

sólo esos cambios deberán ser ahora calificados e inscritos por el Registrador. En este sentido baste recordar, por ejemplo, las Resoluciones de 16 mayo de 1989, 16 de enero de 1990, 24 de octubre de 1997 y 30 mayo de 2000, cuya doctrina repite exactamente la Resolución que se comenta.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

RESOLUCIONES EN MATERIA DE URBANISMO COMENTADAS POR LOS INTEGRANTES DEL DESPACHO JURIDICO Y URBANISTICO LASO & ASOCIADOS

POR GABRIEL SORIA MARTÍNEZ

COMENTARIO DE LA RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL
DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 16 DE ENERO DE 2002

DECLARACION DE OBRA NUEVA Y CONSTITUCION EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. RESERVA DE LEY PARA LA EXIGIBILIDAD DE LICENCIA RESPECTO DE LA CREACION DE MAYOR NUMERO DE ELEMENTOS PRIVATIVOS DE LOS PERMITIDOS EN LA LICENCIA DE EDIFICACION. EXAMEN DEL ARTICULO 53.A) DEL REAL DECRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO.

Resolución de 16 de enero de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don José Angel Martínez Sanchis, contra la negativa del Registrador de la Propiedad, número 33, de la misma capital, don Miguel González Laguna, a inscribir una escritura de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal, en virtud de apelación del recurrente.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

El 3 de octubre de 2000 se otorga escritura de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal sobre una determinada finca por la compañía titular de ella. Según esta escritura, la obra nueva consiste en un edificio destinado a vivienda unifamiliar, compuesta de cuatro plantas, con una superficie total de 736 m², 67 dm², que ocupa sobre la parcela una superficie de 253 m², 28 dm². En la misma escritura se divide horizontalmente la edificación en dos viviendas unifamiliares independientes de cuatro plantas cada una de ellas y situadas una a la izquierda y otra a la derecha del edificio, que quedan constituidas en régimen de propiedad horizontal, con los correspondientes elementos comunes entre los cuales figura un terreno dedicado a jardín cuyo uso y disfrute respecto de porciones determinadas, no obstante, se atribuye como anejo inseparable a los propietarios de los elementos privativos. En la licencia municipal de edificación que se testimonia en el título consta, respecto de la descripción del edificio, que el núme-

ro de viviendas a que se refiere es uno, y, en relación con las prescripciones particulares, que la edificabilidad máxima permitida es de 755 m² y la edificable computable 724 m², 15 dm².

Presentado el título ante el Registro de la Propiedad, número 33, de Madrid, fue calificado por el Registrador con la siguiente nota: *«sólo la obra nueva se puede inscribir, solicitándolo en el Libro Diario, pero para inscribir la división en régimen de propiedad horizontal, por tratarse de vivienda unifamiliar, hay que acompañar la licencia municipal prevista en el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio. Arreglar el error de la Cláusula Quinta»*.

Interpuesto recurso gubernativo por el Notario autorizante, se alegó que el artículo 53.a) del Decreto de 4 de julio de 1997 debe ser interpretado de manera que no contradiga la reserva de Ley establecida en el artículo 33 de la Constitución y reiterada en los artículos 348 y 1.255 del Código Civil, de modo que si contraviniera estos preceptos no debería ser aplicado (según la Resolución de 3 de marzo de 1999 —Registro Mercantil—). Que ni el artículo 22 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, ni el artículo 242 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992, exigen la licencia. Que la Resolución de 18 de julio de 1996, que admite la inscripción de la división horizontal de una vivienda unifamiliar —anterior a las normas complementarias del Reglamento Hipotecario—, resulta plenamente aplicable, pues interpreta la Ley que da cobertura al citado artículo 53-A. Que esa misma interpretación del artículo 242 del mencionado Texto Refundido se desliza en la Resolución de 7 de octubre de 1999. Que si la Ley no establece licencia, el Reglamento tampoco, y no puede ser de otra manera, pues el Planeamiento fija la tipología de la construcción: vivienda en hilera (adosadas unas a otras sin *espatium legitimum* entre ellas); adosadas (colindantes las construcciones); y «aisladas», que es la denominación apropiada, a las que se llaman usualmente sólo unifamiliares, sin que eso implique que estén reservadas a una sola familia, ni impedida la división horizontal entre quienes las habitan. Que, en consecuencia, el artículo 53-A exige una interpretación restrictiva, que se atenga a la legalidad; por ejemplo, dicha norma impedirá que, so pretexto de una división horizontal, se verifique una ampliación de obra en cubierta, agregando nuevas plantas. Que, por último, la indicación en el impreso de la licencia de una vivienda, transposición del concepto vivienda unifamiliar, dada su real significación de vivienda aislada, no representa ningún obstáculo, máxime si se tiene su condición de documento complementario y la gratuidad de la indicación no requerida en el artículo 44 del Texto Refundido de 1992, lo cual viene corroborado por el hecho de que el Reglamento de 1997 no ha previsto que se recojan en la inscripción semejantes menciones o vicisitudes, pues sólo reclama que quede constancia de la existencia de la licencia sin extenderse a todos los datos descriptivos contenidos en ella.

