

Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990

SUMARIO: INTRODUCCION.—I) LEGISLACION APLICABLE: a) Disposiciones constitucionales; b) Disposiciones civiles; c) Disposiciones registrales; d) Disposiciones administrativas en materia de Viviendas de Protección Oficial; e) Disposiciones administrativas.—II) DISTINTOS ASPECTOS CONCEPTUALES SOBRE LA OBRA NUEVA: a) El principio civil de accesión; b) La declaración de obra nueva en sentido propio; c) La inscripción de obra nueva entendida como medio de control de legalidad.—III) FASES ANTERIORES A LA NUEVA LEY: a) Desde 1861 a 1944; b) Desde 1944 a 1990.—IV) SITUACION ACTUAL Y PROBLEMAS DE INTERPRETACION QUE SE PLANTEAN: PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN QUE RESUELVE LA NUEVA LEY; CUESTIONES QUE SUSCITA EL NUEVO TEXTO: a) Alcance civil de sus disposiciones; b) Eficacia de la inscripción; c) Aplicación temporal y espacial del Artículo 25.2; d) Acceso al Registro de la terminación de la obra en construcción; e) Cancelación de la inscripción de obra nueva.— CONCLUSION.

INTRODUCCION

Las discusiones sobre el título declarativo y la inscripción de nuevas edificaciones son casi tan antiguas como el propio sistema hipotecario, aunque no es uno de los temas más estudiados ni por la doctrina ni por la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros.

Sin embargo en su tratamiento se pueden contemplar una serie de puntos importantes, alguno de ellos relacionado con la propia esencia del sistema registral, cuyo interés se ha reavivado últimamente como consecuencia de la publicación de la Ley 8/1990 sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, especialmente de sus artículos 25 y siguientes.

Con carácter previo a la iniciación del estudio, hay que destacar que la Ley de 25 de julio de 1990, al concluir la dicción de la Disposición Adicional Décima, establece que en el plazo de seis meses el Gobierno aprobará las modificaciones del Reglamento Hipotecario para el desarrollo de esta Disposición Adicional. Si se tiene en cuenta el mandato legal de adaptación a la legislación urbanística del Reglamento Hipotecario, contenido en la Ley de Reforma de 1975 sobre Régimen del Suelo, y todavía incumplido, parece lógico que la futura reforma de dicho Reglamento alcance no sólo al desarrollo de las previsiones contenidas en la Disposición Adicional, sino, en general, a cuantas sean susceptibles de ello en toda la legislación urbanística, incluido naturalmente el artículo 25.2 de la Ley 8/90, de 25 de julio.

En estas notas se van a estudiar los problemas generales que plantean tanto la declaración como la inscripción registral de las edificaciones, sin entrar en detalles que han de ser objeto de desarrollo reglamentario. Por tanto, se tratará de la interpretación de la legislación vigente, a la luz de los preceptos concordantes, y con el lógico condicionamiento a que se modifiquen los criterios que se exponen por las futuras normas reglamentarias.

Por otra parte, el conjunto normativo que regula la obra nueva, su declaración y su inscripción en el Registro de la Propiedad se caracteriza por su carácter fragmentario, por su falta de unidad interna, por la diversidad de situaciones sociales que trata de resolver y por la carencia de coordinación entre las Administraciones o los poderes públicos que han dado lugar a la misma.

Para interpretar adecuadamente este conjunto de disposiciones es conveniente distinguir tres diferentes sentidos o puntos de vista desde los que puede ser estudiada la obra nueva. En este sentido es posible diferenciar los siguientes aspectos:

- Se puede entender como un modo o título civil de adquirir, de naturaleza originaria y enmarcado en la institución de la accesión inmobiliaria y, dentro de esta, en su modalidad de accesión industrial y continua. Desde este punto de vista tienen pleno sentido las discusiones sobre la posibilidad de inscripción de obras nuevas comenzadas y sobre todo de obras nuevas en proyecto, pues, como

veremos luego, en estos últimos casos es mucho más problemática la aplicación directa del contenido del artículo 353 del Código Civil.

