

NATURALEZA JURÍDICA DEL SUBSUELO

Alejandro Vergara Blanco. Profesor titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN: *Análisis del autor la extensión vertical de la propiedad, realizando un breve referencial a la historia jurídica, en especial, lo que señaló el Code Civil francés de 1804 y, la Ley francesa de Minas de 1810. Revista luego la doctrina moderna del interés en relación al subsuelo, y la legislación chilena y "subsuelo". Concluye que el propietario es tal sólo respecto del suelo utilizable material y jurídicamente.*

Se ofrece un análisis jurídico relativo al régimen jurídico del uso del subsuelo, y de las hipótesis de indemnización a los propietarios del suelo, por ejemplo, ante la necesidad de su uso para la construcción de obras de interés público, de infraestructura, en que se construye en y ocupa partes profundas del subsuelo para túneles.

1. Extensión horizontal y vertical de la propiedad

En el plano vertical de los inmuebles se presenta el problema de determinar la extensión que le corresponde al propietario en el subsuelo. En Chile no existe norma expresa que le confiera el dominio del subsuelo al propietario del suelo superficial. Parte de la doctrina aplica la tesis romana clásica, dado que de algunos artículos dispersos del código civil (879, 931, 942 y 945), cabría entender que el propietario superficial lo es también del subsuelo. En este sentido, Claro Solar estima que "la propiedad del suelo abarca en toda su extensión (...), todo lo que se halle sobre el suelo o debajo del suelo. A su juicio, son "elementos constitutivos del suelo mismo". (también Pescio, Figueroa Valdés)

2. El subsuelo en la historia jurídica

a) *El Code Civil francés de 1804.* El *Code Civil* de 1804 en su artículo 552 inciso 1º dispone que "la propiedad del suelo comprende la propiedad de la parte superior [superficie] ("dessus") y del [fondo] ("dessous")".¹ Nótese cómo el codificador francés deriva del concepto de suelo ("sol"), superficie y fondo; y no utiliza el concepto subsuelo ("tréfonds") como opuesto al suelo ("sol"). Ello es explicable, pues la separación bifronte "suelo/subsuelo" no constituye a la época una pandad de la cual se originasen consecuencias jurídicas para los propietarios.

Existía en tal época una óptica plana, de confines horizontales para la propiedad, y la utilización de los materiales subterráneos se concebía de acuerdo al interés y posibilidades técnicas.² No se concebía aún una conciencia de ser propietarios hasta lo más profundo de la tierra; idea ésta que será posterior, originada en ideas decimonónicas, tendentes a apoyar una concepción absoluta de la propiedad, ideas individualistas estas que traerán por reacción defensiva una nueva patrimonialización de los minerales, ahora ya no por parte de los reyes (que eran parte del pasado) sino del nuevo titular del poder social: el Estado.

Será la doctrina sucesiva a la dictación del Código Civil francés, del siglo XIX y aun del XX, en especial la llamada Escuela de la Exégesis, la que seguirá insistiendo en una idea estática, vertical, de una propiedad individual y excluyente del subsuelo, apoyándose para ello en el tenor literal de este artículo 552 (aunque, como decimos arriba, de su tenor literal no se deriva una bipartición dogmática suelo/subsuelo), desempeñando además de los antiguos textos medievales el brocardo *quicquid est solum eius est usque ad coelum*, a la que le adjuntaron la expresión *usque ad inferas*, trayéndola transformada, de la fórmula *usque ad profundum* que los juristas habían conocido para tutelar los intereses de los propietarios del suelo al disfrute del subsuelo para defenderse de la regalía soberana. Tesis esta que, incluso, apoyaron artificialmente en antecedentes romanos, lo que también era irreal.

Ya veremos que esto producirá la permanente tensión entre propiedad del suelo y explotación de las minas por terceros, y la decisión legis-

lativa decimonónica de los estados nacionales de recuperar la antigua regalía minera, con contenido patrimonial, con el fin de evitar que los propietarios del suelo, aplicando esta hipérbola, se considerasen dueños del suelo y del subsuelo. Un exceso (considerar a los propietarios como dueños del subsuelo "hasta el infierno", "hasta lo más profundo") traerá como consecuencia otro exceso (considerar por la vía legislativa, al Estado, como "dueño" de las minas). Pero para esto último será necesario traspasar un problema "técnico-jurídico": la necesidad de transformar al "Estado" en sujeto del derecho de propiedad; y de ahí la atribución de un "derecho de propiedad" al Estado... sobre el subsuelo.

b) *Ley francesa de Minas de 1810.* como se ha dicho, ya se había infiltrado como idea común, a partir del *Code Civil*, sostener que el propietario de la superficie era al mismo tiempo, por la vía de la accesión, propietario del subsuelo, no sólo en la medida necesaria para realizar todos los actos usuales de propiedad en el suelo, sino también en el subsuelo mineral. Por ello, ésta será una ley práctica, reflejando tales ideas individualistas como también los necesarios cambios de ideas acerca de la función económica de las minas, con tal de hacerlas producir. El "Estado" se transforma en guardián de los intereses colectivos: crea la "propiedad minera" expropiando al propietario del suelo (y del subsuelo). El sentimiento de que la expropiación constituía el nudo de la ley no sólo estuvo en sus redactores; ha sido la interpretación más recurrida por la doctrina posterior³, pero Napoleón tuvo la sagacidad de no asignarlas a la Nación o al "Estado": las minas no serían ni del propietario del suelo ni de nadie: *res nullius*.

