

El control registral de la edificación

MARÍA DEL CARMEN LUQUE JIMÉNEZ
Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universidad de Málaga

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA PROBLEMÁTICA DE LA PROPIEDAD DE LA OBRA NUEVA.
- III. LA OBRA NUEVA EN LA LEY HIPOTECARIA Y SU REGLAMENTO.
- IV. EL INCREMENTO DEL CONTROL DE LEGALIDAD: EL TEXTO RE-FUNDIDO DE 1992 Y LA LEY DEL SUELO DE 1998.
- V. COORDINACIÓN ENTRE REGISTRO Y URBANISMO: EL REAL DE-CRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO.
- VI. LA LEY 5/1999 DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN: EL SEGURO DECENAL.
- VII. LA LEY 8/2007, DE 28 DE MAYO, DE SUELO, Y EL TEXTO REFUN-DIDO DE 20 DE JUNIO DE 2008: EL LIBRO DEL EDIFICIO.

I. INTRODUCCIÓN

El Registro de la Propiedad constituye una pieza esencial en el proceso de ejecución y posterior adquisición de las nuevas edificaciones, pues los registradores de la propiedad, en el ejercicio de la función calificadora que les atribuye el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, son los últimos agentes controladores de la legalidad de los aspectos jurídicos del proceso constructivo y, por ello, les corresponde velar por el cumplimiento de los requisitos legales del derecho a edificar. De este modo, como señala el artículo 55 con el que se cierra el capítulo dedicado a las obras nuevas en el Real Decreto 1093/1997, 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: «*los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, el cumplimiento de lo establecido en este Reglamento para la inscripción de declaraciones de obra nueva, de tal forma que los documentos que no reúnan los requisitos exigidos no serán inscribibles*». Esto no obstante, debe partirse de la premisa del sistema de inscripción voluntaria en nuestro derecho, por lo que el control registral solamente operará cuando voluntariamente se acuda a la institución registral para la tutela de los derechos particulares.

La declaración de obra nueva constituye la constatación de un hecho existente en la realidad extrarregistral, afectante a una finca inscrita, que, previo cumplimiento de los requisitos legales, puede tener acceso al Registro con la consiguiente modificación de la descripción registral de la finca para hacer constar en ella la nueva edificación y conseguir así la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica.

En este sentido la DGRN (Resolución de 21 de mayo de 1991, RA núm. 4076) considera la declaración de obra nueva como un acto de administración que refleja un hecho constatado en la realidad (edificio construido). Las obras nuevas, lo mismo que las plantaciones de una finca rústica, no pasan de ser un elemento físico que completa la descripción registral de la finca, de suerte que «*una vez realizada la obra, su acceso al Registro de la Propiedad tiene lugar como la simple constatación de un hecho*» (Resoluciones de 21 de febrero de 1995, RA 1735 y 21 de noviembre de 2002, RA 2003/3938). Esta posición parece seguirse también en el Reglamento Hipotecario cuando permite su artículo 94 la inscripción de las efectuadas por uno sólo de los cónyuges. No obstante, cabe plantearse también la declaración de obra nueva desde la perspectiva de la modificación del derecho de propiedad o el surgimiento de este derecho sobre lo edificado, como veremos seguidamente.

A pesar de que en la definición apuntada nos referíamos a modificaciones de fincas inscritas, la declaración de existencia de una obra nueva puede referirse también a una finca no inscrita. Así, puede ocurrir que con ocasión de una pretensión de inmatriculación se ponga de manifiesto la existencia de una edificación en la finca cuyo ingreso en el Registro se pretende. En estos casos es doctrina de la DGRN que es preciso cumplir la normativa exigida por la legislación urbanística para el acceso de las edificaciones al Registro, sin que obste a ello el hecho de que no nos hallemos ante una declaración de obra nueva, sino ante una pretensión de inmatriculación. Los preceptos reguladores del acceso de edificaciones al Registro (actual art. 20 del RDLeg. 2/2008 de 20 de junio) son aplicables a toda hipótesis de acceso de una edificación al Registro (Resoluciones de 9 de octubre de 2000, RA 10226; 13 de septiembre de 2003, RA 6276; 17 de febrero de 2005, RA 1958 y 6 de julio de 2005, RA 5652).

II. LA PROBLEMÁTICA DE LA PROPIEDAD DE LA OBRA NUEVA

Aun cuando, como acabamos de ver, la declaración de obra nueva no pasa de ser la mera constatación de un hecho físico modificativo de la descripción de la finca, lo cierto es que afecta al derecho de propiedad en una doble perspectiva: por tratarse de una facultad del dominio y por existir un derecho de propiedad sobre la finca.

En primer lugar, el derecho a edificar es una facultad ínsita en el derecho de dominio, aunque, a la vez, sujeta a las limitaciones consustanciales al derecho de propiedad en la actualidad, y por ello, al cumplimiento de una función social (art. 33 CE), lo que se aprecia en los diversos requisitos establecidos en la normativa urbanística.

Como manifestación del ejercicio consumado del derecho a edificar, la declaración de obra nueva corresponde efectuarla al propietario del suelo, aunque se trate de un acto de administración del dominio. Por ello, en cumplimiento del principio de tracto sucesivo (art. 20 de la Ley Hipotecaria) deberá otorgarla el titular registral actual, con independencia de que, según los datos obrantes en el Registro, en la fecha de construcción tal titular no fuese el propietario. Como señala la DGRN en la Resolución de 20 de marzo de 2002 (RA 6187) de no ser así, nunca podría inscribirse una obra nueva si el propietario que la construyó no la hubiese declarado. En cuanto a los supuestos de usufructo, la DGRN, en la Resolución de 21 de noviembre de 2002 (RA 3938), partiendo de la configuración de la obra nueva como un simple hecho, como la constatación registral de un elemento físico de la finca que completa la descripción de ésta, considera que la única razón para exigir la conformidad del usufructuario sería la obligación que tiene el nudo propietario de no alterar la forma y sustancia del bien ni perjudicar el derecho de aquél, pero, dado que esta obligación también implica la de mantener la aptitud productiva de la cosa o de mejorarla, es claro que no la viola el hecho de reflejar en el Registro la existencia de una construcción que se ajusta a la normativa urbanística y que será disfrutada por el usufructuario.

En este sentido, para LLOPIS GINER el nudo propietario es el que tiene, en virtud del principio de accesión, la facultad de hacer la obra nueva, siempre que no traspase los límites de su derecho. Esta regla admite a juicio de este autor las excepciones del título de constitución del usufructo, del caso de la obra nueva antigua y del caso de la existencia de una hipoteca que modifica el derecho real hipotecado y trastorna la regla general en virtud de la no extensión automática de la hipoteca sobre la obra futura («El nudo propietario y el usufructuario en la declaración de obra nueva: su naturaleza y supuestos», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, 2006, págs. 1148-1149).

Por otra parte y, como apuntábamos antes, para las sociedades de gananciales el artículo 94.2 del Reglamento Hipotecario considera inscribibles las declaraciones de obra nueva realizadas por sí solo por el titular registral cuando se trata de finca inscrita conforme al artículo 94.1 por uno de los cónyuges con carácter ganancial. La DGRN en la Resolución de 21 de febrero de 1995 (RA 1735) admite que inscrita una finca con carácter ganancial a nombre de marido y mujer conforme al artículo 93.1 RH, basta la intervención de uno de ellos para inscribir una declaración de obra nueva con expresa manifestación de haberse realizado la construcción a expensas de la sociedad conyugal, reiterando la consideración de mera constatación de un hecho.

