

El subsuelo urbano en relación con el planeamiento urbanístico y con los artículos 348 y 350 del Código Civil

LUIS MIGUEL LOPEZ FERNANDEZ

Ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma

SUMARIO: Introducción.—I. El artículo 350 del Código civil y el subsuelo. 1. Facultades de utilización del subsuelo. 2. El tráfico jurídico-privado del subsuelo.—II. El subsuelo y el Ordenamiento Urbanístico.—III. El volumen de edificabilidad en relación con el subsuelo. 1. Interés de esta magnitud. 2. Indefinición legal.—IV. Los reglamentos de aplicación del TRLS en relación con el artículo 74 del TRLS.—V. La legislación urbanística y los artículos 348 y 350 del Código Civil a la luz del artículo 33 de la CE. 1. El artículo 33.3 de la Constitución.—VI. Diferenciación entre construcciones subterráneas atendiendo a una interpretación adecuada del volumen edificable.—Epílogo.

INTRODUCCION

En los momentos actuales resulta evidente el enorme valor económico alcanzado por el suelo de las ciudades, en especial en las urbes con mayor densidad poblacional, donde se precisa la construcción de viviendas y locales para el establecimiento de personas y empresas con toda la compleja red de infraestructuras que ello conlleva (Centros comerciales, viales, centros públicos, espacios libres, aparcamientos, etc.). Todas estas instalaciones precisan, como es lógico, de una superficie sobre la cual asentarse. A medida que el proceso de crecimiento de la ciudad mediante su ensanche va mostrando sus inconvenientes, los cuales no es preciso relatar de forma minuciosa, bastando citar entre otros muchos el de la absorción de terrenos tradicionalmente dedicados a la agricultura o simplemente de campo necesario para el mantenimiento de un mínimo equilibrio ecológico y las cada vez mayores distancias a recorrer diariamente entre residencia y centro de trabajo, y de forma paralela al desarrollo de nuevas técnicas constructivas, observamos como viene planteándose la opción de proceder a un aprovechamiento más intenso del suelo disponible, y entonces, descartada por nuestra cultura ur-

banística la idea de erigir gigantescos “rascacielos”, siguiendo la moda impuesta por otras urbes, parece seductora la posibilidad de “hundir” esos enormes edificios, volviendo la vista con interés hacia las posibilidades edificatorias que el subsuelo puede ofrecer. Es de este modo cada vez más frecuente encontrarnos ante centros comerciales que, sea por mera originalidad o por existir auténticas razones de orden práctico que así lo hacen aconsejable, se encuentran parcialmente “enterradas”, presentando no obstante un cuidadísimo aspecto en sus plantas inferiores, con grandes “calles” entre sus locales e incluyendo asimismo numerosa vegetación de interiores hasta el punto de estremecer nuestras convicciones acerca de la virtualidad del subsuelo en orden a albergar instalaciones, o espacios habitables; pero no sólo cabe hablar de esta tipología edificatoria, hoy por hoy todavía muy esporádica, sino que existen determinadas construcciones, cuyo paradigmático ejemplo son los garajes, especialmente indicadas para su ubicación en el subsuelo, contribuyendo ello además a descongestionar hasta cierto punto nuestras calles, y habiendo alcanzado tales usos una elevada cotización en el mercado y un cierto grado de independencia, incluso en el tráfico jurídico-privado, respecto de la edificación construida sobre el suelo.

Todas estas consideraciones parecen justificar el avance en el estudio de una materia tradicionalmente ignorada ante la aceptación general de que las denominadas en el tecnicado lenguaje de las ordenanzas municipales “superficies habitables”, es decir, las edificaciones destinadas a albergar presencia humana de forma continuada, han de reunir una serie de requisitos de higiene y salubridad que en nuestro actual estado tecnológico parecen implicar la imposibilidad de su localización en el subsuelo. Como quiera que las instalaciones subterráneas en consecuencia y caso de existir, venían siendo destinadas, salvo experiencias trogloditas excepcionales, a albergar depósitos, almacenes o construcciones en definitiva accesorias de la edificación principal, siguiendo su utilización y disposición la suerte de aquella, es lógica la falta absoluta de previsiones específicas que vengan a delinear un régimen jurídico diferenciado del subsuelo.

Precisamente ante esta evolución en utilizaciones del subsuelo cada vez más independientes y lucrativas respecto de la edificación elevada sobre el suelo, la doctrina ha comenzado a plantearse el problema, a veces con un optimismo que no podemos en modo alguno compartir, llegando a afirmar un grado de libertad en la utilización edificatoria de este subsuelo cuya fundamentación básica, residenciada en torno a la aplicación de los artículos 348 y 350 del código civil ante la carencia de normas específicamente aplicables al subsuelo, puede adolecer de dos fundamentales puntos débiles, consistentes el primero de ellos, en la hasta cierto punto apriorística, o cuando menos poco explicada, aceptación de la vigencia de tales preceptos en relación con la denominable propiedad urbanística y, el segundo, en partir de la inaplicabilidad, al menos de modo directo, de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación

Urbana (Texto refundido aprobado por Real Decreto 1346/76, de 9 de abril, en adelante TRLS) al subsuelo, derivada esta inaplicabilidad básicamente de una interpretación literal de sus preceptos que suelen contemplar en muy aislados casos específicamente el problema del subsuelo, refiriéndose con carácter general al suelo, sin precisión adicional alguna (1). Vamos a intentar aportar un diferente punto de vista en relación con este confuso problema, tratando sin embargo de encontrar pautas interpretativas que vengan a clarificar en lo posible la posición del propietario, evitando así que el acto administrativo consistente en otorgar o denegar la preceptiva licencia de obras (2) se convierta en constitutivo y discrecional, en relación con las edificaciones subterráneas, dando entrada a la interpretación, a través del propio acto administrativo de ejecución en que la licencia consiste, de un interés público, que, en tanto parece insertarse como un componente más de la denominada función social delimitadora del dominio, según el artículo 33-3 de nuestro texto constitucional, habría de venir ya definido a nivel normativo.

Lógicamente nuestro análisis se limitará a las utilidades del subsuelo con finalidad edificatoria, dejando a salvo cuantas situaciones jurídicas puedan derivarse de la aplicación de la legislación especial de Aguas y Minas.

I. EL ARTICULO 350 DEL CODIGO CIVIL Y EL SUBSUELO

1. Facultades de utilización del subsuelo

Dado que el objeto de nuestro análisis viene constituido por la utilización edificatoria del subsuelo urbano, el estudio del artículo 350 del Código civil, en tanto viene a contemplar el régimen jurídico del derecho de propiedad cuando el objeto de ese dominio viene constituido por un terreno, ha de erigirse en el necesario punto de partida. Dice así el meritado precepto, como es por otra parte bien sabido:

(1) Ya NÚÑEZ RUIZ en su *Dictamen sobre el Derecho de Superficie, la división horizontal del dominio y otros extremos*, Revista de Derecho Urbanístico, VI, n.º 29 (1972) venía a afirmar que la Ley del Suelo entonces vigente no se ocupaba del subsuelo. TORRES LANA, por su parte, en *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona 1975, pág. 211, citando el trabajo anteriormente expuesto, viene a admitir, si bien con no demasiada seguridad que las facultades dominicales del propietario en relación con el subsuelo no se ven recortadas por la legislación de urbanismo, apuntando como los Planes Urbanísticos suelen contener alusiones al subsuelo.

Más recientemente NIETO PEÑA en *El subsuelo urbanístico*, Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 66, abril/junio, 1990, pp. 187 y ss. se une a esta opinión.

(2) Así al menos lo impone el artículo 178 del TRLS para "los actos de edificación y uso del *suelo*", aunque siguiendo la línea restrictiva en la interpretación del vocablo *suelo* y la orientación de cuantos afirman la inaplicabilidad del citado TRLS al subsuelo ¿por qué afirmar tan rotundamente la necesidad de licencia de obras en relación con los "actos de edificación y uso del *subsuelo*?"

“El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y en los reglamentos de policía”.

Por conocida vamos a ahorrar al lector la exposición detallada de todas las vicisitudes por las que ha atravesado la tradicional cuestión de la extensión en sentido vertical del dominio (3), pero sí cabría aludir aquí, si bien sintéticamente, a los numerosos problemas planteados siempre en relación a los límites del subsuelo, entendiendo como parte integrante del objeto propio del derecho de propiedad fundiaria. Esos problemas no solamente han de ponerse en relación con el límite inferior, a partir del cual el subsuelo tampoco se ha definido unánimemente si pasa a formar parte del dominio público o se convierte en una *res nullius* susceptible de ocupación (problema hasta cierta medida carente de interés todavía, porque hoy a tal profundidad la utilización del subsuelo básicamente se circunscribe a la explotación de sus recursos, siendo por ello objeto de regulación legal específica), sino que es incluso dudoso que al referirnos a la sección accesible para la mayor parte de las actividades edificatorias subterráneas a las cuales se aludirá en este trabajo estemos hablando de subsuelo, pareciendo posible mantener la existencia de una cierta profundidad en sección vertical de la corteza terrestre que más bien debería considerarse a todos los efectos suelo, en lugar de limitar esta noción a un plano bidimensional sin espesor alguno. Así, desde el Derecho romano, poco dado a la categorización, se estimaba ya el terreno existente bajo la superficie *en cuanto es necesario* para el desenvolvimiento de la agricultura (destino natural del fundo en aquella economía), de la misma consideración jurídica que el suelo. Con posterioridad se atribuye a los postglosadores la afirmación de la extensión ilimitada del dominio en sentido vertical (4), luego restringida en su alcance mediante el recurso a criterios diversos entre los cuales podrían citarse los de la atención a las exigencias del *uso ordenado y regular* de la finca (Werenberg), a lo impuesto por la efectiva satisfacción del *interés práctico del propietario* (Ihering) o a lo que las *fuerzas o facultades humanas y la naturaleza de los objetos reclame* (Hesse), quedando siempre difusa la delimitación suelo-subsuelo, al abordarse el tema desde la perspectiva más general de la extensión del objeto de la propiedad fundiaria en sentido vertical. Aún existen otras diferencias doctrinales en torno al alcance jurídico de tal extensión, entendiendo unos autores que hasta la cota definida a través de la utilización de los criterios antes expuestos (entre los cuales ha alcanzado especial éxito el del interés del propietario razonablemente tutelado en atención a la posibilidad real de

(3) Para un más detallado análisis de este tema, consultar el clásico trabajo de JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n.º 1, 1925, pp. 11 y ss.

