

La extensión vertical del dominio y la accesión

The vertical extension of the domain and the accesion

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Prof. Dra. de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: La extensión vertical del dominio, es decir, hasta dónde alcanzan las facultades dominicales del propietario en el subsuelo y vuelo de su finca, es una cuestión que ha evolucionado desde el Derecho romano hasta nuestros días. Pero, a pesar de que hoy la extensión vertical se encuentra mucho más restringida, no puede olvidarse de que sigue existiendo y que el propietario lo es tanto del suelo como de lo que está encima y debajo del mismo. Por este motivo, cualquier ocupación o posesión por otro de esos espacios supone una intromisión en la propiedad ajena de la que puede defenderse el propietario, siempre que siga conservando su propiedad. En este trabajo se va a analizar, a la luz de la jurisprudencia, cuál es ese alcance dominical vertical, cuáles son sus limitaciones y cómo puede conservarse o perderse, según el caso, atendiendo principalmente a la posibilidad de alegar la accesión invertida hacia abajo, para conseguir la titularidad dominical de parte de un subsuelo invadido.

ABSTRACT: *The vertical extension of the domain, i.e. how far the owner's powers extend into the subsoil and the top of his property, is a question that has evolved from Roman law to the present day. But, in spite of the fact that today the vertical extension is much more restricted, it cannot be forgotten that it still exists and that the owner is as much of the ground as of what is above and below it. For this reason, any occupation or possession by another of these spaces implies an interference in the property of others from which the owner can defend himself, as long as he continues to preserve his property. In this paper we will analyse, in the light of case law, what is this vertical domain scope, what are its limitations and how he can keep it or lose it, attending mainly to the possibility of alleging the «inverted accesion» downwards, to obtain the dominance of a part of an invaded subsoil.*

PALABRAS CLAVE: Dominio. Subsuelo. Extensión vertical. Accesión. Limitaciones dominicales.

KEY WORDS: *Domain. Subsoil. Vertical extension. Accesion. Domain boundaries.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO INICIAL.—II. ALCANCE DEL OBJETO DE LA PROPIEDAD.—III. LA SEPARACIÓN DEL SUBSUELO COMO FINCA INDE-

PENDIENTE.—IV. POSIBILIDAD DE LA ACCESION INVERTIDA HACIA ABAJO.
—V. CONCLUSIONES.—VI. RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO INICIAL

En este artículo vamos a tratar de analizar hasta dónde alcanzan las facultades dominicales del propietario en sentido vertical, en la columna que se extiende desde el suelo de la finca, que es de su propiedad, hacia arriba y hacia abajo. En concreto, nos vamos a centrar en la extensión vertical del dominio hacia el subsuelo, su importancia económica y su trascendencia jurídica y las posibilidades de adquisición de la propiedad del subsuelo de forma separada al suelo, a raíz de los hechos que han ocasionado un litigio en los tribunales, de cierta repercusión, entre el Hotel Wellington y unos inversores inmobiliarios venezolanos, Proyectos e Inversiones Binah SA.

Los hechos fueron los siguientes:

En diciembre de 2013 Binah SA compró el edificio sito en la calle Núñez de Balboa núm. 3 de Madrid; después de las pertinentes obras y licencias, se descubre en 2014 que debajo del local de la planta baja existe un garaje del que no se tenía conocimiento, cuya titularidad se desconocía. El informe del ayuntamiento afirma lo siguiente: «Se informa de la existencia de un nivel inferior de sótano además del que ha podido ser inspeccionado. Esto se ha podido observar en el suelo del local comercial, a través de un agujero atravesando el forjado y encontrando un uso de garaje bajo el edificio objeto de informe. No se ha tenido acceso a este garaje y se considera que es de otra propiedad, incluso posiblemente de algún edificio adyacente, pero se desconoce la propiedad. Tampoco se han encontrado referencias catastrales que mencionen la existencia». Además, en el Registro de la Propiedad no hay constancia de tal garaje.

Los nuevos propietarios del edificio inician el proceso de averiguación sobre la titularidad dominical de ese garaje, cuya existencia no les constaba, y se averigua que el mismo pertenece (o se usa por) al adyacente Hotel Wellington, cuyo garaje se extiende por debajo del edificio de Núñez de Balboa 3, en una superficie de 355m², y que viene utilizándolo desde 1952, como consecuencia de una aportación a la sociedad del hotel, por parte del entonces dueño del edificio, como pago de sus acciones en dicha sociedad hotelera. La inmobiliaria reclama la propiedad de los metros del garaje que se empotran o engalabernan debajo del suelo del edificio recién adquirido.

El Hotel Wellington interpone demanda declarativa de dominio frente a la sociedad inmobiliaria, para que se declare el dominio a su favor de los metros de garaje comprometidos.

El Juzgado de Primera Instancia de Madrid, en Sentencia de 20 de diciembre de 2017, da la razón a la parte demandante, y la Audiencia Provincial de Madrid, en la Sentencia de 20 de diciembre de 2018, confirma la sentencia de instancia, donde reconoce probada tal aportación del garaje en su totalidad como venta de «cuerpo cierto», y por tanto incluyendo los metros invadidos de la finca colindante, como pago de las acciones del hotel por su propietario y, además, si eso no fuera así, queda probada la posesión pública, pacífica y en concepto de dueño desde entonces (1952) hasta ahora por parte del Hotel Wellington, lo que supondría en cualquier caso su adquisición por usucapión extraordinaria, en caso de discusión del título de transmisión dominical¹.

