

# La extensión vertical del Derecho de Propiedad en el subsuelo

Ramón Chehade Herrera

## I. ANTECEDENTES

Cada vez son mayores los usos que el hombre busca desarrollar en el subsuelo de las ciudades, ya sea porque persigue ocultar elementos o infraestructuras que no tienen porque exhibirse sobre el suelo (cableados telefónicos, líneas de transmisión de información, redes de energía, entre otros), o porque busca dotar a los centros urbanos de mayores espacios de estacionamiento sin tener que destinar para ello áreas de suelo, o bien porque ha advertido que el subsuelo constituye un espacio muy adecuado para implementar sistemas de transporte masivo de personas sin sobrecargar las congestionadas vías de las ciudades donde el incremento poblacional obliga a desarrollar otras alternativas.

Hay que reconocer también que el interés por el uso del subsuelo viene motivado por la escasez de suelo urbano disponible y de su natural encarecimiento, lo que sumado a los avances producidos en la arquitectura e ingeniería en las últimas décadas, viene generando un uso intensivo del subsuelo propiciando su empleo para alojar en él infraestructuras de carácter público como las antes mencionadas. Todos estos nuevos usos constituyen aprovechamientos urbanísticos que colocan al Derecho en la necesidad de introducir importantes precisiones conceptuales, las que como veremos más adelante, mantienen una estrecha relación con el derecho de propiedad predial.

Sin embargo, debemos reconocer que el uso del subsuelo por el hombre no es una actividad reciente, puesto que su utilización se remonta hasta los orígenes de las civilizaciones, bien sea para fines de abrigo natural en procura de protección de la intemperie, como -más tarde- para el desarrollo de actividades religiosas en cavernas o catacumbas.

Las necesidades de carácter militar tampoco han sido ajenas al empleo del subsuelo, bien sea para ubicar refugios antiaéreos como para almacenar armamento o material bélico.

El subsuelo también viene siendo empleado en diversas actividades industriales donde resulta más conveniente almacenar determinados productos bajo tierra (depósitos frigoríficos, bodegas vinícolas, laboratorios científicos de alta precisión, desechos radiactivos, centrales hidroeléctricas, etc.) como en una gran variedad de usos comerciales (bóvedas de seguridad bancarias, estacionamientos, centros comerciales, almacenes, etc.).

Respecto a la explotación de los recursos naturales que se encuentran en el subsuelo y que en nuestro país representan importantes desarrollos mineros como de hidrocarburos, no emitiremos mayor comentario por ser una cuestión que excede los alcances del presente trabajo.

Modernamente, el creciente interés por el uso del subsuelo responde a otros criterios urbanos donde se busca enterrar el ruido, el transporte masivo, la polución, o los cableados, a fin de preservar el espacio urbano para la vivienda, el comercio y el esparcimiento, sin perjuicio de las motivaciones sanitarias, ambientales o de seguridad.

El boom del automóvil de la década de los setenta no solo contribuyó a *“alterar las costumbres y a modificar radicalmente la morfología y funcionamiento de la ciudad”*,<sup>1</sup> sino que también significó una primera toma de conciencia por regular el subsuelo como objeto de relevancia jurídica. La legislación urbanística española no se ocuparía de él hasta el año 1978, al comprender -dentro de los actos edificatorios sujetos a licencia previa- a *“Las instalaciones subterráneas dedicadas a aparcamientos, actividades industriales, mercantiles o profesionales, servicios públicos o cualquier otro uso a que se destine el subsuelo”*.<sup>2</sup>

Sin embargo, llama la atención que este creciente interés por el uso del subsuelo no encuentre en nuestro medio -ni en muchos otros- un desarrollo legislativo acorde con su uso actual. En nuestro ordenamiento jurídico existe una completa indefinición sobre su contenido y alcances, puesto que el concepto de subsuelo no se encuentra definido ni en nuestra legislación civil ni en la urbanística.

---

<sup>1</sup> ARNAU ESTELLER, Alberto. “Los Aparcamientos en el Subsuelo Municipal Urbano”, Primera Edición. Madrid, Iustel, 2007, Pág. 17.

<sup>2</sup> Tomado de la ponencia “La Ordenación Urbanística del Subsuelo” elaborada por el arquitecto urbanista Javier GARCÍA-BELLIDO con motivo del Seminario sobre “La Ordenación y Gestión Urbanística del Subsuelo” celebrado en la ciudad de Barcelona el 21 de febrero de 1994. Trabajo publicado en Ciudad y Territorio, XXVIII (109), 1996, Pág. 417.

Así, este interés por aprovechar urbanísticamente el subsuelo crea diversas interrogantes para el Derecho, como por ejemplo definir hasta dónde debe extenderse el derecho de propiedad bajo rasante, estableciendo si éste mantiene una extensión cuyo único límite viene impuesto por el interés del propietario (como lo señala la doctrina civil), y si dicho interés (privado) debiera concluir donde comienza el dominio público, determinando así el límite en cuestión.