(4) JERÓNIMO GONZÁLEZ, op. cit. p. 15.

utilización), el uso del subsuelo está sujeto a idéntico régimen jurídico que el del suelo, pareciendo extinguirse más allá del derecho del dominus soli (5), mientras otros consideran que el límite obtenido no lo es de la extensión del dominio sino de la posibilidad de ejercitar acciones en defensa del mismo (6).

Resulta destacable que en todo caso ha de acudirse a un concepto normativo hasta cierto punto indeterminado y en buena medida cambiante, al remitirse su concreción a conceptos que también lo son, como por ejemplo ocurre con la utilización ordinaria de las fincas o las posibilidades de actuación del propietario. La utilización ordinaria de una finca rústica se ve absolutamente subvertida por su incorporación al proceso urbanizador y las posibilidades de actuación del propietario son variables dependientes de datos como la evolución tecnológica y los hábitos y gustos sociales. La modificación de esos criterios conllevará la indeseable mutación del límite establecido en atención a ellos con consecuencias poco adecuadas para la obtención de un adecuado nivel de seguridad jurídica. Puede alegarse que, con independencia de la utilización de estos criterios para resolver los problemas que estaban en el origen de su desarrollo (7), posibilitan una fácil adaptación del ordenamiento jurídico a la cambiante realidad, siendo su elasticidad más virtud que defecto, pero no se olvide que la finalidad de los mismos consiste en fijar la extensión material del objeto de la propiedad fundiaria, no las facultades que tal derecho integran, no siendo imposible poder encontrarnos en el futuro ante situaciones en las cuales algunos propietarios no puedan llevar a cabo determinados usos del subsuelo como consecuencia de la injerencia llevada a cabo tiempo atrás, a tal profundidad (¿cuál es la suficiente?) que en su día no fuera considerada relevante para poner en marcha los mecanismos jurídicos protectores del dominio; en ese momento, ampliadas las posibilidades de utilización de tal subsuelo por la evolución de la técnica y del mercado ¿cómo se resolvería el conflicto de intereses planteado?

Sin embargo, no habiendo llegado aún, salvo supuestos anecdóticos, el momento en el cual los indicados problemas pudieran plantearse, lo que sí parece ser posición pacífica e indubitada entre la doctrina, según era ya sabido y parece justificarse en estas líneas, es la afirmación de la existencia de una franja subterránea, aunque de imprecisos perfiles, cuya utilización es atribuida al propietario del suelo como facultad inherente a su dominio.

(5) Así, por ejemplo, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, ed. Tecnos, Madrid, 1978, p. 160.

(6) Por ejemplo LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, t. III, Librería Bosch, Barcelona, 1979, p. 220.

(7) Tendido de cables de conducción eléctrica sobre fundos privados, incipiente navegación aérea, túneles abiertos en la montaña bajo propiedad privada, etc.

2. El tráfico jurídico-privado del subsuelo

Una vez establecida la posibilidad de defender la atribución al propietario de un haz de facultades en relación con el subsuelo como manifestación del poder jurídico que el derecho de propiedad fundiaria supone, sabemos también que existen una serie de negocios jurídicos llamados a servir de cauce para la transmisión de esas facultades sin por ello violentar en exceso en la generalidad de los supuestos el carácter parcelario de nuestra propiedad inmueble (8), una de cuyas consecuencias destacadas viene constituida por la vigencia del principio “superficies sólo cedit”, consagrado legislativamente en el artículo 358 de nuestro Código civil. Así, tradicionalmente ha venido señalando nuestra doctrina la existencia de dos excepciones a la accesión inmobiliaria: el derecho real de superficie y la propiedad horizontal (9). Pues bien, aun siendo cierto que estos derechos reales han sido estudiados básicamente en relación con la edificación *sobre* suelo ajeno o la *sobreelevación* de una o más plantas en un edificio ya existente, ambos pueden perfectamente servir de cauce adecuado para el tráfico jurídico del derecho a construir instalaciones subterráneas, bien en suelo ajeno (caso del derecho de superficie), o bien en suelo que vendrá a ser elemento común en la situación de propiedad horizontal resultante de la efectiva realización de la actividad edificatoria (supuesto del derecho de realizar construcciones bajo el suelo “sin constituir derecho de superficie”, como indica el artículo 16-2.º del Reglamento Hipotecario) (10).

Algunos autores han hablado incluso de la existencia de un auténtico “principio de superficie”, inspirándose para ello en el conjunto de excepciones aludidas y resaltando así el carácter de mera presunción iuris tantum que el referido artículo 358 representa. Pero aún con ser importantes las excepciones comentadas, se muestran en algunos casos insuficientes para satisfacer el interés del tráfico jurídico. Sin necesidad de abordar en detalle el problema representado por la denominada en la doctrina francesa superposición de propiedades, haciendo con ello referencia a la posibilidad de coexistencia del dominio público y propiedad privada en diferentes planos verticales y cuya resolución pasa necesariamente por la previa definición del concepto mismo de dominio pú-

(8) Puesto críticamente de manifiesto por Savatier en *La propiedad del espacio*, Revista del Derecho Urbanístico, n.º 1, año 1967, pp. 17 y ss.

(9) En este sentido se manifiesta por ejemplo ROCA SASTRE en *Derecho hipotecario*, tomo III, ed. Bosch, Barcelona, 1968, p. 572.

(10) Aun cuando algunos autores opinan que la propiedad separada y por ende la comunidad horizontal, surge desde el momento en el cual el derecho se constituye, sin ser necesario el requisito de la realización efectiva de la construcción subterránea. En este sentido, por ejemplo, SOTO BISQUERT, *El derecho de vuelo*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1971, n.º 2, pp. 923 y ss.

blico (11), es notorio como en las Islas Canarias la búsqueda de una perpetuidad que parece negada al derecho de superficie (12) (aún cuando existan defensores de la posible existencia de un derecho de superficie perpetuo, lo cual más bien nos llevaría a las figuras censales), unida a la imposibilidad de acudir a la configuración prevista en el artículo 16-2.º del Reglamento Hipotecario, entre otras evidentes razones por la de no existir propiamente edificación alguna sobre el suelo, ni tan siquiera proyectada, que pudiera dar origen a la típica situación de propiedad horizontal (13) a que tal derecho real tiende, y al peculiar sistema de extracción de agua mediante la construcción de galerías subterráneas, dio lugar a auténticas “ventas del subsuelo” que, según Guimera Pedraza nos comenta, tuvieron acceso incluso al Registro de la Propiedad (14). Por último y sin ser nuestro propósito el incidir aquí en tema tan espinoso como el de la existencia o no de un *numerus clausus* en materia de derechos reales, cabría traer a colación la Resolución de la DGR y N de 28 de octubre de 1988, por cuanto, a pesar de su equívoca terminología, parece admitir la inscripción de un derecho real y perpetuo a construir en el subsuelo sin que de la narración de los hechos se deduzca en absoluto, sino más bien al contrario, la concurrencia de los requisitos exigidos por el tan reiterado artículo 16-2 del vigente Reglamento Hipotecario (15) (constituido este derecho en favor de un particular y en relación con subsuelo de unos terrenos cedidos a un ayuntamiento, habría sido interesante conocer el destino de tales terrenos por si estuviéramos

(11) Ver artículo de GAUDENET, *La superposition des propriétés privées et du domaine public*, en Recueil Dalloz Sirey, Chronique, n.º 44, 1978, pp. 293 y ss.

(12) Así, el art. 173-2 del TRLS para el derecho de superficie urbanístico y 16-1.º a) del Reglamento Hipotecario.

(13) La doctrina parece exigir para la viabilidad del derecho previsto en el artículo 16-2.º del Reglamento Hipotecario la existencia de una edificación al menos proyectada; así SOTO BISQUERT, op. cit.

(14) En su artículo *El derecho de subsuelo* (Aguas subterráneas), publicado en esta revista, tomo XIV, fascículo I, enero-marzo, 1961, pp. 121 y ss.

(15) Se trataba de la inscripción de la venta de una séptima parte indivisa de un derecho de uso *transmisible y perpetuo* sobre una zona de subsuelo de 408 m² para ser destinada a garaje o almacén de negocio, de una finca inscrita a favor del Ayuntamiento de Palafrugell como consecuencia de título otorgado por una sociedad que se reservó ese derecho sobre el subsuelo, el cual figuró en la inscripción de la finca y en las sucesivas inscripciones que tuvieron por objeto recoger las diversas transmisiones del meritado derecho en relación con el subsuelo. Denegada la inscripción de la venta en cuestión por no haberse declarado previamente la construcción realizada y la constitución de la misma en régimen de propiedad horizontal, la Dirección General entiende que “no hay razón legal que apoye esta exigencia y que limite, de tal modo, la facultad de disposición, consustancial, en principio, a todo derecho real” (*Fundamento de Derecho Primero*).