El Registrador, en defensa de la nota, informó:

Que estamos en el supuesto de hecho previsto en el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, por lo que es ineludible la presentación de la licencia municipal que ampare los nuevos elementos creados por la división horizontal. Que, frente a la del recurrente sobre la ilegalidad del mencionado artículo, el Registrador, ni en el ejercicio de su función calificadora, ni en el estrecho marco de un recurso gubernativo, cabe sustituir funciones atribuidas en exclusiva a los órganos jurisdiccionales, únicos que podrían declarar esa pretendida ilegalidad. Que la Resolución de 18 de julio de 1996 no puede ser tenida

en cuenta, ya que los hechos ocurrieron con anterioridad a la aparición de la norma que ahora se aplica; y lo mismo ocurre con la Resolución de 7 de octubre de 1999. Que las opiniones doctrinales coinciden con la posición mantenida en la nota que se recurre. Que la tesis mantenida por el recurrente nos llevaría a aceptar la subdivisión de cada uno de los dos elementos ahora formados que podrían, a su vez, dividirse en otros dos cada uno, y así indefinidamente, sin control de la legalidad urbanística.

Desestimado el recurso por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y confirmada la nota de calificación por entender que eran aplicables los preceptos reglamentarios vigentes y porque la doctrina de la Dirección General referida era anterior a la vigencia del Real Decreto de 1093/1997, fue apelado el Auto Presidencial por el Notario autorizante manteniéndose en las alegaciones de su recurso y añadiendo además de que el Auto era incompleto que sobre la inaplicación de los reglamentos ilegales cabe agregar la resolución, también atinente al Registro Mercantil, de 10 de febrero de 1999 (*Boletín Oficial del Estado* de 26 de febrero). Que además, dicho Auto es incongruente, toda vez que en el recurso no se pretende que los notarios o registradores se arrojen la potestad jurisdiccional de declarar la nulidad de un reglamento, sino la inaplicación del reglamento ilegal, que incumbe en principio a cualquier funcionario como resulta de las citadas Resoluciones. Que el Reglamento debe interpretarse de manera que no resulte ilegal, regla hermenéutica de imperativa observancia, como recuerda el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, respecto del artículo 332 del Real Decreto de 4 de septiembre de 1998, de reforma del Reglamento Hipotecario, en sentencias de 12 de diciembre de 2000 y 31 de enero de 2001. Que frente a la interpretación de la *voluntad legislatoris*, que no pasa de constituir un valor muy relativo debe prevalecer la necesidad de establecer una interpretación acorde con la Ley —toda *interpretatio legis* entraña una *interpretatio iuris*— y es un hecho incuestionable que la Ley no exige licencia para la división horizontal, lo que viene a reconocer tanto la Resolución de 22 de agosto de 1996, como la más reciente de 18 de julio de 1998.

La apelación interpuesta fue elevada a la Dirección General de los Registros y el Notariado que se basó en los siguientes

II. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RESOLUCION

Vistos los artículos 33 de la Constitución; 348, 396 y 400 del Código Civil; 12, 13, 14, 95 y 96 del Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; 22 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones; 30, 5, 38, 39, 48.1.c), 53, 143 y 151 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, de la Comunidad de Madrid; la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, y las Resoluciones de 18 de julio de 1996 y 7 de octubre de 1999.

1. En el supuesto de hecho del presente recurso se presenta en el Registro de la Propiedad copia autorizada de una escritura de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal de un edificio chalé de cuatro plantas, de la que resultan dos elementos privativos (dos viviendas

unifamiliares independientes, situadas una a la izquierda y otra a la derecha del edificio), que llevan como anejo inseparable el uso y disfrute exclusivo de una parte de la parcela no ocupada por la edificación dedicada a jardín.

El Registrador rechaza la inscripción por estimar que, al tratarse de una vivienda unifamiliar, según la licencia municipal unida a la escritura calificada, no puede inscribirse la división en régimen de propiedad horizontal sin que se acompañe nueva licencia que, conforme a lo establecido en el artículo 53.a) del Real Decreto 1092/1997, de 4 de julio, acredite que se permite constituir como elementos independientes más de una vivienda.