En otro orden de cosas, la declaración de obra nueva implica el reconocimiento de una modificación o ampliación en el objeto del derecho de propiedad, lo que conlleva la necesaria determinación de la titularidad de la nueva edificación, o lo que es lo mismo: puede afirmarse que ha surgido un nuevo derecho de propiedad sobre lo edificado. Diversas normas se ocupan en nuestro ordenamiento de esta cuestión, lo que nos lleva a la obligada referencia a los preceptos reguladores de la accesión (art. 353 y sigs. CC), que en el ámbito inmobiliario se rigen por el principio *superficies solo cedit* recogido en el artículo 358 que dispone: «*lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes*».

En cuanto a los supuestos de comunidad conyugal, es relevante la determinación del carácter privativo o ganancial de las edificaciones para lo cual el artículo 1.359 del Código Civil sigue el principio general de la accesión en lugar de imputarlas a aquél de los cónyuges que alegase efectuarla. Así, dispone la norma que: «*las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho. No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado*». El mismo criterio sostuvo la DGRN en la Resolución de 30 de junio de 1982 (RA 3676) para un supuesto de sobreelevación en edificio privativo de uno de los cónyuges, considerando que construida por el marido una nueva planta sobre edificación preexistente, de su propiedad, tendrá aquella el mismo carácter privativo, si bien surgirá un crédito, por su valor, a favor de la sociedad de gananciales. No obstante, en la Resolución de 26 de mayo de 1999 (RA 4368) para un supuesto de obra nueva realizada por cónyuges casados en régimen de separación, sobre solar propio del marido, con aportaciones económicas de

ambos en el que se adjudicaban la total finca por mitades sostiene la Dirección General que, si bien es cierto que toda transferencia patrimonial ha de tener su causa, y que ésta a efectos registrales no puede presumirse, no lo es menos que, en la escritura presentada, además de la obra nueva declarada se contiene un negocio jurídico de carácter oneroso que, aunque no esté expresamente nombrado, podría tener aptitud suficiente para provocar el traspaso patrimonial en él contenido.

Finalmente, la facultad de edificar incluida en el derecho de propiedad del suelo puede ser dissociada y atribuida a otra persona distinta del propietario, dando lugar a los derechos de superficie, sobreedificación y subedificación que pasamos a analizar brevemente.

DERECHO DE SUPERFICIE

Puede definirse el derecho de superficie como el derecho a construir en suelo ajeno que se concede a otra persona, haciendo ésta suyo lo construido durante el periodo de duración del derecho. Para ROCA SASTRE («Ensayo sobre el derecho de superficie», en *RCDI*, 1961, pág. 7 y sigs.) es: «*el derecho real de tener o mantener, temporal o indefinidamente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o plantar o por medio de un acto adquisitivo de edificación o plantación preexistente*».

La naturaleza jurídica de este derecho se perfila a partir de dos teorías distintas. La primera de ellas parte de la concepción del Derecho romano que sostiene la esencial compenetración de la propiedad del suelo con la superficie y que no admitió una propiedad de ésta distinta de la propiedad de aquél. La segunda se encuentra en parte de la doctrina italiana (Chironi, Lomonaco, Gianturco), postulando el derecho de superficie como un derecho real, enajenable y transmisible, sobre construcciones hechas en fundo ajeno, ligado o no a la obligación de pagar un canon al propietario.

En los artículos 40 y 41 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, se regula este derecho que se conceptúa como un derecho real que atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. Se inclina, por tanto, por la posición de ROCA SASTRE (ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, Tomo V, 8.ª ed., Barcelona, 1997, pág. 483) al acentuar el hecho de «mantener» y no sólo «construir», si bien, se establece claramente su carácter temporal, con un límite máximo de noventa y nueve años. Esta temporalidad que caracteriza la figura la hace útil básicamente para construcciones que tengan una duración

prefijada por su carácter temporal o transitorio. Para el propietario de un terreno es un medio para hacer suyo el incremento del valor del suelo en zonas próximas a poblaciones propicias a una fuerte expansión urbanística. No obstante, el éxito de este derecho colisionará con el obstáculo de la temporalidad, ya que el que adquiere para construir no se contenta con hacer suyo lo construido sólo por cierto número de años.

El derecho de superficie implica un doble goce: el del suelo en la construcción del edificio y el de ese edificio una vez construido, aunque en este segundo estadio el goce derive directamente de la propiedad de lo edificado, es decir, de la propiedad superficiaria. Lo fundamental es el derecho de mantener la propiedad superficiaria de lo edificado, porque el derecho de construir la edificación es más bien una facultad instrumental o medial para llegar a la existencia de la propiedad separada superficiaria (vid. ROCA SASTRE, R. M. y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, pág. 485).

En la regulación del Texto Refundido se establece la inscripción constitutiva de este derecho en el Registro de la Propiedad, la cual era ya contemplada en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, cuya redacción, dada por el Real Decreto de 4 de septiembre de 1998, fue anulada por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (RA 1083).

DERECHO DE SOBREDIFICACIÓN Y SUBEDIFICACIÓN

Los derechos de sobreedificación y subedificación son aquellos que atribuyen la facultad de construir en el vuelo o subsuelo concedido a otra persona haciendo ésta suyas las edificaciones resultantes y sin constituir derecho de superficie. La disociación en el derecho a edificar respecto a la propiedad del suelo también es característica de estos derechos, aunque, a diferencia del derecho de superficie se pretende una apropiación definitiva de lo edificado.

El régimen registral de estos derechos se establece en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, afectado también parcialmente por la citada sentencia de 31 de enero de 2001. Según este precepto: *«el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3 del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar:*

- a) *Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento.*
- b) *(Anulado).*

- c) (Anulado).
- d) *Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción».*

Los apartados b) y c), relativos a la determinación del número de plantas y el plazo para el ejercicio del derecho que no puede exceder de diez años fueron anulados, si bien la exigencia de estas circunstancias vienen dadas por el principio hipotecario de especialidad.

III. LA OBRA NUEVA EN LA LEY HIPOTECARIA Y SU REGLAMENTO

La regulación de la Ley y el Reglamento Hipotecario se caracterizan por la flexibilidad y ausencia de requisitos específicos para el acceso de edificaciones al Registro. Así el artículo 208 de la Ley dispone que: *«las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de una finca urbana podrán inscribirse en el Registro por su descripción en los títulos referentes al inmueble. También podrán inscribirse mediante escritura pública, en la que el contratista de la obra manifieste estar reintegrado de su importe por el propietario, o en la que éste describa la edificación, acompañando certificado del arquitecto director de la obra o del arquitecto municipal».* El artículo 308 del Reglamento se limita a matizar ligeramente el contenido de este precepto. De ambos artículos resultan dos posibilidades para inscribir obras nuevas: 1.º) Mediante su descripción en los títulos referentes al inmueble por los que se declare, reconozca, transfiera, modifique o grave el dominio y demás derechos reales, o se haga constar solamente la plantación, edificación o mejora. 2.º) Mediante escritura pública descriptiva de la obra nueva en la que el contratista manifieste que ha sido reintegrado del importe de la misma o a la que se acompañe certificado de arquitecto director de la obra o del arquitecto municipal, acreditativo de que la construcción está comenzada o concluida. De las normas citadas resulta una gran facilidad para el acceso de las edificaciones al Registro, bastando la mera descripción en los títulos relativos al inmueble.