Se alegaba asimismo la indefinición de ese derecho de uso en la escritura de venta y, en su *Fundamento de Derecho Segundo*, la resolución comentada entiende que se trataba del propio derecho de uso en relación con el subsuelo ya inscrito a nombre del vendedor, afirmando textualmente que “tratándose, el inscrito, de un *derecho atípico*, no puede pretenderse que en la escritura reciba una exacta denominación que no tiene”.

ante un supuesto de superposición de dominio público y propiedad particular, pero la escueta narración de los hechos nos impide la investigación de estos datos), o la no menos interesante Resolución del mismo organismo de 5 de febrero de 1986, en la cual parece admitirse un derecho de vuelo con reserva de la propiedad del suelo para el concedente, incidiéndose en la perpetuidad de la propiedad originada por el derecho a sobreelevar frente a la temporalidad de la propiedad superficiaria.

Todo lo expuesto parece fundamentar mínimamente la consideración de que el ordenamiento jurídico-privado no solamente viene a afirmar la extensión en alguna medida al subsuelo del poder jurídico que el dominio supone, según vimos supra I-1, sino que dispone de cauces idóneos para posibilitar el tráfico de las utilidades de que ese subsuelo es susceptible mediante la constitución por el propietario del suelo de derechos reales, en ocasiones incluso de dudosa tipicidad, tendentes a lograr el mayor grado posible de separación e independencia entre propiedad del suelo y derecho real sobre el subsuelo.

II. EL SUBSUELO Y EL ORDENAMIENTO URBANÍSTICO

En la introducción al presente trabajo vimos como existían autores proclives a afirmar la inaplicabilidad de la ley del suelo al subsuelo; así, en lo relativo a éste, la normativa aplicable había de buscarse en los preceptos del Código civil. Sin embargo, admitían la posibilidad de que los planes urbanísticos abordaran la regulación detallada de ese subsuelo y entonces, habida cuenta de que el Plan no constituye sino necesario desarrollo de la legislación urbanística, nos encontraríamos en la necesidad de justificar la eficacia de los preceptos de aquel en relación con el subsuelo, no en tanto desarrollo de una ley que por hipótesis afirmamos inaplicable al subsuelo, sino del propio artículo 350 del Código civil, mediante la consideración de las normas urbanísticas contenidas en el Plan en cuestión como “Reglamentos de Policía” (16). Sin embargo, aun

(16) No habría tampoco mayores problemas para tal fundamentación de la eficacia de las normas urbanísticas de los Planes relativas al subsuelo. Ya SCAEVOLA se mostraba partidario de una interpretación amplia de la expresión “reglamentos de policía”, entendiendo que la misma había de comprender, además de las Ordenanzas Municipales relativas a obras, plantaciones y excavaciones, las disposiciones contenidas en la Real Orden de 17 de noviembre de 1925, vigente a la sazón y en virtud de la cual se aprobó el Reglamento y Nomenclator de los establecimientos incómodos, insalubres y peligrosos. Hoy SÁINZ MORENO, en *El subsuelo urbano*, Revista de Administración Pública, n.º 122, mayo-agosto, 1990, p. 180, estima comprendidas en dicho término las Ordenanzas Municipales sobre uso del vuelo, suelo y subsuelo, las Normas Urbanísticas vigentes en el municipio y las normas técnicas sobre obras subterráneas, asumiendo una postura doctrinal prácticamente unánime.

cuando tal construcción nos parezca perfectamente posible (17), nos inclinamos por relativizar el argumento principal de que el TRLS no es aplicable al subsuelo; nos parece que si lo es, y no solamente por el concepto parcelario que del derecho de propiedad fundiaria tiene nuestro ordenamiento jurídico, claramente plasmado en los ya aludidos artículos 350 y 358 del Código civil, sino por la sencilla idea de que la afirmación contraria vendría a defraudar la tutela del interés público objeto de protección a través de la actividad planificadora. En otras palabras, la liberalización del uso del subsuelo (en aquellos supuestos en los cuales el plan no aborde la detallada regulación de éste), significaría la absoluta ineficacia del Plan. Vamos a desarrollar esta idea a través de los siguientes razonamientos jurídicos, deducibles del propio TRLS:

1.º Dos de los más significativos preceptos contenidos en el TRLS, los artículos 76 y 87-1 del mismo, aluden a limitaciones y deberes configuradores del “*derecho de propiedad*” en relación con el uso de los “*terrenos y construcciones*” (18) o de limitaciones y deberes derivados de la clasificación urbanística de los “*predios*”, con todo lo cual el argumento puramente literalista, consistente en afirmar que suelo y subsuelo son realidades diversas en la mente del legislador y que el texto legal refiere única y exclusivamente al suelo, salvo en aquellos supuestos en los cuales expresamente se refiera al subsuelo, debe ser, a nuestro juicio, rotundamente rechazado. El nuevo texto legal relativo a la Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, ley 8/1990 de 25 de julio (en lo sucesivo LRS), habla de “*utilización del suelo*” y de “*su urbanización y edificación*” en su artículo 2.º (19) cuando define el objeto regulado por la ordenación territorial, refiriéndose en su artículo 4.º (20)

(17) Pese a que NIETO PEÑA, en su ob. cit., prefiere amparar la virtualidad del planeamiento en relación con el subsuelo en la cláusula general contenida en el artículo 3-5 del TRLS, que viene a afirmar la extensión de la competencia urbanística concerniente al planteamiento “a cuantas otras (facultades) fueren congruentes con la misma (competencia urbanística), para ser ejercidas con arreglo a la presente Ley”, nosotros preferimos nuestra alternativa si lo que se está defendiendo es, precisamente, la inaplicabilidad al subsuelo de “la presente Ley”.

(18) Artículo 76 del TRLS: “Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios”.

Artículo 87-1 del TRLS: “La ordenación del uso de los *terrenos y construcciones* enunciada en los artículos precedentes no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística. Los afectados tendrán, no obstante, derecho a la distribución equitativa de los beneficios y cargas del planteamiento en los términos previstos en la presente Ley”.

(19) Artículo 2 de la LRS: “La utilización del suelo y en especial su urbanización y edificación, deberá producirse en la forma y con las limitaciones que la legislación de ordenación territorial y urbanística y, por remisión de ella, el planteamiento establezcan de conformidad con la clasificación y calificación urbanística de los *predios*”.

(20) Artículo 4 de la LRS: “La ordenación del uso de los *terrenos y construcciones*

a la más genérica expresión de “Ordenación del uso de los terrenos y construcciones”, con lo cual parece continuar en la línea del TRLS.

2.º El Plan General, la Norma Subsidiaria o el Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano, pueden clasificar el suelo en los diversos tipos establecidos por la Ley (urbano, urbanizable programado, urbanizable no programado o no urbanizable), ahora bien, como no puede ser de otro modo considerando la reserva relativa de ley establecida en el artículo 33-2 en relación con el 53-1, ambos de nuestro texto constitucional, el régimen jurídico de las diferentes clases de suelo, establecidas por aquellos instrumentos, se encontraba antes en los artículos 83, 84, 85 y 86 del TRLS y hoy en los preceptos configuradores del Título Primero de la LRS. Según la clasificación de los terrenos establecida en el nivel de planeamiento precedente, será de aplicación el correspondiente régimen legal; pues bien, ¿es posible afirmar que el subsuelo puede escapar de esa regulación? ¿Cabe construir, por poner un ejemplo, una galería comercial en el subsuelo de terrenos clasificados como suelo no urbanizable? Al margen de cuantas consideraciones de rentabilidad sean alegadas (en determinadas zonas podría ser incluso rentable tal construcción), parece correcto afirmar que ello no es posible por imposibilitarlo el artículo 86 en relación con el 85 del TRLS, y el aludido Título primero de la LRS, que vienen a limitar la tipología edificatoria en este suelo, impidiendo, al parecer, tales edificaciones. Pero ello pasa por admitir la aplicabilidad de esos preceptos al subsuelo, así como la clasificación establecida por el Plan en desarrollo de los textos legales.

Luego si, además de las razones ya expuestas, afirmar la independencia de suelo y subsuelo en la lógica interna de la legislación urbanística, nos lleva a conclusiones absolutamente rechazables, parece correcto rendirse ante la evidencia de que la referida ordenación regula edificios y construcciones, predios y terrenos, sin diferenciar, con carácter general, instalaciones construidas sobre y bajo el suelo. Cuestión distinta es que, no como regla, sino por el contrario más bien como excepción, algunas instalaciones presenten características que permitan, al amparo siempre de los propios textos normativos, fundamentar ciertas peculiaridades en su régimen jurídico. En especial estas peculiaridades pueden residir en su particular consideración a efectos de una magnitud fundamental del ordenamiento urbanístico, cual es la edificabilidad, volumen de edificabilidad o coeficiente de edificabilidad, dado que todas estas expresiones vienen a definir en el fondo un mismo y relevante dato: la cantidad de edificación posible, elemento fundamental del valor del suelo de destino urbano. Es en este apartado donde la carencia de una definición legal de dicha magnitud, unida a la poca atención dedicada por los textos normativos a las peculiaridades planteadas por las

instalaciones subterráneas, puede llevarnos a la siguiente duda: ¿se computa lo construido en el subsuelo a efectos del límite de edificabilidad establecido por el planteamiento?