## II. DERECHO URBANÍSTICO

Para Ramón Parada, *“El Derecho Urbanístico es el conjunto de normas reguladoras de los procesos de ordenación del territorio y su transformación física a través de la urbanización y la edificación. Son, por tanto, objeto de su regulación potestades públicas muy claras, como la de ordenar el conjunto del territorio, los procesos de urbanización y la vigilancia sobre la edificación resultantes de aquélla, es decir, el control del derecho del propietario de transformar el propio fundo mediante la construcción de edificaciones para vivienda, industria u otras finalidades”*.<sup>3</sup>

Para Carceller Fernández, el Derecho Urbanístico *“es aquella parte del Derecho Administrativo que tiene por objeto la regulación del régimen jurídico aplicable a las distintas clases de suelo, haciendo compatible el derecho a la edificación con el cumplimiento de una serie de cargas establecidas en beneficio de la comunidad directamente por la legislación urbanística aplicable o, en su virtud, por el planeamiento urbanístico”*.<sup>4</sup>

Para el Tribunal Constitucional español, en una conocida sentencia que marcó un hito para el quehacer urbanístico de la península (la STC 61/1997 del 20 de marzo de 1997), el derecho urbanístico *“tiene por objeto la ordenación de la ciudad esto es, las normas que, en sentido amplio, regulan la actividad de urbanización y edificación de los terrenos para la creación de la ciudad; es una disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, en el plano jurídico, se traduce en la <ordenación urbanística> como objeto normativo de las Leyes urbanísticas”*.<sup>5</sup>

Para nosotros, la doctrina y legislación urbanística no deben agotarse en el planeamiento territorial, ni en la regulación de las cuestiones vinculadas a la edificación y a las habilitaciones urbanas, sino que entre muchos otros aspectos, debe ocuparse también de llenar de contenido el derecho de pro-

---

<sup>3</sup> PARADA, Ramón. “Derecho Urbanístico General”. Primera Edición. Madrid, Marcial Pons. 2007. Pág. 19.

<sup>4</sup> Citado por Ricardo ESTÉVEZ GOYTRE en su Manual Básico de Derecho Urbanístico, Tercera Edición. Editorial Comares, 2008, Pág. 12.

<sup>5</sup> Op. cit., Pág. 44.

propiedad predial, especialmente cuando sabemos que en nuestro país la zonificación (que es una práctica eminentemente urbanística) es la que delimita y define los alcances del derecho de propiedad.

### III. LEGISLACIÓN NACIONAL

Nuestra Constitución Política establece que el derecho de propiedad es inviolable y debe ser ejercido en armonía con el bien común y dentro de los límites que señala la Ley (Artículo 70°).

Este precepto constitucional proporciona un primer marco conceptual que nos indica que el derecho de propiedad predial debe desarrollarse en congruencia con el bienestar general, pues éste no puede concebirse aislado o abstraído de una realidad fáctica donde se materializa, por lo que debe sujetarse necesariamente a determinados límites de orden público cuya observancia obligatoria vendrá impuesta por la Ley.

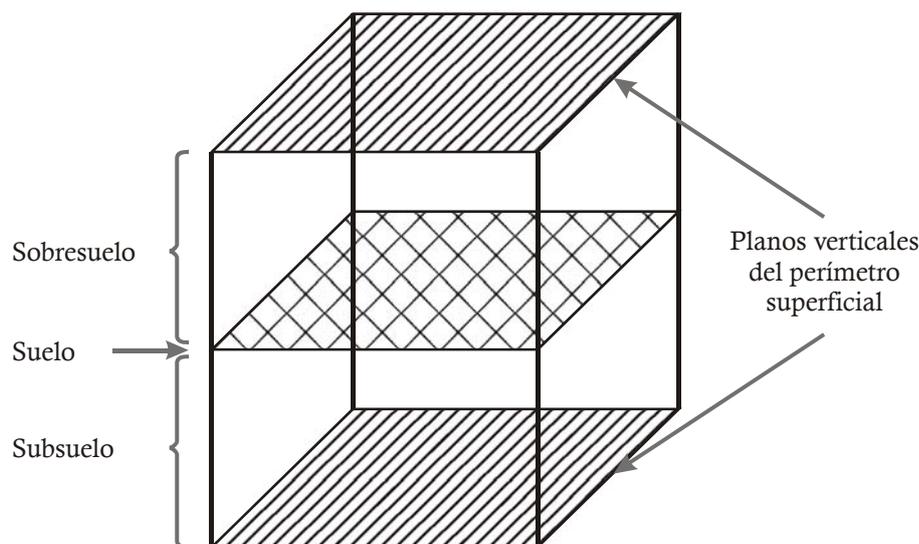
Por su parte, nuestro Código Civil, recogiendo una definición que supera ya los setenta años de vigencia en nuestro Derecho, dispone que *“La propiedad predial se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho”*. (Artículo 954°, primer párrafo).<sup>6</sup>

Así, bajo una concepción estrictamente civilista del derecho de propiedad, su extensión vertical en el subsuelo y sobresuelo no encerraría problema alguno, pues este derecho se prolongaría hasta donde resulte de provecho para su titular mediante proyecciones imaginarias que seccionan perpendicularmente el subsuelo y sobresuelo en función al perímetro de la superficie conforme graficamos a continuación:

---

<sup>6</sup> Definición ya recogida en el Artículo 854° del Código Civil del año 1936 promulgado mediante Ley 8305 del 12 de junio del mismo año.

### Representación Cubista del Derecho de Propiedad (Artículo 954° del Código Civil)



Es precisamente esta concepción cubista representada por los tres planos superpuestos (sobresuelo, suelo y subsuelo) la que intenta definir en nuestro ordenamiento jurídico la extensión -en altura y profundidad- del derecho de propiedad predial.

Por otra parte, nuestro Código Civil también señala que la propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites que señala la Ley. Tratándose de la propiedad predial, nuestra legislación establece que ésta *“queda sujeta a la zonificación, a los procesos de habilitación y subdivisión y a los requisitos y limitaciones que establecen las disposiciones respectivas”* (Artículo 957° del Código Civil).

Esta referencia a que la propiedad predial queda sujeta a la zonificación tiene enormes implicancias jurídicas poco conocidas en nuestro medio, pues en definitiva será la zonificación junto con el planeamiento urbanístico -como veremos luego- los que determinen los verdaderos alcances del derecho de propiedad, ya no dentro del ámbito del Derecho Civil, sino dentro del campo del Derecho Urbanístico, el cual si bien ha tenido un exiguo desarrollo legal y doctrinario en nuestro derecho nacional, viene siendo indebidamente subsumido por el Derecho Municipal, por cuanto cada vez con mayor frecuencia son los gobiernos municipales (de forma intencional o no) los generadores de parte importante de nuestra legislación urbanística.