2. Este Centro Directivo abordó ya una cuestión análoga a la presente mediante Resolución de 18 de junio de 1996, según la cual las exigencias de la ordenación urbanística no pueden llevarse al extremo de determinar el grado de ocupación material de cada una de las viviendas permitidas en la zona de actuación; si bien es cierto que corresponde al planeamiento la determinación de la intensidad edificatoria de cada zona de suelo, ello debe agotarse en el señalamiento del volumen edificable o de los metros cuadrados de edificación residencial por hectárea de terreno (véanse arts. 12, 13, 14, 95 y 96 del Decreto 1346/1976, de 9 de abril, vigente al tiempo del otorgamiento de la escritura calificada, como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo; y 30, 4, 38, 39, 48.1.c), 53, 143, 146 y 151 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, de la Comunidad de Madrid, si bien, esta Ley, por su fecha, no resulta aplicable al presente supuesto), pero, en modo alguno, implican la determinación del número de personas o familias que pueden alojarse en cada una de las viviendas construidas de conformidad con el planeamiento urbanístico, so pena de agudizar un problema ya de por sí, grave; por ello, si el número de personas que residen en una edificación, urbanísticamente regularizada, es ajeno a la normativa urbanística, igualmente ajeno debe ser a tal normativa la configuración jurídica que sus ocupantes den a la titularidad de la vivienda ocupada, si no se altera con ello el uso residencial asignado o su estructura y aspecto exterior, como ocurre en el caso de la división horizontal, habida cuenta de su significación jurídica (confróntense arts. 396 y 400 de la Ley de Propiedad Horizontal).

Ciertamente, el precepto invocado por el Registrador en su nota de calificación [art. 53.a)] del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, es posterior a la mencionada Resolución; mas, si se tiene en cuenta que falta una norma con rango de ley que imponga una restricción como la debatida y que, dado el principio de libertad que rige el dominio, las limitaciones al mismo han de resultar de la Ley y ser interpretadas restrictivamente (cfr. arts. 33 de la Constitución y 348 del Código Civil), debe concluirse que en el presente caso —en el que conforme a dicha regla hermenéutica ha de estimarse que la mera indicación en la licencia de que se refiere a una vivienda, sin mayor especificación en las prescripciones generales y particulares de aquélla, no puede implicar prohibición de que sobre dicha casa aislada se configure un régimen jurídico adecuado para que pueda ser utilizada por más de una familia— debe accederse a la inscripción solicitada.

III. COMENTARIOS

1. LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO Y EJERCICIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD
SOBRE EL SUELO URBANO O URBANIZABLE POR EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

La Resolución objeto del presente comentario tiene precedentes en las Resoluciones de 18 de julio de 1996 y 7 de octubre de 1999, y reitera una posición que ha sido objeto de una polémica doctrinal que ha tenido su reflejo en esta *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, como consta en el número 657 que fuera conmemorativo del 75 Aniversario de la fundación de la Revista correspondiente a enero de 2000, en el artículo de JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, titulado «Previsiones y conjeturas en las relaciones del urbanismo con el sistema registral», pág. 893 y sigs., en el que se comenta el trabajo de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, titulado «La segregación y división de pisos en relación con el artículo 53.a) del Reglamento de Urbanismo, de 4 de julio de 1997», publicado en el *Boletín del Colegio de Registradores de España*, número 35 (2.ª época), de marzo de 1988, págs. 614 y sigs., y el de CARLOS BALLUGUERA GÓMEZ, titulado «Segregación y división de viviendas» en el mismo Boletín, número 39, pág. 1512.

Que la polémica exista es inevitable, dada la complejidad de la interrelación entre las normativas urbanísticas, estatales y autonómicas, civiles e hipotecarias, que inciden en la delimitación del derecho de la propiedad urbana, su configuración y su publicidad registral; sin embargo su Resolución, sin vaciar de contenido el derecho de propiedad, no puede tampoco desnaturalizar la función delimitadora del dominio que cumple el planeamiento urbanístico, reconocida por la Ley, ni la eficacia de las normas reglamentarias, salvo que entren en flagrante contradicción con las leyes o la Constitución (1).

Frente a la consideración romana del dominio como un derecho prácticamente sin límites que se constituye desde el cielo hasta el infierno, la moderna constitución del Estado de Derecho informa y delimita su contenido incidiendo sobre él a través de principios tan esenciales en nuestro Ordenamiento, como el de la función social de la propiedad que recoge el artículo 33 de la Constitución Española (2).

(1) Como recordara el Auto de 28 de octubre de 1996, dictado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, siendo Ponente el Excmo. Señor don PEDRO JOSÉ YAGÜE GIL, «es evidente que el Reglamento está subordinado a la Ley y que la Administración Pública está sometida plenamente a la Ley y al Derecho (art. 103.1 de la Constitución Española). Está sometida, por tanto, también a los Reglamentos no declarados ilegales en cuanto que éstos forman parte del ordenamiento jurídico».

(2) Como afirmara PEDRO ESCRIBANO COLLADO en su obra *La Propiedad Privada Urbana*, publicada por Editorial Montecorvo, S. A., págs. 128 y sigs. «como principio normativo, la función social afecta al mecanismo de atribución del derecho de propiedad y a su régimen de ejercicio..., la atribución del derecho no se efectúa incondicionada, sino sometida al cumplimiento por parte del propietario de la orientación social que contiene. De aquí que la función social implique para el derecho de propiedad que se reconoce la ausencia de determinadas facultades, el ejercicio condicionado de otras y el deber de ejercitar algunas libremente o de acuerdo con determinados criterios».