III. EL VOLUMEN DE EDIFICABILIDAD EN RELACION CON EL SUBSUELO

1. Interés de esta magnitud

El volumen edificable o edificabilidad es definido por Fuentes Sanchiz como el número de metros cúbicos (o cuadrados añadimos nosotros) de construcción, que pueden realizarse en una superficie determinada (21). Siendo el único destino posible del suelo urbano o urbanizable programado el de ser urbanizado y edificado, y dada además la íntima vinculación existente, según ha señalado Martín Blanco, entre el valor de un terreno y una serie de circunstancias en las cuales influye notoriamente la relativa a lo que *sobre* él pueda edificarse (22) (nótese la subconsciente idea de que el volumen se refiere a la edificación erigida sobre el suelo, posiblemente derivada del escaso valor, dato este desmentido hoy por el tráfico jurídico, atribuido a las instalaciones subterráneas), resulta evidente la profunda vinculación entre edificabilidad y valor del suelo, resaltada de modo especialmente rotundo por Martín Mateo, cuando afirma que “hoy el tráfico inmobiliario prescinde casi en absoluto del hecho superficial. Lo que importa es el volumen que los planes autorizan como edificable” (23). La incidencia ha sido tenida en cuenta por el legislador, que viene a establecer un remedio específico en el artículo 62 del TRLS para el supuesto de incumplimiento por el vendedor de los deberes de información impuestos por el propio precepto, sin que ello implique la imposibilidad de acudir al sistema general de remedios establecido en el código civil (24). No acaba aquí, sin embargo, el interés de la magnitud que estamos estudiando, por cuanto la misma constituye el eje en torno al cual se desarrolla todo el sofisticado sistema de distribución equitativa de beneficios y cargas derivados del planeamiento en el suelo urbanizable programado, sistema que hoy como es sabido se traslada matizadamente por la LRS a la gestión del

(21) En *Registro de la Propiedad y Urbanismo*. Ponencia para el Congreso de Derecho Registral (Madrid, 1961).

(22) MARTÍN BLANCO, *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del suelo*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1968, p. 57.

(23) *La penetración pública en la propiedad urbana*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, XLVIII, 1972, p. 1.244.

(24) Para el desarrollo de estos aspectos véase TORRES LANA, *La edificabilidad de los terrenos y sus repercusiones en el tráfico jurídico inmobiliario*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n.º 506, 1975, pp. 65 y ss.

suelo urbano. Los aprovechamientos medio y tipo, con los cuales habremos de familiarizarnos en adelante, no son sino factores derivados de la edificabilidad atribuida por el planeamiento a los terrenos, y de este modo, edificabilidad e igualdad en la distribución de cargas y beneficios son conceptos profundamente entrelazados. Así, en los procedimientos reparcelatorios necesarios para la ejecución del urbanismo en el suelo urbanizable programado, la superficie de suelo de la cual se es propietario otorga el derecho, una vez cumplidos los deberes correspondientes, a una parcela, adecuada en su configuración al planeamiento y situada en áreas aptas para la edificación; la relación entre la parcela inicial y la atribuida al propietario, mediante la técnica de la subrogación real, no se plantea sin embargo en términos tales que la superficie resultante sea igual a la inicial, una vez deducidos los terrenos de obligada cesión a la corporación municipal, sino que la relación proporcional se establece entre la superficie de la parcela aportada y el volumen edificable establecido por el plan para la parcela resultante.

Consecuentemente con esta relevancia, el valor urbanístico señalado a un terreno a efectos expropiatorios se determina tomando como base fundamental el volumen edificable, a través del complicado sistema establecido por el artículo 71 de la LRS (25).

2. Indefinición legal

Si hemos dedicado el epígrafe anterior a resaltar la enorme importancia del volumen edificable o edificabilidad, ha sido con el ánimo de poner de manifiesto lo hasta cierto punto incongruente que resulta la indefinición, en un texto con rango de ley, de dicha magnitud; no existe definición legal de dato tan relevante y tampoco un criterio que, con el mencionado rango de ley, establezca qué construcciones o superficies han de contabilizarse a efectos de su cómputo. En efecto, el TRLS viene a imponer como contenido necesario del Plan General en suelo urbano la constanciadel *volumen de las construcciones* (art. 12-2-2-f), así como la fijación, en el Suelo Urbanizable Programado, del aprovechamiento medio de la superficie total ordenada y, caso de existir sectores, de cada sector (art. 13-2-b); en ambos supuestos el Plan ha de utilizar

(25) Establece el citado art. 71 de la LRS:

1. "Una vez adquirido el derecho al aprovechamiento, el valor urbanístico de un terreno se determinará por aplicación a dicho aprovechamiento del valor básico unitario de repercusión en el polígono, corregido en función de su situación concreta dentro del mismo.
2. A tal efecto, la Administración tributaria fijará para cada polígono fiscal el expresado valor básico correspondiente al uso y tipología edificatoria característicos, resultantes de la ordenación urbanística, cualquiera que sea la intensidad de dicho uso.
3. La ponderación de la situación de cada parcela dentro del respectivo polígono se determinará en la forma que defina la normativa sobre fijación de valores catastrales".

un concepto previo, el de volumen edificable, no establecido por la ley (26).

Ante esto cabe alegar que tal dato no ha de ser definido por tratarse de un concepto obvio: cualquier superficie edificada es computable a efectos del límite de edificabilidad y, consecuentemente, cuando el plan indica, por poner un ejemplo, que en una superficie determinada se pueden edificar 9.000 m², la suma algebraica de todas las construcciones establecidas en esa superficie no ha de rebasar la referida cuantía. Sin embargo, nada más alejado de la práctica habitual; la sola lectura de unas normas urbanísticas de cualquier plan, viene a poner de manifiesto como en ellas se definen normalmente los conceptos de superficie edificable y de superficie edificada, estableciéndose, además, excepciones, esto es, instalaciones que no se consideran superficie edificada (27). Como es obvio se limita de esta manera la superficie edifica-

(26) Precisamente y en relación con el tema que nos ocupa ello plantea el problema adicional de que la jurisprudencia tampoco puede contribuir eficazmente a la resolución de nuestras dudas. Cada sentencia ha de ponerse en relación con un planeamiento concreto y así no es difícil encontrar resoluciones tan aparentemente contradictorias como las de 28-5-1981 y 12-12-1989 (recaídas en Procedimiento Contencioso-Administrativo), toda vez que mientras en la primera se venía a afirmar que la habilitación de una planta subterránea de garajes en el edificio de "El Corte Inglés" de Sevilla para uso comercial *no implicaba aumento de volumen* (considerando 4.º de la Sentencia citada), en la segunda se admite la conversión de un sótano, destinado igualmente a garaje, en archivo, ya que *el aumento de volumen que tal operación conllevaba* no superaba la edificabilidad permitida por el planeamiento. ¿En un caso sí aumenta el volumen y en otro no? La respuesta, suponemos, ha de hallarse en la consideración que cada planeamiento hubiera hecho de las plantas destinadas a garaje. Así, en el edificio de "El Corte Inglés", si a efectos de cómputo de la edificabilidad habían de tenerse en cuenta todas las plantas, incluidas las subterráneas y cualquiera que fuera su destino (cosa que entendemos puede prescribir el plan), es lógico que el cambio de uso no implique modificación alguna de la superficie edificada a efectos del indicado cómputo. Por el contrario, si en el supuesto de hecho resuelto por la STS de 12 de diciembre de 1989, el Plan eximía los garajes, hasta un determinado número de plazas, de tal cómputo (cosa habitual), o si, según nuestra postura como veremos luego, nada establecía en relación con el subsuelo, el cambio de uso implicará un aumento de la superficie edificada, dado el cómputo sobrevenido de esas instalaciones subterráneas. Ante esta situación comentada y dado el elevado valor que están cobrando las instalaciones destinadas a garaje; especialmente en núcleos urbanos, nos reafirmamos aún más en nuestra opinión de que la seguridad jurídica más elemental, cuando no la propia reserva relativa de ley que nuestra Constitución establece en orden a la regulación del derecho de propiedad, imponen la definición legal del volumen de edificabilidad.

(27) Así, por ejemplo, en las Normas Urbanísticas de Madrid, año 1985, 2.ª edición, julio 1988, se viene a establecer la exclusión del cómputo de la superficie edificada, entre otras, de la superficie bajo cubierta si carece de posibilidades de uso o está destinada a depósitos u otras instalaciones generales del edificio (casi todas las buhardillas tan de moda en nuestra ciudad son el resultado de conferir posibilidades de uso a espacios bajo cubierta que carecían de él, como es sabido); también se excluyen las superficies correspondientes a plazas de aparcamiento "obligatorio", accesos y áreas de maniobra, así como el exceso de estas superficies o plazas hasta un 10% (art. 9-5-3); por su parte la superficie

da definida en el plan, pero no ya todo cuando físicamente puede edificarse, dada la existencia posible de superficies exceptuadas del cómputo de la edificabilidad. Por tanto, en los planes de urbanismo, hemos de concluir que no necesariamente coinciden la edificabilidad o el volumen edificable con el límite de la construcción realizable efectivamente en el solar. Quizá el escrupuloso cumplimiento de la reserva relativa de ley establecida por el artículo 33-3 de nuestra Carta Magna exigiría una definición a nivel legislativo de un apartado tan trascendental en punto a determinar el valor del suelo urbano.

Otro factor curioso en relación con tan esencial magnitud estriba en observar cómo ni el TRLS ni la LRS establecen un sistema “normalizado” o uniforme para el señalamiento por el plan del volumen de edificabilidad; así, lo más frecuente es que incluso en unas mismas normas urbanísticas coexistan varios sistemas de fijación de esa medida. Tomando como ejemplo las Normas Urbanísticas del Ayuntamiento de Madrid, observaremos cómo en su artículo 9.5.6.2., tras definir el concepto de superficie edificable, proporciona dos sistemas alternativos para el señalamiento de su dimensión por parte del plan:

a) La conjunción de las determinaciones de posición, forma y volumen sobre la parcela.

b) Coeficiente de edificabilidad.