Resulta destacable que se contempla no sólo el supuesto de las obras nuevas, sino también las nuevas plantaciones o mejoras. Aunque se refiera a fincas urbanas, deben entenderse comprendidas también las rústicas en las que pueden efectuarse dichas edificaciones o mejoras. Del mismo modo, también deben entenderse incluidas cualquier otra obra que transforme las circunstancias materiales de la finca expresadas en el Registro, como desmontes, puestas en cultivo de terreno, obras de riego, etc.

La regulación de la Ley Hipotecaria, aunque no ha sido formalmente derogada, se encuentra en la actualidad en total desuso, puesto que los requi-

sitos actualmente exigibles, de fondo y forma, de las obras nuevas se recogen en la normativa cuya evolución estudiamos en los siguientes apartados.

IV. EL INCREMENTO DEL CONTROL DE LEGALIDAD: EL TEXTO REFUNDIDO DE 1992 Y LA LEY DEL SUELO DE 1998

La Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico introdujo el sistema de adquisición gradual de facultades del dominio, conforme al cual se establecían sucesivas fases para la adquisición de dichas facultades urbanísticas del dominio sobre bienes inmuebles, distinguiendo entre el derecho a edificar y derecho a la edificación. El derecho a edificar se concretaba en la facultad de materializar el aprovechamiento urbanístico correspondiente (si no había sido sustituido por su equivalente económico) y requería con carácter constitutivo la previa obtención de licencia de obras, ajustada a la ordenación en vigor. Por su parte, el derecho a la edificación dejaba de considerarse como una manifestación del denominado derecho de accesión que, procedente del Derecho Romano, se había incorporado al artículo 358 del Código Civil, y que atribuye la propiedad de lo edificado al propietario del suelo; sino que este derecho a la edificación sólo autoriza la incorporación de lo edificado al patrimonio del propietario del suelo cuando la edificación se hubiese ejecutado y concluido con arreglo a las condiciones fijadas por la licencia ajustada al planeamiento (DÍAZ FRAILE, J. M., «El tratamiento registral de la obra nueva en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, 141, diciembre de 2007, pág. 3788).

Para CABELLO DE LOS COBOS («Disciplina urbanística y publicidad registral», en *RCDI*, núm. 604, pág. 1580) la realización de la obra, con independencia del derecho-deber de edificar sobre un solar o sobre suelo rústico con expresa autorización es el resultado del ejercicio de la facultad de goce que corresponde al propietario del suelo; la materialización del *ius aedificandi*.

Consecuentemente con lo expuesto, es a partir de la citada Ley 8/1990 y del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992, cuando se introducen dos importantes exigencias que sitúan al Registro de la Propiedad como último garante de la legalidad urbanística: la licencia municipal y el certificado de técnico. Así, el artículo 37.2 establecía: «*los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado. Para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técnico competente, acreditativa de que la des-*

cripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso, el propietario deberá hacer constar la terminación mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada. Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras».

De este precepto surge también el distinto tratamiento entre obra nueva comenzada o en construcción y obra nueva finalizada. La importancia en la práctica edificatoria de comenzar las transacciones inmobiliarias de edificaciones aún en fase constructiva hace necesario, a la par que muy conveniente, su acceso al Registro, de manera que los adquirentes puedan tener inscritos sus derechos y gozar de las presunciones y protección que les brinda el Registro. Por ello se regula la posibilidad de acceder al Registro la obra en construcción, debiendo acreditarse posteriormente la terminación mediante acta notarial a la que se incorpora el certificado final de obra. Dicha posibilidad ya se apuntaba en el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, en el artículo 308 del Reglamento y por la DGRN, que en la Resolución de 5 de noviembre de 1982 (RA 6941) admite la inscribibilidad de una escritura de obra nueva y propiedad horizontal en que se dice que la construcción del edificio está comenzada, sin especificarse el estado en que se encuentra cada uno de los locales y viviendas, dando cobertura a las denominadas situaciones de prehorizontalidad.

Tanto para las obras terminadas como para las obras en construcción se exige el testimonio notarial de la licencia y del certificado técnico que acredite que la descripción de la obra se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia.

Conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional, de 20 de marzo de 1997 (RTC 1997/61), sólo es competencia del Estado en materia urbanística, la definición del derecho de propiedad y las condiciones de igualdad en el territorio nacional, la determinación de su función social, el régimen de expropiación forzosa y valoraciones y los aspectos jurídico-registrales. Anulados numerosos preceptos del Texto Refundido, de 26 de junio de 1992, por infracción del régimen competencial autonómico (incluso el sistema de adquisición gradual de las facultades del dominio) se mantuvo la misma línea en cuanto a la declaración de obra nueva iniciada por el referido Texto Refundido en el artículo 22 de la Ley 6/1998, de Suelo, y valoraciones que reitera los mismos requisitos ya señalados, debido a que los mismos se refieren a aspectos registrales que entran en el ámbito competencial estatal (cfr. art. 149.1.8 CE).

En cuanto al ámbito temporal de aplicación de los requisitos señalados, la RDGRN, de 3 de octubre de 2002, señala que la exigencia de certificado de técnico competente, acreditativa de que la obra ha sido concluida con arreglo al proyecto, sólo es exigible a las edificaciones posteriores a la Ley del Suelo de 1990. Por tanto, siendo principio general de nuestro Derecho

(art. 2.3 CC) el de que las leyes no tienen efecto retroactivo si no dispusiesen lo contrario, y habiéndose acreditado mediante documento oficial que la obra fue terminada antes de la vigencia de la Ley del Suelo de 1990, no puede exigirse el cumplimiento de requisitos impuestos por ésta y que no venían impuestos cuando aquélla fue concluida, pues examinado el articulado de la Ley de 1990 se desprende que ésta se refiere a sólo a las edificaciones construidas con posterioridad a su entrada en vigor.

V. COORDINACIÓN ENTRE REGISTRO Y URBANISMO: EL REAL DECRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO

Como resulta del título de esta norma, su objeto es establecer unas normas complementarias al Reglamento Hipotecario para la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Como señala su Exposición de Motivos, los preceptos que integran el Real Decreto se refieren a materias urbanísticas, su contenido es exclusivamente registral, por lo que en cuanto normas hipotecarias-jurídico-privadas- están llamadas a tener una pervivencia independiente de las vicisitudes de las normas sobre urbanismo. Es por ello que se procura evitar las referencias concretas a la legislación urbanística, toda vez que la competencia para su elaboración está atribuida con carácter exclusivo a las Comunidades Autónomas, salvo en las materias expresamente reservadas al Estado.

Las normas sobre obras nuevas se contienen en los artículos 45 a 55. Como ha señalado la Resolución-Circular de la DGRN, de 26 de julio de 2007, la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, no afecta a la vigencia de los artículos 45 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, aprobando las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, ya que la citada Ley no los deroga expresa ni tácitamente, ni es incompatible con ellos, como tampoco lo fue la Ley 6/1998.

Comienza la regulación con la norma del artículo 45 en la que pueden diferenciarse dos aspectos: en primer lugar, se refiere al título inscribible estableciendo una remisión genérica a la legislación hipotecaria, y por ello, a los antes vistos artículos 208 de la Ley y 308 del Reglamento, así como al genérico principio de titulación pública (art. 3 de la Ley Hipotecaria). En segundo lugar, establece unas pautas descriptivas que han de considerarse verdaderos requisitos, cuya falta ha de ser objeto de calificación defectuosa. Así, se establece que deberá constar en los títulos, al menos, el número de plantas, la superficie de parcela ocupada y el total de los metros cuadrados edificados. Estas tres circunstancias deben estimarse indispensables en toda descripción de una obra nueva. Además se añade que si en el proyecto apro-

bado se especifica, debe constar en el título el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente.