- También puede contemplarse como una declaración auténtica del titular registral de la finca, con virtualidad inmatriculadora, dentro de la técnica a que en esta materia responde el sistema registral español. En este supuesto es lógica la discusión sobre la aplicación al supuesto de los principios de consentimiento y tracto sucesivo, puesto que la figura responde a la existencia de una voluntad negocial, cuyo resultado será la aplicación del principio de publicidad a los derechos inscritos sobre el nuevo objeto que se ha hecho constar en el folio registral.
- Por último, dentro del estudio de las nuevas edificaciones y su inscripción, si se pretende la adecuación de aquellas, de su declaración autenticada y de los pronunciamientos registrales, al contenido de los Planes de Ordenación, dentro de una técnica lógica de coordinación de las instituciones jurídicas, es natural la discusión sobre si la previa autorización administrativa de la edificación y la adecuación de su descripción a la licencia constituye requisito, tanto para la admisión de la propia declaración auténtica, como para su inscripción registral.

Para centrar el estudio de las distintas cuestiones, se distinguirán en este trabajo cuatro apartados:

- Legislación aplicable.
- Aproximación conceptual a los distintos puntos de vista bajo los que puede ser estudiada la obra nueva en general.
- Las distintas fases por las que ha atravesado la regulación y el estudio de la institución.
- La situación actual y los problemas de interpretación que se plantean.

I) LA LEGISLACION APLICABLE

Se encuentra contenida en los siguientes textos:

A) DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

Artículo 149.1.8º de la Constitución: "el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 8º (...) En todo caso las reglas relativas a la ordenación de los Registros e instrumentos públicos.

B) DISPOSICIONES CIVILES

Están constituidas por los preceptos contenidos en la Sección segunda del Capítulo segundo del Título II del Libro Segundo del Código Civil, artículos 358 y siguientes, precedidos del principio general contenido en el artículo 353:

"La propiedad de los bienes dá derecho por accesión a todo lo que ellos producen o se les una natural o artificialmente"

C) DISPOSICIONES REGISTRALES

Son las siguientes:

a) *Ley Hipotecaria*

Artículo 208:

"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 el que este describa la edificación, acompañando certificado del Arquitecto director de la obra o del Arquitecto municipal".

b) *Reglamento Hipotecario*

— Artículo 308: "Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 208 de la Ley, la inscripción de las nuevas plantaciones, así como de la construcción de edificios o mejoras de las fincas urbanas, podrá efectuarse:

- 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 el importe de la misma a la que se acompañe certificado del Arquitecto director de la obra o del Arquitecto municipal, acreditativo de que la construcción está comenzada o concluida".

- Artículo 51, 4.º, incisos tercero y cuarto:
"Cuando los requisitos de los números anteriores constaren ya en inscripciones o anotaciones precedentes al asiento que se haya de extender, no se repetirán en éste si resultaren conformes con las de los títulos que los motiven.
En caso de disconformidad se expresarán las diferencias que resultaren ente el Registro y el título".
- Artículo 61, que complementa lo dispuesto en el artículo 60 sobre el título inscribible en materia de concesiones de obras públicas, minas y aguas:
"Estas inscripciones podrán adicionarse o rectificarse por una nueva inscripción mediante los documentos en que se acredite el replanteo, la construcción, suspensión o recepción de las obras, las modificaciones de la concesión (...)".

D) DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE
VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL

a) *Decreto 2.114/68, de 24 de julio*, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial. Artículo 99:

"La cédula de calificación definitiva, junto con la escritura declarativa de que la construcción está comenzada, (...), constituirá título suficiente para la toma de razón, por nota marginal en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva".

b) *Real Decreto 3.148/78, de 10 de noviembre*, de Viviendas de Protección Oficial. Artículo 17:

"La solicitud de calificación definitiva de Viviendas de Protección Oficial deberá ir acompañada de los siguientes documentos:

(...)

c) Justificación de haberse practicado en el Registro de la Propiedad la inscripción de la escritura declarativa de la obra nueva comenzada".

E) DISPOSICIONES URBANÍSTICAS

a) *Estatales*: Ley de 25 de julio de 1990 sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo.

Artículo 25.2:

"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 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 descripción 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 en el plazo de tres meses a partir de ésta, mediante acta notarial que incorporará la finalización de la obra antes mencionada. Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán mencionarse en las correspondientes escrituras".

- b) *Autonómicas: Ley 7/1990*, de 14 de mayo, de Disciplina Urbanística y Territorial de Canarias.

Artículo 14:

"En el otorgamiento de escrituras de Declaración de Obra Nueva, el Notario autorizante exigirá documento acreditativo de la obtención de licencia, que incorporará a la matriz y testimoniará en las copias que expida. Si no se acredita la obtención de la licencia, el Notario hará las advertencias pertinentes acerca de las responsabilidades de toda índole en que pueda incurrir el otorgante por carecer de dicha autorización administrativa, así como de la imposibilidad de practicar la inscripción en el Registro.

