

## El derecho de subsuelo

(Aguas subterráneas)

MARCOS GUIMERÁ PERAZA  
Notario

Uno de los aspectos más interesantes que presenta la regulación de las aguas en Canarias es el que podemos llamar con toda propiedad «el derecho del subsuelo». Esta cuestión se plantea por igual en los alumbramientos por medio de galerías, típicos de la isla de Tenerife, que en las explotaciones hidráulicas mediante pozos, característicos de la Gran Canaria. Y aunque pueden darse indistintamente en los heredamientos y en las modernas comunidades, lo frecuente es que haya de tenerse en cuenta al tratar de estas últimas, que se constituyen con el fin, precisamente, de alumbrar agua en el subsuelo de fincas superficiales. El problema del derecho del subsuelo se ofrece al tratar de proceder al alumbrado de aguas subterráneas.

### I. *Autorización administrativa: distancia entre alumbramientos:*

Como es sabido, ha de obtenerse la pertinente autorización administrativa para poder practicar labores de alumbramiento de aguas en terrenos de propiedad particular, sea mediante pozo o sea mediante galería. Hasta ahora, y en virtud de lo dispuesto en la Orden de 23 de mayo de 1938, la solicitud se había de presentar en la Jefatura de Obras Públicas de la provincia respectiva, y la autorización habría de ser concedida, en su caso, por el Gobernador Civil (1). Ahora, por virtud de la reorganización de

---

(1) Es de resaltar la crítica que a esta autorización hizo don ANDRÉS DE OROZCO Y BATISTA, en su folleto titulado *Los alumbramientos de aguas de Canarias. Apuntes para su estudio jurídico* (Santa Cruz de Tenerife, Imprenta de Alvarez, 1926). En esa obra, el hoy decano del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz, entre otros extremos que ahora no son pertinentes, hace constar su repulsa a la legislación de aguas entonces vigente, comenzando por la Real Orden de 27 noviembre 1924, reguladora del permiso para el alumbramiento de aguas en terrenos particulares; y propone la sustitución de esa licencia por la mera obligación del particular, que iniciara los trabajos de alumbramiento, de dar cuenta al gobernador civil de la provincia.

Sobre este extremo bueno será hacer unas consideraciones. Hemos dicho que se precisa obtener autorización de la Jefatura de Obras Públicas, hoy de la Comisaría de Aguas de Canarias, para las labores de alumbramiento de aguas. Evi-

los servicios de aguas en el Ministerio de Obras Públicas (Decreto de 8 de octubre de 1959), tal autorización ha de ser solicitada en la *Comisaría de Aguas* que se crea (ver Orden de 10 de enero de 1960), con jurisdicción sobre las dos provincias canarias y con capitalidad en Las Palmas (Orden de 31 de diciembre de 1959). A su vez, el *Servicio de Obras Hidráulicas* de Canarias, tiene su capitalidad en Santa Cruz de Tenerife, y su ámbito comprende, también, todo el archipiélago (1').

dentemente, parece chocante que tratándose de terrenos de propiedad privada y, por tanto, de aguas privadas las que en su día hayan de alumbrarse, se precise autorización del poder público para ello. Sin embargo, esto se explica pensando en la labor de policía que el Estado tiene sobre los bienes de sus súbditos. Se trata de una autorización, es decir, de una licencia, de un permiso, que el Estado concede a un particular para que realice unos determinados actos—en este caso, alumbrar aguas—que de suyo, por sí mismos, el particular podría realizar, como dimanantes del derecho de dominio que sobre la cosa en cuestión le corresponde, cuya facultad se limita a ejercitar; pero que el Estado se reserva la potestad de autorizar o no, en aras del bien público, en función meramente de policía. Cosa bien diferente ocurre con la solicitud de aprovechamientos de aguas públicas o su embalse, que por su misma naturaleza requiere y precisa no ya una mera autorización, sino una verdadera concesión. Por medio de ésta, se reconoce a un particular el disfrute de un bien que de no ser por ella no estaría en el patrimonio del usuario. Es cosa que no está en el dominio particular, sino que éste solicita que se le conceda. Las concesiones tienen su encaje en el estudio de las comunidades de regantes oficiales.

(1') Otro punto queremos destacar, éste referente a la reforma jurisdiccional hecha recientemente en materia de aguas canarias. La creación de una sola Comisaría de Aguas para Canarias, con jurisdicción sobre las dos provincias, sean cuales fueren sus motivaciones de tipo administrativo y aun funcional, puede ser —y en la práctica ya lo viene siendo— fuente de incomodidades y disgustos. Al asignar a la Comisaría de Aguas todo lo referente a concesiones de aprovechamientos de aguas públicas continuas y discontinuas y a obras de alumbramiento de aguas en terreno de dominio particular (*Orden de 16 enero 1960*), se centralizan en una sola de las dos capitales de provincia del archipiélago —en este caso Las Palmas— lo que hasta ahora venía atribuido a cada una de las Jefaturas de Obras Públicas provinciales. Los inconvenientes están patentes.

Políticamente hablando, el ideal es ir a la mayor descentralización posible. Máxime cuando en Canarias la división en provincias viene dando resultados satisfactorios, al eliminar recelos, susceptibilidades y luchas menudas, sin que impida el noble y conveniente afán de emulación. Esta agrupación volverá, ahora con signo inverso, a despertar roces, fricciones y pugnas felizmente superadas desde hace más de treinta años.

Pero es que, además, sólo se consigue alejar la oficina receptora de la documentación del lugar donde se encuentra la explotación, aumentando innecesariamente los gastos y retardando la resolución de los expedientes con la mayor distancia. Y esto en el caso de que siga resolviendo el gobernador civil de la provincia respectiva, como hasta ahora, extremo que la reforma no aclara; pues si no es así, quizá los problemas aumenten. Sin que sea suficiente la oficina delegada que se ha arbitrado. Hasta ¡18 veces! —se ha señalado— viaja una misma documentación entre islas.

¿De veras merecía la pena que el legislador reformara el sistema, indudablemente necesitado de mejora, para incidir en esta centralización? Sinceramente, creemos que el acierto no ha acompañado al buen deseo. Ya que no pueda irse a la descentralización por islas, que sería el ideal, al menos cada una de las actuales provincias canarias debe bastarse a sí misma.

Para conceder dicha autorización, se exige acompañar un plano de las obras o realizar, se obtienen informes de las Jefaturas de Obras Públicas y de Minas, y, sobre todo, se tiene en cuenta la distancia mínima a que habrá de encontrarse la explotación proyectada de otras ya existentes. Esta distancia, según el artículo 24 de la vigente Ley de Aguas de 1879, es de cien metros, como mínimo. También puede verse a este respecto la Real Orden de 27 de noviembre de 1924.