Así, la propiedad predial se llena de contenido gracias a los planes urbanos y a la zonificación asignada a cada predio, pues solo así el propietario podrá conocer los reales alcances de su aprovechamiento urbanístico, lo que en con-

creto le permitirá conocer qué usos se le autoriza desarrollar sobre su terreno, qué alturas puede edificar en él, cuáles son los retiros que debe observar, cuál es el número mínimo de estacionamientos que debe contemplar en función a los posibles usos permitidos por el planeamiento, o cuál es el área libre no edificable que debe respetar, entre otras consideraciones urbanísticas que finalmente delimitan el contenido del derecho de propiedad predial y que permiten conocer su verdadero aprovechamiento económico.

En nuestro medio, el exacto aprovechamiento urbanístico del derecho de propiedad sobre un inmueble es expresado en un documento emitido por los municipios distritales denominado “Certificado de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios” cuya vigencia es de treinta y seis meses y otorga por mandato legal plena seguridad jurídica a su titular, siendo incluso inscribible en la partida registral del inmueble a efectos de hacerlo oponible frente a terceros. (Artículo 14° de la Ley 29090).

Entonces, resulta evidente que en nuestro Derecho los verdaderos alcances territoriales de la propiedad predial no vienen siendo definidos por el Derecho Civil, ya que éste expresamente traslada dicha labor a la legislación específica, para que ésta se encargue de señalar cuál es el aprovechamiento urbanístico concreto que le corresponde disfrutar a cada predio en función a lo previsto en la zonificación y en los planes urbanos.

En este punto corresponde explicar la enorme trascendencia jurídica de observar los planes urbanos que, si bien son poco difundidos en nuestro medio, encierran una fundamental importancia en la determinación del derecho de propiedad predial en el Perú.

Los planes urbanos son instrumentos de ordenación territorial que son aprobados mediante ordenanzas municipales, por lo que según nuestro ordenamiento jurídico su vigencia viene impuesta por una norma con rango de Ley y su cumplimiento obligatorio no puede resultar siendo menor ni diferente a otra norma legal de igual jerarquía. Lo mismo sucede con las normas que aprueban la zonificación de los predios, las que al ser también aprobadas mediante ordenanzas metropolitanas ostentan el mismo carácter y merecen en consecuencia un nivel de respeto y observancia similar a cualquier otra norma con rango de Ley.

Es precisamente esta norma a la que alude nuestro Código Civil cuando establece que la propiedad predial debe ejercerse dentro de los límites que señala la ley y quedar sujeta a las disposiciones de la zonificación, que en nuestro Derecho Urbanístico constituye una potestad de cargo de los municipios provinciales por disposición expresa de la Ley Orgánica de Municipalidades. (Artículo 73°, numeral 1, Ley 27972).

La importancia de regular jurídicamente los usos y aprovechamientos de la propiedad predial es pues trascendental, porque mientras por un lado se preci-

san cuáles son los reales alcances y prerrogativas asignadas por el legislador urbanístico a cada predio configurando así su concreto potencial edificatorio, por otro lado, tal delimitación se constituye a su vez en garantía para los predios vecinos a fin de evitar los posibles excesos que la ausencia de regulación produciría, especialmente en el ámbito de los usos y alturas permitidas para cada inmueble, generándose así una relación de derechos y deberes de obligatoria observancia por parte del titular del derecho de propiedad, así como un deber de tolerancia por parte de los titulares de los predios vecinos.

Así por ejemplo, es gracias al Derecho Urbanístico (y no al Derecho Civil) que usted no tiene al lado de su casa una fábrica de explosivos, ni tiene por vecino al relleno sanitario de la ciudad, pues precisamente la ordenación urbanística se ocupa de establecer que los suelos con vocación residencial se ubiquen en zonas adecuadas para tal fin, estableciendo de igual modo los espacios donde los desarrollos industriales, comerciales y de servicios pueden desenvolverse así como los ámbitos para la ubicación de los demás servicios que toda ciudad requiere.

Por otro lado, es importante anotar como la concepción civilista del derecho de propiedad permite establecer la dimensión exacta del mismo pero únicamente en lo relativo al suelo, al referirse como vimos al plano del perímetro superficial, lo que permite conocer el área de forma cierta y medible, certidumbre que ya no se aprecia con claridad al analizar las dimensiones del derecho de propiedad correspondientes al sobresuelo ni al subsuelo, pues el Derecho Civil reconoce que tal labor ya no le compete, siendo materia de regulación del Derecho Urbanístico encargado de dotar de certeza al exacto contenido del derecho de propiedad predial, más aún cuando nuestro Código Civil permite de forma expresa que la propiedad del sobresuelo y del subsuelo puedan pertenecer a propietarios distintos del suelo (Artículo 954° del Código Civil).

Así, en base a esta última disposición, nada impide que en el subsuelo privado exista un uso público (o se desarrolle una servidumbre por ejemplo) y viceversa, al permitirse desarrollar un uso privado en subsuelo público (ya sea como propiedad privada o como concesión), aunque en este último caso la autorización del uso no provendría ya de la legislación civil, sino del ámbito del Derecho Público que, observando las disposiciones existentes sobre la materia, autoriza el aprovechamiento privado del subsuelo público.