A la vista de estos hechos, con una evidente repercusión económica para la sociedad inmobiliaria que, después de adquirir el edificio, comprueba que este vale mucho menos de lo esperado al no poder construir un garaje para las viviendas de lujo que iban a instalar en él, nos planteamos las siguientes cuestiones:

- ¿Qué comprende el dominio de un suelo? ¿cuál es su extensión vertical?
- ¿Debería ser ese garaje invadido propiedad de la inmobiliaria?
- ¿Puede enajenarse de forma separada el subsuelo del suelo?
- ¿Se podría alegar que se ha producido una accesión invertida en este caso?
- ¿Ha adquirido el inmueble por usucapión?

II. ALCANCE DEL OBJETO DE LA PROPIEDAD

Al hablar del objeto de la propiedad, además de qué cosas pueden ser objeto del dominio, hay que analizar hasta dónde puede llegar este —el dominio— respecto de un inmueble. Es decir, hasta donde se extiende la propiedad de un suelo determinado en sentido vertical. La preocupación por hasta dónde alcanza la propiedad en sentido vertical implica tanto dónde está el límite de mi ejercicio como propietario, como dónde está el límite para los demás y si puedo impedir sus injerencias en la finca de mi propiedad.

En el Derecho romano, como de todos es sabido, se entendía que el dominio alcanzaba verticalmente hasta el infinito en el espacio aéreo situado encima del fundo correspondiente, y hasta las profundidades más remotas; de este modo, el dueño del suelo era dueño de una ficticia columna vertical que alcanzaba hasta donde existiera confín. Los romanistas medievales acogiendo estas ideas, las llevaron al límite extendiendo el dominio de la superficie de la finca «*usque ad sidera et usque ad inferos*». Pero, los progresos técnicos han reconocido lo absurdo de este principio, poniendo coto a la propiedad en sentido vertical.

El Código civil, en su artículo 350 recoge la antigua norma romana pero, matizada, y la refiere solo al subsuelo y no al espacio aéreo, aunque debe aplicarse también a este. Con respecto al suelo y subsuelo, establece que el propietario del suelo lo es también del subsuelo y puede hacer en él las obras y excavaciones que tenga por conveniente, con las limitaciones establecidas en las leyes sobre Minas y Aguas y en los Reglamentos de policía.

No cabe ya duda de que este artículo 350 del Código civil también se refiere al vuelo, o espacio situado por encima del suelo o terreno, junto con el expresamente mencionado en él, el subsuelo o espacio que queda por debajo del suelo. Esto queda corroborado por las SSTS de 7 de noviembre de 1995 y 10 de diciembre de 1980 que consideran que se ha invadido propiedad ajena al invadirse el vuelo de una finca².

Por otra parte, que el dueño del suelo lo sea también del vuelo o subsuelo es acorde con el principio de accesión (*superficie solo cedit*) entendido en su sentido normal o hacia abajo, que hace al dueño del suelo, dueño de todo lo que se una o incorpore al mismo, por encima o por debajo. La STS de 23 de junio de 1998, recogiendo sentencias anteriores, afirma de forma clara y contundente que «el derecho de propiedad sobre un terreno se extiende a: a) su superficie; se presume *iuris tantum* que todo lo comprendido dentro de ese perímetro superficial pertenece al propietario (SSTS 3 de julio de 1975 y 6 de julio de 1992; b) el vuelo: puede ser parte del derecho de propiedad o constituirse como derecho

real independiente (STS 24 de diciembre de 1991, y 23 de junio de 1998), c) el subsuelo: cuyo aprovechamiento puede atribuirse a otros, actuando, entonces, como limitación dominical y con acceso al Registro (STS 17 de noviembre de 1997)». O la Sentencia de 26 de junio de 2006 que insiste en la misma idea afirmando que «el artículo 350 del Código civil dispone 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 convengan, salvo las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las Leyes sobre minas y aguas y en los reglamentos de policía», extendiendo, por tanto, el dominio a lo que queda debajo del suelo, sin cuestionarlo, hasta donde lo impidan las servidumbres y las leyes, tal y como dispone el Código civil.

La doctrina más moderna dice que la extensión objetiva del dominio está limitada por el punto que alcance la posibilidad de utilización y el interés razonablemente tutelable del propietario. Por tanto, la extensión tiene como medida sus fines, es decir, garantizar la actividad económica; se introducen límites a la regla romana, como, por otra parte, no podía ser de otra forma. La propiedad sobre el suelo y el subsuelo alcanzará únicamente hasta donde sea posible su explotación por el hombre, hasta donde llegue el interés de su propietario, su «interés potencial»³, y a esto se ha unido, a partir de la CE de 1978, el límite a la propiedad privada como es la función social de la propiedad, que «recorta», o aclara los límites verticales, por la existencia de servidumbres administrativas, o bienes de dominio público (minas, aguas subterráneas) que, en ningún caso, aun situándose físicamente en esa ficticia columna de propiedad, pueden pertenecer al dominio particular del titular del suelo al que correspondan.