Este precepto, en su aplicación práctica, ha suscitado la crítica de la doctrina. Así, por ejemplo, Orozco (2) solicitaba una distancia mínima de doscientos metros. El Anteproyecto Sindical (3) solicita que esta distancia sea la mínima de trescientos metros de una a otra explotación. Las heredades de Gran Canaria (4) entendieron muy conveniente que esa distancia aumen-

(2) Trabajo citado, pág. 103, y pág. 100. Su *Proyecto de Bases para la formación de un Decreto-ley para el alumbramiento de aguas en Canarias*, dice:

"Art. 2.º No podrán ejecutarse en lo sucesivo labores de las referidas en el artículo anterior a menos de cuarenta metros de edificios ajenos, de un ferrocarril o carretera, a menos de cien de un río, canal, acequia o abrevadero público, ni a menos de doscientos de otro alumbramiento, trabajos legalmente en ejecución para efectuarlo o fuente, sin la licencia correspondiente de los dueños, o en su caso del Ayuntamiento, previa formación de expediente, ni dentro de las zonas de los puntos fortificados sin permiso de la autoridad militar."

(3) En el *Anteproyecto de Régimen de Aguas* formado por la Organización Sindical de las Islas Canarias, y en el ejemplar que fué editado y difundido por la Delegación Provincial de Sindicatos de Las Palmas de Gran Canaria en 1953, se contienen los siguientes extremos de interés en este punto:

En el *Proyecto de Decreto del Ministerio de Obras Públicas*:

"Art. 7.º Si de alguno de los informes [de las Jefaturas de Obras Públicas] apareciere que es de temer la pérdida o disminución de los aprovechamientos preexistentes, no podrán autorizarse las obras sino a condición de que disten más de trescientos metros y de que el peticionario consigne la fianza que fije la Jefatura de Obras Públicas, suficiente a restituir el agua y los perjuicios que se hayan de ocasionar."

En el *Proyecto de Ley de Aguas para Canarias*:

"Art. 8.º Las labores de alumbramiento y las que tienen por objeto dar salida por medio de galerías subterráneas a aguas ya alumbradas, tanto en terrenos de dominio público como en los propios de Municipio, o de dominio privado, no podrán autorizarse ni ejecutarse a menor distancia de trescientos metros de otro alumbramiento o manantial, arroyo o barranco que sea cauce permeable de aguas vivas aprovechables, sin expresa licencia de los dueños de esas aguas."

En el mismo sentido se produjo la Cámara Sindical Agraria de Las Palmas, al contestar el cuestionario del Instituto de Estudios Políticos.

(4) Al estudiar el Anteproyecto Sindical (ver la reseña que publica *La Provincia*, del sábado 20 de noviembre de 1954). Se lee:

"Se declaró que el ideal a obtener es que no se puedan obtener concesiones a menos de mil metros, aunque se tomó en consideración las pugnas anteriores que habían existido en torno a esta cuestión muy ardua. En los Congresos Agrarios — se dió cuenta — había sido necesario el bajar la distancia a estos trescientos metros, a petición de los representantes de Tenerife; pero hoy en día, cuando las perforaciones de galerías han llegado alrededor de la cadena central y el Teide a un punto de saturación grave, es posible que la sensatez en este sentido y la prudencia aconsejen volver a la distancia de los mil metros para una perforación de otra."

tara a mil metros, como mínimo. Otras entidades y personas físicas se han manifestado partidarios de aumentar esas distancias, pero sin fijarla concretamente en algún caso. Tal, la Exposición que hicieron las Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias al Jefe del Estado, con motivo de la visita de éste al archipiélago en octubre de 1950 (5). Recientemente, en diversas opiniones emitidas públicamente sobre el proyecto de reforma de la vieja Ley de Aguas en 1879, por encuesta circulada por el Instituto de Estudios Políticos y difundida en Tenerife por el Cabildo Insular, hay quienes, como don Tomás Cruz, se muestran partidarios de la ampliación (6) sin expresar cifra; mientras que la Cooperativa UPA (7) la fija en quinientos metros como mínimo.

(5) En su preámbulo puede leerse:

"Aparte de tales inquietudes, existe otra, no menos importante, aunque de más fácil remedio: la falta de garantías eficaces para los aprovechamientos preexistentes. En inúmeras ocasiones se ha solicitado del Poder Público la promulgación de medidas legislativas que impidan que las aguas de viejos aprovechamientos y a cuyo amparo se han puesto en riego muchas propiedades, después de la realización de costosas obras de sorriba o roturación de tierras, antes eriales, se afecten por posteriores explotaciones, sin posibilidad de su inmediata recuperación.

La vigente Ley de Aguas prohíbe la ejecución de galerías y pozos que no sean ordinarios a menos de 100 metros de todo aprovechamiento preexistente. Lo exiguo de tal distancia dió lugar a la publicación de la Orden ministerial de 23 de mayo de 1938, exigiendo un previo permiso o autorización gubernativa, para determinar la posibilidad de una afección, estableciendo fianzas si uno de los informes preceptivos de las Jefaturas de Obras Públicas o de Minas admitía tal posibilidad, cuando los nuevos trabajos de captación se emprendían a distancia superior a los expresados cien metros. La realidad ha demostrado de una manera palmaria que dicha disposición no es bastante para garantizar los viejos aprovechamientos y de ahí que en el Congreso Regional Sindical Agrario celebrado hace un año en Las Palmas de Gran Canaria, se aprobara una conclusión solicitando otras más eficaces garantías, previa la confección del precedente anteproyecto por una Comisión integrada por representantes de ambas provincias."

(6) Declaraciones a un redactor de la *Hoja Oficial del Lunes*, publicadas en el periódico de 21 de diciembre de 1959, extraordinario de Navidad.

(7) La Junta Rectora de la Cooperativa Agrícola de Unión de Propietarios de Aguas y Tierras, domiciliada en La Victoria de Acentejo, pide un Apéndice o Sección a la nueva Ley de Aguas, con normas especiales para Tenerife, que pudieran ser:

"B) Tales labores (de alumbramiento de aguas) no podrán ejecutarse a menor distancia de quinientos metros de otro alumbramiento de aguas, que seguirá guardándose en sus prolongaciones, sin la licencia de sus dueños..."

"La aludida distancia lo es en proyección horizontal, comprendiendo todo el terreno situado debajo."

"C) No podrán ejecutarse labores mineras subterráneas sin guardar la indicada distancia de quinientos metros, con relación a los aprovechamientos de aguas preexistentes."