Pero regresando al ámbito del Derecho Privado, si nuestra legislación civil expresamente permite la existencia de una titularidad en el subsuelo distinta de aquella que ostenta el suelo, mayor razón existe para que se conozca (con la certidumbre que este derecho real exige) cuál es la extensión total y definitiva de ese derecho de propiedad subterráneo que, como se sabe, no solo es susceptible de individualización física, sino también jurídica y por tanto, capaz de disfrutar de todas las prerrogativas y atributos que la Ley reconoce al derecho de propiedad, pudiendo incluso exhibir un uso distinto al existente sobre la superficie.

En efecto, nada impide -y así lo reconoce mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia- que el planeamiento urbanístico asigne un uso o zonificación distinto al suelo de aquél reconocido al subsuelo, siempre que -naturalmente- ambos resulten compatibles entre sí.

Un ejemplo de esta independencia urbanística de usos del subsuelo con relación al suelo quedó expresada en la sentencia española del 22 de mayo de 1979 en la que se discutía la desconexión de usos entre suelo y subsuelo a propósito de un área originalmente prevista por el planeamiento urbano para estacionamientos en superficie que luego fue modificada para su ejecución bajo rasante.

Al respecto, el Tribunal Supremo español declaró que *“(...)el cambio introducido en los terrenos de que se trata, no implica una alteración sustancial en la zonificación o uso urbanístico de la zona verde y espacio libre previstos en la planificación, pues dado que la extensión superficial total de los mismos no es grande, y que en ellos estaba previsto una zona reservada para aparcamiento de coches en superficie, la consecuencia no puede ser otra que la exigüidad de la parte reservada a zona verde, mientras que, por el contrario, con la fórmula del aparcamiento subterráneo, casi toda la parte superior pueda quedar convertida en césped y en soporte de aquellas especies arbóreas consentidas con su espesor”*.<sup>7</sup>

#### IV. EL CRITERIO DEL INTERÉS

Para nosotros es acertada la concepción del derecho de propiedad predial que realiza el Código Civil, pues reconoce sabiamente que en cuestión de alturas o profundidades el derecho de propiedad debe ser oportunamente definido, regulado e incluso modificado por el Derecho Urbanístico atendiendo a la zonificación vigente y a los planes urbanos que regulen el uso del suelo en cada momento concreto.

Dicha concepción viene a ser la única pertinente considerando que el suelo es el elemento natural sobre el que se construyen y descansan los desarrollos poblacionales, los que por definición nunca son estáticos, pues responden a las propias tendencias de evolución urbana, por lo que su uso debe ser permanentemente revisado y actualizado por la autoridad urbanística a fin de adecuarlo a las exigencias de los nuevos tiempos, optimizando su uso, densificando e intensificando su aprovechamiento racional, pues el suelo urbano es un recurso natural escaso y no renovable. De allí la enorme importancia de regular normativamente su uso a la luz de los nuevos requerimientos de la población, dotando así de sostenibilidad al desarrollo urbano de las ciudades.

---

<sup>7</sup> Citado por Marisol IBÁÑEZ PICÓ en “El Subsuelo Urbanístico. Estudio Jurisprudencial”. Ciudad y Territorio, Estudios Territoriales, XXVIII, 1996.

El aforismo romano por el que la propiedad se extendía “*por arriba hasta el cielo, por abajo hasta el infierno*” (o mas técnicamente hasta el centro de la tierra) antiguamente empleado para definir los alcances de este derecho, ya no puede informar en la actualidad la extensión del mismo, pues el propio Derecho Civil delega tan importante cuestión al Derecho Urbanístico.

La doctrina urbanística cuestiona el fundamento del interés o utilidad frecuentemente utilizado por muchas legislaciones civiles para delimitar la extensión vertical del derecho de propiedad en el subsuelo por resultar absolutamente insuficiente para precisar sus reales alcances, pues hacer depender su extensión de estos criterios encierra un doble problema: por un lado, que la extensión del derecho de propiedad en el subsuelo dependerá del estado de la ingeniería en cada momento concreto, y por otro, conocer el verdadero interés del propietario quedará sujeto a su voluntad en cada momento en que éste sea consultado, con lo que la concepción cubista del derecho de propiedad quedaría absurdamente dependiente de una decisión (quizás temporal o transitoria) del propietario y del estado de la técnica en un momento determinado, lo que generaría gran incertidumbre e inseguridad jurídica.<sup>8</sup>

Así las cosas, pareciera que los alcances del derecho de propiedad sobre el subsuelo vienen siendo definidos en función al uso existente en el suelo superficial, pues mientras se hace uso del subsuelo éste se convierte, por lo general, en una sola unidad integrada al suelo, desarrollándose sobre ambos un solo uso compartido (como habitualmente sucede con la edificación destinada a vivienda u oficinas que alberga en el subsuelo espacios para estacionamientos). Pero mientras el propietario del suelo no aproveche el subsuelo (por no tener mayor interés en él), algo nos dice que su uso debe quedar expedito para ser aprovechado en favor del bienestar general, cuidando por cierto de no dañar ni perturbar la edificación superficial.

Con ello, queremos destacar que la prioridad actual en el uso del subsuelo denota un creciente interés por desarrollar en él actuaciones de carácter público, apreciándose solo subsidiariamente intervenciones de carácter privado.

Esta tendencia a utilizar el subsuelo urbano preferentemente para obras de carácter público se ve corroborada en muchas ciudades al verificar la existencia de trenes subterráneos, pasos viales a nivel, instalaciones de redes, que si bien pueden ser en algunos casos de propiedad privada, brindan finalmente un servicio público bajo la modalidad de concesiones.