Las exigencias de licencia municipal y certificado técnico descriptivo que ya se establecieron en la Ley del Suelo, se matizan en el artículo 46, concretando la actuación registral a practicar en los casos de acta de terminación de obra, que ha de ser la nota marginal. Asimismo se regula con flexibilidad las personas facultadas para otorgar el fin de obra, lo que no debe confundirse con la necesidad de que la declaración de obra nueva en sí misma sea realizada por el titular registral conforme a las exigencias del principio de tracto sucesivo. Así se prevén excepciones a este principio al permitir que el otorgamiento del acta de fin de obra puede realizarse no sólo por el titular registral, sino también por las siguientes personas: *a)* Aquélla que hubiere declarado la obra nueva en construcción, aún cuando hubiese transmitido el dominio en todo o en parte. *b)* Si la finca perteneciese a varios titulares en proindiviso, los que reúnan la mayoría necesaria para realizar actos de administración. Este apartado es acorde con el artículo 398 del Código Civil y la consideración de la declaración de obra nueva como acto de administración sostenida por la Resolución de 21 de mayo de 1991 antes vista. *c)* El presidente de la junta de propietarios, si el edificio se hubiese constituido en régimen de propiedad horizontal. Ello concuerda con el artículo 13.3 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad de Horizontal. *d)* Cualquiera de los cónyuges, si el inmueble estuviese atribuido a su sociedad conyugal. Como señala DÍAZ FRAILE (*op. cit.*, pág. 3793), este apartado plantea problemas de compatibilidad con el artículo 1.384 del Código Civil, el cual dispone que: «*Serán válidos los actos de administración de bienes... realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren*». Ello obliga a entender limitado este apartado a los casos en que el inmueble está inscrito a nombre de uno sólo de los cónyuges con carácter ganancial o presuntivamente ganancial, pero no para los casos en que está inscrito a nombre de los dos cónyuges.

La forma de proceder respecto a actos y contratos afectantes a inmuebles en construcción se determina en el artículo 51, que permite su inscripción haciendo constar esta circunstancia. Como dice GARCÍA GARCÍA (*Código de Legislación Inmobiliaria y del Registro Mercantil*, 5.^a ed., Madrid, 2006, pág. 1555, y GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo V, *Urbanismo y Registro*, Madrid, 1999, pág. 1014, nota 200), este artículo ha generalizado la criticable doctrina de la Resolución de la DGRN de 21 de marzo de 1997 (RA 2046), fomentando una indeseable discordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral, pues si existe esta facilidad para inscribir escrituras de transmisiones y gravámenes de pisos que en el Registro figuran todavía en construcción, pero que en el título constan como terminados, la tendencia práctica será probablemente la de no reflejar

nunca las terminaciones de obra. Según el mismo autor, cabría interpretar el precepto en el sentido de que sólo se refiere a las transmisiones y gravámenes de departamentos en construcción, pues si estuvieran terminados según el documento serían aplicables dos deberes legales (certificación de fin de obra y acta notarial de terminación) que serían controlables por el registrador. No obstante la DGRN, en Resoluciones de 10 marzo de 2007 (RA 1574) y 8, 9, 10, 11, 12 y 14 de abril de 2008 (RA 2104, 2105, 2106, 2107, 2108 y 2109) se acoge claramente a la primera interpretación considerando que nada impide la inscripción, debiendo el registrador —conforme al art. 51 del Real Decreto 1093/97— hacer constar en la nota de despacho que según el Registro la finca está en construcción y no se ha constituido el seguro decenal exigido por la Ley General de la Edificación (sobre el que trataremos seguidamente). Tanto GARCÍA GARCÍA, como ya se ha visto, como FANDOS PONS («La derogación fáctica del artículo 51 del Real Decreto 1093/97 y el anacronismo de la doctrina de la Resolución de 10 de marzo de 2007 y sus posteriores», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 157 (2.ª época); mayo de 2009, págs. 947 a 961) son favorables a la segunda interpretación del precepto, puesto que, como señala este último, con la primera de ellas se perjudica al consumidor o usuario, porque se altera su voluntad de comprar una vivienda terminada, pues con esa intención ha ido al notario a autorizar el título y con ese convencimiento sale de la notaría, pero después aplicando la doctrina de la Dirección General, se le inscribe una vivienda en construcción, por lo que no podrá dotarla de los servicios adecuados como luz, agua y demás, pues al no tener la licencia de ocupación, que no puede solicitarse hasta que se termine la obra, puede perpetuarse en el tiempo la situación conocida popularmente como la luz de obra. Situación fáctica que pone en entredicho la afirmación de que cuando se ha firmado el título, el vendedor sabe lo que ha vendido y el comprador lo que ha comprado, pero no es así para éste, pues, aplicando esta doctrina se tergiversa su voluntad, sin que sea suficiente que preste su consentimiento a la inscripción de la obra nueva como en construcción, pues lo que se impone al promotor constructor es una obligación legal.

En cuanto a la forma de acreditar los requisitos exigidos, reitera el artículo 48.1 del Real Decreto 1093/1997 que la licencia municipal ha de testimoniarse literalmente. Recuerda la DGRN en su Resolución Circular de 26 de julio de 2007, la posibilidad de acreditarse ante el notario y ante el registrador la concesión de licencias de segregación y obra nueva por silencio administrativo positivo, una vez que se acredite que ha transcurrido el plazo de tres meses para que la Administración resuelva sobre la solicitud del interesado, lo cual ha sido sostenido por la misma reiteradamente, admitiendo incluso como forma de acreditación no sólo la certificación del silencio positivo por la propia Administración, sino también la resolución administrativa expresa

—aunque fuera denegatoria— producida fuera de plazo (Resoluciones de 27, 28 y 31 de mayo [RA 1054, 6197, 6355]; 7, 9 y 10 de septiembre de 2002 [RA 8918, 8919, 8920] y 17 de junio de 2004 [RA 5485]). Queda obsoleta e inaplicable la referencia a la certificación administrativa de acto presunto que hace el artículo 48, habida cuenta de la reforma del artículo 43 de la Ley 30/1992, operada por la Ley 4/1999. En los casos de licencia obtenida por silencio, el Registrador ha de comunicar la práctica de la inscripción al Ayuntamiento (art. 54) (acerca de la licencia otorgada por silencio administrativo positivo, vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., «La declaración de obra nueva en la Nueva Ley de Régimen del Suelo», en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, Tomo I, Madrid, 1999, pág. 1137 y sigs.).

Como afirma la Resolución de 15 de enero de 2009 (RA 1604), si bien la Dirección General en alguna ocasión (Resolución de 23 de junio de 2004, RA 5489) afirmó que a efectos de la doctrina del silencio administrativo positivo no basta con probar la existencia de la solicitud dirigida a la Administración, sino que es necesario probar de alguna manera la inexistencia de contestación de dicha Administración, también es cierto que se ha admitido como medio de prueba, una vez suprimida la certificación del acto presunto por la reforma por Ley 4/1999, de 13 de enero, la manifestación en documento público de los solicitantes de que tal contestación expresa de la Administración no se ha producido (Resolución de 3 de enero de 2008, RA 2087) dada la dificultad de la prueba de hechos negativos. Por otra parte, el plazo para el cómputo del silencio administrativo lógicamente no puede hacerse depender de una actividad unilateral de la Administración en el cierre o conclusión del expediente, sino que el plazo para resolver debe computarse desde la solicitud, siempre que no haya interrupción del mismo mediante una actividad expresa de la Administración de requerimiento al administrado o notificación de algún acto al administrado, que no consta se produjera en este expediente.