Ultimamente, la propuesta de disposición complementaria de la Orden de 23 mayo 1938, publicada en el *Boletín Oficial de Las Palmas* de 10 enero 1961 y en el de la provincia de Santa Cruz de Tenerife de 13 del mismo mes y año, ha vuelto a inquietar a la opinión en este aspecto de distancias, entre otros. Unos, los más numerosos, piden la ampliación de la distancia a 500 metros; y confirman lo acordado por las Cámaras al contestar al cuestionario del Instituto, en el sen-

Como bien dijo López de Haro (8), esta regla por inflexible, es injusta. De acuerdo con relevantes técnicos (9), puede haber casos en que no basten los mil metros, y otros en los que a menor distancia de los cien metros sea imposible la influencia de un aprovechamiento en otro previamente alumbrado. Por ello, entendemos que ésto debe quedar siempre al dictamen de peritos, quienes, en cada caso, informarán lo que estimen más prudente.

En la jurisprudencia también hay muestras de esta problemática. Por citar solamente las sentencias más importantes, destaquemos la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1913 (10), la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 9 de noviembre de 1953 (11), la Sentencia de la Audiencia Territorial

tido de pedir la derogación de la Orden de 23 de mayo de 1938, entre otras. En la Jefatura de Obras Públicas de Las Palmas pasan de 4.500 los expedientes, habiéndose incluido en sus labores más de 3.000.000.000 de pesetas, de capital exclusivamente privado, sin subvención alguna. Por otros, se parte del mínimo de 200 metros y piden extenderlo a 500 metros, si no existiese posibilidad de reintegrar el agua del aprovechamiento afectado; dejando las distancias mayores a los informes técnicos, cosa que ya se había sostenido al contestar al Instituto.

(8) CARLOS LÓPEZ DE HARO, *Aguas subterráneas*. "Revista de Derecho Privado", 1917, págs. 33 y ss. Dice:

"Las distancias legales son regla inflexible en lo variable y, por tanto, errónea."

(9) Por ejemplo, LUIS G. GARCÍA LORENZANA, *Las aguas subterráneas en la Isla de Gran Canaria*, "Revista Financiera del Banco de Vizcaya", número dedicado a las Islas Canarias. Bilbao, 1950, págs. 48 y ss. Dice:

"Otra cuestión que debiera modificarse es aquella restricción que impone nuestra legislación vigente, de no poder hacer obras a menos de cien metros de un aprovechamiento o conducción continua de aguas, sea por un barranco o por acequia permeable. Hay muchos casos en que eso resulta absurdo, porque a menos de esa distancia la influencia es imposible. Supongamos, por ejemplo, que en la ladera de un barranco existe un manantial, y que en la otra ladera se pretende iniciar una galería a sesenta u ochenta metros del manantial y en dirección contraria a él. Al más profano se le alcanza que esa galería no puede ejercer influencia alguna en el manantial. Pues bien, la obra no puede autorizarse donde se ha proyectado por estar a menos de cien metros del manantial. Con casos semejantes se encuentran frecuentemente los técnicos que informan los proyectos de aguas. Las distancias mínimas pueden ser muy diferentes en cada caso particular, y deben fijarlas los técnicos en sus informes."

(10) Puede verse un comentario en la *Revista de Derecho Privado*, tomo I, octubre 1913-diciembre 1914, pág. 189.

(11) Verla comentada en la *Revista del Foro Canario*, núm. 8, 1954, página 95. Fué dictada por la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo en pleito entre la Heredad de Santa María y Los Parrales contra la Acequia Real de Aguatona, pues la primera pretendía alumbrar aguas subterráneas en el barranquillo de Tederal, habiéndose opuesto la segunda por distar menos de cien metros del cauce de la acequia propiedad de ambas heredades. El Ministerio de Obras Públicas, en Orden de 11 mayo 1948 autorizó la realización de las obras; y el Supremo, en el recurso entablado contencioso administrativo, estima la demanda y deja sin efecto la Orden recurrida, por no guardarse la distancia ática, añadiendo que cosa distinta hubiera sido de ser impermeable el cauce de la acequia. Según su anotador, esta tesis de la Sala confirma el criterio mantenido en las sentencias de 19 octubre 1948 y 2 enero 1952.

de Las Palmas de 19 de enero de 1957 (12) y la Sentencia de la misma Audiencia de 11 de diciembre de 1959 (13).

## 2. *Licencia del dueño de los terrenos: la venta del subsuelo:*

Para poder comenzar los trabajos de alumbramiento de las aguas, se gestiona de los propietarios del terreno donde se va a iniciar la explotación, o a través del que van a pasar las galerías de la misma, el permiso para la realización de las obras.

También en este extremo varía la práctica seguida en las islas. En la de Tenerife, sólo se estila la autorización del artículo 417 del Código civil (14). Es muy discutible su repercusión respecto de tercero, y carece de acceso al Registro de la propiedad. Normalmente, esas licencias se otorgan en documento privado, que a todo lo más se pasa por la Oficina Liquidadora del Impuesto de Derechos reales. Como la explotación en Tenerife suele

(12) Puede verse extractada en la *Revista General de Derecho*, 1958, página 317. Se trataba de un interdicto de obra nueva, por haberse construido un pozo a unos ochenta metros de distancia de un nacimiento poseído por los actores. La Sala sienta la tesis de que el art. 24 de la vigente Ley de Aguas contiene "una presunción *iuris et de iure* de que toda obra de alumbramiento de aguas realizada a menor distancia distrae de su corriente natural las aguas de otro alumbramiento".

Puede verse también la sentencia núm. 14 de la misma Sala, de 20 de febrero 1958, en un interdicto de obra nueva interpuesto por la Comunidad de Agua de Fontanales contra la Comunidad Horcajada.

(13) Inserta por extenso en el Suplemento de Sentencias de la *Revista del Foro Canario*, mes de diciembre de 1959, núm. 159. Fué demandante la Comunidad o Heredad de Regantes del Barranco de la Virgen o del Molino, en Valleseco (Gran Canaria). Planteó un interdicto de obra nueva contra varios pozos abiertos cerca del nacimiento de la Heredad, que merman su caudal. Las distancias eran variables, siendo el más cercano de 480 metros aguas abajo, en la ladera opuesta del Barranco. El juez de Primera Instancia ratificó la suspensión de las obras. La Sala revoca la sentencia apelada, pese a que el perito que acompañó al juez dijo "que es muy probable que el pozo del demandado tenga influencia en el citado nacimiento". La Sala no estima tal dictamen suficiente, pues, además, los aforos pueden estar preparados mediante la paralización de otras explotaciones, por lo que tendría que controlarse por la parte contraria.

Debe verse el Dictamen del Consejo de Estado de 12 de febrero de 1954, sobre caducidad de autorización administrativa. (*Recopilación de Doctrina Legal*, Madrid, 1959, pág. 97, núm. 116.)

(14) Que dice así:

"Sólo el propietario, de un predio u otra persona con su licencia puede investigar en él aguas subterráneas."

Estas declaraciones concuerdan con lo previsto en los artículos 22 y 23 de la vigente Ley de Aguas de 1879.