A modo de ejemplo, podemos señalar que para el año de 1980, París ya contaba con dos millones y medio de metros cúbicos en el subsuelo destinado a estacionamientos, un millón y medio de metros cúbicos en centros comerciales

---

<sup>8</sup> ARNAU ESTELLER, Alberto. Op cit., Pág. 72.

y un millón cien mil en carreteras y calles.<sup>9</sup>

Esta predisposición se ve reforzada por aquellas legislaciones que ya han advertido la necesidad de normar positivamente la extensión vertical del derecho de propiedad en el subsuelo, desarrollando conceptos tales como el “subsuelo próximo” para referirse a aquel espacio subterráneo comprendido inmediatamente después del suelo en el que el interés privado puede desenvolverse, diferenciándolo del “subsuelo remoto” constituido a continuación del anterior -habitualmente sin una extensión determinada- para señalar el inicio del espacio de actuación pública, naturalmente de propiedad del estado.

Así, la legislación japonesa ya ha señalado por ejemplo que los primeros cincuenta metros bajo el suelo constituyen el denominado subsuelo próximo (considerado jurídicamente como bien de dominio privado y susceptible de intervención por su titular), naciendo a partir de allí el subsuelo remoto (o profundo) que pertenece al Estado.<sup>10</sup>

Por su parte, el anteproyecto de la Carta Municipal de Barcelona que fuera luego aprobada por Ley catalana 22/1998 del 30 de diciembre, estableció un límite vertical de doce metros de profundidad hasta donde podía extenderse la propiedad privada en el subsuelo, limitación que finalmente no fuera recogida en el texto definitivo presumiblemente por los conflictos constitucionales que una disposición así inicialmente produciría.<sup>11</sup>

Continuando con la delimitación del derecho de propiedad y siguiendo en su conceptualización al urbanista español García-Bellido,<sup>12</sup> la extensión del derecho de propiedad sobre el suelo y el subsuelo constituye una expresa autorización dispuesta por la ley y por los planes urbanos para invadir el dominio público, el cual se retira o retrocede para dar cabida al dominio privado pero solo hasta la extensión autorizada por el planeamiento urbanístico, conforme se muestra a continuación:

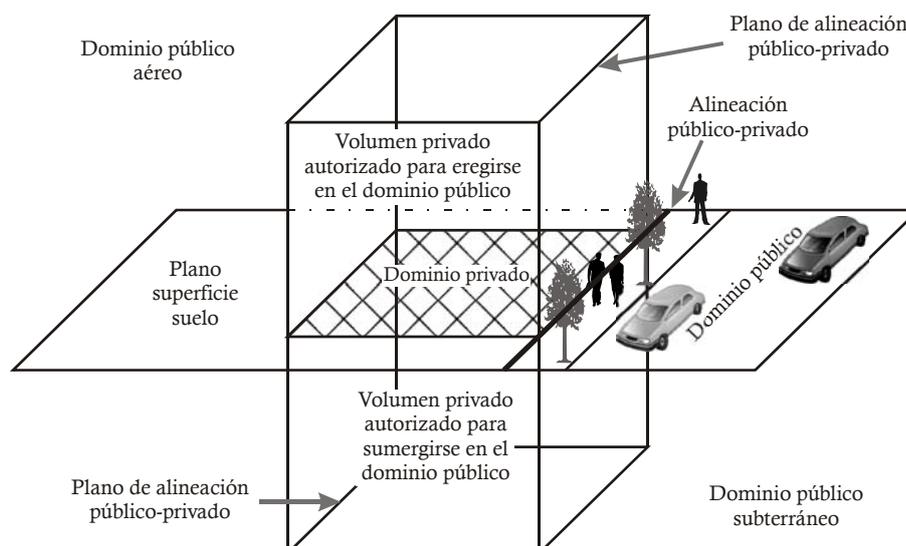
---

<sup>9</sup> GARCÍA-BELLIDO, Javier. Op. cit., Pág. 417.

<sup>10</sup> ARNAU ESTELLER, Alberto. Op cit., Págs. 57-60.

<sup>11</sup> Op. cit., Pág. 58.

<sup>12</sup> García-Bellido, Javier. Op. cit., Pág. 417.



Siguiendo el concepto de simetría en las tres dimensiones jurídico-espaciales del sobresuelo y del subsuelo, García Bellido señala que *“El dominio público aéreo envolvente del subespacio suprasuelo impone los límites concretos al ejercicio del derecho a la propiedad privada del suelo y sus eventuales edificaciones, instalaciones o volúmenes sobre el suelo (práctica urbanística), mediante planos delimitadores o “alineaciones geométricas” de altura y cornisa, etc. que implican que en ese subespacio el dominio público se retira para dejar erigir el volumen privado; pero y además esta expansión delimitada del dominio privado impone al dominio público servidumbres privadas y soporta de éste las servidumbres públicas aéreas (...)”*.

Continúa García Bellido apuntando que *“Simétrica y análogamente, en el subespacio del subsuelo la retracción del dominio público para autorizar singularmente la ocupación del mismo por la inmersión subterránea de la actividad privada, propia de las delimitaciones urbanísticas y mineras (sótanos, pozos de vertidos, aparcamientos privados en o bajo dominio público, minería, extracciones de agua, etc. como un cuerpo compacto y delimitado por la función pública del planeamiento territorial, aéreo, minero o tesoros arqueológicos), responde a idénticas relaciones y operaciones que las que se dan en las prescripciones del suprasuelo (planos delimitadores y “alineaciones geométricas” de volúmenes admisibles, servidumbres y zonas de protección y respeto mutuo en la profundidad y uso del subsuelo)”*.

Concluye señalando que *“el mismo papel delimitador que juegan las alineaciones exteriores en planta de los planes de urbanismo, señalando los límites exactos entre la propiedad privada y el dominio público, sería análoga y simétricamente al que jugarían las líneas que delimitan las formas, volúmenes y alturas de cornisa o profundidades de piso, bordes y límites en el subsuelo: todas son alineaciones geométricas que delimitan o deslindan el espacio privado del público”*.

