrocarriles que circulan íntegramente por el territorio de Cataluña, con independencia de la titularidad de la infraestructura (artículos 140.2 y 169.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña).

22

Artículo 6.2 de la Ley estatal 39/2003: «La aprobación del correspondiente proyecto básico o el de construcción de líneas ferroviarias, tramos de las mismas u otros elementos de la infraestructura ferroviaria o de modificación de las preexistentes que requiera la utilización de nuevos terrenos, supondrá la declaración de utilidad pública o interés social, la necesidad de ocupación y la declaración de urgencia de la misma, a efectos de la expropiación forzosa de aquellos en los que deba construirse la línea, el tramo o el elemento de la infraestructura ferroviaria o que sean necesarios para modificar las preexistentes, según lo previsto en la legislación expropiatoria».

23

Artículo 57 de la Ley 24/2013, del sector eléctrico: «1. La servidumbre de paso de energía eléctrica tendrá la consideración de servidumbre legal, gravará los bienes ajenos en la forma y con el alcance que se determinan

en la presente Ley y se regirá por lo dispuesto en la misma, en sus disposiciones de desarrollo y en la legislación mencionada en el artículo anterior.

(...)

3. La servidumbre de paso subterráneo comprende la ocupación del subsuelo por los cables conductores, a la profundidad y con las demás características que señale la legislación urbanística aplicable, todo ello incrementado en las distancias de seguridad que reglamentariamente se establezca.

4. Una y otra forma de servidumbre comprenderán igualmente el derecho de paso o acceso y la ocupación temporal de terrenos u otros bienes necesarios para construcción, vigilancia, conservación, reparación de las correspondientes instalaciones, así como la tala de arbolado, si fuera necesario».

Artículo 107 de la Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos: «1. Las servidumbres y autorizaciones de paso que conforme a lo dispuesto en el presente capítulo se establezcan gravarán los bienes ajenos en la forma y con el alcance que se determinan en la presente Ley y se regirán por lo dispuesto en la misma, en sus disposiciones de desarrollo y en la normativa a que se refiere el artículo anterior.

2. Las servidumbres y autorizaciones de paso comprenderán, cuando proceda, la ocupación del subsuelo por instalaciones y canalizaciones a la profundidad y con las demás características que señalen Reglamentos y Ordenanzas municipales.

3. Las servidumbres y autorizaciones comprenderán igualmente el derecho de paso y acceso, y la ocupación temporal del terreno u otros bienes necesarios para atender a la vigilancia, conservación y reparación de las instalaciones y conducciones».

24

De acuerdo con el citado artículo 536 del Código Civil, «las servidumbres se establecen por la ley o por la voluntad de los propietarios. Aquéllas se llaman legales y éstas voluntarias». El artículo 559 añade, respecto a las servidumbres legales de utilidad pública como las que nos ocupan, que: «Todo lo concerniente a las servidumbres establecidas para utilidad pública o comunal se regirá por las leyes y reglamentos especiales que las determinan, y, en su defecto, por las disposiciones del presente Título».

25

Entre otras, la legislación en materia de costas (artículo 23 y ss. de la Ley estatal 22/1988, de 28 de julio), y en materia de carreteras (artículo 22 y ss. de la Ley estatal 25/1988, de 29 de julio, y artículo 36 y ss. del Decreto

Legislativo 2/2009, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de carreteras de Cataluña).

26

Artículo 13.1 de la Ley 39/2003, del sector ferroviario y artículo 13.2 de la LFC.

27

Artículo 15.6 de la Ley 39/2003, del sector ferroviario y artículo 13.5 de la LFC.

28

Artículo 13.4 de la Ley 39/2003, del sector ferroviario y artículo 13.3 de la LFC

29

Hay que tener en cuenta que la Ley prevé que, en el caso del suelo urbanizable y urbano no consolidado, se establezca reglamentariamente una distancia inferior si lo justifican las características de la línea ferroviaria, y también que el departamento competente pueda reducir la distancia fijada, en el caso del suelo urbano consolidado, si se acredita la necesidad y la reducción no perjudica la prestación de los servicios ferroviarios (apartados 2 y 3 del artículo 14 de la LFC). El artículo 16 de la Ley estatal fija esta línea, con carácter general, a una distancia de 50 metros de la arista exterior, pero también prevé que reglamentariamente se pueda fijar una distancia inferior o que el Ministerio pueda reducirla, respecto a determinadas líneas ferroviarias y en zonas o áreas delimitadas y, de hecho, el Reglamento aprobado mediante el Real Decreto 2387/2004, ha establecido que en las líneas ferroviarias que discurren por zonas urbanas, la línea límite de edificación se sitúa, con carácter general, a una distancia de 20 metros (artículo 34.4).

30

Según se ha indicado anteriormente, la legislación establece que las distancias que delimitan las distintas zonas se miden desde la arista exterior de la explanación, y en horizontal y perpendicularmente al eje de la plataforma de la línea ferroviaria, reglas, en principio, son suficientes técnicamente para entender cómo se configuran estas zonas sobre la superficie de suelo. En cambio, en el caso de túneles, si bien se puede considerar aplicable la regla de medición «en horizontal y perpendicularmente al eje de la plataforma», no queda claro qué alcance debe darse en la zona de protección o de prohibición de edificación en sentido vertical.

31

No contradice esta conclusión el hecho de que el artículo 34.2 *in fine* del Reglamento estatal del sector ferroviario establezca que: «En los túneles y en las líneas férreas soterradas o cubiertas con losas no será de aplicación la línea límite de edificación». En efecto, aunque hubiera sido conveniente un mayor grado de precisión, hay que afirmar que cuando el precepto transcrito señala que en estos supuestos no será de aplicación la línea límite de edificación, se está refiriendo a que no será de aplicación en la superficie de suelo, es decir, que la existencia de una línea subterránea no conlleva la prohibición de edificar en la superficie de suelo en todo el ámbito comprendido dentro de la proyección vertical de la referida línea.

32

Aunque el artículo 7.2 TRLS declare que la patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva, se puede considerar que, una vez obtenida la licencia necesaria para proceder a esta materialización el titular ya tiene reconocido este derecho y su privación sí supondría una lesión indemnizable. Éste ha sido el criterio establecido por la legislación sobre régimen del suelo al regular los supuestos indemnizatorios, entre los que siempre se ha incluido la modificación o extinción de la eficacia de las licencias como consecuencia de la alteración del planeamiento [anteriormente, artículo 42 de la Ley estatal 6/1998, de régimen del suelo y valoraciones y, en la actualidad, artículo 35.c) TRLS].