La necesidad de licencia viene prevista también por el art. 414 del Código civil:

"Nadie puede penetrar en propiedad privada para buscar aguas o usar de ellas sin licencia de los propietarios."

Esta facultad del dueño es conocida en la doctrina con el nombre de *derecho de exclusión*.

ser siempre mediante galerías, no se precisa suelo alguno: sólo interesa atravesar el subsuelo. No se usa el señalar límite alguno de comienzo. Unas veces esta licencia se concede con carácter gratuito; otras, a título oneroso; y las más, cambio, de *participaciones liberadas* en la comunidad, es decir, participaciones libres de contribuir a los gastos comunes (15).

En Gran Canaria, a diferencia, se usa la modalidad de la denominada *venta del subsuelo*. Se configura como una verdadera segregación de finca, en la que el transmitente se reserva el dominio del suelo. Suele inscribirse en los Registros de la propiedad. Es una enajenación que escinde en dos—y a veces en tres, pues se habla del vuelo—el dominio del propietario sobre la finca. La enajenación del subsuelo se hace bien por una contraprestación en dinero, ya a cambio de equis horas de agua de las que en su día se alumbrarán con la explotación que se proyecta, las que estarán totalmente liberadas. Se suele pactar a favor del transmitente una indemnización pecuniaria para el caso de que las obras de explotación dañen los cultivos de la finca, cuyo subsuelo se ha enajenado. Asimismo, queda facultado el adquirente para abrir galerías en dicho subsuelo, unas veces con limitación de arranques y rumbos; y las más, con toda amplitud; así como se le faculta para alumbrar agua y apropiarse de la alumbrada. Los derechos transmitidos lo son unas veces a la Comunidad que se ha creado previamente; y otras, más correctamente, a los contratantes, que, en consecuencia, hacen nacer de hecho y de derecho una comunidad entre ellos, y que los adquieren por cuotas partes indivisas. Con ello, se logra la inscripción en el Registro de la propiedad, si no de la Comunidad, al menos, a favor de todos y cada uno de los adquirentes, en la proporción en que compran. Algunas veces se pacta que el o los cedentes conservan el derecho a construir o abrir en el suelo cuevas, estanques, etcétera, sin más limitación que la de que esas obras no pueden tener por finalidad el alumbramiento de las aguas subterráneas, pues las que así se obtuvieran serían automáticamente de propiedad de

(15) Es fórmula usual la siguiente:

“Don... cede a la Comunidad... el derecho necesario con carácter exclusivo y a perpetuidad para que pueda atravesar el subsuelo de la finca de su propiedad, descrita anteriormente, en toda su extensión, en cualquier dirección y con las dimensiones y ramales que juzgue oportunos, apropiándose dicha Comunidad de las aguas que se alumbrarán en la misma, sin limitación alguna.”

Otras veces se le autoriza simplemente “para efectuar trabajos de perforación, ya sea con arreglo a la Ley de Minas o a la de Aguas”.

La *sentencia del Juzgado núm. 2 de Santa Cruz de Tenerife, de 21 julio 1960*, en apelación de sentencia del Juzgado comarcal de Güímar, declara que para llevar a cabo trabajos de captación de aguas, construir galerías, casetas de maquinaria, depósito de explosivos y tirar escombros” es un derecho real de servidumbre. También es muy interesante la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de 15 julio 1960, núm. 88, en que estudia el agua subterránea y la configura como limitación del dominio ajeno, verdadero derecho real.

la Comunidad titular del subsuelo vendido. En este último punto, exigíamos siempre el señalamiento de un límite, a partir del cual empezaba el subsuelo transmitido, fijando la profundidad de treinta metros, hasta la cual puede el vendedor realizar toda clase de obras, y a partir de la que los adquirentes tienen el pleno uso y disfrute del mismo; si bien aquél habría de respetar siempre las obras de perforación que tengan ya iniciadas en el subsuelo los adquirentes, al tiempo de emprender el vendedor las obras superficiales que le quedan autorizadas (16). Puede afirmarse que esto se ha inscrito en casi todos los Registros de la propiedad, practicándose en algunos la previa segregación del subsuelo, con o sin determinación de resto, e inscribiendo el dominio a favor de los adquirentes; e incluso llegando a la agrupación de dichos subsuelos con otros elementos integrantes de la Comunidad, según veremos después.

Por lo que hace a la forma de La Palma, hemos visto fórmulas que, partiendo de la licencia usada en Tenerife, tratan de configurarla como un derecho real, oponible frente a terceros, que adoptaría la clásica forma de la servidumbre (17).

Ante esta diversidad de prácticas, y en nuestro deseo de encontrar la fórmula que pueda salvar todos los inconvenientes, necesario se hace dedicar unas breves consideraciones a una cuestión de tipo doctrinal, para de ella descender a sus consecuencias y aplicaciones prácticas.

### 3. *Extensión del dominio en sentido vertical*

Conocidos son los axiomas que delimitan la extensión del dominio. Así, Cino de Pistoia, uno de los postglosadores, decía que la propiedad se extiende por arriba hasta el cielo—*usque ad*

(16) Orozco (lugar citado, págs. 91 y 105) proponía consignar para el suelo una profundidad máxima de diez metros a contar desde la superficie. Ver artículo 4.º de su Proyecto de Bases.

(17) Así, puede verse en la exposición de la escritura de constitución y regulación del Heredamiento de San Miguel, otorgada ante el notario de Santa Cruz de la Palma, don Pompeyo Crehuet y Juliá, con fecha 23 de junio de 1859, al número 522 de su protocolo, donde se establece:

“Dichas servidumbres atribuyen a los titulares del predio dominante las facultades de hacer y usar, partiendo de éste directamente al través de otras fincas limítrofes por donde pueden penetrar, toda clase de labores y obras debajo del suelo comprendido en todo el perímetro de los predios sirvientes y que, a una profundidad mínima de cinco metros, se dirijan a la investigación, captación y canalización de aguas que en aquellos subsuelos o en otros colindantes nazcan o discurran.”

“El derecho a la perpetua y absoluta propiedad de las aguas que nazcan o discurran debajo del suelo de las fincas descritas, tanto en la dominante, como parte integrante de la misma, como en las sirvientes, como derecho exclusivo a beneficiarse de aquéllos, las que formarán un fundo independiente del predio que las contenga y habrán de extraerse de éste por conductos subterráneos y precisamente en terreno del fundo dominante.”

*celum, ad sidera*—, y por abajo, hasta el centro de la tierra—*usque ad centrum, ad inferos, ad profundum*—. Y los romanistas afirmaban: *Qui dominus est soli, dominus est coeli et inferorum; Paria sunt iura terram et subtus terram.*

Según Beneyto (18), en España aparece en los territorios románicos de Levante en el siglo XIII; y cita una donación de Jaime I a Berenguer de Moncada, de 30 de julio de 1258, donde se habla de *a celo usque in abissum*; así como un cartulario de San Pelayo de Oviedo de 14 de enero de 1244, que habla de todos los derechos *de terra al cielo*.