La STS de 3 de abril de 1984 reitera esta tesis del interés del propietario al afirmar que el derecho de propiedad «alcanza hasta donde llegue el interés del propietario», y no puede mantenerse de una forma rigorista y absoluta.

Pues bien, si el dominio se extiende de forma vertical a esa «columna» hacia arriba y hacia abajo hasta donde alcance el interés del propietario, en principio, el subsuelo del edificio de Núñez de Balboa 3, objeto de litigio, pertenece al dueño del suelo, de la propia finca. En consecuencia, la parte de garaje del Hotel Wellington que queda por debajo del edificio de Núñez de Balboa es también propiedad de la sociedad inmobiliaria, conforme al artículo 350 del Código civil y el principio de accesión.

Con esa base legal y jurídica entiende la sociedad inmobiliaria que es dueña de esos 355m² del garaje del Hotel Wellington que están empotrados debajo de su finca.

Sin embargo, el Hotel alega que es propietario de esos 355m² porque se aportaron a la sociedad del hotel como pago de las acciones de uno de los socios, que era propietario de ese edificio de Núñez de Balboa, en 1952, tal y como lo demuestra la escritura de aportación a la sociedad.

Esto nos plantea los siguientes interrogantes ¿puede enajenarse el subsuelo de la finca con independencia del suelo? ¿qué es necesario para ello? Si esto es así, los 355m² del garaje invadidos son propiedad del hotel, y entonces nos encontramos con una finca cuyo suelo y vuelo pertenece a la sociedad inmobiliaria, y el subsuelo al hotel. Propietarios diferentes para dos fincas superpuestas en la misma columna vertical. ¿Es esto posible?

Se trata de un problema de engalanamiento de fincas, o encabalgamiento en el que una finca propiedad de una persona se superpone por arriba o por abajo como es el caso en la finca de otro titular dominical, provocando una situación complicada que debe resolverse.

III. LA SEPARACIÓN DEL SUBSUELO COMO FINCA INDEPENDIENTE

La cuestión sobre si el subsuelo es, o puede ser, una finca independiente, objeto de un derecho de propiedad propio, separado y distinto del de la finca en que consiste el suelo o, si por el contrario, es un derecho real limitado atípico, que confiere a su titular facultades concretas de uso, pero cuya titularidad dominical va unida al propietario del suelo, es un tema que ha sido debatido por la jurisprudencia y doctrina.

Entendemos que el derecho que se tiene sobre el subsuelo no es, o no puede identificarse plenamente, con un dominio exclusivo y separado totalmente del suelo, con las mismas características de este, sino que, mas bien, es un derecho de uso atípico, cuya explotación y titularidad puede inscribirse de forma separada, abriendo folio registral, pero vinculado (desde luego registralmente) a la finca matriz (el suelo), pero también funcionalmente a través de una división horizontal. Así lo hemos defendido antes, y seguimos configurando este derecho como un derecho de uso, similar al derecho de superficie, pero con un carácter temporal duradero.

En cualquier caso, la jurisprudencia se ha ocupado de este tema, y se han producido varias oscilaciones en cuanto a la consideración del derecho de subedificación sobre el subsuelo.

De este modo, la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo, al plantearse esta cuestión, han entendido que el subsuelo pertenece por accesión y en virtud del artículo 350 del Código civil al dueño del suelo. No se constituye por tanto en una propiedad separada e independiente del suelo bajo el que recae, si no que la titularidad dominical es del mismo propietario que el suelo. Como afirma ALEGRE ÁVILA⁴, «el carácter unitario de la propiedad fundiaria, comprensiva del subsuelo, constituye un prejuicio o sobrentendido de la jurisprudencia civil, siquiera la extensión del derecho del dueño de la finca en relación con aquel se exprese en términos de mera presunción *iuris tantum* (STS de 25 de febrero de 1986)».

En este sentido se manifiestan las SSTs de 16 y 23 de junio de 1998 que atribuyen la propiedad del subsuelo, en virtud del 361 del Código civil (accesión), al dueño de las viviendas construidas en ese suelo, una vez constituida una propiedad horizontal sobre el edificio, y como elementos comunes, en sendos casos en los que se discutía acerca de la propiedad de unas galerías inferiores constituidas por quién no era propietario del suelo.

Sin embargo, también se observa cómo el subsuelo puede ser objeto de explotación y aprovechamiento por persona distinta del propietario del suelo, basando esta argumentación en el artículo 16.2 RH que permite la constitución sobre el subsuelo de un derecho de utilización temporalmente indefinido, similar al derecho de propiedad.

La cuestión es si ese aprovechamiento separado puede constituirse como un derecho real, o simplemente como una cesión obligacional «que el adquirente del suelo otorga al transmitente en relación con los aprovechamientos urbanísticos que eventualmente pueda conferir el Plan, no, por tanto, como una reserva de algo inexistente, y de cuyo incumplimiento, por ende, solo podrían derivarse consecuencias estrictamente obligacionales, no por tanto, reales (SSTs 3 de marzo de 1995 y 12 de mayo de 1999)»⁵.