Por su parte, el Tribunal Supremo ya desde antiguo vino reconociendo la delimitación positiva del contenido de la propiedad urbana por el Planeamiento, pudiendo citarse al efecto en las sentencias de 17 de mayo de 1968 y 4 de noviembre de 1972, dictada esta última siendo Ponente el Excmo. Señor Magistrado MARTÍN DEL BURGO MERCHÁN, que declaró:

La legislación urbanística ha delimitado el derecho de propiedad urbana sometiendo el haz de facultades dominicales del titular del suelo y las construcciones a que éstas se ejerciten, como determina el artículo 2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, «dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las leyes o, en virtud de ellas, por el planeamiento con arreglo a la clasificación urbanística de los predios», consagrando la llamada desmaterialización de la propiedad (3).

Así, la irrupción de las competencias administrativas en la ordenación y el desarrollo urbanístico de las poblaciones ha provocado el reconocimiento legal al Planeamiento urbanístico de una función delimitadora del dominio y su condición de norma habilitada para establecer esa delimitación. El Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 9 de abril de 1976, en su artículo 3 ya advierte que la competencia urbanística comprende la intervención en la construcción y en el uso de las fincas [art. 3.4.f)], así como la garantía del «uso racional del suelo en cuanto al mantenimiento de una densidad adecuada al bienestar de la población» [art. 3.2.e)]. Ello impone la exigencia de la autorización administrativa tanto para la ejecución de las obras de edificación y reforma de las construcciones, que es requisito inexcusable para la propia validez de la ejecución de las obras y, por lo tanto, de la constitución legal de derechos inherentes a las mismas, como para el establecimiento de los usos regulados por el planeamiento.

Si desde la perspectiva del principio de legalidad en la calificación, el Registrador tiene que verificar la validez de los actos cuya inscripción le compete, según determina el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el alcance del examen de dichos actos comprende todos los aspectos exigidos por nuestro Ordenamiento, y no sólo aquéllos que se contengan en la normativa civil e hipotecaria. A su vez, si una norma, sea o no reglamentaria, impone la acreditación de un hecho para que pueda procederse a la inscripción, ésta, salvo que sea anulada por los Tribunales o derogada, o entre en flagrante contradicción con la Ley o con la Constitución, debe cumplirse.

Al respecto, el artículo 134 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992, que no fue anulado por el Tribunal Constitucional, ni derogado por la Ley 6/1998, de 13 de abril, impone el cumplimiento de los planes, tanto a los particulares como a la Administración en los siguientes términos:

«134. *Obligatoriedad de los Planes.*—1. *Los particulares, al igual que la Administración, quedarán obligados al cumplimiento de las disposiciones*

«...El contenido de la propiedad urbana, según se desprende del precepto pertinente de la Ley del Suelo —art. 61— es el definido en el Plan».

Más modernamente, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 12 de mayo de 1987, dictada siendo Ponente el Excmo. Señor Magistrado don JAVIER DELGADO BARRIO, consideró que se había producido una «desmaterialización del derecho de propiedad, pues el suelo que pertenece a una persona es sólo un dato para determinar el contenido del derecho».

(3) Véase comentario anterior a la sentencia de 12 de mayo de 1987, y los fundamentos de la sentencia de 20 de marzo de 1989 de la misma Sala 3.ª del Tribunal Supremo, dictada siendo ponente don JAVIER DELGADO BARRIO, que en materia de responsabilidad por alteración del Planeamiento señaló: «Este carácter estatutario de la propiedad inmobiliaria significa que su contenido será en cada momento el que derive de la ordenación urbanística sin que, por lo tanto, tal ordenación confiera derecho a los propietarios a exigir indemnización, pues da lugar a meros “límites”, no “limitaciones”».

nes sobre ordenación urbana contenidas en la legislación urbanística aplicable y en los Planes, Programas de Actuación Urbanística, Estudios de Detalle, Proyectos, Normas y Ordenanzas aprobadas con arreglo a la misma».

Este principio de obligatoriedad de cumplimiento de la legislación urbanística, los Planes y Ordenanzas, tanto por los particulares como por la Administración, que ya recogía el artículo 57 del Texto Refundido de la Ley de 9 de abril de 1976, excusa de una reserva de dispensación para los ciudadanos y les somete al Planeamiento, obligándoles a respetar, por ejemplo, el número de viviendas máximo establecido por el Plan, y el uso y tipología impuestos por él, tanto en la realización de obras como cuando se pretende alterar el régimen jurídico de las edificaciones, porque con ello se vulnerarían preceptos inderogables del ordenamiento urbanístico y la legislación aplicable.

En este sentido resulta evidente que el Plan no sólo determina la configuración física de las edificaciones, sino que incide en el derecho de su titular asignando a dichas edificaciones un régimen jurídico específico y concreto. Garantizar que éste no se pervierte o tergiversa es una función propia de la Administración y los Poderes Públicos.