Conforme a las ideas del propio Napoleón, es la expropiación la que justifica la creación de la propiedad minera, pues las minas tienen una utilidad social. El que posee los recursos y la capacidad debe explotar las minas y, por ende, debe tener su propiedad, en desmedro del propietario del suelo, que se encuentra entonces expropiado de la propiedad del subsuelo que le prometía el *Code Civil*.

3. Doctrina moderna del interés en relación al subsuelo

La doctrina "del interés", que es atribuida a Ihering, es una postura intermedia entre el postulado del Derecho Romano clásico y la teoría restrictiva que reduce la propiedad sobre un inmueble a la superficie del suelo, entregando al Estado la disposición del espacial y del subsuelo.⁴

El criterio doctrinario del interés consiste, para algunos, en limitar el derecho de propiedad, mientras que para otros, se traduce en la imposibilidad de oponerse a las imisiones de terceros que no perturbaban al propietario, afectando en este último caso al ejercicio del derecho de propiedad.

Ya sea que se acioja la explicación de la limitación del derecho de propiedad o del ejercicio del mismo, la restricción al propietario del suelo superficial quedaría materializada positivamente en el interés práctico y razonable del propietario del predio superficial para ocupar el subsuelo y negativamente, en cuanto a la imposibilidad de dicho propietario superficial de oponerse a la actividad de terceros que se desarrolle a gran profundidad en el subsuelo por la carencia de perjuicios que dicha actividad le reporte.

La doctrina del interés ha llevado a que la doctrina y la jurisprudencia comparada estimen que la propiedad verticalmente no es absoluta y que el propietario del inmueble extiende su derecho al espa-

¹ Cfr., por todos: PLANIOL (1900) p.764 N.º 2394, para quien "si bien la letra del Código [art. 552] ha sido respetada, su espíritu ha sido desconocido", pues a su juicio la ley de 1810 lo que opera es una verdadera "expropiación" a los propietarios del suelo (y del subsuelo).

² Ver un mayor desarrollo en: VERGARA 2007: *Instituciones de derecho de minería* (en prensa).

³ Vid. LA ROCCA (1995), p. 185.

¹ CLARO SOLAR, LUIS (1930).

² El texto en francés del art. 552 inc. 1º es: "La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous".

³ Cfr.: TONELLA (1994) p. 626.

cio que cubre el inmueble y al subsuelo, en la medida en que el interés, el provecho y la utilidad del ejercicio de su dominio lo justifique, no pudiendo oponerse a inmisiones de terceros (como aeronaves o excavaciones profundas en el subsuelo) que no afecten su dominio al no producirle perjuicios.

4. Legislación chilena y "subsuelo"⁷

En la legislación chilena, en cuanto al subsuelo, no hay disposición expresa que lo atribuya al propietario; el artículo 942 del código civil, por ejemplo, lo da por supuesto; por lo demás resulta indiscutible, al menos en alguna medida, si se piensa que para poder ejercer el dominio necesita siempre el propietario usa la parte inmediatamente inferior a la superficie (para cultivos, cimientos de construcción, etc.)⁸. De esta manera ni la doctrina ni la jurisprudencia han tomado un sendero claro en la materia, y no han atribuido el dominio del subsuelo inmediatamente ni al propietario superficial ni al Estado, y sólo se han pronunciado con respecto a los minerales existentes en el mismo, atribuyéndolos al dominio del Estado de acuerdo a la concepción del dominio eminente.

Sin embargo, algunos autores chilenos se han pronunciado a favor de la teoría de la utilidad o del interés: "el suelo pertenece al dueño del suelo hasta la profundidad requerida por el interés que determina el uso del inmueble"⁹.

En consecuencia, se podría decir que la tesis del interés no está tratada orgánicamente en ningún texto legal, y tanto la doctrina como la jurisprudencia, aparte de ser escasa, no se ha pronunciado uniformemente sobre el tema (la gran mayoría se refiere a la teoría del interés como un criterio moderno de la legislación y de la doctrina comparada), pero que a su vez, no ha sido despreciada por esta última y tampoco existe disposición legal alguna que impida su inserción doctrinaria.

5. El propietario es tal sólo respecto del suelo utilizable material y jurídicamente

Nuestro ordenamiento jurídico, en especial la Constitución, ha dado una especial protección a la propiedad privada y a su titular, al disponer en el inciso 3º, primera parte, del artículo 19 número 24, que:

"Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés general, calificada por el legislador".

De esta manera, se impide que un particular sea despojado de parte su propiedad privada sin que se le expropie por las causas indicadas.