Piñol Agulló (19) cita la frase catalana *des del cel fins a l'infern*. Don Jerónimo González (20) invoca a Coepolla, que afirmaba: que los predios son libremente del dueño, *hasta el cielo y lo más profundo* (21).

Esta desmesurada extensión del dominio en sentido vertical, ha sido limitada por la doctrina, desde hace tiempo. Ya Voigt, refutando una tesis de Gesterding, afirmó que «el subsuelo tampoco es propiedad, sino cosa reservada a goce exclusivo del propietario del suelo». La teoría de las *cosas comunes*, representada en nuestra patria por Valverde, entiende que son tales el espacio aéreo y el subsuelo, porque como no pueden ser apropiadas, no son susceptibles de *corpús*, de posesión. Así, Werenberg dice que «no podría fijarse ningún límite hasta el centro de la tierra, o mejor dicho, hasta el punto diametralmente opuesto. Pero, sin embargo, sería dudoso que yo pudiera prohibir las excavaciones realizadas a mil pies, bajo los pastos que poseo en la montaña».

La teoría dominante es la del *interés*, formulada inicialmente por Ihering. Ha sido seguida, entre otros, por Pampaloni, Gabba, Messineo (22); y en España por Giner de los Ríos, De Diego y el propio don Jerónimo González. Esta tesis toma por guía

(18) JUAN BENEYTO PÉREZ: *Configuración jurídica de la actividad del hombre sobre la tierra*. "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1933, I, págs. 586 y ss.

(19) JOSÉ PIÑOL AGULLÓ: *El agua en las religiones, en la Historia y en el Derecho. Las actas de Pozo en el Campo de Tarragona. ¿Ciencia o superstición?* "La Notaría", primer trimestre de 1946, pág. 134.

(20) JERÓNIMO GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ: *Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical*, inserto en "Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil", tomo II, Madrid, 1948, pág. 198.

(21) FÉLIX DE LLANOS Y TORRIGLIA (*El dominio de lo impalpable*, Madrid, Reus, 1926, pág. 18) califica el axioma *Cujus...* de "declaración tartarinesca que presintiendo al genio de Tarascón, sostuvieron los glosadores romanos y parafrasearon luego las más de las legislaciones cultas...". "De ahí seriedades cómicas y bromas serias de las leyes y de la vida."

JOAQUÍN DUALDE (*La posesión civilísima*, Barcelona, Editorial Aries, 1959, pág. 52) dice que "la teoría primitiva de centro a cielo está henchida de inocente soberbia imaginativa".

(22) FRANCESCO MESSINEO: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo III, E. J. E. A., Buenos Aires, 1954, pág. 265.

la utilidad económica que pueda ofrecer al propietario, por lo que los límites de la propiedad son las exigencias, el interés económico de su titular (23).

La teoría del interés ha sido acogida, también, en los Códigos extranjeros. Así, frente a la extensión absoluta que proclama el artículo 552 del Código civil francés («La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous»), la teoría patrocinada por Ihering resulta recogida en el artículo 905 del Código alemán, en el artículo 667 del Código civil suizo y en el artículo 526 del Código brasileño (24).

Por lo que hace a nuestro Derecho, el Código civil regula esta materia en el artículo 530, que dice:

«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.»

Más adelante, el artículo 592 del propio Código reconoce que la propiedad del vuelo y del subsuelo es ilimitada.

Dualde (25) aplaude sin reservas el artículo 350 del Código civil, cuya doctrina resulta ilustrada con positivo valor práctico a virtud de los preceptos de la Ley de Aguas, por los que se

(23) Así, dice DON JERÓNIMO (*loc. cit.*, pág. 213):

“El derecho de propiedad sobre los predios presenta una densidad máxima en el plano horizontal donde la facultad de excluir a terceras personas y rechazar sus inmisiones se halla dotada de máxima energía; pero a medida que nos alejamos en línea vertical, hacia arriba o hacia abajo, se debilita el poder de hecho del propietario, y la reacción jurídica contra las perturbaciones de su derecho. Difícil es precisar matemáticamente el módulo de este decrecimiento. La utilidad normal del suelo, atendidas las exigencias y potencialidad de la agricultura, de la edificación y de la industria en general, y las probabilidades racionales del futuro aprovechamiento, con relación al sitio y al desenvolvimiento económico de la región, serán los principales coeficientes que el juez deberá tener presentes.”

QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (*Código civil*, tomo VI, edición 5.ª, Madrid, Reus, 1949, pág. 498) cita otros autores que militan en la tesis del interés. Así, VALVERDE (“donde llega su interés práctico”), DERNBURG (“hasta los límites en los cuales es posible la dominación o señorío del hombre”), RUGGIERO (“hasta donde se sea posible obtener una utilidad o disfrute y se extingue pasando de tal confín, porque faltaría un interés digno de tutela”).

Por su parte, BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER (Notas al *Derecho de Cosas*, de MARTÍN WOLFF, tomo III, volumen 1.º, 2.ª edición, Barcelona, Bosch, 1951, pág. 303) dicen: “Por razón natural y en congruencia con la solución dada jurisprudencialmente al alcance del derecho al espacio aéreo, se ha de proclamar igualmente que el derecho sobre el espacio subterráneo sólo se extiende hasta donde llega el interés del dueño del terreno, no usque ad inferos.”

(24) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho Civil Español, Común y Foral*, 7.ª edición, tomo segundo, Madrid, Reus, 1950, pág. 100) deduce que “no pueda prohibirse por el propietario que... se abra un túnel en la montaña donde radica su fundo”.

(25) DUALDE, lugar citado, pág. 52.

crea un derecho de práctico interés, que constituye el centro de la cuestión suscitada por el artículo 350. Para él, se trata de un caso de posesión que se mantiene sin *corpus*, sostenida por la teoría de las facultades, que es una teoría civilísima.

Las restricciones a que alude el Código civil desvirtúan y casi anulan la regla establecida, pues la legislación de Minas parte de un principio contrario y sustrae al dueño del suelo la propiedad del subsuelo. El *Decreto-Ley* de Minería de 29 de diciembre de 1868, en su artículo 5.º, define el suelo y el subsuelo. Dice:

«El suelo, que comprende la superficie propiamente dicha y, además, el espesor a que haya llegado el trabajo del propietario, ya sea para el cultivo, ya para solar y cimentación, ya con otro objeto cualquiera distinto del de la minería. El subsuelo, que se extiende indefinidamente en profundidad desde donde el suelo termina.»

Y en su artículo 6.º declara:

«El subsuelo se halla originariamente bajo el dominio del Estado.»