No podemos dejar de mostrar nuestro desacuerdo con la doctrina expuesta relativa al silencio administrativo sostenida por la Dirección General en una cuestión de una sensibilidad tan acentuada actualmente como es la materia urbanística. La admisión como concesión por silencio positivo de una licencia mediante la presentación de una denegación extemporánea (mantenida en las Resoluciones de 10 de septiembre de 2002 [RA 8920]; 5 de octubre de 2006 [RA 9689]), a nuestro juicio es contraria al artículo 242.6 del Texto Refundido, de 26 de junio de 1992, que dispone: «*en ningún caso se entenderá adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico*» (norma declarada expresamente en vigor por la Ley de Suelo de 1998) y que actualmente se recoge en el artículo 8 del Texto Refundido de 20 de junio de 2008, que dispone: «*en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o*

derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística». En el sentido de este precepto se manifestó la Resolución de 22 de marzo de 2005 (RA 1976), de la que se alejan las posteriores. Si el registrador califica en base a los documentos presentados y a los asientos del Registro (art. 18 de la Ley Hipotecaria), y le consta documentalmente la ilicitud de dicha licencia, por tener ante sí su denegación, aun extemporánea, carece absolutamente de sentido que tenga acceso al Registro de la Propiedad un acto claramente impugnabile, cuando la finalidad primordial de esta institución es evitar la litigiosidad, siendo junto con la Fe Pública Notarial, uno de los pilares de la denominada seguridad jurídica preventiva en el Ordenamiento Español. Resulta sorprendente la aquiescencia del Centro Directivo al acceso al Registro de un acto ilícito, en contra de los principios mismos de la institución, afirmando abiertamente que es la Administración quien debe proceder a impugnarlo haciendo constar dicha impugnación en el Registro.

Por lo expuesto, nos congratulamos del contenido de la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009 (RA 1471), la cual señala que: *«al declarar que las licencias urbanísticas se adquieren por silencio positivo, aunque sean contrarias al ordenamiento urbanístico, en contra de lo establecido categóricamente por el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, así como de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, recogida en las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo que se citan, es errónea y gravemente dañosa para los intereses generales por cuanto genera, al tener que ser aplicada por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo del territorio, una situación de anarquía e ilegalidad en un ámbito tan sensible y de tanta trascendencia social como es el urbanismo*».

El artículo 46 del Real Decreto 1093/1997 exceptúa a la exigibilidad de licencia los supuestos en que no fuera legalmente exigible. Como señala DÍAZ FRAILE (*op. cit.*, pág. 3787), la salvedad responde a la existencia de supuestos en los que legalmente no es exigible una licencia de obras para amparar la legalidad de un acto edificatorio. Ejemplos de tales supuestos de excepción son los siguientes: *a)* la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a) de 18 de abril de 2000 (RA 4221) en relación con la concesión administrativa de construcción y explotación de un aparcamiento. Entiende el Tribunal Supremo que el control de legalidad urbanística lo realiza el Ayuntamiento a través del concurso de adjudicación de la concesión y mediante la recepción provisional y definitiva de la obra; *b)* diversas excepciones previstas en la normativa autonómica, como la que contempla que las Ordenanzas municipales puedan sustituir la necesidad de la licencia por una comunicación previa al Ayuntamiento (vid. art. 179, núm. 4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio), las órdenes de ejecución que deben dictar los Ayuntamientos en caso de incumpli-

miento por los propietarios de los deberes de conservación y rehabilitación (vid. art. 169.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbánística de Andalucía (LOUA) y art. 189 de la Ley de Urbanismo de Cataluña de 2005), o ciertos actos promovidos por las Administraciones públicas cuando concurren razones de excepcional o urgente interés público (vid. art. 170.2 y art. 3 LOUA).

En cuanto a la certificación de técnico, puede ésta hacerse por comparecencia del técnico en el otorgamiento, por testimonio en la escritura o acompañándola como documento complementario, debiendo constar legitimada la firma en estos dos últimos casos (art. 49 del RD 1093/1997). Esta exigencia es ineludible como señala la DGRN, incluso en supuestos planteados con anterioridad al Real Decreto 1093/97. La certificación del técnico ha de tener la firma legitimada notarialmente, puesto que dicha certificación es un documento privado y su incorporación a la escritura no lo convierte en público. Por otro lado, si bien el carácter profesional del técnico actuante se puede acreditar mediante el visado colegial, la eficacia de éste se limita al ámbito competencial que le es propio, por lo que no alcanza a acreditar la autoría de la firma (Resoluciones de 23 de octubre de 2000, RA 10236; 22 de marzo de 2003, RA 3956 y 20 de julio de 2007, RA 3805).

La cuestión de quién ha de considerarse técnico competente para expedir las certificaciones se precisa en el artículo 50: 1) El que por sí solo o en unión de otros técnicos hubiere firmado el proyecto para el que se concedió la licencia de edificación. 2) El que por sí solo o en unión de otros tuviere encomendada la dirección de la obra. 3) Cualquier otro técnico, que mediante certificación de su Colegio profesional respectivo, acredite que tiene facultades suficientes. 4) El Técnico municipal del Ayuntamiento competente que tenga encomendada dicha función. La DGRN, en la Resolución de 8 de septiembre de 2004 (RA 6615), ha estimado que puede considerarse como técnico competente al arquitecto técnico que afirma ser director de la obra, debiendo quedar relegada a la exclusiva responsabilidad del técnico firmante la veracidad de sus manifestaciones. Incluso para edificaciones de carácter agrario se admite la certificación de ingeniero agrícola (Resolución de 22 de mayo de 2007, RA 3238).

De especial importancia en la práctica es la posibilidad de inscripción con menores requisitos de las denominadas «obras antiguas». Estos supuestos se recogen bajo el epígrafe «Reglas aplicables a otras construcciones» en el artículo 52. Las exigencias para estos casos pueden sistematizarse en los siguientes puntos:

1. Ha de tratarse de una edificación terminada.
2. Debe acreditarse la terminación en fecha determinada por alguno de los siguientes medios:

- a) Certificación del Catastro.
 - b) Certificación del Ayuntamiento.
 - c) Certificación Técnica (en cuyo caso el Registrador lo comunicará al Ayuntamiento, art. 54).
 - d) Por Acta Notarial.
3. En dichos documentos ha de constar la descripción coincidente con el título.
 4. La fecha de terminación ha de ser anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante. La competencia para determinar este plazo corresponde a cada Comunidad Autónoma.
 5. Que no conste del Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación.

Para GARCÍA MÁZ («Urbanismo: Comentarios al Real Decreto 1093/1997, 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», en *RCDI*, año LXXIV, marzo-abril de 1998, núm. 645, pág. 336. Acerca de la vigencia de la Disposición Transitoria Quinta, vid. CORVINOS BASECA, P., «La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, año núm. 32, núm. 165, 1998, pág. 47) este precepto sólo puede entenderse referido a la Disposición Transitoria 5.^a del Texto Refundido del 92, en congruencia con la Disposición Transitoria 6.^a de la Ley del 90, que dice que: «*las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/90, de 25 de julio, situadas en suelos urbanos o urbanizables realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular*». Según este autor, de entenderse comprendidas otro tipo de construcciones, sería una extralimitación *contra lege* del Real Decreto. Por el contrario, GARCÍA GARCÍA («Derecho Inmobiliario Registral...», *op. cit.*, pág. 1014, nota 201) considera aplicable la norma no sólo a las construcciones existentes antes de la Ley 8/1990 sino también a las edificaciones terminadas con posterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley, dada la generalización realizada por el precepto.