La Dirección General de los Registros y del Notariado también ha abordado esta cuestión desde el punto de vista registral de la posibilidad de inscripción separada o no del derecho sobre el subsuelo. Una de las primeras resoluciones que contempló el subsuelo como objeto independiente de transmisión fue la de

28 de octubre de 1988. Los hechos eran los siguientes: constaba inscrito en el Registro el «derecho a construir un garaje o almacén en el subsuelo» sobre una finca registral, de titularidad pública, y se presenta una escritura pública en la que se vende el derecho de uso del subsuelo. El registrador rechaza la inscripción por entender que el derecho de uso de la escritura es diferente del de construcción que consta inscrito, pero, la DGRN permite la inscripción del subsuelo como derecho real limitado atípico, que consiste en determinadas facultades de uso (entre ellas, la construcción), identificando la finca sobre la que recae, y posibilitando su transmisión separada.

En la RDGRN de 5 de abril de 2002 se plantea el problema de si es inscribible o no en el Registro, y como finca independiente, una unidad subterránea constituida por un volumen edificable bajo suelo de carácter público, previa la correspondiente desafectación como bien demanial de aquella unidad, configurándola como patrimonial. El Registrador rechaza la inscripción como tal finca independiente alegando los principios de accesión y el artículo 350 del Código civil. El Centro Directivo permite la inscripción del subsuelo como finca independiente del suelo, pero conectado con ella, a través de una división horizontal, en la que se crea un complejo inmobiliario, acudiendo para ello al argumento de la función social de la propiedad que delimitaría la propiedad del suelo, en aras del beneficio social de la construcción de ese parking. La DGRN entiende que hoy la propiedad no es absoluta y liberal como en el momento de publicación del Código, sino que está limitada por su función social y las leyes correspondientes. De este modo el «*aforismo usque ad sidera usque ad infero*» cede frente al superior principio de la función social de la propiedad». Y considera que puede abrirse un folio independiente para el subsuelo desafectado como bien demanial, al ser una unidad autónoma. Sin embargo, continúa afirmando que «esta apertura de folio autónomo no implica desconexión total con la finca de procedencia, ya que en el folio abierto a esta se hará constar la configuración independiente del subsuelo desafectado, en forma hasta cierto punto análoga a la inscripción del dominio útil». Además, nada obsta en virtud del principio de *numerus apertus* limitado que rige nuestro sistema, a la existencia de un complejo inmobiliario de titularidad pública-privada, al que aplicar la legislación de la propiedad horizontal. En ese complejo, los elementos que lo componen, a pesar de ser distintos, están vinculados —como es el caso— por un punto de conexión, que son los elementos comunes (los forjados del aparcamiento), cuyo «mantenimiento y utilización conjunta justificaría la articulación del complejo que se pretende», lo que conduce a la posibilidad de inscribir ese subsuelo vinculado a través de un complejo inmobiliario con el suelo, finca inicial y matriz con la que queda vinculada, pero en dos folios distintos.

La RDGRN de 24 de febrero de 2007 se plantea de nuevo la posibilidad de inscripción separada del suelo, del subsuelo de un terreno quedando el primero bajo titularidad pública y el segundo de titularidad patrimonial privada, al igual que en la anterior, pero sin previa constitución de un régimen de propiedad horizontal ni reserva de un derecho de edificación.

En este caso la DGRN, después de afirmar contundentemente que «no existen obstáculos en nuestro ordenamiento para la configuración de un régimen distinto al suelo y el subsuelo», y que registralmente puede abrirse un folio autónomo a la unidad subterránea constituida por el volumen de subsuelo desafectado, continua diciendo que «eso no significa una total desvinculación de la finca matriz, ya que en el folio abierto a esta debe hacerse constar el distinto régimen del subsuelo, como modificación de la extensión normal del dominio de la finca matriz». Y en este caso, si lo que se pretende es un desdoblamiento del régimen jurídico

suelo y subsuelo, sin segregación material de un volumen determinado, habrá que establecer primero las relaciones entre el suelo público y el subsuelo privado a través de la división horizontal de los complejos inmobiliarios, cosa que no se ha producido en el caso examinado en esta resolución, por lo que rechaza la inscripción separada del subsuelo como finca independiente. Es decir, no es posible la inscripción del subsuelo sin establecerse el régimen de conexión entre el mismo y el suelo al que, en definitiva, pertenece.

En realidad, queda claro que se permite la inscripción separada del subsuelo como finca independiente, pero eso no quiere decir que el derecho que recae sobre él se trate de un derecho de dominio, pues, aunque en principio este es el que abre folio registral, también existen otros supuestos de facultades o derechos que no son la propiedad que pueden abrir folio registral independiente (por ejemplo, enfiteusis: dominio útil y directo; el derecho de concesión administrativa que se considera finca registral, etc...)