En tanto la fijación de un coeficiente de edificabilidad (relación entre la superficie total edificable y la superficie de terreno al cual se refiere, cuyo resultado nos indica el número de metros cuadrados de edificación posible por cada metro cuadrado de suelo) plantea menos dudas, la fijación de la edificabilidad a través del otro sistema (fijación de número de plantas, altura máxima, línea de edificación y de fondos, etc.), suele presentar muchos más problemas en cuanto al subsuelo se refiere, toda vez que el punto de referencia para la medición suele establecerse en la rasante del terreno.

Cabría pensar, sin embargo, que los problemas expuestos en relación con la edificabilidad, proceden del propio planeamiento de desarrollo, siendo hasta cierto punto menores por existir la posibilidad de acudir a un control de legalidad de esos Planes. Se trataría solamente de hallar en el TRLS o en la LRS algún criterio interpretativo, ya que no una definición expresa, que nos permita la determinación de cuales son las construcciones computables a efectos del expuesto límite de edificabilidad; de este modo, el Plan podría ser controlado y las disposiciones del mismo que vinieran a contrariar el criterio legal podrían ser impugnadas por tal motivo.

Sin embargo, aún siendo posible hallar algún criterio legal, este no

edificable, según el artículo 9-5-6-1, “es el valor señalado por el planeamiento para limitar la superficie edificada total que puede construirse en una parcela o en un área, en su caso”.

puede por menos que sumirnos todavía más en la incertidumbre. En efecto, el criterio más próximo existente en el TRLS a la fijación de un concepto de volumen edificable, podríamos cifrarlo en el artículo 74 del TRLS, el cual viene a establecer la edificabilidad del suelo urbano, en el supuesto de inexistencia de plan, expresándose en los siguientes términos:

“Mientras no exista Plan o Norma Urbanística que lo autorice no podrá edificarse con una altura superior a tres plantas medidas en cada punto del terreno, sin perjuicio de las demás limitaciones que sean aplicables”.

Sistema de determinación coincidente a grandes rasgos con el que las Normas Urbanísticas de Madrid definían como “conjunción de las determinaciones de posición, forma y volumen sobre la parcela”, y el cual, aludiendo a la altura de tres plantas “medidas en cada punto del terreno”, viene a soslayar el problema de las plantas subterráneas. Aquí comienza, tras todo este arduo y, sin embargo, necesario peregrinaje a través del derecho urbanístico, a definirse nuestro dilema: ante este silencio, ¿cabe edificar planta subterránea alguna? Vimos cómo esta misma forma de determinación de la edificabilidad era la utilizada por no pocos Planes Urbanísticos, en cuyo caso, salvo la posibilidad fundamentada con anterioridad de que el propio plan desarrolle la utilización del subsuelo, las dudas no van a limitarse únicamente a los no escasos municipios carentes de plan. Por otro lado, veamos a continuación cómo los Reglamentos para la aplicación del TRLS contienen también preceptos cuyo tenor nos induce a afirmarnos en nuestra idea de que el subsuelo, si bien regulado en numerosos aspectos por la legislación urbanística, como ya argumentamos con anterioridad en el apartado II de este trabajo, no ha sido tenido en cuenta en el criterio legal de limitación de la edificabilidad.

IV. LOS REGLAMENTOS DE APLICACION DEL TRLS EN RELACION CON EL ARTICULO 74 DEL TRLS

Aún siendo conscientes de la relatividad de los resultados obtenidos a través del recurso a un texto reglamentario para la interpretación de la disposición legal que desarrolla, toda vez que la línea de demarcación entre el desarrollo normativo y la extralimitación que implicaría su nulidad es a menudo muy estrecha, vamos a citar por su interés dos textos cuyo tenor viene a apoyar nuestra anterior afirmación de que las plantas subterráneas no se incluían en el cómputo de la edificabilidad llevado a cabo por el meritado artículo 74 del TRLS; estos textos son el artículo 99 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico y el artículo 82.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística. Será interesante examinarlos, toda vez que aun cuando en numerosas Comunidades Autónomas se ha procedido a la redacción de nuevos textos legales que vienen a de-

rogar aquellos Reglamentos, es lo cierto que también suele ser habitual la semejanza entre las normas autonómicas y los preceptos de los Reglamentos estatales derogados. Además, repetimos que dichos textos son utilizados únicamente como argumentos a fortiori en relación con la interpretación aquí mantenida del TRLS:

1. Art. 99 del Reglamento de Planeamiento: dice su apartado n.º 1, párrafo segundo, al desarrollar el cómputo de las tres plantas establecido por el meritado artículo 74 del TRLS: “Del mismo modo (que las plantas bajas) se incluirán en dicho cómputo las plantas retranqueadas, los áticos y los *semisótanos que sobresalgan más de un metro* en cualquiera de las rasantes del terreno en contacto con la edificación”.

Parece deducirse de este artículo que, sensu contrario, no se computarán los *semisótanos que no sobresalgan más de un metro* en cualquiera de las rasantes y, con mayor motivo aún los sótanos, situados totalmente bajo rasante.

2. El artículo 82.1 del Reglamento de Disciplina urbanística por su parte, al contemplar el supuesto de que el volumen edificable sea determinado específicamente y no por remisión a otras magnitudes, limitándose además la altura máxima posible, establece lo siguiente:

Art. 82.1. : “Se sancionarán con multa del 5 al 10 por 100 del valor del exceso los actos de edificación cuando ésta alcance altura superior a la determinada por el plan o norma de aplicación, *si dicho exceso no implicare un aumento sobre el volumen permitido*”.

2. “*La misma sanción* se aplicará a quienes edificaren sótanos o semisótanos, cualquiera que sea el uso a que se dedicaren, *no permitidos* por el plan o norma urbanística aplicable”.

Existen en este texto, bajo nuestro punto de vista, dos notas destacables a los efectos de nuestro problema:

1. El citado precepto impone a los sótanos y semisótanos no permitidos por el Plan idéntica sanción que la correspondiente a la edificación con exceso de altura *que no suponga aumento sobre el volumen permitido* y, conllevando el exceso de edificación por encima de la edificabilidad permitida una *sanción mayor*, acogida en el propio artículo 80 del mismo texto legal, dado además el principio de proporcionalidad de las sanciones, la única conclusión extraíble del Reglamento de Disciplina nos parece la de que, bajo su óptica, la construcción de sótanos *no puede implicar aumento sobre el volumen permitido* como principio, al referir el párrafo segundo del citado texto a *la misma sanción* establecida para el supuesto de hecho del párrafo primero, no al mismo supuesto de hecho (no dice “lo mismo se aplicará”).

2. otro punto curioso es la referencia a sótanos o semisótanos *no permitidos* por el plan: ¿es o no equivalente a *prohibidos* por el plan tal expresión? Precisamente la respuesta dependerá de si afirmamos la existencia, y en qué medida, de un principio general de libertad en esta materia, residenciable en la articulación del artículo 33-3 de la Constitu-

ción con los artículos 348 y 350 del Código civil y con los preceptos del TRLS y de la LRS, cuyo estudio abordaremos después.

Parece correcto afirmar que al menos los artículos comentados no proporcionan un obstáculo indubitado para una interpretación del artículo 74 del TRLS de la cual se extraiga la conclusión de que el subsuelo, aún regulado por la Legislación de suelo, no es tenido en consideración a efectos del límite de edificabilidad, salvo que otra cosa se deduzca del Plan. Ahora hemos de responder a tres preguntas, íntimamente relacionadas entre sí:

— *La primera* es si resulta aceptable establecer un principio general tan amplio como el de que *ninguna* edificación subterránea es computable a efectos de dicho límite o cabe, por el contrario, realizar matizaciones que atiendan a la diversa tipología edificatoria.

— *La segunda* sería si es posible extraer las indicadas matizaciones a través de una interpretación analógica de la legislación urbanística (Leyes y Normas Urbanísticas de los planes) o si es preciso continuar afirmando el carácter excepcional de las limitaciones legales restrictivas del “derecho genuinamente absoluto de propiedad, según resulta del artículo 348 del Código civil” (STS, sala 4.^a del 30-9-88, Az. 7286).

— *La tercera* consiste en determinar si la no computabilidad de las edificaciones subterráneas a efectos del volumen edificable como criterio general contenido en el propio TRLS y derogable por el Plan, supone necesariamente la posibilidad de su realización práctica, o si simplemente no se computan pero tampoco pueden ser realizadas, salvo que el plan *expresamente* las autorice.

V. LA LEGISLACION URBANISTICA Y LOS ARTICULOS 348 Y 350 DEL CODIGO CIVIL A LA LUZ DEL ARTICULO 33 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

Estimamos que la respuesta a los tres interrogantes citados en el epígrafe anterior únicamente es posible a través de una interpretación integradora de las relaciones entre la Legislación Urbanística y las normas del Código civil relativas al derecho de propiedad, bajo el imperio todas ellas del artículo 33-3 de nuestro Texto Constitucional, que ha de ser punto obligado de referencia. Cierto que tal labor probablemente desborda el propósito de este trabajo y las posibilidades de su autor, pero también lo es que el ejemplo propuesto del subsuelo no constituye sino uno más de los múltiples casos en los cuales, más allá de construcciones teóricas de exquisito valor doctrinal en relación con la función social, la delimitación y el concepto estatutario del dominio, es preciso descender al derecho vigente y a supuestos de hecho concretos, para intentar contrastar teoría y praxis. Una autorizada doctrina se muestra partidaria de que ante la falta de *prohibición expresa* del plan el propietario

puede utilizar libremente el subsuelo (28), existiendo también una corriente jurisprudencial de la sala de lo contencioso proclive a entender, con carácter general y sin referirse de modo directo al subsuelo que, a falta de expresa limitación del plan o de la legislación urbanística, ha de operar el principio pro-libertate en favor del propietario (29). Sin embargo, no puede olvidarse la no menos autorizada corriente doctrinal que entiende separados de la titularidad dominical del suelo los derechos al desarrollo de un aprovechamiento urbano, haciendo especial hincapié en el giro copernicano que significó la Ley del Suelo de 1956 y afir-

(28) Así, ALEJANDRO NIETO, en op. cit., p. 199, afirma expresamente que “donde las leyes nada dicen, donde no imponen limitaciones específicas, recobra su eficacia el artículo 348 del Código civil”. Limita además las determinaciones que los Planes pueden contener en relación con el subsuelo a “sus conexiones con la ordenación del suelo”. Sin embargo, la excepción proclamada por el ilustre autor de que el subsuelo “inicialmente irrelevante para el urbanismo, emerge en el TRLS cuando incide sobre el suelo”, tiene tal fuerza expansiva que para nosotros esa es precisamente la regla, siendo la irrelevancia la excepción.