Como puede apreciarse, no se fija límite exacto a partir del cual comienza el subsuelo, pero claramente se advierte que el suelo habrá de ser de bien poco grosor. Como dice MESSINEO (26), «el suelo no tiene espesor». ALCÁNTARA SAMPelayo (27) elogia lo acertado del precepto minero, pues se ha acudido a él en casos en que estaba en litigio la determinación del subsuelo y quién era su titular, aun sin tratarse de casos de concesiones mineras. Pero esto demuestra—añade—la conveniencia de haber llevado al Código civil un precepto definidor tan sustantivo, que podría generalizarse, como las necesidades de la práctica lo hicieron. Manich, citado por don Jerónimo, propone que se señale un límite mínimo de cincuenta metros.

¿Cual es, en suma, el sistema legal español en esta materia? Parece que más que la teoría pura del interés, estamos ante la división del dominio de una finca en tres grandes y paralelos grupos: el subsuelo, el suelo y el vuelo. Lo que da lugar a una verdadera propiedad horizontal o por capas (28). Pero es que,

(26) MESSINEO, lugar citado, pág. 265.

(27) JOSÉ ALCÁNTARA SAMPelayo (*El proyecto de la nueva Ley de Minas, Revista de Derecho Privado*), año 1944, pág. 528).

(28) ALCÁNTARA (lugar citado, pág. 535); LLANOS Y TORRIGLIA (lugar citado, pág. 19), cuando nos recuerda el testamento del gitano: “Dejo a cada uno de mis hijos trescientas fanegas de tierra.” “Pero, hombre—interrumpía el notario—, si todo tu pejugal no tiene sino fanega y media.” “Eso no importa—replícala el testador—; ¡que ajonden, que ajonden!”; PEDRO VILLACAÑAS GONZÁLEZ (*La propiedad en sentido vertical*, “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, 1953, págs. 491 y ss.), cuyas tres formas de propiedad independiente dice que admite la jurisprudencia francesa; RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL (*Comentarios a la reforma del Reglamento hipotecario*, Madrid, 1959, págs. 29 y 52) estima que al configurar el derecho de superficie a perpetuidad, se desmembra el dominio del suelo y el dominio del subsuelo; añadiendo que, si es perpetuo, equivale a la división indefinida de suelo y vuelo.

según ponen de relieve autores como López de Haro (29) y Dualde (30), tal propiedad horizontal se entiende, además, en el sentido de pertenecer al que alumbró el agua el derecho a los veneros de la misma, que existen bajo el suelo de otras fincas pertenecientes a diferentes propietarios.

Interesante y curioso es el caso que dió lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1958, sobre una acción de retracto de comuneros, casando una Sentencia de la Audiencia Territorial de Las Palmas de 20 de octubre de 1956:

La heredad de la Vega Mayor de Telde interpuso demanda de retracto de comuneros contra la Comunidad de Regantes de Malpedrosillo. Esta se había opuesto en un expediente de dominio incoado por la heredad, ya que era dueña de los subsuelos de las fincas que se pretendían inscribir. En la demanda se afirmó que cuando el derecho de propiedad sobre un fundo se escinde, teniendo titulares distintos el dominio del suelo y el dominio del subsuelo, surge una situación de comunidad que permite el retracto del artículo 1.522 del Código civil. Solicitaban, con toda inpropiedad, se otorgara escritura de *retroventa*, confundiendo esta típica resolución de contrato con la compraventa en virtud de acción de retracto.

En la contestación, se puso de relieve que el subsuelo había sido transmitido con anterioridad a la adquisición de la entidad demandante, para la apertura de una galería que habría de cruzar por el mismo a más de sesenta metros de profundidad de la superficie. En primer lugar, se dice, se obtuvo mera autorización para atravesarlo; y luego, se adquirió el subsuelo mediante compraventa. Y sobre todo, se da con el argumento pintoresco, pero de una fuerza enorme: el de que el retracto de los subsuelos por los dueños de la superficie tiene, en el mejor de los supuestos, una lejana analogía con el de *colindantes* o *asurcanos*,

---

En la doctrina extranjera son de esta opinión MESSINEO (lugar citado, página 419), que al tratar de *il sottosuolo*, lo estudia como derecho real autónomo sobre el subsuelo, afirmando que puede haber propiedad sobre el subsuelo, como la división de casa por pisos, y luego una propiedad sobre las construcciones que se realicen; y AMBROSIO COLIN y HENRY CAPITANT (*Curso elemental de Derecho civil*, 2.ª edición, tomo segundo, volumen II, Madrid, Reus, 1942, página 647) afirman categóricamente: "Nosotros vemos en los derechos de superficie y sobre el subsuelo dos propiedades distintas y superpuestas" (Sent. 27 abril 1891, D. P. 2, 1.219, S. 91, 1.369, nota de M. Labbé).

(29) LÓPEZ DE HARO, revista citada, pág. 34.

(30) DUALDE, lugar citado, pág. 50. Dice así:

"Aquí cuadra bien el nombre de *propiedad horizontal*.

"En materia de aguas subterráneas hay una curiosa y obligada horizontalidad, porque ellas corren como por un reguero entre los estratos impermeables, y el agua que aparece por un pozo vino de largas distancias, como las de un riachuelo o barranco subterráneo.

"La propiedad o posesión del agua encontrada se extiende por toda la línea que recorre la vena hidráulica, y, por lo tanto, la verticalidad se tuerce y dilata por todo el espacio trasero, horizontal o en pendiente."

pero no con el de comuneros. Resalta que la parte de subsuelo vendida estaba ya gravada por el causante de los vendedores con una servidumbre en favor de la demandada, consistente en la ocupación de parte de los mismos al efectuar, hace varios años, los; los cuales no podrían ser retrovendidos, sino con dicha servidumbre de la perforación de la galería que atraviesa los repetidos subsuelos.

El Juez de Telde, en Sentencia de 17 de abril de 1956, declara que: «los subsuelos en Canarias, de valor y sentido hasta hoy exclusivamente proyectados a la captación de aguas, que por sí misma constituye una explotación de verdadera importancia económica y cuyas aguas son destinadas o vendidas, en la mayoría de los casos, para fincas lejanas, nada tiene que ver con el suelo a los efectos discutidos, pues falta el íntimo enlace que entre ambas propiedades debe existir dentro del conjunto de la finca; no hay entre los suelos y los subsuelos discutidos esa íntima subordinación, no se da el peligro de relaciones subordinadas recíprocamente, semillero de litigios, ni se impidió el cumplimiento social de ambas propiedades, razones que determinan la presionada limitación de la facultad de libre disposición y que ante su inexistencia tiene la propiedad sus soberanas facultades sin restricciones retractuales».