2. EL PRINCIPIO IMPERATIVO DE LA DENSIDAD DE POBLACIÓN

A tal fundamento obedece, como se verá, el requisito de acreditación de la licencia previsto en el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que pretende garantizar, entre otros aspectos, no la preservación de la configuración jurídica de una vivienda, como indica la Resolución que comentamos, sino que no se creen *propiedades separadas* que constituyan viviendas o unidades independientes con evidentes consecuencias urbanísticas más allá de las autorizadas cuando el número de éstas figuran en la licencia.

En el supuesto que decide la Resolución de la Dirección General, de 18 de enero de 2002, se prevé la afectación de dos parámetros urbanísticos fundamentales, cuya legalidad debería refrendar la correspondiente autorización administrativa:

a) En primer lugar, el que se refiere a la *tipología* edificatoria, que incluso podría constituir un uso diferente si así lo determinara el Plan, puesto que el planeamiento urbanístico distingue claramente lo que constituye una vivienda unifamiliar de lo que son viviendas colectivas y diferencia, a su vez, entre las viviendas unifamiliares las que son aisladas, adosadas o pareadas, circunstancia que puede conducir a la anulación de la licencia cuando no se cumplen los requisitos establecidos por el Plan al efecto.

En el caso concreto se pretendía la inscripción de la obra nueva y división horizontal de una vivienda *unifamiliar*, convirtiéndola en dos, lo que implicaba consolidar una tipología distinta y un incremento de las viviendas sobre el solar correspondiente.

No se trata, en contra de lo que argumenta la Dirección General, de que ello simplemente permita alojarse en el edificio a más o menos personas, sino que lo que constituía una sola vivienda unifamiliar se convierte en dos viviendas de tipología colectiva para las que no se otorgó la licencia.

Ello parece que exigiría una acreditación de que no se llevaba a cabo en contradicción con el Plan y la licencia originaria.

A título de ejemplo y, por referirse precisamente al otorgamiento de una licencia por el mismo Ayuntamiento en el que radicaba la vivienda objeto de la resolución comentada, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada por su Sección Segunda, el 28 de enero de 1997, que fue confirmada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo mediante su sentencia de 17 de enero de 2002, anuló el otorgamiento de la licencia de obras de dos edificios unifamiliares, entre otras razones por considerar que su tipología constructiva, al permitir la existencia de elementos privativos independientes susceptibles de división horizontal, suponía una perversión de la tipología establecida por el planeamiento, que era la unifamiliar, constituyendo en realidad la construcción de un edificio de vivienda colectiva, «un pequeño bloque de viviendas», en contra de lo dispuesto por la Norma 10.2.1. A, b del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, de 7 de abril de 1985 (4).

La nulidad de la licencia, confirmada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituye una prueba de que para el Ordenamiento Jurídico-Urbánico no es intrascendente la posibilidad de la constitución de un régimen de propiedad horizontal sobre viviendas unifamiliares y que, de hecho, ésta, cuando no se acomoda al Plan, constituye en sí misma una violación de la legalidad vigente ya declarada.

En ese sentido, debemos reiterar que la violación del planeamiento urbanístico es una violación de la Ley, en concreto, al menos, del artículo 2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, y el artículo 134 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992, antes citados, sin perjuicio de los concordantes que contiene la legislación autonómica.

b) El segundo de los parámetros fundamentales que se alteraban con la constitución en régimen de propiedad horizontal de la vivienda unifamiliar en el supuesto de la Resolución comentada es el de la *densidad* o número de viviendas.

(4) El artículo 10.2.1 del citado Plan General determinaba lo siguiente:

«1. Es uso residencial el que sirve para proporcionar alojamiento permanente a las personas.

2. A los efectos de su pormenorización en el espacio y el establecimiento de condiciones particulares, se distinguen las siguientes clases:

a) Vivienda: cuando la residencia se destina al alojamiento de personas que configuran un núcleo con los comportamientos habituales de las familias, tengan o no relación de parentesco. Según su organización en la parcela, se distinguen dos categorías:

A) Vivienda en edificación unifamiliar: Cuando en la unidad parcelaria se edifica una sola vivienda.

B) Vivienda en edificación colectiva: Cuando en cada unidad parcelaria se edifican más de una vivienda agrupadas con acceso común en condiciones tales que les fuera, o pudiera ser, de aplicación la Ley de Propiedad Horizontal».

Como se ve, esta definición de los usos y tipologías que a título de ejemplo se resalta, por ser habitual y permanente en la definición de los usos y las tipologías residenciales en los planes, distingue las viviendas unifamiliares de aquéllas susceptibles de división horizontal, por lo que parece razonable que, cuando se pretende alterar el régimen jurídico de una edificación que obtuvo licencia para vivienda unifamiliar y sólo para esa clase de vivienda, no se pueda alterar el destino previsto por el planeamiento para ese solar en contra de lo dispuesto por éste. Ello justifica la exigencia de licencia para este tipo de actos jurídicos, dado que el Registrador no podrá discernir cuándo el Plan admite o prohíbe esta modificación del destino y uso del suelo, que afecta a la propia tipología de la edificación.