Según la Resolución de 21 de septiembre de 2007 (RA 1478), de la descripción resultante del título y de la contenida en la certificación técnica acreditativa de su antigüedad, complementaria de aquél deben resultar todos los datos descriptivos mínimos exigidos por el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Nada obsta a que la descripción de la edificación

coincidente con el título y la antigüedad de la misma, se prueben por el mismo medio probatorio o por medios probatorios distintos, la antigüedad por la certificación municipal y la descripción coincidente con el título por certificación catastral, siempre que no exista duda fundada de que uno y otro medio se refieren a la misma edificación (Resolución de 23 de enero de 2006, RA 3905). En cuanto a la eficacia de la notificación al Ayuntamiento a que se refiere el artículo 54 del Real Decreto 1093/1997, una vez practicado un asiento en el Registro, el mismo queda bajo la salvaguardia de los tribunales conforme al artículo 1 de la Ley Hipotecaria, procediendo su rectificación sólo en la forma prevista en el artículo 40 del mismo cuerpo legal; no siendo el recurso gubernativo cauce adecuado para discutir la validez de una inscripción ya practicada. Todo ello sin perjuicio de que en su día se solicite el acceso al Registro de la Propiedad de las medidas que el Ayuntamiento pueda haber establecido para el restablecimiento, en su caso, de la legalidad urbanística (Resolución de 15 de octubre de 2005, RA 7455).

VI. LA LEY 5/1999, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN: EL SEGURO DECENAL

Con esta Ley no se modifica el régimen que hemos expuesto en cuanto al acceso al Registro de las nuevas construcciones, pero al mismo viene a añadirse un importante requisito exigible en determinados supuestos como es la acreditación de haberse contratado el seguro decenal de daños previsto en el artículo 19.1.c) de la meritada Ley.

Así, el artículo 20 establece que no se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19. El precepto se completa con la Disposición Adicional Segunda de la que resulta que sólo a partir de su entrada en vigor (6 de mayo de 2000) y sólo cuando se trate de edificios cuyo destino principal sea el de vivienda será exigible la garantía prevista en el artículo 19.1.c) del seguro decenal.

La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social introdujo ciertas matizaciones en la exigencia del seguro decenal. En concreto, el párrafo segundo de la Disposición Adicional Segunda precisa la no exigencia en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión *inter vivos* dentro del plazo de diez años el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en

el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión *inter vivos* sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma. Tampoco será exigible la citada garantía en los supuestos de rehabilitación de edificios destinados principalmente a viviendas para cuyos proyectos de nueva construcción se solicitaron las correspondientes licencias de edificación con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley.

La controvertida aplicación práctica de este requisito ha dado lugar a numerosos pronunciamientos de la DGRN en Resoluciones de casos concretos e incluso en dos instrucciones sobre la materia. Primeramente, la Instrucción de 11 de septiembre de 2000 determinó la forma en que ha de efectuarse la acreditación ante notarios y registradores de la propiedad y las circunstancias que deben expresarse. La acreditación de la constitución de la garantía puede realizarse:

1. Mediante la presentación de la propia póliza del contrato, completada con el documento que acredite su entrada en vigor.
2. Mediante un certificado expedido por la entidad aseguradora acreditativo de la constitución y vigencia del contrato, o
3. Mediante el suplemento de entrada en vigor del seguro, en el que se particularicen las condiciones del contrato.

Se pormenorizan las circunstancias que en todo caso deben constar, relativas a la identificación y descripción suficiente de la edificación, al seguro y a la entidad aseguradora:

- a) Relativas a la identificación y descripción suficiente de la edificación:
 1. Su localización o emplazamiento, de forma expresa o por remisión al acta de recepción o al acta de finalización de obras.
 2. Referencia catastral del solar o edificio en su conjunto, o manifestación expresa de que carece de ella.
 3. Datos registrales si la finca estuviera inscrita.
 4. Plano de situación del solar o edificio en su conjunto.
- b) Relativas al seguro:
 1. Calificación y modalidad de seguro, esto es, si se trata de un seguro de daños o de caución, con expresa mención de su carácter de seguro obligatorio de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y que se rige por lo dispuesto en la citada Ley y en lo no previsto en ella, en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

2. Garantías cubiertas, que deben ser al menos las señaladas en el artículo 19 de la Ley 38/1999, sin exclusión, con expresión de la fecha en que han entrado en vigor.
 3. Capital asegurado, como mínimo igual al coste final de ejecución.
 4. Plazo de vigencia, que será al menos el de diez años a contar desde la fecha de recepción de la obra, con expresión de esta fecha.
 5. El importe y forma de pago de la prima, expresando en su caso, el fraccionamiento estipulado y que se ha pagado la primera prima, o al menos, una fracción de la misma.
 6. La franquicia convenida, con un máximo del 1 por 100 del capital asegurado por unidad registral.
 7. Identificación del tomador del seguro, que será el promotor o el constructor de la edificación.
 8. Expresión de que el asegurado es el promotor o constructor y los sucesivos adquirentes, con identificación de los primeros.
- c) Relativas a la entidad aseguradora:
1. Identificación de la compañía o entidad aseguradora.
 2. Autorización para operar en España.
 3. Nombre y apellidos de quien firma la póliza, certificado o suplemento y concepto en el que interviene. La firma estará legitimada, pudiendo hacerse la legitimación en la escritura de obra nueva o acta de finalización de obras, incorporándose el documento a la matriz.

Podemos destacar la necesidad de constancia del capital asegurado exigida en el número 3 de su apartado *b)*. En este sentido, conforme al artículo 19.5.c) de la Ley de Ordenación de la Edificación: *«el importe mínimo del capital asegurado será el siguiente... el 100 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, para las garantías del apartado 1.c) de este artículo»*. Esta exigencia ha sido analizada por la Resolución de 21 de marzo de 2007 (RA 1964), según la cual dicho valor no ha de entenderse que debe ser equivalente al declarado como valor de la obra nueva en el documento notarial: *«el coste final de ejecución material, incluidos honorarios profesionales, hace referencia a la suma de las cuantías de los recursos empleados para la realización de la obra, cuantía que es la que debe ser objeto de seguro, mientras que el concepto de valor de la obra nueva hace referencia a una realidad mayor, es un concepto más amplio en el que se incluye no sólo el coste de ejecución sino otros aspectos, fundamentalmente, el incremento o valor añadido de la construcción, valor*

añadido que vendrá determinado por una serie de circunstancias concurrentes y diversas tales como el mercado, el entorno, la situación las propias características internas y externas de la obra, obteniéndose, en consecuencia, una cifra no coincidente con el estricto coste material de ejecución de la obra. Por esta razón y, en la medida que la normativa mencionada hace referencia al coste final de ejecución de la obra y no a su valor, como pueden referirse otras disposiciones normativas ya sean fiscales o de otro orden, es aquélla y no ésta la cuantía que debe ser objeto del seguro decenal».

La Instrucción de 3 de diciembre de 2003 es más profusa y detalla diversas cuestiones que la praxis ha ido planteando. En primer lugar se corrobora, de acuerdo con doctrina reiterada del Centro Directivo (entre otras, Resolución de 20 de marzo de 2000), que sólo es exigible la constitución de las garantías al autorizar o inscribir las escrituras de declaración de obra nueva terminada o las actas de finalización de obras. No se exigirá, por tanto, la prestación de la garantía en las escrituras de declaración de obra nueva en construcción, lo cual es coherente por otro lado con la inexistencia de bien asegurable de daños mientras no existe edificación. En segundo lugar, se aborda la necesidad de exigencia o no de la garantía en los siguientes supuestos:

- Edificios de viviendas en alquiler: es exigible.
- Residencias de estudiantes, geriátricas, sanitarias o establecimientos hoteleros: no es exigible.
- Edificios en régimen de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles: es exigible.
- Edificios mixtos (oficinas-viviendas): es exigible.