También parece apuntar en esta dirección SAINZ MORENO, F., en op. cit., pp. 153 y ss., si bien ello es dudoso por cuanto se limita a citar el contenido de la STS (Sala 4.ª) de 30-6-87, la cual viene a afirmar más bien la tesis contraria, al referir esta libertad a las obras de *mero sondeo* por contraposición a las edificatorias, en relación con las cuales afirma que únicamente son posibles cuando las autoriza el plan.

(29) Precisamente el número de Sentencias en las cuales se reconoce un ámbito de libertad para el propietario ante el silencio o la indefinición del planteamiento es elevadísimo. Podemos citar esquemáticamente aquí algunas de ellas a modo puramente ejemplificativo:

1. Contundentemente, la antes citada STS (Sala 4.ª) de 30 de septiembre de 1988, en un caso de duda en el plazo señalado en una concesión de licencia (se discutía acerca de si el fijado era para la terminación o el comienzo de la obra), se manifiesta, en su fundamento de derecho tercero, del siguiente modo: “si obligado es siempre partir de que la intervención administrativa en materia urbanística constituye una poderosa restricción del derecho genuinamente absoluto de propiedad, según resulta del artículo 348 del Código civil —que no consiente más limitaciones que las legalmente establecidas—, es claro que estas y las condiciones que se impongan habrán de interpretarse siempre en el sentido que resulte menos restrictivo de esas facultades dominicales, sobre todo si las consecuencias del incumplimiento producen la invalidez de la licencia”.

2. No menos contundente resulta el considerando primero de la STS de 28 de diciembre de 1983 (Sala 4.ª), confirmatoria del fallo de la Audiencia Territorial que condenó al Ayuntamiento de Jávea a otorgar licencias de obras para transformar unas plazas de garaje en galería comercial, argumentando en base a la inexistencia de “precepto alguno de ordenanza o normativa urbanística que prohíba o impida el uso solicitado...”.

3. En la STS (Sala 4.ª) de 15 de abril de 1988 se estima que no constituye infracción urbanística manifiesta el exceso en el número de plantas autorizadas, respetando la altura máxima, de un edificio destinado a garaje, aduciendo que el reiterado exceso en el número de plazas es resultado de “una imprecisión de las mismas (las Normas Urbanísticas), que sólo lo disponen (el número de plantas) cuando de un edificio de viviendas se trata y no cuando de uno destinado a aparcamiento de vehículos, uso permitido, se proyecta construir, en que consecuentemente a la menor altura precisada por éstas, sin rebasar la total edificable, resulta un número de plantas superior” (*Fundamento de derecho segundo*).

mando la derogación de la regulación civil del contenido del derecho de propiedad cuando éste recaer sobre el bien inmueble suelo (30); según esta óptica, cualquier aprovechamiento o utilidad urbanística del suelo habrá de ser atribuida *expresamente* por el plan, y de aquí que, ante el silencio de la normativa urbanística, no esté tan claro el recurso al Código civil.

Parece, por todo lo expuesto, íntimamente relacionado el problema que nos ocupa con el debate en torno a si el *ius aedificandi* forma parte del derecho de propiedad o es otorgado por el plan siendo señalada por los autores la existencia de posiciones doctrinales y de líneas jurisprudenciales en favor de una y otra tesis (31), discusión que nos parece aún hoy perfectamente planteable a pesar de la literalidad con la cual se expresa la LRS (32). Sin embargo, para el problema aquí planteado, vamos a intentar evitar posicionamientos apriorísticos en torno a alguna de las posiciones definidas, si bien las conclusiones que intentaremos extraer del concreto supuesto al cual intentamos ceñir nuestro estudio, necesariamente supondrán una matización de ambas (salvo que se intente su resolución desde la rígida aplicación de una de las tesis en conflicto, solución que rechazamos como principio). Lo cierto es que, aun admitiendo que el *ius aedificandi* (es, en una u otra medida, consecuencia del plan), en ausencia de tal planeamiento (supuesto en el cual se aplicará el artículo 74 del TRLS) o bien cuando aquél plantee dudas en lo relativo a la configuración de ese *ius aedificandi* ¿qué postura adoptar? Es evidente la existencia de un margen de libertad para el propietario, lo

(30) Ver por ejemplo GARCÍA ENTERRÍA-PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, ed. Civitas, S.A., Madrid 1979, pp. 401 y ss.

(31) Una más detallada y esquemática exposición del estado de esta cuestión puede consultarse en la obra de LOBATO GÓMEZ, *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1989, pp. 545 y ss.

(32) Así, pese al sistema escalonado de adquisición de derechos, parece cierto que si el primer llamado al cumplimiento de los deberes para la adquisición de las facultades urbanísticas es el propietario del suelo sin que ello implique vulneración alguna del invocado derecho de igualdad consagrado por el artículo 14 de nuestra Constitución, es por no existir término posible de comparación entre quien está en la posición jurídica de propietario y aquel que no ostenta tal dominio. Además, esta consecuencia se alcanza igualmente sin más que observar cómo el artículo 66-2 de la LRS valora el suelo urbanizable programado *sin planeamiento de desarrollo*, añadiendo al valor inicial el 25% del coste estimado de su urbanización. La aprobación de aquel planteamiento de desarrollo añade al valor del suelo el denominado en la terminología legal "derecho a urbanizar", cifrado en un 50% del coste de urbanización. Se podrá discutir acerca de las cuantías añadidas el valor inicial por su dudosa equidad (baste contemplar el dato de que cuanto más costosas resulten las obras de urbanización y por ello menor la aptitud natural del terreno para su destino urbano, mayor es la cuantía en que será valorado) pero es evidente que, sin necesidad de actividad alguna por parte del particular, existe una indemnización consecuencia de un correlativo perjuicio patrimonial del propietario, que únicamente cabe poner en relación con su exclusión del proceso conducente a la adquisición de facultades a través de la realización de las cargas urbanísticas y, no cabiendo hablar de expectativas de derecho, parece lógico concluir la existencia de un auténtico derecho previo.

que sucede es que, precisamente por parecer ello tan evidente, incluso para los más recalcitrantes opositores de tal ámbito más allá de lo expresamente autorizado por el Planeamiento, ni tan siquiera se plantea el problema, ni se acude al artículo 350 del Código para fundamentar el aludido ámbito de libertad. Por citar un ejemplo, es frecuente que el plan establezca unas magnitudes de altura máxima, línea de edificación, línea de fondo, coeficiente de ocupación de parcela, etc., plenamente cumplimentables a través de *infinitas* formas edificatorias. Tal indefinición del plan, llevando a sus extremos la tesis de que sólo es posible la edificación cuando la autoriza el Plan y en el modo en que la autoriza, implicaría, o bien una ulterior definición de la Administración, o bien la paralización del proceso de ejecución del planeamiento. Ello no es así debido a que, incluso de modo subconsciente, se está admitiendo que la indefinición del Plan se integra con el libre albedrío del propietario, pero ello, sin atribución expresa y en un clima donde se parta de la premisa de que “lo no autorizado está prohibido”, no es a simple vista posible. Resulta evidente la necesidad de admitir que el *ius aedificandi*, aun cuando se estime atribuido por el Plantamiento (con mayor razón aún si se es partidario de la corriente doctrinal opuesta), se integra de modo efectivo por la libertad, valor superior del ordenamiento de acuerdo con el artículo 1.1 de nuestro texto constitucional y consagrada en materia de propiedad inmobiliaria por los artículos 348 y 350 del Código civil. Se podrá atribuir mayor o menor juego a la operatividad de este derecho, el planificador coloreará más o menos el lienzo, pero el fondo, en caso de quedar un intersticio, continuará siendo blanco.