El razonamiento expuesto por el arquitecto español expresa claramente

en nuestra opinión lo que debe ser una auténtica concepción integral de planeamiento urbanístico que además -y más importante aún- desarrolla un indispensable rol delimitador del derecho de propiedad predial tanto en el subsuelo como en el sobresuelo, terminando de llenar de exacto contenido al “cubo imaginario” de la propiedad predial.

Un punto de vista muy diferente es el sostenido por el catedrático español Santiago González-Varas quien postula la vigencia del criterio del interés consagrado en la legislación civil para defender el dominio exclusivo del subsuelo señalando simplemente que *“el subsuelo es privado si el suelo lo es”*. Para este autor, la cuestión a dilucidar no es en realidad hasta dónde debe extenderse la titularidad privada en el subsuelo, sino de lo que se trata es establecer los límites de la valoración del subsuelo, por ser éste el criterio que tanto en sede administrativa como judicial viene empleándose mayoritariamente para la resolución de conflictos.

Para González-Varas, lo que importa en realidad es establecer el grado de perjuicio que genera la servidumbre administrativa sobre la propiedad privada del subsuelo y determinar así en cuánto se afecta el interés del propietario a fin de fijar una indemnización, y de no ser ello posible, se deberá proceder a la expropiación. Así, señala que *“Si bajo el suelo ha de realizarse una finalidad pública, es evidente en mi opinión que estaremos en todo caso ante una servidumbre administrativa. Y en caso de que ella no sea compatible con el uso del suelo habrá de realizarse una expropiación”*.<sup>13</sup>

Así, postula el profesor español que la regla general debiera ser la no indemnización de las servidumbres administrativas a ejecutarse en el subsuelo, salvo que el titular demuestre la existencia de un perjuicio cierto en su propiedad *“conforme a un interés patrimonial legítimo y evaluable económicamente”*.<sup>14</sup>

Naturalmente, si el interés del titular no se ve afectado por la ejecución de la obra pública, no existirá perjuicio alguno ni habrá por tanto nada que resarcir, habiéndose producido una suerte de consentimiento tácito de la servidumbre como anota Sainz Moreno al referirse a la ausencia de reclamaciones de los propietarios al hacer referencia a la construcción del metro de Madrid *“porque el hecho será que los vecinos de la superficie en ningún caso han considerado que se les estaba expropiando un terreno de su propiedad al construir el túnel bajo su superficie”*.<sup>15</sup>

Si bien la valoración de la servidumbre no se presenta como una tarea sencilla, la doctrina señala que lo que se busca es reconocer al propietario del

---

<sup>13</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. “Urbanismo y Ordenación del Territorio”. Cuarta Edición. Editorial Aranzadi, Navarra 2007, Pág. 306.

<sup>14</sup> Op. cit., Pág. 307.

<sup>15</sup> Op. cit., Pág. 308.

predio sirviente “*un valor proporcional a la cuota ideal extraída al derecho de propiedad por la pérdida del uso exclusivo*”. En otras palabras, el valor indemnizable deberá ser equivalente a un porcentaje del valor del bien que se obtendría en caso de una expropiación total.

## V. ALTURAS Y PROFUNDIDADES: DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA

En un plano estrictamente de teoría urbanista, el número de pisos permitido de edificar sobre un predio determinado puede tener poca relevancia comparado con conocer si el aprovechamiento edificatorio se dará íntegramente sobre el suelo, o abarcará parte del subsuelo y parte sobre el suelo, pues en definitiva lo que interesa es asegurar que no se supere el coeficiente máximo edificable para una zona determinada así como conocer los flujos que generará la actividad futura. Sin embargo, ya en un plano estrictamente jurídico, sí cobra relevancia conocer la extensión vertical autorizada para la sub-edificación, pues al Estado si le debe interesar conocer -y con exactitud- cuál es el ámbito de actuación de sus iniciativas públicas en relación al subsuelo, cuestión de fundamental importancia para la ejecución de intervenciones destinadas a satisfacer el bienestar general.

Si se revisa detenidamente nuestra legislación civil sobre el derecho de propiedad veremos que, tal como ya se ha mencionado, el legislador civilista encarga acertadamente al Derecho Urbanístico llenar de contenido el derecho de propiedad disponiendo que la propiedad queda sujeta a la zonificación, a los procesos de habilitación y subdivisión y a los requisitos y limitaciones que establecen las disposiciones respectivas.

Pues bien, es precisamente en el desarrollo de aquello que las autoridades municipales provinciales establecen, por ejemplo, alturas máximas de edificación permitidas para cada inmueble en función a su uso y ubicación al momento de aprobar la zonificación de cada distrito, en estricta aplicación de su potestad legislativa en materia urbanística y en observancia de los planes urbanos, lo que en buena cuenta conlleva a determinar hasta dónde puede extenderse el derecho de propiedad sobre el suelo, o para decirlo en términos de García Bellido, hasta dónde debe retirarse el dominio público aéreo para permitir la incursión del dominio privado.

En atención a ello, cabe preguntarse entonces ¿por qué las alturas máximas edificables no se determinan también en función al interés del propietario, sino que en estos casos sí interviene decididamente el planeamiento urbanístico para fijar límites expresos a la verticalidad edificable en el sobresuelo? ¿No resultaría coherente entonces regular de la misma forma la extensión de la propiedad en el subsuelo? ¿Por qué sí se establecen topes edificatorios con la firme convicción que limitar las alturas máximas es una cuestión urbanística necesaria donde

el planeamiento no puede dejar de pronunciarse y al mismo tiempo se guarda absoluto silencio cuando se trata de establecer la extensión vertical del mismo derecho de propiedad bajo la superficie? ¿No estamos acaso ante “dos caras de una misma moneda”?

La delimitación de las alturas máximas de edificación es habitualmente establecida en la misma oportunidad en que se aprueban las disposiciones de zonificación de los usos del suelo y constituye -sin lugar a dudas- una restricción legal expresa al derecho de propiedad predial en función a lo dispuesto en los planes urbanos.