En cuanto a la rehabilitación de edificios, la Instrucción se adentra en el análisis del concepto mismo de rehabilitación, pudiendo concluirse que es exigible la garantía si se trata de obras de reforma, ampliación o modificación del edificio que, por no venir exigidas por su deterioro, puedan catalogarse de mejora del inmueble, es decir, las que no tengan su causa en el deber de conservación impuesto a los propietarios de los edificios. Para los casos dudosos se prevé la posibilidad de aportar certificación del arquitecto en la que conste que el proyecto se refiere a supuestos que la Ley de Ordenación de la Edificación establece como de rehabilitación, y por medio de la licencia municipal, que debe indicar a qué tipo de obras se refiere. En este sentido, la Resolución de 11 de febrero de 2009 (RA 1853) asevera que la apreciación de si se está o no ante una alteración sustancial debe quedar circunscrita a la manifestación, bajo su responsabilidad, del técnico competente, sin que frente a la valoración de éste pueda prevalecer la del registrador o la de la propia Dirección General.

Como caso concreto, muy frecuente en la práctica la Instrucción contempla las nuevas construcciones con mantenimiento de la fachada, en las que

se estima exigible sin lugar a dudas la constitución del seguro decenal. En general, se considera exigible el seguro cuando las obras no son sólo de rehabilitación, sino que también alteran la configuración arquitectónica del edificio y producen una alteración sustancial en su volumetría (Resolución de 16 de abril de 2007, RA 3397). En esta línea podemos destacar, además, otras resoluciones relativas al concepto de rehabilitación a efectos de la exigencia del seguro decenal. Así, la Resolución de 19 de julio de 2005 (RA 7023) considera que el hecho de que la rehabilitación consista en la construcción de nuevas plantas, aunque éstas no se destinen a vivienda, requiere la exigencia de seguro, puesto que lo determinante es el destino principal a vivienda de la totalidad del edificio. Por su parte, la Resolución de 17 de noviembre de 2007 (RA 385) estima que no es necesario el seguro decenal cuando la reforma no afecta a la habitabilidad de una o más viviendas. En el caso planteado, la modificación consistía, en una finca compuesta de planta baja destinada a garajes y cuatro en altura destinadas a viviendas, en ampliar la planta baja creando un garaje y en asignar a la vivienda en planta primera el uso de la terraza creada al ampliar la planta baja.

Finalmente la Instrucción trata la problemática de la expresión «autopromotor de una única vivienda unifamiliar para uso propio». Se estima incluida en ella tanto a personas físicas como jurídicas, pues lo contrario supondría restringir excesivamente el campo de aplicación de dicha exención, como asimismo señalan las Resoluciones de 9 de julio 2003 (RA 6083) y 6 de abril de 2005 (RA 3485). La exigencia del destino a uso propio, en cuanto que es un hecho futuro, podrá quedar cumplida mediante mera manifestación en tal sentido, que debe realizar quien hace la declaración de obra nueva terminada o en construcción como dueño de la construcción, siendo indiferente que se trate de primera o segunda vivienda, y aunque se trate de una residencia meramente temporal. Acerca de la desaparición de la obligación de aseguramiento para los autopromotores, vid. CARRASCO PERERA, A., «Resolución de la DGRN, de 8 de febrero de 2003: Acta de finalización de obra de residencia geriátrica. Exigibilidad de seguro decenal para practicar la declaración de obra nueva», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 62, 2003, págs. 709-710.

Como afirman las Resoluciones de 5 de abril de 2005 (RA 3484) y 11 de octubre de 2008 (RA 635), a los efectos de exoneración de la obligación de constituir el seguro decenal, es imprescindible la manifestación expresa por parte del declarante de que la vivienda se va a destinar a uso propio, sin que el registrador tenga la obligación de deducir tal extremo del contexto de la escritura. Según GÓMEZ GÁLLIGO («Medidas de control de legalidad como prevención del incumplimiento en la construcción: En particular el control de las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria», en *RCDI*, núm. 700, marzo-abril de 2007, pág. 499), el que se destine la vivienda a uso propio

pueda acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, tales como acta de notoriedad, certificado de empadronamiento, licencia de primera ocupación, etc. (Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003), siendo tal acreditación obligatoria cuando la vivienda se transmita en el plazo de diez años desde la finalización de su construcción; pero en todo caso, prescindiendo de su futura transmisión, exige una manifestación expresa en el sentido de que se va a destinar a uso propio, sin que se pueda pretender que el Registrador supla tal manifestación mediante deducciones o interpretaciones (Resolución de 5 de abril de 2005, RA 3484).

La Dirección General ha interpretado de forma muy flexible (casi *contra legem*, podría decirse) el requisito legal de una única vivienda unifamiliar para uso propio, pues, como estimó en las Resoluciones de 17 de marzo de 2007 y 11 de noviembre de 2008, en un supuesto de obra nueva de varias viviendas que, según manifiesta el declarante, se destinan a uso propio, no es necesario el seguro, argumentando que el destino a uso propio no es contradictorio con el hecho de que se trate de varias viviendas (tres en el primer caso y dos en el segundo), y que a nadie perjudica el que la suscripción del seguro se difiera, si llegara el caso, al momento en que una de ellas fuese vendida. En la misma línea interpretativa, la Resolución de 9 de mayo de 2007 (RA 3777) consideró no exigible el seguro para los supuestos de «comunidad valenciana», en los que varios copropietarios del solar proceden a edificar adjudicándose los pisos resultantes.

VII. LA LEY 8/2007, DE 28 DE MAYO, DE SUELO, Y EL TEXTO REFUNDIDO DE 20 DE JUNIO DE 2008: EL LIBRO DEL EDIFICIO

El artículo 19 de la Ley 8/2007, actual artículo 20 del Texto Refundido de 20 de junio de 2008, ha mantenido los requisitos de las anteriores Leyes de Suelo de 1992 y 1998 ya vistos, si bien añade para la terminación de obra el siguiente: «*la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística*». Las limitadas competencias del legislador estatal en materia urbanística derivan en graves imprecisiones debidas a la intención de no invadir las competencias autonómicas para evitar las consiguientes anulaciones por este motivo como ocurriera en el Texto Refundido de 1992. Por ello, la nueva expresión legal introducida ha sido objeto de gran controversia en el ámbito registral y notarial, con dificultades en su aplicación práctica debido a lo ambiguo de su redacción.

Con la intención de aclarar la cuestión se dictó la Resolución-Circular de la DGRN, de 26 de julio de 2007, resolviendo la consulta de la Asociación de Promotores Constructores de España de la que podemos destacar el punto 6.º en el que se afirma que la expresión que se añade al artículo 19 no supone otra cosa que la necesidad de acreditación del seguro decenal y el Libro Edificio a que se refiere el artículo 7 de la LOE. En él se integrarán el proyecto, la identificación de los agentes intervinientes, licencias, y demás requisitos exigidos por el citado artículo 7 de la Ley 38/1999 y en su caso los demás requisitos exigidos por la legislación autonómica como integrantes del mismo.