Afirma la Dirección General que la legislación urbanística no impone la determinación del número de personas o familias que pueden alojarse en cada una de las viviendas construidas de conformidad con el planeamiento urbanístico y que también sería ajeno a la normativa urbanística la configuración jurídica que sus ocupantes den a la titularidad de la vivienda ocupada, considerando que sólo existiría como límite la alteración del uso residencial asignado o su estructura y aspecto exterior. Ello supone una interpretación que no podemos compartir de la legislación urbanística y de las competencias de la Administración en la materia establecidas legalmente.

El moderno desarrollo de las ciudades a través de una ordenación prevista en el planeamiento territorial y urbanístico, sometida al cumplimiento de un estándar legal y reglamentario que garantiza la suficiencia de los servicios urbanísticos y sociales previstos en relación, por supuesto con el número de viviendas, y también el obligado control de la seguridad e higiene de las poblaciones, que impone la prohibición del hacinamiento y el control de las condiciones higiénico-sanitarias mínimas requeridas para las viviendas, son en sí mismos argumentos suficientes para justificar la intervención administrativa sobre los actos jurídicos que pueden provocar un incremento de la densidad de población y el número de viviendas. A ello se une el mandato constitucional del artículo 47, que proclama el derecho a una vivienda digna, aspecto que requiere un control administrativo. De hecho, los Planes Urbanísticos establecen el número de viviendas máximo que pueden desarrollar a su amparo, teniendo en cuenta las dotaciones de aparcamientos, zonas verdes y espacios libres, saneamiento y demás servicios y equipamientos previstos en ellos. También determinan una superficie mínima exigida para las viviendas y otros aspectos relacionados con la prevención de incendios, seguridad y salubridad. En concreto, el Reglamento de Planeamiento, tanto en los artículos 19.1.b), 25.1.c), 25.2.3, 45.1.c), 45.1.d), 48.4, como en su Anexo, ya impone un estándar para cada equipamiento y dotación en función del *número de viviendas o de la población prevista* (5). Lo mismo sucede con las previsiones

(5) El Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 9 de abril de 1976, en sus artículos 11.2, 12.1.b) y e), 12.2.2.b), 13.2.b) y c) preveía la adecuación de las previsiones del Plan al número de habitantes previstos, la intensidad de ocupación y el número de viviendas. La legislación autonómica, por su parte, también contiene referencias a la densidad y el número de viviendas que cobra una relevancia especial en relación con la reserva legal de viviendas de protección pública impuesta a los Planes. Así cabe citar, a título de ejemplo, la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, en su artículo 3.2.c) que impone como fin de la Ordenación Urbanística el aseguramiento de «una densidad adecuada al bienestar individual y colectivo», o el artículo 38, que en las determinaciones sobre los usos del suelo establece una reserva para viviendas de protección pública.

También cabe citar la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, que en su artículo 36, relativo a sostenibilidad y protección del medio ambiente, establece los criterios y normas legales orientados al «control de la densidad humana y edificatoria que se imponen al Planeamiento Urbanístico limitando, según el caso, el número de viviendas por hectárea».

Por su parte, la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y la actividad urbanística de Castilla-La Mancha, reformada por la Ley 1/2003, de 17 de enero de 2003, establece, por ejemplo en su artículo 24.1.d), como determinación inderogable de los planes de ordenación municipal, la «definición de las intensidades y densidades de edificación máximas para cada sector, unidad de actuación y zona de ordenación territorial y urbanística, y el artículo 31 también impone unos estándares mínimos de calidad urbana

de abastecimiento y evacuación de aguas o suministro de energía eléctrica que las entidades gestoras y su reglamentación prevén en función de la población y número máximo de viviendas preestablecido. Todo ello obedece además a un principio medioambiental que se ha impuesto en la legislación urbanística como es el del desarrollo sostenible (6), que exige un control de la intensidad de los usos urbanísticos.

Este concepto de intensidad, que es estrictamente urbanístico, sólo tiene la acepción que resulta del artículo 30.c) del Reglamento de Planeamiento, en relación a su artículo 47 y el artículo 75 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 9 de abril de 1976, que lo identifican con la densidad medida en viviendas por hectárea. Por ello, la Resolución de la Dirección General yerra cuando identifica la intensidad edificatoria con el volumen o la edificabilidad medida en metros cuadrados de uso residencial por hectárea, en una materia además que sólo corresponde definir a la autoridad urbanística y controlar a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En consecuencia, no podemos compartir la doctrina que reitera la Dirección General en esta Resolución, puesto que no parece conforme con la obli-

de preceptiva observancia por los planes en los que se contienen prescripciones relativas a la densidad». Finalmente la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, en su artículo 10.1.a), d) impone a la ordenación estructural de los planes generales como determinación el establecimiento en todos los municipios no sólo de los usos y edificabilidades globales sino también de las densidades.