Por lo anterior, es necesario determinar el objeto que constituye el bien sobre el cual recae el derecho de dominio del propietario superficial. Para ello cabe trazar los límites de dicho objeto utilizando criterios objetivos y aplicables a la generalidad de los casos.

En este sentido, La Rocca Mattar¹⁰ enuncia y analiza algunos de los referidos criterios, señala que una primera delimitación estaría dada por cuanto el interés del propietario superficial debe tener carácter económico, es decir, debe referirse a la utilización que el propietario superficial quiera y pueda darle al subsuelo bajo su propiedad, teniendo en cuenta los avances de la técnica y de la arquitectura.

Pero el criterio anterior no es suficiente para limitar la extensión del dominio sobre el subsuelo, ya que la casuística puede ser infinita, necesariamente el interés económico del propietario sobre el subsuelo debe tener un matiz objetivo o aplicable a una generalidad de situaciones, es decir, debe referirse a cualquier aprovechamiento posible objetiva y abstractamente considerado. De esta manera, el carácter objetivo opera en función de un interés económico-social y no en función del arbitrio de cada propietario superficial.

Asimismo, es necesario determinar si dicho interés económico-social, objetivo y abstracto que debe tener el propietario superficial requiere ser el actual o el que eventualmente pueda adquirir. En este sentido, se ha sostenido que el aprovechamiento económico-social, objetivo y abstracto del titular del predio superficial debe ser actual, entendiéndose que dicha actualidad no está condicionada al aprovechamiento que se tiene al momento en que se produce la inmisión de terceros en el subsuelo, sino que dice relación con la posibilidad de aprovechamiento cuya realización pueda obtenerse en un tiempo previsible y de acuerdo con la evolución normal de las cosas y la experiencia de la técnica y el arte, combinando beneficiosamente la delimitación de los derechos del propietario superficial con la futura ampliación de sus intereses.

Conclusiones

1º En Chile no existe disposición legal alguna que atribuya al propietario superficial el dominio del subsuelo existente bajo su propiedad. Para parte de la doctrina por aplicación de algunas normas dispersas en el Código Civil (como lo sería el artículo 942), se entiende que se le atribuya su dominio al propietario superficial.

2º Nuestro ordenamiento jurídico brinda especial protección a la propiedad privada. Por ello, para poder dar cabida a la doctrina del interés, debe delimitarse necesariamente el objeto sobre el cual recaería el dominio del propietario superficial en el provecho del subsuelo con un criterio de interés socioeconómico, abstracto, objetivo y actual, entendiendo que dicha actualidad debe coordinarse con la futura ampliación de los intereses del propietario superficial.

3º En cuanto a la figura de expropiar el subsuelo, aplicando la teoría del interés, ello no tendría lugar, debido que al no haber interés del propietario superficial en la utilización del subsuelo, no habría derecho de propiedad privada sobre el mismo y la expropiación carecería de objeto. Lo anterior, atendida la necesidad de que un requisito de la expropiación es que debe haber una indemnización de perjuicios al afectado y no se produce menoscabo alguno al propietario superficial con la construcción de un túnel a gran profundidad bajo su predio.

Referencias bibliográficas:

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC, Antonio (1997): *Tratado de los Derechos Reales. Los Bienes. Tomo I*, Sexta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- CLARO SOLAR, Luis (1930): *Explicación de derecho civil y comparado* (Santiago, Imprenta Cervantes), Tomo 6, De los bienes, I, p. 675.
- FIGUEROA VALDÉS, Juan (2000): "Regimen legal del subsuelo urbano" *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXVII, N° 3, I, pp. 121-128.
- FIGUEROA VELASCO, Patricio y FIGUEROA VALDÉS, Juan (2006): "Urbanismo y Construcción" (Santiago, LexisNexis) 327 pp. [El "subsuelo urbano", pp. 85 y 86].
- GILLMORE LANDON, Roberto (2000?): *Seminario Santiago Sub-Terra: Desafíos y Oportunidades. Centro de Investigaciones Territoriales y Urbanas/CIU*, Facultad de Arquitectura y Diseño UNAB Cámara Chilena de la Construcción.
- LA ROCCA MATTAR (1995): *Propiedad del subsuelo urbano de los bienes nacionales de uso público y fiscales* (Santiago, Editorial Jurídica La Ley, 1995) p. 185. Prólogo Pedro Pierry.
- PERAÑILLO ARÉVALO, Daniel: *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición, Santiago, Septiembre de 2004.
- PESCO V., VICTORIO (1958): *Manual de Derecho Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PLANIOL (1906) p.764 N° 2394
- TENELLA SILLANI CHIARA (1994): "I "limiti verticali" della proprietà fondiaria (Milán, Gufrè) p.626.
- VERGARA (2006): "La naturaleza jurídica de la riqueza mineral", en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, 2.
- VERGARA (2007): *Instituciones de derecho de minería* (en prensa).

⁷ Véase FIGUEROA y FIGUEROA (2006); FIGUEROA (2000) pp. 121-128; GILLMORE (2000?) y LA ROCCA (1995).

⁸ PERAÑILLO (2004).

⁹ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (1997).

¹⁰ LA ROCCA (1995).