La sentencia de la Sala de lo Civil, de la Audiencia Territorial de Las Palmas, de 20 de octubre de 1956, declara que la explotación de los subsuelos en Canarias, es por completo independiente de las superficies prediales y productos que pueden cultivarse en las mismas; añadiendo:

«Aparecerán siempre con una unidad de dominación total y completamente independiente, con potestad de disposición exclusiva, sin que pueda ponerse, en modo alguno, que exista una copropiedad o comunidad de uso, disfrute y disposición, pues pueden darse casos en que la extensión de los subsuelos exceda con mucho horizontalmente de los límites de los suelos, cuando estas propiedades están en manos distintas, como ocurre en el presente caso de autos, y, asimismo, es factible en múltiples casos, que el valor o precio de los subsuelos sea mucho mayor que los suelos... Por ello, resulta inadmisibile admitir la acción de retracto, tanto en el propietario de una mina con respecto a la superficie, como en el dueño de ésta con relación al subsuelo, desde el momento que ambas propiedades se hallan absolutamente separadas, independientes y alejadas por completo de todo condominio, o copropiedad entre ambas explotaciones, toda vez que no existe cotitularidad en la misma cosa que autorice el ejercicio de la acción del retracto.»

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de octubre de 1958, siendo Ponente don Francisco Bonet y Ramón, confirma la de

la Sala, recoge en lo sustancial la argumentación transcrita y añade:

«Puede afirmarse que aplicar por extensión o analogía el derecho de retraer a los propietarios del suelo con relación a los del subsuelo y viceversa, sería tanto como desconocer el fin a que obedeció su creación, lo cual pugna con el espíritu y letra del artículo 1.522 del Código civil.»

#### 4. *Regulación del derecho del subsuelo:*

De todo lo dicho anteriormente, se desprende que no hay obstáculo institucional alguno a que el derecho de subsuelo se configure como una desmembración del dominio de una finca entre suelo y subsuelo, atribuyendo la propiedad de uno a distinta persona del derecho del otro; así se viene haciendo inmemorialmente en la isla de Gran Canaria y ha tenido acceso a algunos de los Registros de la propiedad, mediante títulos de compraventa.

Sin embargo, a nosotros nos parece preferible otra fórmula, que reputamos más ajustada a la verdadera naturaleza de las cosas. Y es la constitución de una servidumbre de carácter voluntario, de naturaleza real, con acceso al Registro de la propiedad a través de la teoría del *numerus apertus* que rige en nuestro sistema inmobiliario, y que gravaría la finca en conjunto, en su totalidad, comprensiva de suelo y subsuelo. Veamos los apoyos doctrinales con que cuenta esta construcción.

Wolff (31) dice «habiendo de recurrirse al resorte de la expropiación, ésta deberá ser o expropiación de la propiedad inmobiliaria o un gravamen forzoso con una servidumbre». Es decir, deducimos nosotros, que la expropiación del predio tiene que abarcar la del suelo y subsuelo, sin poder escindir aquél, que quedaría libre en poder de su titular, expropiando sólo éste, que pasaría al tercero. Y en su defecto, habla de la constitución de una servidumbre, si bien con carácter forzoso, sobre la total propiedad del suelo y subsuelo. Por ello, no cabe duda, podrá constituirse servidumbre voluntaria por el dueño del predio en favor de un tercero o de una finca propiedad de tercera persona.

Gasca (32), figura en esta misma línea, dice: «Cuando por ley la propiedad de la mina vaya unida a la del suelo, la expropiación deberá comprender el suelo y subsuelo, limitándose a la porción de suelo que contenga la mina, o a la parte de la mina que pudiera beneficiarse con las ventajas del consorcio... Quién vende un terreno, vende únicamente el suelo.»

(31) MARTÍN WOLFF, *Derecho de cosas*, tercer tomo, volumen primero, 2.ª edición, pág. 298, nota 7.

(32) C. L. GASCA: *La compraventa civil y comercial*, tomo I, 1.ª edición, Madrid, Victoriano Suárez, 1931, pág. 340.

Gay de Montpeílá y Massó (33) dicen que «si el tercero ha practicado un minado por debajo de la superficie de la finca, este caso presupone una verdadera servidumbre de aguas en terreno ajeno, y para ello no puede prescindirse de acudir a la legislación civil, que lo regula en los artículos 537 y siguientes del Código...». «Este derecho únicamente puede adquirirse en virtud de título otorgado por el dueño del terreno o superficie... Este título debe producir sus efectos jurídicos especialmente contra tercero, a cuyo efecto debe constar inscrito, como gravamen sobre el predio sirviente, y como servidumbre activa en la inscripción del predio dominante, al cual pueden dedicarse o ser destinadas las aguas alumbradas, y cuya escritura puede ser de constitución o de reconocimiento posterior».

Todo esto nos pone de relieve que este derecho real puede configurarse como un derecho de servidumbre que grava el predio del concedente o transmitente, con esta o parecida fórmula:

«Una servidumbre de alumbramiento de agua y acueducto bajo de tierra, con autorización para toda clase de servidumbres accesorias.»

Y a continuación, se describiría la finca sobre que recae.

No se nos oculta la objeción que a esta tesis nuestra puede hacerse, con base en la doctrina de la imposibilidad de existencia de un derecho real en cosa propia. Aparentemente, se da esta figura no permitida cuando el cedente o vendedor del suelo, y constituyente del derecho real de servidumbre de alumbramiento de agua y acueducto sobre el resto de la finca que queda en su poder, es ya comunero o ingresa entonces en la Comunidad mediante el recibo, a cambio de su prestación, de una o varias participaciones liberadas de las que componen la entidad o agrupación. En este caso, sobre cosa propia—el resto de finca que queda en su poder—, se constituye un derecho real de servidumbre que, al menos en parte, es también suyo, en la cuota indivisa que esa participación o participaciones suponen en la Comunidad. El principio general *nemini res sua servit iure servitute* impide esta constitución. Ya Castán (34) afirma que es imposible una servidumbre sobre cosa propia, pues las cosas sirven a su dueño por derecho de propiedad y no por derecho de servidumbre, lo que viene confirmado por la definición que de servidumbre da el artículo 530 del Código civil, y por el dato de extinguirse las servidumbres por consolidación, al reunirse las dos cualidades de propietario y titular de la servidumbre, según previene el artículo 546, núm. 1.º de dicho Código.

Mas este obstáculo es más aparente que real. En primer lugar, porque en el caso de configurarse el derecho de subsue-

(33) R. GAY DE MONTEPELLÁ y C. MASSÓ ESCOFET: *Tratado de la Legislación de aguas públicas y privadas*, 2.ª edición, Barcelona, Bosch, 1949, pág. 105.