Es decir, el subsuelo o el derecho de subedificación que recae sobre él, propiamente dicho, puede abrir folio registral separado, pero dependiente o vinculado con el suelo en un complejo inmobiliario (luego, no es realmente una finca distinta objeto de propiedad), puede transmitirse de forma independiente del suelo que lo cubre, y puede ser objeto de facultades diferentes que aquel, pero como derecho real de uso que es. No se trata de un nuevo derecho de propiedad separado, no estamos antes una división vertical del dominio real, si no de unas facultades que enajena el dueño del suelo a favor de otro, pero que pueden hacerse de forma definitiva (o temporal). Es más que un derecho de superficie, y tiene contornos y caracteres propios y como tal debe inscribirse. Pero, la titularidad dominical sigue perteneciendo al dueño del suelo.

Probablemente pueda también configurarse con un carácter obligacional, si así lo prefieren las partes. Esta opción se referirá a un supuesto temporal mas limitado, y que como tal cesión obligacional deberá ceñirse al uso concreto que se le haya otorgado. Es mas, recordemos que, como consecuencia de la generalidad del dominio, este se presume libre de cargas y gravámenes por lo que de existir un derecho real que lo limite, este debe constituirse de forma expresa, pues si no, es posible entenderlo como un mero pacto obligacional y puntual entre las partes afectadas.

En cualquier caso, vista la posibilidad de separar registralmente el subsuelo del suelo, y de configurarlo como una unidad independiente objeto de transmisión, nada obsta a que pudiera cederse como aportación a la sociedad hotelera el subsuelo (o parte) del edificio de Núñez de Balboa.

IV. POSIBILIDAD DE LA ACCESION INVERTIDA HACIA ABAJO

Acabamos de exponer cómo puede cederse el uso del subsuelo, su posibilidad de explotación o construcción, a otra persona, o bien, constituirse como un derecho real limitado de uso, de carácter atípico, cuyo contenido serían las facultades de uso en que consiste, y la posibilidad de inscripción de este como una finca independiente del suelo bajo el que se encuentra, aunque vinculado al mismo.

En este sentido, creemos que el Tribunal Supremo en el caso analizado del Hotel Wellington tendría razón en su sentencia que permite dicha cesión del subsuelo como garaje a través de una aportación a la sociedad, y de forma independiente incluso (si fuera el caso) del suelo y vuelo construido, como ya hemos dicho.

Pero, al hilo de estos hechos, nos planteamos también si podría haberse solucionado el conflicto a través de la accesión invertida, de forma que el propietario del Hotel hiciera suya esa parte del garaje que se incrusta debajo del edificio de Núñez de Balboa, como una construcción extralimitada.

En efecto, la accesión invertida, o construcción extralimitada, supone una alteración del principio de *superficie solo cedit*, interpretándolo justo al revés, haciendo propietario del suelo ajeno invadido al invasor, en vez de que el propietario del suelo haga suya la construcción realizada⁶.

La admisión de la construcción extralimitada arrancó de la STS de 30 de junio de 1923, pero fue a partir de la importante STS de 31 de mayo de 1949 cuando se consolida esta figura, olvidando o derogando el principio *superficie solo cedit*, para otorgar la propiedad de la parte extralimitada al dueño de la construcción y no al del suelo. Dice esta sentencia, refiriéndose al artículo 361 del Código civil y los principios normales rectores de la accesión que «esta norma fundamental del modo de adquirir por accesión quiebra si el dueño del suelo no lo es de toda la extensión del mismo, porque cuando esto sucede y lo constituido constituye con aquel una unidad inseparable por no poderse hacer, como previenen los artículos 334 y 360 del Código civil su división sin menoscabo, la accesión no se consuma con arreglo al principio inspirador del artículo antes citado y del 358, por falta de la base necesaria para su aplicación, de que sean distintos los dueños del suelo y del edificio sobre él levantado».

Se trata de una institución de construcción jurisprudencial⁷ que no recoge, por tanto, el Código civil, y que se produce cuando confluyen los siguientes requisitos:

- Que quien la pretenda sea el titular dominical de lo edificado.
- Debe tratarse de una construcción que se realiza parte en fundo propio y parte en fundo ajeno.
- Que las dos partes del suelo formen con lo construido un todo indivisible.
- La invasión del fundo ajeno y la construcción deben hacerse de buena fe.
- Que lo construido unido al suelo del edificante tenga una importancia y valor superior a los del suelo invadido, que es lo que justifica tal invasión.

Pues bien, si se dan estos requisitos y, como ya hemos dicho, en vez de que el dueño del suelo invadido haga suya la construcción, en virtud del principio normal de accesión, se produce justo lo contrario: el constructor invasor puede hacerse propietario del suelo invadido pagando la correspondiente indemnización al dueño del suelo.

Y creemos que este supuesto podría haber sido también alegado por parte del Hotel Wellington para justificar la propiedad de los 350m² invadidos en el subsuelo del edificio adyacente.

Se trata de una construcción (el garaje) que invade parcialmente el subsuelo ajeno, hecha de buena fe, ya que el constructor creía que tenía título para ello, pues así aparecía en la escritura, formando un todo indivisible con el suelo y el edificio bajo el que se encuentra y con el garaje original.

El hecho de que se trate de una accesión invertida hacia abajo no debe ser escollo para su viabilidad, pues el Tribunal Supremo así lo ha reconocido en varias ocasiones, afirmando que la construcción extralimitada no se produce solo en el suelo/vuelo, sino que puede producirse en el subsuelo y en el vuelo.