Así cabría citar todos y cada uno de los textos legales autonómicos que contienen prescripciones que imponen un control de la densidad, la tipología o la reserva de un cierto número de viviendas de protección oficial a las figuras de planeamiento, lo que conlleva el necesario control de la Administración de aquellos actos que pueden contravenir la ordenación urbanística contenida en los planes alterando el cumplimiento de la función social de la propiedad, el adecuado y racional uso de las edificaciones y el desarrollo sostenible.

(6) Como recuerda LUDWIG KRAMER en su obra *Derecho ambiental y Tratado de la Comunidad Europea*, Marcial Pons, pág. 81 y sigs., «el tratado de Amsterdam de 1997 introdujo el concepto de “desarrollo sostenible” en varios preceptos (el Preámbulo del Tratado de la Unión Europea, el art. B —ahora art. 2— de ese Tratado y los arts. 2 y 6 del Tratado de la CEE), aunque sin llegar a definirlo. Hasta entonces, el artículo 2 del Tratado de la CEE, en la versión del Tratado de Maastricht de 1993, hablaba de “crecimiento sostenible”, también sin definirlo. Ambas nociones tienen su origen en un informe elaborado en 1987 para las Naciones Unidas por la “Comisión Mundial Sobre Medio Ambiente y Desarrollo”, creada al efecto y presidida por la señora G. Bruntland. Ese informe tenía por título “Nuestro futuro común”, y en él se puso de manifiesto la necesidad del desarrollo económico, pero un desarrollo que debería ser sin embargo “sostenible”, expresión que fue definida como “el desarrollo que satisface las necesidades del presente, sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas propias”».

La legislación urbanística de nuestras Comunidades Autónomas ha venido a referirse explícitamente a este principio como, por ejemplo, en el caso de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra, en su artículo 23.b); la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, en su artículo 3.1.a); La Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia, en su artículo 1; la Ley 6/1999, de 3 de abril, de las Directrices de Ordenación Territorial de las Illes Balears y de Medidas Tributarias, en su artículo 1; la Ley 9/2001, de 17 de julio, de la Comunidad de Madrid, en su artículo 3.1.b); la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, en su artículo 36; la Ley 9/1999, de 13 de mayo, de Ordenación del Territorio de Canarias, en su artículo 2; y la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña.

gada comprobación de la legalidad de los actos que tienen acceso al Registro de la Propiedad impuesta por el principio de calificación registral y que alcanza a los límites ontológicos del derecho que se pretende inscribir. Estos, en materia de edificaciones, vienen definidos en virtud de la Ley por el planeamiento y las Ordenanzas en términos que pueden prohibir, por supuesto, la división horizontal y exigen que la Administración se pronuncie específicamente en los términos que establece el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Se llega así, si se consolida la doctrina de la Resolución comentada, a la posición resultante del ordenamiento anterior a la Ley 8/1990, que introdujo la necesidad de la licencia para la inscripción de las declaraciones de obra nueva. Hasta entonces lo que el ordenamiento urbanístico repudiaba y calificaba como infracción urbanística era permitido por el sistema hipotecario haciéndose una partición maniquea de actos prohibidos por la legislación urbanística y permitidos por la hipotecaria.

3. EL ARGUMENTO DE LA RESERVA DE LEY

Sin embargo, en relación con el contenido del citado artículo, la doctrina de la Dirección General, en la Resolución que nos ocupa, se apoya para su decisión en considerar que vulnera el principio de reserva de ley, porque vendría a delimitar el contenido de un derecho, como el de la propiedad, que está consagrado legal y constitucionalmente, sin contar con ello con habilitación suficiente.

Como hemos visto, en realidad, el Real Decreto no limita el contenido de ese derecho, sino que únicamente establece un requisito formal para el acceso al Registro de la Propiedad de determinados actos jurídicos que, por afectar a determinaciones urbanísticas que forman parte de la configuración legal del dominio, en los términos que hemos expresado, requieren la conformidad con el planeamiento en base al cual fue concedida la licencia y limitado el mínimo de elementos privativos, el cual definió el alcance de ese derecho de propiedad y es quien únicamente puede valorar si se sobrepasa, o no, con la alteración el régimen jurídico del bien inscrito.

El concepto de la reserva de ley no obedece al establecimiento de una categoría rígida y preestablecida en relación con los actos que le precisan, sino que, como ha recordado la doctrina, la reserva de ley responde a un concepto abierto deducido de la titularidad del ordenamiento jurídico y susceptible de complementarse con normas de rango reglamentario.