(34) CASTÁN, lugar citado, pág. 493.

lo como una enajenación, también el titular del resto de la finca tiene una cuota; parte indivisa sobre el mismo, si es partícipe de la Comunidad; con lo que, en parte al menos, tiene un dominio total sobre el suelo y una propiedad indivisa sobre el subsuelo; por lo que en lugar de dos transmisiones—una del titular de la Comunidad y otra de ésta al partícipe—sería más correcto la reserva o *deductio* por el transmitente de su avá parte indivisa sobre el subsuelo. Pero, sobre todo, porque esta dificultad es teórica, ya que nada obsta a que una de las facultades del propietario, la de usar y disfrutar en la medida de lo posible el subsuelo de su finca, esté en comunidad con otras personas, las cuales ostentan, en unión del dueño, la facultad de alumbrar aguas y apropiarse de las alumbradas. Es decir, hay un condominio en la titularidad de un derecho real de servidumbre, que en la parte que corresponde al dueño del suelo se funde formando un pleno y absoluto dominio, mientras que en las restantes partes, pertenecientes a los demás, aparece como un derecho real en cosa ajena. Lo que, como dice Vallet (35), sólo supone que esta coparticipación en el goce con los titulares del derecho real limitativo disminuye el valor económico que para éstos supone aquel derecho, cuyo derecho es sólo limitativo en cuanto pertenece a extraños.

La inscripción en el Registro de la propiedad no plantea problema específico alguno en esta fórmula que proponemos. La servidumbre podrá inscribirse al amparo de lo dispuesto en el artículo 13 de la vigente Ley hipotecaria, ya que el predio sirviente queda perfectamente identificado. Faltará en algún caso la completa y exacta descripción del predio dominante, pero ya sabemos que el citado precepto sólo exige la inscripción en la «finca o derecho sobre que recaigan», siendo potestativo, según su párrafo segundo, el hacerlo constar en la inscripción del predio dominante, como cualidad del mismo.

Así, se pueden configurar indistintamente la modalidad de los pozos como la de las galerías; y se permite, además, en los primeros inscribir la finca con el solar para el pozo, casa de máqui-

---

(35) JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO: Notas inéditas cambiadas hace años.

Argumentos que corroboran y confirman esta tesis de Vallet y la sostenida por nosotros en el texto, sobre posibilidad de derecho real en cosa propia, se encuentran en doctrina muy destacable. Así, JOSÉ ALGUER (*Revista Jurídica de Cataluña*, enero-junio 1931, pág. 96) decía que "puede crearse directamente un derecho limitado sobre cosa propia. Así, cabe gravar la cosa común en favor de un copropietario (§ 1.009 Cód. alemán)". JOSÉ LUIS DÍEZ-PASTOR (*Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo VI, Madrid, Reus, 1952, página 616) dice: "La servidumbre y la hipoteca pueden funcionar como derechos reales en cosa propia con independencia formal absoluta del dominio, y, sobre todo, la servidumbre, con una indiscutible utilidad."

J. V. M., al comentar la Sentencia de 17 diciembre 1954 (*Revista de Derecho Notarial*, número VIII, abril-junio 1955, pág. 370), dice que "el propietario puede disponer de su predio, gravarlo y enajenarlo; luego quien puede lo

nas y demás accesorios de la explotación, que vendría a ser el predio dominante. Y ello es posible aunque pudiera entenderse estábamos en un caso de creación de un derecho real nuevo o *swi generis*, pues, como antes apuntamos, tal cosa es posible en nuestro sistema, al amparo de la teoría del *numerus apertus* que informa nuestra legislación hipotecaria, como se comprueba con la lectura de los artículos 2.º de la Ley y 7.º de su Reglamento. Bastará con que se fijen concretamente sus condiciones, extensión y notas características, como decía Bonet (36) al comentar la Resolución de 4 de mayo de 1944, referente al derecho de vertedero. Así, reputamos preciso expresar el punto a partir del cual comienza el derecho constituido, fijando los diez, treinta o cincuenta metros, a contar desde el suelo en profundidad; con lo que quedará reservado al dueño del suelo el subsuelo existente hasta ese punto inicial (37).

Recientemente, La Rica (38), al comentar la disposición del número 1.º del nuevo artículo 16 del Reglamento hipotecario, dice que al derecho de superficie se le configura como un derecho real de utilizar el suelo ajeno para los fines de la edificación; y al estudiar el número 3.º del artículo 30, reformado, relativo al

más, puede lo menos, que es gravarlo con una servidumbre, ésta es un derecho real limitado; pero también tiene una faceta, la de que por él se realiza una entrada en comunidad. El propietario que limita su predio parcialmente en cuanto lo grava con una servidumbre, se hace, al mismo tiempo, comunero con el predio contiguo... Puede, pues, el propietario de un predio gravarlo en beneficio de otro de su misma propiedad”.

Y el mismo autor, al comentar otra sentencia del Tribunal Supremo de 4 marzo 1959 (en *Nuestra Revista*, octubre 1959, núm. 983, pág. 3) persiste en su afirmación.

(36) FRANCISCO BONET Y RAMÓN, “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, año 1945, tomo I, pág. 98.

(37) Concretamente, en Gran Canaria, la cesión del suelo necesario en el caso tan frecuente de pozos, se haría previa la oportuna segregación con todas las circunstancias de la legislación hipotecaria, incluso con la determinación del resto que quede en poder del vendedor, el cual sería la finca que quedase gravada con esa “servidumbre de alumbramiento de agua subterránea y acueducto”; todo ello al amparo y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 2.º, número 2, y 3 de la Ley hipotecaria, y 47, 49, 50 y reglas 2.ª, 4.ª, 5.ª y 6.ª del artículo 51 de su Reglamento. Asimismo, cabe hacer notar que si el pozo, casa de máquinas, estanque y demás accesorios no formasen una finca única, por no ser colindantes entre sí, cabría, sin embargo, su agrupación como finca discontinua, al amparo de lo prevenido en los números 2, 3, 4 y 5 del artículo 44 y en el artículo 45 del citado Reglamento, complementados por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 octubre 1947. En algún Registro de Gran Canaria existe un precedente de esta posibilidad, pues hemos visto inscrita en el de Teide una Comunidad sobre pozo y demás elementos, previa agrupación por constituir una unidad orgánica de explotación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 8.º, número 2.º de la Ley hipotecaria, a nombre de todos los adquirentes que constituyen una comunidad de bienes, y cuya nota va también al pie del título público de constitución de esa Comunidad.

(38) LA RICA, lugar citado, págs. 27, 51 y 52.

derecho real de vuelo, dice que se ha regulado este derecho como uno real sobre finca rústica ajena. Pues bien; aplicando tales criterios a nuestro derecho de subsuelo, cabrá afirmar que es una *limitación del dominio, una servidumbre*, consistente en ser un *derecho real de utilizar el suelo ajeno para los fines de alumbrar agua*; y calificarlo de *derecho real de subsuelo sobre fincas rústicas ajenas, que se inscribirá en el folio de aquella sobre la que se constituya*.