Esta posición ha sido sostenida en numerosas resoluciones posteriores en las que se ha considerado innecesaria la aportación de la licencia de primera ocupación ya que no se exige ni para edificar, ni para la entrega de la edificación a los usuarios, sin perjuicio de las consecuencias de su incumplimiento. Además, la referencia del artículo 19.1 de la Ley del Suelo (hoy 20 del TR) a la acreditación «*de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística*» se entiende referida a la licencia de edificación. Por otro lado, si se considerara dicha licencia de primera ocupación como una total finalización de la obra, no sería precisa la previa licencia de construcción y el fin de obra sería superfluo (Resoluciones de 9, 10, 12, 13, 15, 17, 18, 19, 20 y 22 de diciembre de 2008, RA 1466/1467, 311, 312, 313, 317, 2766, 2768, 318 y 319; 8, 9, 10, 12, 13 y 14 de enero de 2009). En este último punto se sigue la doctrina de las Resoluciones de 10 de abril de 1995 (RA 324) y 26 de febrero de 1996 (RA 1033) en cuanto a la conceptualización de la licencia de primera ocupación como equivalente en contenido a la certificación técnica de fin de obra, pues la finalidad del certificado es garantizar que la obra nueva cuyo acceso al Registro se pretende se ajusta a los términos de la licencia concedida y según las citadas Resoluciones, no hay dificultad en admitir la sustitución de aquel certificado por cualquier otro documento administrativo que lleve implícita o presuponga esa misma aseveración por técnico especializado. Pese a esta afirmación, dicha sustitución no es posible en la actualidad, habida cuenta de la normativa analizada a lo largo de este artículo, de fecha posterior a las expresadas Resoluciones, que exigen en todo caso el certificado de técnico.

No obstante la citada doctrina, será necesaria la aportación de licencia de primera ocupación en caso de obras nuevas terminadas cuando así lo exija la normativa autonómica aplicable, como ocurre en Andalucía con el reciente Decreto 60/2010, de 16 de marzo (en vigor desde el 7 de mayo de 2010), que expresamente lo exige en su artículo 27. En esta Comunidad Autónoma se introduce como novedad para inscribir la declaración de obra nueva terminada, que previamente se deposite una copia del Libro del Edificio en la oficina del Registro de la Propiedad competente.

Por último, destacar que no es exigible el libro del edificio cuando se trata de vivienda unifamiliar construida para uso propio por autopromotor individual, pues no se da en tal supuesto la razón de ser de las normas aplicables (art. 19.1 de la Ley del Suelo y art. 7 y Disp. Ad. segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación) como es la entrega de la edificación a su usuario final. Además, de igual modo que se dispensa del seguro decenal, idéntica razón existe para la dispensa de la exigencia de la aportación de dicho Libro (Resoluciones de 10, 12, 13, 15, 17 y 18 de diciembre de 2008; 8, 9, 12 y 14 de enero de 2009, y 25 de mayo de 2009).

BIBLIOGRAFÍA

- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La declaración de obra nueva tras la Ley del Suelo de 28 de mayo de 2007», en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. 2, Navarra, 2008, págs. 1089-1111.
- CABELLO DE LOS COBOS, «Disciplina urbanística y publicidad registral», en *RCDI*, núm. 604, pág. 1601 y sigs.
- CARRASCO PERERA, A., «Resolución de la DGRN, de 8 de febrero de 2003: Acta de finalización de obra de residencia geriátrica. Exigibilidad de seguro decenal para practicar la declaración de obra nueva», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 62, 2003, págs. 695-710.
- CORVINOS BASECA, P., «La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, año núm. 32, núm. 165, 1998, págs. 13-50.
- DÍAZ FRAILE, J. M., «El tratamiento registral de la obra nueva en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 141, diciembre de 2007, págs. 3787 a 3812.
- FANDOS PONS, P., «La derogación fáctica del artículo 51 del Real Decreto 1093/97 y el anacronismo de la doctrina de la Resolución de 10 de marzo de 2007 y sus posteriores», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 157 (2.ª época); mayo de 2009, págs. 947 a 961.
- FERNÁNDEZ VERDUGO, M. y HERNÁNDEZ DE MARCO, S., «El artículo 37.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio: Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana: La declaración de obra nueva y el Registro de la Propiedad», en *ADC*, vol. 46, núm. 3, 1993, págs. 1401-1436.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, Tomo V, Urbanismo y Registro*, Madrid, 1999.
- *Código de Legislación Inmobiliaria y del Registro Mercantil*, 5.ª ed., Madrid, 2006.
- GARCÍA MÁZ, F. J., «Urbanismo: Comentarios al Real Decreto 1093/1997, 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 (en especial lo relativo a las obras nuevas y parcelaciones)», en *RCDI*, año LXXIV, marzo-abril de 1998, núm. 645, págs. 317-352.

- GONZÁLEZ PÉREZ, J., «La declaración de obra nueva en la Nueva Ley de Régimen del Suelo», en *Libro homenaje a Jesús López Medel*, Tomo I, Madrid, 1999, págs. 1125-1150.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Medidas de control de legalidad como prevención del incumplimiento en la construcción: En particular el control de las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria», en *RCDI*, núm. 700, marzo-abril de 2007, págs. 477-531.
- LLOPIS GINER, J. M., «El nudo propietario y el usufructuario en la declaración de obra nueva: su naturaleza y supuestos», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, 2006, págs. 1121-1150.
- ROCA SASTRE, R. M., «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *RCDI*, 1961, pág. 7 y sigs.
- ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, Tomo V, 8.ª ed., Barcelona, 1997.

RESUMEN

OBRA NUEVA
CONTROL LEGALIDAD

La declaración de obra nueva debe contemplarse desde una doble perspectiva: como mera constatación de un hecho y como adquisición del derecho de propiedad sobre lo edificado. La regulación del control del acceso de la edificación al Registro ha sufrido importantes modificaciones respecto a su inicial previsión en la Ley Hipotecaria. Ello ha sido acorde con la evolución de la normativa urbanística y la mayor relevancia que ha adquirido ésta en la sociedad actual. Partiendo de unas normas permisivas con escasos requisitos, se han ido agregando exigencias con distinto alcance y finalidad, y cuyo desarrollo normativo e interpretación doctrinal y jurisprudencial han ido perfilando con cierta precisión. De este modo se establece en la actualidad la necesidad de la licencia municipal, certificado de técnico y el seguro decenal. Especialmente destacable es la última reforma operada por la Ley de Suelo de 2007, cuya aplicación práctica no ha estado exenta de dificultad debido a las divergencias surgidas en su inter-

ABSTRACT

NEW CONSTRUCTION
LEGALITY CHECK

A declaration of new construction must be looked upon in two ways: as the mere recording of a fact and as the acquisition of an owner's right in what has been built. The regulations on checking the registrability of buildings have undergone major modifications from the terms in which they were initially cast in the Spanish Mortgage Act. This has been in accordance with the evolution of urban planning laws and regulations and the greater importance that urban planning has taken on in current society. The original rules were permissive and called for few requisites. Requirements have since been gradually added that have different scopes and purposes, and their implementation through regulations and their interpretation through doctrine and case law have attained a certain precision of profile. For example, a municipal license, a technician's certificate and a ten-year policy insuring against defects of construction are now required. One point that admits of special emphasis is the latest reform enacted through

pretación. Finalmente de ella resulta la obligatoriedad de acreditar la puesta a disposición del libro del edificio y se ha declinado la exigencia de licencia de primera ocupación.

the 2007 Land Act, whose practical application has not been free of difficulties due to differences over its interpretation. Lastly, the Act makes it compulsory to prove that the building book (a particular set of documents concerning the building and its installed systems) has been provided, and it declines the requirement of the first occupancy permit.

Trabajo recibido el 10-5-2010 y aceptado para su publicación el 30-6-2010)