En cierto sentido, el ejercicio de la potestad reglamentaria en esta materia, regulada con carácter básico por el Estado, es semejante al que vino a detallar el Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 1996, cuando señaló en su Fundamento de Derecho Segundo, lo siguiente:

«Para garantizar la generalidad y estabilidad consustanciales a las reglas básicas (STC 147/1991), éstas deben establecerse mediante Ley formal votada en Cortes, aunque, como excepción, quepa admitir que en ciertas circunstancias el Gobierno pueda regular por Real Decreto aspectos básicos de una determinada materia. Estas circunstancias excepcionales se dan cuanto el Reglamento resulta complemento indispensable para asegurar el mínimo común denominador establecido en las normas lega-

les básicas (sentencias del Tribunal Constitucional 25/1983 y 32/1983 y 48/1988). El Reglamento es indispensable cuando la Ley formal no resulta instrumento idóneo para regular exhaustivamente todos los aspectos básicos, debido al carácter marcadamente técnico o la naturaleza coyuntural y cambiante de los mismos (sentencias del Tribunal Constitucional 76/1983, 787/1985, 86/1989, 147/1991 y 149/1992)».

En el caso del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, se ejercitó la potestad reglamentaria en relación con una legislación que es básica dentro de la cual está incluido con carácter definido el principio del control de la densidad de población, y se dan las circunstancias de ser un complemento indispensable para la regulación de una materia fronteriza en lo material y lo competencial, con un carácter marcadamente técnico y cambiante.

Partiendo de la doctrina subyacente en ésta y otras Resoluciones judiciales, de conformidad con lo que ya afirmó la misma Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de noviembre de 1992, dictada siendo Ponente el Magistrado don José María Sánchez-Andrade y Sal, el sometimiento del Reglamento al bloque de la legalidad, que es controlable sólo por la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 106 de la Constitución, y el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa admite que éste, sin derogar ni modificar el contenido de las normas con rango de ley, por ser norma, *«puede ir más allá de ser puro ejecutor de la Ley, a condición de que el comportamiento de las Corporaciones, en el ejercicio de la potestad reglamentaria, sea acorde con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico»*.

En ese sentido, parece evidente que el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, cuando exige licencia para el incremento de los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente que se hayan hecho constar en la licencia que determinó la inscripción de la declaración de obra nueva y en el caso de los locales comerciales o garajes en el que, además, se añade que es condición esencial de su concesión, ni altera el régimen de la propiedad ni infringe la Ley o la Constitución. Unicamente establece que, cuando en el Registro de la Propiedad consta un determinado hecho con trascendencia civil y urbanística, que ha sido objeto de la correspondiente autorización administrativa, no cabe alterar esa determinación sin la correspondiente autorización, lo cual no supone sino garantizar lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril: que se respeta la delimitación del derecho de propiedad en los términos que expresa precisamente el artículo 33.2 de la Constitución Española cuando lo somete a la función social. Ello además se lleva a efecto en orden a garantizar la adecuada coordinación del servicio público que presta el Registro de la Propiedad con la competencia urbanística que la Constitución atribuye a las Corporaciones Locales, para lo que parece plenamente capacitado el Reglamento.

4. LA INAPLICACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN DE LOS SUPUESTOS REGLAMENTOS ILEGALES

Por fin no puede desconocerse la distinta posición que ostentan de las Administraciones Públicas frente a normas reglamentarias.

La Ley Orgánica del Poder Judicial en el artículo 6 contiene un mandato congruente con la función de la soberanía compartida por los Tribunales,

miembros del Poder Judicial, según la cual éstos no pueden aplicar normas que consideren contrarias a la Ley y, a tal fin, les confiere la potestad de la revisión indirecta, suscitándose incluso en el orden contencioso la posibilidad de promover una cuestión de ilegalidad.

Los órganos de la Administración no tienen a su favor esta prerrogativa, dado su carácter subordinado jerárquicamente a la autoridad competencial de la norma reglamentaria pues, al no aplicar la norma supuestamente ilegal, salvo modificación posterior por otra norma de igual o superior rango, se estaría produciendo una desobediencia tácita con subversión del orden jerárquico propio de la estructura administrativa, especialmente, tratándose de normas emanadas del Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado, cuyo mandato quedaría sin contenido mediante una interpretación singular de un órgano de inferior rango, que está sujeto al deber de cumplir la norma reglamentaria.

Con sólo contemplar la hipótesis de que cualquier órgano de la Administración, en los campos más variados, pudiera entender que las normas reglamentarias dictadas por el Consejo de Ministros son ilegales, pronto quedaría puesta en evidencia la mayor anarquía y más segura desintegración de los poderes del Estado por obra de las decisiones de sus inferiores.

Se llega así a la situación a la que aboca la Resolución que comentamos: el mandato explícitamente asumido por el Estado de que no se acojan a los efectos del sistema registral actos repudiados por la ley y las normas reglamentarias de carácter urbanístico, quedaría frustrado, dando refugio en el Registro a actos ilícitos y contrarios al interés público puesto de relieve en la salvaguardia de la densidad de viviendas, aunque no exista una decisión judicial que las anule.

GABRIEL SORIA MARTÍNEZ