La limitación a las alturas de la edificación responde también a diversos criterios urbanísticos donde interesa preservar el perfil urbano mediante la homogenización de las alturas permitidas a las edificaciones así como el número máximo de pisos edificables (también expresado en metros lineales), lo que no puede quedar sujeto al libre albedrío del propietario del suelo, por lo que se requiere de la aplicación de la ley urbanística para establecer el límite máximo edificable y someter así el legítimo aprovechamiento edificatorio a las disposiciones de la zonificación urbana.

La necesidad de regular -con rigurosa exactitud- las alturas máximas permitidas para las edificaciones, ha llevado inclusive a nuestro legislador urbanista a establecer normativamente que en caso la altura de una edificación se encuentre expresada simultáneamente en pisos y metros, prevalecerá la altura en metros.<sup>16</sup>

Entonces, siendo la ordenación del territorio una competencia urbanística de carácter municipal por expreso mandato de la Ley Orgánica de Municipalidades (Artículo 73°), ésta debe responder a una gestión de desarrollo urbano integral, por lo que nosotros consideramos que con la misma potestad urbanística con la que se regulan hoy en día las alturas de una edificación, debería normarse también la extensión vertical del derecho de propiedad en el subsuelo urbano y establecer así los límites a la sub-edificación en el país.

En efecto, una gestión de planeamiento integral debe responder a las nuevas necesidades urbanas de la ciudad, lo que necesariamente implica pensar ya en soluciones de transporte masivo subterráneo, en nuevos estacionamientos públicos en el subsuelo, impulsar la eliminación de redes aéreas de comunicación y energía eléctrica en aras de la seguridad y estética urbana, fomentar la construcción de mayores pasos a nivel para brindar fluidez al sistema vial, posibilitar la instalación de gasoductos, entre muchos otros usos que hoy en día

---

<sup>16</sup> Al respecto puede consultarse la definición del término “altura de la edificación” en la Norma G.040 contenida en el glosario de términos del Reglamento Nacional de Edificaciones aprobado por Decreto Supremo No. 011-2006-VIVIENDA.

pueden encontrarse en el subsuelo urbano y que en su gran mayoría son, como ya señaláramos, de interés público.

Así como la legislación japonesa ha fijado en cincuenta metros el límite de propiedad privada en el subsuelo, resulta evidente que cualquier actuación pública como las anteriormente mencionadas que se desarrolle dentro de esa verticalidad subterránea de dominio privado, deberá ser indemnizada.

Naturalmente, para hablar de indemnización, debe existir previamente un daño cierto y cuantificable el que en este caso, al quedar definido por imperio de la propia ley no cabe duda que la intervención bajo rasante afecta derechos de propiedad expresamente reconocidos al titular de la superficie, situación que se torna harto mas difícil cuando se requiere sustentar que la actuación pública subterránea afecta intereses no reconocidos legalmente, invirtiéndose en consecuencia la carga de la prueba.

En aquellas pocas legislaciones donde la extensión vertical del derecho de propiedad en el subsuelo ya alcanzó expresión legislativa, la determinación de la indemnización es un asunto que versa sólo sobre la cuantía del monto a entregar en base a la extensión del área afectada, la intensidad de su uso, su permanencia o no en el tiempo, las posibilidades de uso de lo edificado por parte del propietario de la superficie, la medida en que este uso impacta en el derecho de propiedad o sobre la edificación existente sobre rasante o si limita su libre ejercicio, etc.<sup>17</sup>

Por otro lado, donde la legislación urbanística mantenga silencio al respecto, la carga de la prueba recaerá sobre el titular del suelo quien deberá acreditar el perjuicio efectivo que la intervención estatal causa en su propiedad y en sus planes de sub-edificación futura para que llegue a demostrar la vulneración efectiva de sus intereses de aprovechamiento urbanístico en el subsuelo de dominio exclusivo.

Una cuestión sobre la que debe reflexionarse es cómo definir la extensión vertical del derecho de propiedad cuando el planeamiento urbanístico de nuestras ciudades guarda silencio absoluto al respecto.

Esta pregunta puede parecer una cuestión intrascendente en un primer análisis, pero no lo es si se atiende a los actuales y futuros usos -especialmente de naturaleza pública- que pueden ser desarrollados en el subsuelo, por lo que la ausencia de precisión normativa por parte de los planes urbanos (y de los responsables de su aprobación) coloca a la ciudad y a su desarrollo urbano en una preocupante desventaja fáctica y jurídica frente al natural interés edificador del inversionista inmobiliario.

La falta de regulación normativa de los usos y extensiones del derecho de

---

<sup>17</sup> Op. cit., Pág. 309.

propiedad en el subsuelo urbano ha sido decididamente resuelta por la doctrina y la jurisprudencia españolas a favor de la sub-edificación, pero con algunas limitaciones.

Al respecto, Nieto García ha señalado durante la vigencia del Texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto 1346/1976 que *“aunque no haya una previsión supletoria expresa en los instrumentos de planeamiento sobre esta materia, no está justificada la denegación de la licencia, pues este uso sólo podría prohibirse si estuviese en pugna con su calificación urbanística, su legislación especial o de modo distinto al regulado en el Plan”*.<sup>18</sup>

Por su parte, la jurisprudencia española ha establecido que *“aunque el Plan no regule nada referente al subsuelo, si no se perjudican los usos de la superficie caben usos aunque no estén incluidos en el Plan”*.<sup>19</sup>

Los tribunales de la península también se vienen mostrando a favor de los usos en el subsuelo ante el silencio del planeamiento urbanístico, pero siempre que sean compatibles con el destino de la superficie.