De este modo, la STS de 10 de diciembre de 1980, aunque en un caso de accesión invertida de servidumbres de luces y vistas, afirmó que «la invasión del suelo ajeno no solamente se produce por traspasa los linderos del terreno por

medio de una construcción que le afecta al igual que al subsuelo, sino igualmente y con igual fuerza al erigirse una construcción que invade el vuelo...», y continuó subrayando la posibilidad de que la invasión fuera en el vuelo o en suelo, «pues como quedó expresado es indiferente a este respecto que la edificación traspase el suelo o el vuelo....». De estas palabras se deduce claramente que la accesión invertida podría producirse tanto hacia arriba como hacia abajo, tal y como ocurre en el caso analizado, siendo también la invasión del subsuelo, un caso de construcción extralimitada.

La cuestión más difícil para poder aplicar una accesión invertida al supuesto contemplado y fallar en favor del Hotel Wellington, la encontramos en el requisito de la necesidad del mayor valor de lo construido que el del suelo invadido. Ciertamente es que ese garaje puede tener —en su globalidad— un valor importante, superior al de la parte correspondiente del subsuelo invadido, pero se plantea el problema de si debemos contemplar que, al privar al propietario del edificio invadido esa parte del subsuelo, se le está privando —como parece el caso— de la posibilidad de construir su propio garaje, reduciendo el valor del edificio que iba a ser destinado a viviendas de lujo y, por lo tanto, probablemente no se den las «razones de política económica social» (STS de 10 de diciembre de 1980), o «criterios armónicos de equidad, sentido social de la propiedad y económico de la edificación» (STS de 19 de abril de 1988), que justificaron y justifican la existencia de la accesión invertida⁸.

En este sentido, afirma CERDEIRA⁹ que «al respecto de tal fin público, se atiende al resultado antieconómico que supondría aplicar estricta y rígidamente los artículos 361 y siguientes del Código civil, pues tal aplicación obligaría a demoler la edificación extralimitada o a constituir sobre ella una especie de copropiedad —absurda o anormal, por su forzosa división lineal en vertical—».

Además, la STS de 29 de junio de 1984 afirma que «la doctrina jurisprudencial sobre accesión invertida nos lleva a la conclusión de que a través de dicha institución se impone atribuir cualidad de principal al edificio unido al suelo cuando su importe y valor excedan de los del suelo invadido y reconocer al edificante el derecho de adquirir la parte del terreno invadido mediante el pago de su precio». Ese mayor valor o importancia es absolutamente necesario pues es el que justifica la derogación del principio *superficie solo cedit*, para adaptarse plenamente al principio *accessorium sequitur principale* que es, en definitiva, el que rige la accesión invertida. Si lo construido (en este caso el parking) tuviera mayor importancia o valor que el propio suelo, solo entonces podríamos aplicar la accesión invertida, y si no fuera así, volveríamos a la regla tradicional de la accesión, donde el dueño de lo principal (¿el edificio?) haría suya esa parte de garaje que se engalaberna en el subsuelo de su propiedad¹⁰.

Hay que analizar en cada caso si realmente el valor de lo construido (en superficie o en subsuelo) es superior al de ese suelo invadido, y plantearse realmente para poder aplicar o no la accesión invertida¹¹.

En el caso que se analiza, creo que probablemente el valor e importancia del garaje (que es mucho) no es suficiente para aplicar la accesión invertida hacia abajo ya que el perjuicio que supone para el suelo invadido puede que sea superior al valor de la propia construcción, pues impide construir garaje para las viviendas de lujo que en ese edificio se planteaban, disminuyendo su precio y posibilidades de venta, lo que supone un perjuicio claro para el propietario del suelo invadido.

En definitiva, pudiendo tratarse aparentemente de un caso que podría resolverse a través de la accesión invertida en favor del propietario del edificio

colindante al hotel, el carácter dudoso del mayor valor e importancia del garaje con respecto al edificio hace que nos inclinemos por no aplicar el supuesto de construcción extralimitada en este caso, debiendo volverse a las reglas generales de accesión en su caso (art. 361 CC).

Sin embargo, tampoco estas serán de aplicación, ya que, como ya hemos dicho, se produjo una cesión del subsuelo destinado a garaje en favor de los propietarios del hotel, con título válido y probado, lo que justificaría su adquisición; amén de que, en cualquier caso, se habría producido su adquisición originaria en virtud de prescripción adquisitiva incluso extraordinaria (a falta de ese título), ya que llevaban utilizando (poseyendo) el garaje en concepto de dueño, de forma pública, pacífica e ininterrumpida durante más de 30 años.

Para concluir, se trata de un caso de máxima actualidad que trae, de nuevo, principios e instituciones clásicas del Derecho civil que conviene repasar y actualizar para su aplicación práctica en los supuestos planteados.

V. CONCLUSIONES

I. La extensión vertical del dominio que, en principio, alcanza a una columna vertical hacia arriba (vuelo) y hacia abajo (subsuelo) que comprende hasta donde lleguen las facultades de uso por parte de su propietario y señalen las correspondientes leyes, se ve afectada por la función social de la propiedad que termina por delimitar el contenido del derecho de propiedad actual también en sentido vertical. De este modo, el propietario de un suelo no puede, sin más y alegando el artículo 350 del Código civil y el principio de accesión, reclamar la propiedad de todo aquello que se encuentra bajo su suelo. Habrá que atender a todos los supuestos de adquisición de la propiedad para dar respuesta a si la construcción realizada por otro propietario colindante bajo su suelo es suya o no.