1. El artículo 33.3 de la Constitución

Evidentemente, la postura que hemos mantenido no supone en absoluto negar la evolución, glosada hasta la saciedad por los autores, desde el concepto de una propiedad tendencialmente ilimitada, a la cual únicamente era posible oponer limitaciones externas, hasta el moderno concepto estatutario de propiedad, delimitada además internamente. Así, el derecho urbanístico no parece haya de ser considerado hoy un derecho excepcional, en el sentido del artículo 4-2 del Código civil y de aquí que la simple falta de regulación expresa de un supuesto de hecho no haya necesariamente de conllevar la irrupción inmediata de los preceptos generales del Código civil. Será por ello, y bajo nuestro modesto punto de vista, plenamente posible la interpretación extensiva, e incluso analógica, de sus preceptos, en orden al logro de la finalidad pública inserta en la actividad planificadora. Pero lo que con frecuencia parece olvidarse es que esa delimitación del contenido del dominio, según nuestro ordenamiento constitucional y en sede de propiedad, se lleva a cabo a través del etéreo concepto de la *función social y de acuerdo con la ley*;

tales referencias implican la necesidad de que la ley y las normas administrativas dictadas en desarrollo de aquélla sean los instrumentos a través de los cuales la mencionada función social se defina. Con esta afirmación, obvia sólomente en apariencia, venimos a completar el esquema; la consecuencia inmediata de la misma será la imposibilidad de que el interés público, componente necesario de la tan repetida función social, pueda ser definido en el escalón del acto administrativo de denegación o concesión de licencia. Tal afirmación, en definitiva, viene a oponerse a una corriente jurisprudencial alternativa, peligrosamente insinuada en alguna sentencia de la Sala de lo contencioso del Alto Tribunal, como por ejemplo la de 24-4-84, en la cual, ante la inexistencia de norma expresa en las ordenanzas municipales, viene a otorgarse a la administración local un discutible ámbito de discrecionalidad para completar esas ordenanzas, *atendiendo a las particularidades del caso concreto* (33). La delimitación del contenido esencial de la propiedad, si ha de verificarse *de acuerdo con la ley*, impone el carácter absolutamente reglado de la licencia y la motivación de su denegación en una norma de rango suficiente, cosa que, por otro lado, viene siendo doctrina reiterada del propio tribunal (34).

Como razonamiento adicional cabría aducir que no parece lógico ad-

(33) Pese a las interrogantes que nos provoca la fundamentación del fallo, sin embargo éste fue favorable a la concesión de licencia, lo cual viene a poner en duda el valor como auténtica *ratio decidendi* de la aludida fundamentación. Se trataba de una licencia de ampliación de terraza otorgada por el Ayuntamiento de Langreo y que, recurrida por un vecino del solicitante, fue declarada nula por la Audiencia Territorial de Oviedo. Recurrido este fallo en casación, el Alto Tribunal estimó el recurso. Admitida la inexistencia, en las Ordenanzas Municipales de la Edificación vigentes y en zonas de alta densidad, de limitación alguna sobre el fondo de las edificaciones o sobre el volumen total resultante, estableciéndose únicamente la altura máxima de aquellas, dando por sentado el Alto Tribunal que el criterio interpretativo de la ordenanza ha de estar en relación con el contexto y acomodarse a su espíritu y finalidad en relación con el principio de proporcionalidad (considerando tercero), viene a continuación a decir que *“es atribuible al Ayuntamiento la facultad precisa para fijar el fondo de la edificación y el volumen total, ateniéndose las particularidades del caso concreto”* (considerando sexto). No nos tranquiliza el hecho de que se establezcan en la sentencia algunos términos para el control de esa discrecionalidad tales como “lo razonable” en función del “principio de proporcionalidad” y “decisiones análogas anteriores”, *cuando son magnitudes de tal entidad las remitidas a concreción a través del acto de concesión de la licencia*.

(34) Así SSTs de 29-11-1968, 29-4-1970 y 9-5-1970 entre muchísimas otras. A nuestro juicio no se ha de entender alterada tal consideración por el nuevo texto de la LRS, que literalmente entendida, confiere carácter constitutivo a la licencia en la adquisición del derecho a edificar (art. 20), dado que el carácter reglado y la eficacia constitutiva de una licencia son cosas no necesariamente coincidentes. Así, es posible que el propietario tenga derecho a la licencia si se dan los requisitos establecidos en la ley (carácter reglado), aún teniendo valor constitutivo el acto de concesión de aquélla (así ocurre por ejemplo en el Town and Country Planning Act inglesa de 1947), como ha señalado acertadamente MARTÍN BLANCO en *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, ed. Montecorvo, 1968, pp. 68 y ss.

mitir que precisamente la falta de concreción de las Normas Urbanísticas u Ordenanzas Municipales de la Edificación, en cuyo proceso de aprobación tiene una destacada intervención el Ayuntamiento, dado el sistema de competencias compartidas entre la administración local y autonómica vigente en esta materia, venga a resolverse precisamente en una mayor discrecionalidad en favor de aquél órgano para interpretar el interés público. En estos casos ha de cobrar toda su relevancia la regulación contenida en los artículos 348 y 350 del Código civil, dado además su carácter de derecho supletorio general, establecido en el artículo 4-3 del título preliminar del propio texto legal. Si las leyes únicamente se derogan por otras posteriores, según preceptúa el artículo 2-2 del Código Civil y es evidente la plena compatibilidad de la regulación general acogida en éste con la legislación especial (el Código habla de la de Montes y Minas, pero nada impide ampliar el catálogo con las normas dictadas en relación con bienes de análoga relevancia para el interés común), e incluso con los propios Planes Urbanísticos, según razonamos en el apartado II, y en nota n.º 15 de este trabajo, no existe razón alguna para negar la preeminencia sobre los actos del ente municipal de los meritados artículos 348 y 350, en tanto normas legales que contribuyen a delimitar el contenido esencial del derecho de propiedad, en plena conformidad con el precitado artículo 33-3 de la Constitución, e interpretados obviamente de acuerdo con la realidad social actual, no con la existente en el inicio del proceso codificador y que tampoco coincide plenamente con la inspiradora de nuestro código civil (35).

VI. DIFERENCIACION ENTRE CONSTRUCCIONES SUBTERRANEAS ATENDIENDO A UNA INTERPRETACION ADECUADA DEL VOLUMEN EDIFICABLE

Hemos ido desgranando a lo largo de los epígrafes anteriores una serie de razonamientos que vamos a intentar sintetizar. El resumen nos llevará a conclusiones que no sabemos si calificar de pesimistas u optimistas, pero en cualquier caso negativas en orden a la posibilidad de mantener la existencia en nuestro derecho de vía libre para el establecimiento de cualquier tipología de instalaciones subterráneas. Matizando en cierto modo el razonamiento de Nieto Peña cuando afirma que

(35) En este sentido cabe poner de manifiesto como LOBATO GÓMEZ, op. cit. pp. 229 y ss., resumiendo las opiniones doctrinales en torno al proceso de formación del Código civil, hace hincapié en la flexibilidad del concepto del Derecho de Propiedad contenido en nuestro código, que viene a incorporar ciertas infiltraciones de nuestra tradición jurídica, además de verse influido por las críticas hechas al derecho de propiedad privada durante la segunda mitad del siglo XIX, todo lo cual viene a justificar la existencia de matizaciones al mismo fundamentadas en el interés público.

ante el silencio del Plan recobra su eficacia el artículo 348 del Código civil (36), nosotros afirmamos la vigencia de este artículo, pero con un juego más modesto. No creemos en el estricto silencio del TRLS y de la LRS en torno al subsuelo, como ya señalamos con anterioridad, pero sí venimos apuntando en cambio la existencia de indicios suficientes para defender que las instalaciones subterráneas, salvo expresa regulación del Plan, no parecen computables a efectos del límite de edificabilidad, a falta de una regulación por ley de esta magnitud y ante el confuso tenor del reiterado artículo 74 del TRLS. Sin embargo, ello no implica ilimitación alguna en la virtualidad edificatoria del subsuelo, al menos, por las siguientes razones:

1. Ya dijimos cómo la clasificación del suelo, que dado nuestro punto de partida nos parece plenamente aplicable al subsuelo, supone el sometimiento del *ius aedificandi* en relación con éste a idénticas limitaciones y cargas que las establecidas para su ejercicio (o adquisición, si se está a la literalidad de la LRS), en relación con la superficie.

2. Como secuela de la aplicabilidad del TRLS al subsuelo, la clasificación (división del suelo en todas o alguna de las categorías siguientes: urbano, urbanizable programado, urbanizable no programado y no urbanizable) y la calificación (asignación de usos: residencial, industrial, terciario, etc.), establecidas por el planeamiento en virtud de aquél (art. 76 TRLS), han de ser respetadas por las instalaciones subterráneas y, por lo tanto, serán posibles exclusivamente las destinadas a usos permitidos o compatibles con los establecidos por el Plan para la zona en cuestión (37).

3. Lógicamente las prescripciones contenidas en el planteamiento y normativa sectorial aplicables en relación con las condiciones higiénico sanitarias de edificios y construcciones, habrán también de ser respetadas, y ello ya se trate de instalaciones sobre o bajo rasante, lo cual conllevará la exclusión, en la mayor parte de los supuestos, de edificaciones subterráneas dedicadas a albergar presencia humana de modo continuado.

La actuación de los tres factores enumerados ya va a limitar de modo notable el ámbito de poder atribuido al propietario en relación con el subsuelo. Sin embargo, nos queda todavía un factor determinante, que hace referencia y se fundamenta en todo lo anteriormente expuesto acerca de la interpretación del derecho urbanístico.

En efecto, si dijimos ya que en el estado actual de evolución del derecho de propiedad hacia un concepto estatutario, derivado de la peculiar incidencia y la diversidad de las funciones sociales que están llamados a cumplir los distintos bienes, y concepto además de una propiedad

(36) Op. cit. p. 199.

(37) Así se viene a reconocer en la STS de 28-12-82, que estima procedente la transformación de plazas de aparcamiento en galería comercial "por no existir precepto alguno de ordenanza o normativa urbanística que prohíba o impida el uso solicitado".

delimitada por la respectiva función social, no cabrá hablar ya de la legislación urbanística como de una normativa excepcional respecto del régimen ordinario del dominio, tampoco será posible argumentar por consiguiente en torno a una interpretación restrictiva de sus preceptos. La importante conclusión extraíble de estos datos es que, si bien el subsuelo, según ya hemos reiterado con exceso, no parece computable a efectos del volumen de edificabilidad, ello no implicará la posibilidad de acudir a los artículos 348 y 350 del Código civil sin antes agotar la interpretación del propio TRLS. Así, resulta evidente que los Planes Urbanísticos (al menos los Planes Generales, los Planes Parciales y los Programas de Actuación Urbanística), están llamados a efectuar una ordenación integral del territorio, para la cual existe un dato de enorme interés: *el de la densidad de población* que está llamada a ocupar el área planificada. Así, el TRLS establece una innumerable serie de los llamados estándares urbanísticos, a cumplir por el planificador, en relación con las superficies que han de ser destinadas a espacios libres y equipamiento comunitario (parques, centros de enseñanza, centros sanitarios, etc.) y los cuales son fijados en atención al datos poblacional (38).