En nuestro medio, aún no se toma conciencia de la inseguridad jurídica en que se coloca a un propietario ante la indefinición del plan urbano sobre los aprovechamientos en el subsuelo -ni lo que es peor- de la desprotección en que cada día se coloca a la ciudad a causa del silencio normativo. Así, al igual que todo propietario tiene legítimo interés en conocer las alturas máximas permitidas para el adecuado aprovechamiento edificatorio de su propiedad, en igual medida le asiste el derecho a conocer hasta dónde puede extenderse su dominio bajo el subsuelo.

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones en las que existe un abundante desarrollo doctrinal y jurisprudencial en materia urbanística y en las cuales el derecho a edificar en el subsuelo es una atribución expresamente concedida por el planeamiento, en nuestro país la sub-edificación carece de regulación específica quedando en consecuencia la autorización para su uso en manos de las Comisiones Técnicas distritales responsables de la aprobación de los proyectos edificatorios, de lo que resulta evidente que el mayor o menor uso del subsuelo que desee realizar el propietario no constituye una preocupación en la que los delegados calificadoros se detengan a meditar habitualmente.

Ello origina que en la actualidad el número de metros que la actividad privada decide incursionar en el subsuelo viene siendo determinado básicamente por aspectos técnicos y sobretodo económicos, antes que por consideraciones y limitaciones jurídicas, debido a la ausencia de una normatividad urbanística expresa en ese sentido.

---

<sup>18</sup> ARNAU ESTELLER, Alberto. Op. cit., Pág. 109.

<sup>19</sup> Op. cit., pág. 109-110.

Por otro lado, si la legislación urbanística de cualquier país no estableciera un límite concreto al derecho de propiedad privada en el subsuelo expresado en un número concreto de metros lineales y atendiendo a la influyente concepción civilista universalmente difundida en el sentido que el derecho de propiedad se extiende bajo rasante hasta donde sea de interés o utilidad al propietario, llegaríamos al absurdo de concluir que cada vez que el Estado requiera ejecutar una obra pública en subsuelo de propiedad privada, se vería frente a la irracional necesidad de tener que impulsar un proceso de expropiación contra el titular de la superficie, indemnizarlo por la privación parcial de su derecho real y una vez consolidada la propiedad en el dominio público recién dar inicio a las obras requeridas en satisfacción del interés general.

Este sencillo argumento demuestra la impostergable necesidad de la legislación urbanística de fijar los límites a la extensión vertical del derecho de propiedad en el subsuelo, con lo cual no solo queda claramente definido hasta donde alcanza la exclusividad de este derecho, sino que -y tal vez más importante aún- se evitarían un sin número de absurdas pretensiones amparadas en una obsoleta concepción civilista del derecho de propiedad en peligrosa complicidad con una legislación urbanística que en nuestro Derecho aún se muestra silente en esta materia.

Cuando nuestra legislación incorpore estas importantes precisiones normativas en materia urbanística podremos afirmar que el derecho de propiedad predial habrá quedado claramente definido en nuestro país y que su concepción cubista habrá adquirido entonces la plenitud de su sentido. Recién cuando ello ocurra, las personas comprenderán que su derecho de propiedad ya no se extiende “hasta el centro de la tierra”.

No encontramos razones suficientes para que el legislador urbanístico continúe postergando su interés en normar la extensión vertical del derecho de propiedad en el subsuelo urbano. Tal vez, la demora responda a que, como bien dice el profesor español González-Varas, “*Muchas veces (y esto parece ocurrir con la ordenación del territorio) los temas jurídicos tienen que madurar hasta que les llega el momento*”.<sup>20</sup>

## VI. CONCLUSIONES

1. A pesar de la enorme importancia social, económica y jurídica que actualmente representa el uso del subsuelo para diversos desarrollos inmobiliarios de carácter público o privado, nuestro derecho positivo aún no recoge una definición jurídica de lo que debe entenderse por el subsuelo.
2. En el Perú, la legislación urbanística solo se ha ocupado de regular las altu-

---

<sup>20</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. Op. cit., Pág. 37.

ras de las edificaciones estableciendo así el límite máximo que puede alcanzar el derecho de propiedad sobre rasante. La edificación bajo rasante (o sub-edificación) jamás ha sido regulada positivamente en el Perú, por lo que la extensión vertical del derecho de propiedad en el subsuelo continúa rigiéndose por el desfasado criterio del interés del propietario, lo que genera incertidumbre e inseguridad jurídica.

3. A fin de otorgar una adecuada concreción al derecho de propiedad predial, resulta imperativo que las autoridades municipales, al momento de regular la zonificación de los usos del suelo, empleen las facultades urbanísticas que les confiere la Ley y asignen un límite (a expresarse en metros lineales) al derecho de propiedad del subsuelo en función del uso existente sobre la superficie y en estricta observancia de los planes urbanos, conforme sucede hoy en día con la definición de las alturas máximas permitidas para cada tipo de suelo. Estas limitaciones deberán ser obligatoriamente expresadas en los Certificados de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios.
4. La gestión del territorio es una responsabilidad que debe responder a una visión integral del ordenamiento de la ciudad, en la que el subsuelo viene siendo utilizado con mayor frecuencia para distintos usos urbanos, lo que torna indispensable una regulación normativa por parte de nuestras autoridades municipales en su calidad de titulares del dominio público local y responsables de su gestión urbanística.
5. El derecho de propiedad predial debe quedar claramente delimitado en las proyecciones geométricas que definen su extensión vertical sobre rasante y en el subsuelo. No puede hablarse de una verdadera concepción cubista del derecho de propiedad predial mientras su extensión vertical subterránea permanezca ausente de regulación. Nuestro Código Civil obliga a ello y traslada esa delicada labor a la legislación urbanística.

Lima, setiembre de 2009.