II. De este modo, lo primero que hay que plantearse es si, ese subsuelo, puede ser objeto de propiedad separado e independiente del suelo que tiene encima, para concluir si puede o no ser, a su vez, objeto de cesión de uso independiente de ese suelo. Este problema ha sido resuelto por la jurisprudencia registral en el sentido de entender que el subsuelo puede incluso ser finca registral independiente de la finca matriz (suelo), pero siempre vinculada a ella a través de un complejo inmobiliario; pero nada obsta, entonces, si es capaz de abrir folio registral, en que sea objeto de cesión o transmisión con independencia de esa finca matriz o suelo.

III. La cesión de uso de ese subsuelo puede configurarse como una cesión obligacional, pacto o acuerdo entre las partes afectadas, o incluso puede configurarse como un nuevo derecho real atípico, similar a la superficie invertida, pero con carácter duradero, indefinido. En este caso debería inscribirse en el registro como tal, delimitándolo perfectamente y dándole tal carácter para que sea posible su inscripción.

IV. Pero, además, ¿puede ser objeto de adquisición a través de accesión invertida la parte de subsuelo invadida por la construcción de un garaje por parte del constructor? La accesión invertida hacia abajo es posible. Nada obsta a que el constructor pueda hacer suya la parte de suelo (subsuelo) invadida cuando actuó de buena fe, en lugar de que el propietario invadido haga suya esa parte de garaje. Entendemos que, si se dan todos los requisitos que la jurisprudencia establece para ello, no habría problema alguno, pero en el caso que se analiza en este artículo, parece ponerse en duda que el garaje construido tenga un mayor

valor e importancia que el resto del edificio construido cuyo subsuelo se invade. Si no se cumple este requisito no puede alegarse la accesión invertida.

V. En cualquier caso, también es posible alegar la usucapión extraordinaria para adquirir la parte de subsuelo extralimitado en fundo vecino si se cumplen los elementos necesarios para ello. Y, en definitiva, para la adquisición de parte del subsuelo pueden alegarse, en general, todos los mecanismos de adquisición de la propiedad del suelo, al ser aquel parte integrante del dominio, y objeto separado de este para el tráfico.

VI. RESOLUCIONES CITADAS

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA

- JPI Madrid, 20 de diciembre de 2017

AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP Madrid, 20 de diciembre de 2018

TRIBUNAL SUPREMO

- 30 de junio de 1923
- 31 de mayo de 1949
- 13 de mayo de 1959
- 17 de junio de 1961
- 23 de octubre de 1973
- 3 de julio de 1975
- 10 de diciembre de 1980
- 30 de noviembre de 1981
- 3 de abril de 1984
- 29 de junio de 1984
- 1 de marzo de 1985
- 25 de febrero de 1986
- 27 de octubre de 1986
- 23 de febrero de 1988
- 19 de abril de 1988
- 28 de octubre de 1988
- 8 de noviembre de 1989
- 22 de julio de 1991
- 23 de julio de 1991
- 24 de diciembre de 1991
- 3 de abril de 1992
- 6 de julio de 1992
- 11 de junio de 1993
- 29 de julio de 1994
- 3 de marzo de 1995
- 7 de noviembre de 1995
- 12 de noviembre de 1995

- 17 de noviembre de 1997
- 16 de junio de 1998
- 23 de junio de 1998
- 12 de mayo de 1999
- 19 de julio de 1999
- 10 de noviembre de 2004
- 26 de junio de 2006

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- 5 de abril de 2002
- 24 de febrero de 2007

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE ÁVILA, J. M. (2006). El subsuelo: una propuesta para la reformulación de su estatuto jurídico, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 130, 1-20.
- ARNAU MOYA, F. (2011). La variable naturaleza jurídica del engalaberno. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 26, 1-18.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2009). La accesión invertida: su génesis y evolución en la jurisprudencia. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 1-62.
- (2009). Las construcciones extralimitadas en el derecho español: luces y sombras de la jurisprudencia en materia de accesión invertida. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 1-26.
- FRANCO PAZ, DE, F. (2001). *El derecho de sobreedificación: su naturaleza jurídica*, Aranzadi, Pamplona.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2000). *Elementos de Derecho civil*, III, vol. 1, Dykinson, Madrid.

NOTAS

¹ La SAP Madrid (sección 12), de 20 diciembre 2018:

Fundamento QUINTO: «...En este segundo caso, para determinar qué es objeto de la enajenación, lo esencial no es determinar la cabida de lo efectivamente transmitido, si no lo que se transmitió, entendido como una realidad física, es decir, aquello que se encuentra dentro de los linderos del inmueble que se transmite.