Esta idea de la relación equipamiento/población constituye el espíritu inspirador del artículo 49-2 del TRLS el cual viene a exigir, para la modificación de un Plan que *tienda a incrementar el volumen edificable de una zona*, la previsión de los mayores espacios libres *que requiera el aumento de la densidad de población*. Pues bien, una interpretación finalista e incluso analógica de esta norma (¿por qué no, si, como dijimos, no estamos ante un derecho excepcional?), permitirá extender el criterio hacia la imposibilidad de autorizar aquellas instalaciones subterráneas que impliquen aumento de población, aún cuando no puedan significar aumento de volumen por haber partido de la premisa de que el subsuelo no es computable a tales efectos.

Estas consideraciones permiten marcar una diferencia fundamental, en atención a la incidencia en la ordenación llevada a cabo por el planificador, entre las instalaciones subterráneas que puedan implicar aumento de la densidad de población y aquellas otras que no presenten incidencia negativa alguna sobre ese parámetro, pudiendo incluso presentar una colaboración positiva en la descongestión de áreas urbanas, como sería el caso de los garajes (39).

(38) Basta para comprobarlo con asomarse a los artículos 12-1-b), 12-2-1 c) y d) y 13-2 b), c), d) y e) del TRLS.

(39) Esta idea de la relación entre volumen edificable/densidad de población está en la base de sentencias como la de la Sala 4.ª del T.S. de 26-9-84, que acepta los considerandos de la sentencia apelada de la Audiencia Territorial de Pamplona de 30-6-82 en los cuales se admite la construcción de una planta para trastero bajo cubierta (la posibilidad de extrapolar al subsuelo es obvia, máxime cuando en relación con éste no es posible el frecuente fraude de tabicar las buhardillas y venderlas o arrendarlas después como vivien-

Podrá alegarse que esta diferenciación, basada en una interpretación finalista e incluso analógica del TRLS y del Planeamiento de desarrollo, supone en cierta medida un paso atrás en la búsqueda de seguridad jurídica, introduciendo consideraciones relativas al impacto sobre el plan de las distintas tipologías que las edificaciones subterráneas pueden presentar; creemos, sin embargo, que ello no es así y que, además, nuestras conclusiones ni tan siquiera resultan ajenas al entendimiento clásico de nuestro artículo 350 del Código civil en relación con el subsuelo. Así ya mencionamos como Scaevola venía a configurar una utilización del subsuelo accesoria respecto de la edificación superficial. Hoy esta accesoria, en determinadas instalaciones, puede ser matizada (por ejemplo, el garaje privado puede arrendarse o enajenarse, pero ello no supondrá sino que se convierta en accesorio de otra edificación próxima: así ocurrirá cuando el propietario arriende su plaza de garaje a empleados de un cercano edificio de oficinas), pero no deja de constituir un elemento inseparable, si no jurídica sí funcionalmente, de estas instalaciones. No atenta así contra tal interpretación, bajo nuestro modesto punto de vista, ni tan siquiera el floreciente tráfico jurídico de que son hoy objeto los garajes, instrumentado a través de las figuras jurídicas privadas anteriormente glosadas; la razón es evidente: siempre se tratará de un tráfico restringido a usuarios de las que, en contraposición al concepto de edificación accesoria, cabría llamar edificaciones principales próximas.

Lógicamente entendemos que la intensidad de esa utilización posible del subsuelo, habrá de ser conforme con su carácter accesorio y el punto de referencia vendrá constituido, en principio al menos, por la edificación a la que sirve, debiendo entenderse a estos efectos como tal la edificada o edificable en la parcela o solar de los cuales el subsuelo es parte integrante.

En cuanto a las instalaciones subterráneas para usos comerciales, industriales, etc., no parece descabellado entender que, si cumplen los demás requisitos establecidos por la legislación urbanística y el planeamiento de desarrollo, puedan ser edificadas, pero sometidas a las limitaciones establecidas por el límite de la edificabilidad máxima, por vía

da), sin que ello implique alteración del número de plantas para vivienda y ante la ausencia de "norma impeditiva, excluyente o prohibitiva de la licencia".

— También en la STS de 21-3-1972 se aceptan los considerandos de la Audiencia Territorial donde claramente se alude a que los garajes "tampoco constituyen espacios habitables con cuyo cómputo se incrementa la densidad de población en función del cual (¿de la cual?) se establece y ha de valorarse el dato del volumen de edificabilidad".

— Por su parte la STS de 4-10-1988 viene a revocar el fallo de la Audiencia Territorial de Bilbao que a su vez declaró nula la resolución denegatoria de licencia del Departamento de Política Territorial del Gobierno Vasco, debido a la existencia de un trasvase volumétrico de locales de planta baja a viviendas, con aumento notorio de la densidad de población, que en el caso de autos era ya, según el Plan Parcial, superior al límite de viviendas por hectárea fijado en el TRLS.

analógica y al implicar una indudable incidencia sobre la densidad poblacional de la zona planificada.

EPILOGO

Con estas modestas líneas no se ha intentado sino apuntar unas pautas de control en relación con la edificación en el subsuelo cuando no existe plan o bien cuando sus normas resultan oscuras o no refieren expresamente a las instalaciones subterráneas. Hemos intentado por un lado respetar y defender la vigencia de los artículos 348 y 350 del código civil en tanto configuradores de un principio general de libertad en favor del propietario, al cual se alude por el Tribunal Supremo bajo muy diversas fundamentaciones (artículo 6 del Reglamento de servicios de las Corporaciones locales, carácter reglado de las sentencias con la secuela ineludible de que toda denegación haya de ser motivada o bien citando expresamente tales preceptos), pero cuya vigencia parece indiscutible, en tanto por otro intentamos reducir la aplicación de esos artículos a lo que estimamos deben ser sus justos términos, evitando consecuencias que conviertan el subsuelo en vía de escape a las limitaciones establecidas por el planificador. Ahora bien, el subsuelo plantea numerosísimos problemas aún, cuyo tratamiento exhaustivo ha sido eludido tradicionalmente. La concepción absoluta, ahora no ya de la propiedad privada sino del dominio público, que parece extenderse, este sí, desde el cielo y hasta los infiernos, lo cual junto con la progresiva patrimonialización de ese dominio público en favor de la administración titular, conlleva la publicación de sectores cuyo cierre a la iniciativa privada no hasido debidamente justificado (así, los aparcamientos públicos gestionados a través de la concesión administrativa) (40) es otro interesantísimo problema por resolver.

Pero existen otros que tocan más de cerca al derecho privado; así, es corriente que en los Planes de Urbanismo se exceptúen del cómputo de la edificabilidad los garajes que el propio plan impone como obligatorios y en la medida en que lo son. En algunos planes se impone además la vinculación del uso de una vivienda o local con el de la plaza de garaje que corresponda (41). Dado que la Resolución de la Dirección General de los Registros de 20-12-73 admite el pacto estatutario que establezca la prohibición de transmitir por separado la propiedad de vivienda y local para aparcar (aún siendo distinto transmitir el dominio o el uso) ¿la enajenación o arrendamiento será un acto nulo en base al artículo 1255 del Código civil? Recuérdese antes de desechar tal posi-

(40) Esta aplicación del artículo 350 del Código Civil al dominio público ha sido criticada por SAINZ MORENO, F., op. cit. pág. 208.

(41) Vinculación admitida por el Tribunal Supremo (Sala 4.ª) en su sentencia de 22-6-1981.

bilidad, que la nulidad parcial del precio establecido por encima del máximo autorizado en la compra-venta de Viviendas de Protección Oficial, es jurisprudencia reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo y téngase en cuenta el hoy indubitado carácter normativo de los planes.

Todavía quedaría la problemática relativa al importantísimo problema de los aprovechamientos atribuibles al subsuelo. Girando el sistema legal en torno a la relación valor del suelo/volumen edificable, ¿puede alegar el propietario de un terreno se tome en consideración el valor de una edificabilidad que el plan no otorga expresamente o que, aún otorgándola, exceptúa del cómputo de la edificabilidad? La STS de 10-4-1990 (Sala 3.ª) toma en cuenta los garajes cuya superficie no se incluía en la edificabilidad señalada en las normas subsidiarias de aplicación *pero que podía ser construida* (caso típico de nuestro estudio), según se reflejaba en un anteproyecto de viviendas a construir en los terrenos expropiados y en un Estudio de detalle; ¿se habría tomado en consideración tal superficie sin la existencia de tales documentos, que no obstante carecen de eficacia normativa alguna, no pudiendo por tanto innovar el ordenamiento del cual son meros instrumentos aplicadores?

Todas estas dudas y muchas más forman parte de la poco cuidada regulación del subsuelo, en contraste con la creciente importancia atribuida al mismo en el tráfico jurídico. Nos hubiera gustado abordar detenidamente cada supuesto pero nos parece haber agotado ya con creces la paciencia del lector en relación con tema tan arduo y complejo, quedando a la espera de que, una vez más, la evolución legislativa se desarrolle en esta materia empujada por la tecnología.