La aportación del garaje a la sociedad se realiza como cuerpo cierto, tal y como se desprende de las escrituras aportadas como documentos 5 y 6. La aportación, se indica en la escritura de 28 de marzo de 1952, se realiza, tal y como se recoge en número 2 de la letra A) del apartado tercero, “en el estado en que actualmente se encuentra” la edificación que se describe (folio 83 vuelto) y la escritura de subsanación de 21 de julio de 1952 corrige la descripción introduciendo el garaje, con respecto al que se indica que está totalmente terminado desde diciembre de 1950 (folio 106).

Por tanto, lo que se aportan son los inmuebles descritos en dichas escrituras, atendiendo a su realidad física, es decir, no se produce la aportación del garaje determinando un número de metros cuadrados a aportar, lo que se aporta es el garaje en el estado en que se encuentra y la determinación de su superficie claramente se revela como dato descriptivo, pero no como el dato determinante de aquello que se pretende aportar, que no es otra cosa que el edificio y garaje en el estado en que se encontraban».

Y el Fundamento UNDÉCIMO: «...La actora ha venido poseyendo la parcela litigiosa virtud de la aportación que el señor Andrés realizó, por ello se trata de una posesión sustentada en un título apto para transmitir el dominio del inmueble, de no ser por el hipotético vicio o defecto que la usucapión está llamada a subsanar; por lo que su posesión, basada en la condición de propietario que le otorga la escritura de aportación del bien, es posesión a título de dueño.

...Igualmente, por lo indicado en el anterior párrafo, queda probado que la posesión se inició en 1952 y persiste en la actualidad, sin que conste que haya sido interrumpida en ningún momento, por lo que, en base al citado artículo 459 del Código civil (LEG 1889, 27), queda probada la posesión por más de 30 años.

La posesión es evidentemente pública, puesto que se trata de la utilización del inmueble objeto del litigio como parte integrante del garaje del hotel, y por ello de forma pública y sin acto de ocultación alguno.

Es pacífica la posesión, ya que ni se adquirió ni se ha conservado con violencia de ningún tipo.

En consecuencia, tal y como indica la sentencia recurrida, de entenderse que existe algún vicio o defecto en el título transmisivo, el mismo habría quedado sanado por virtud de la usucapión extraordinaria prevista en el artículo 1959 del Código civil.»

² Igualmente, puede deducirse que el propietario lo es también del vuelo desde el momento que a este se le permite hacer construcciones y plantaciones sobre el mismo que lo invaden; tiene por tanto la propiedad de utilización exclusiva de ese espacio. LACRUZ BERDEJO, J. L. (2000). *Elementos de Derecho civil*, III, vol. 1, Dykinson, Madrid, 278.

³ En palabras de LACRUZ BERDEJO, J. L. (2000). *Elementos de Derecho civil*, III, vol. 1, Dykinson, Madrid, 279.

⁴ ALEGRE ÁVILA, J. M. (2006). El subsuelo: una propuesta para la reformulación de su estatuto jurídico, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 130, 6, (1-20).

⁵ ALEGRE ÁVILA, J. M. (2006). El subsuelo: una propuesta para la reformulación de su estatuto jurídico, *ob. cit.*, 6.

⁶ Sobre la accesión invertida, sigs. requisitos y admisión jurisprudencial, véase CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2009). La accesión invertida: su génesis y evolución en la jurisprudencia. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 1-62; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2009). Las construcciones extralimitadas en el derecho español: luces y sombras de la jurisprudencia en materia de accesión invertida. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 1-26.

⁷ Entre otras muchas, han ido perfilando la accesión invertida, las siguientes sentencias: SSTs de 12 de noviembre de 1995, 29 de julio de 1994, 11 de junio de 1993; 3 de abril de 1992; 23 de julio de 1991; 8 de noviembre de 1989, 23 de febrero de 1988; 27 de octubre de 1986; 1 de marzo de 1985; 30 de noviembre de 1981; 10 de diciembre de 1980; 23 de octubre de 1973; 17 de junio de 1961; 13 de mayo de 1959.

⁸ Otras sentencias que inciden en las razones de política económica y social y de buena vecindad para justificar la inversión del principio de accesión son: SSTs de 22 de julio de 1991; 29 de julio de 1994; 19 de julio de 1999; 10 de noviembre de 2004.

⁹ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2009). La accesión invertida: su génesis y evolución en la jurisprudencia, *ob. cit.*, 5.

¹⁰ Propiamente no se trataría de un engalaberno, ya que este exige el consentimiento del propietario del suelo invadido sobre el que se sitúa el engalaberno. Véase ARNAU MOYA, F. (2011). La variable naturaleza jurídica del engalaberno. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 26, 1-18. «en el engalaberno el supuesto de hecho es similar al de las construcciones extralimitadas, la diferencia estriba en que en este caso la invasión de la finca colindante cuenta con el consentimiento de su propietario», 3.

¹¹ En este sentido, DE FRANCO PAZ se plantea dos interrogantes: «¿no es acaso el suelo un elemento indispensable para que los materiales que componen cualquier edificio tengan una base física sobre la que sustentarse, y en definitiva, este último pueda existir?: ¿no es verdad que la temporalidad del segundo y la permanencia del primero es algo indudable?». DE FRANCO PAZ, F. (2001). *El derecho de sobreedificación: su naturaleza jurídica*, Aranzadi, Pamplona, 39.