Si así constare en la licencia presentada, el volumen edificable de la finca se reflejará en la inscripción que se practique en el Registro de la Propiedad correspondiente, y especialmente la circunstancia de que la obra nueva declarada agota, si este es el caso, el volumen autorizado, dando publicidad frente a tercero de la imposibilidad de realizar cualquiera otra obra nueva sobre el resto de la parcela no edificada y su afección al uso a que urbanísticamente se destina".

Artículo 15:

"1. Presentadas las escrituras en el Registro de la Propiedad, si no se aportasen los documentos expresados en el artículo anterior, el Registrador denegará la inscripción, que no podrá efectuarse hasta la aportación de la licencia.

2. Los actos sujetos a licencia urbanística, cuyo otorgamiento no se acredite antes de la inscripción, sólo podrán acceder al Registro de la Propiedad, cuando al practicar el asiento correspondiente se extienda simultáneamente y de oficio una nota a su margen expresiva de la situación urbanística de la finca, de los efectos de la falta de licencia, y de las sanciones a que haya lugar si la irregularidad urbanística infringe las Disposiciones Legales aplicables, y en especial esta Ley, dando publicidad frente a terceros de la trascendencia jurídica de esa carencia en la forma que establece el artículo 17. La situación urbanística se hará constar expresamente en la nota al pie del título inscrito y en las certificaciones que de la finca afectada se expidan.

Esta nota sólo podrá cancelarse por la presentación en el Registro de la licencia oportuna o por su caducidad.

No obstante, podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad las declaraciones de obra nueva carentes de los expresados documentos, cuando se haya declarado prescrita por la Administración o por los Tribunales la correspondiente infracción urbanística en que la obra hubiera incurrido".

Artículo 17:

"Los efectos (...) se limitarán a dar publicidad de la situación administrativa que afecte a la superficie o edificación de que se trate".

II) DISTINTOS ASPECTOS CONCEPTUALES SOBRE LA OBRA NUEVA

Con carácter previo a un estudio pormenorizado de las distintas fases por las que ha atravesado la regulación de la obra nueva y las opiniones doctrinales sobre la misma, conviene hacer una aproximación al concepto desde los tres puntos de vista expresados en la introducción.

A) EL PRINCIPIO CIVIL DE ACCESIÓN

Hasta la publicación de la Ley 8/90, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, nadie planteó discusión alguna sobre este punto. Unánimemente se acepta el principio de que lo edificado por el propietario sobre su finca a él sólo pertenece, por aplicación del criterio romano "superficies solo cedit", que actualmente recoge el artículo 353 del Código Civil, aún cuando dicho precepto admita modificaciones y situaciones jurídicas específicas.

Entre las primeras, los artículos 358 y siguientes del propio cuerpo legal regulan la diversidad de posibles conflictos que puedan surgir de la utilización de materiales o de suelo ajeno, hasta el punto de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha llegado en ocasiones (por ejemplo en el supuesto de edificaciones sobrevoladas) a invertir el principio, pero siempre como excepción, y con mantenimiento pleno de la norma esencial de que la adquisición por accesión es una consecuencia directa del derecho de dominio inmobiliario y da lugar, a su vez, a una adquisición a título originario (1).

(1) Las SS del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1949 y de 17 de julio de 1961 parten del criterio de que en los supuestos en que la edificación invada el suelo ajeno de forma que haga imposible el derribo de la edificación extralimitada, cabe la posibilidad de inversión del principio de accesión en función del valor relativo del suelo y de la edificación. En realidad constituye un problema muy interesante pero ajeno al contenido concreto de las presentes notas.

Lo mismo puede decirse de las llamadas excepciones al principio de accesión a favor del propietario, como el derecho de superficie o el de vuelo, entendido éste en el sentido que lo regula el artículo 16, segundo, del Reglamento Hipotecario. En realidad, se trata de supuestos en los que una facultad característica del dominio pleno se atribuye a un titular distinto del propietario original; en el caso del derecho de superficie a través de la creación de una modalidad de propiedad distinta, la propiedad superficiaria, y en el supuesto del derecho de vuelo o de levante, mediante la constitución de una situación jurídica preparatoria de un régimen de comunidad en propiedad horizontal.

En ambos casos la adquisición derivativa se produce respecto de la titularidad desgajada de la dominical plena a través del título de constitución del derecho de superficie o de vuelo. Ahora bien, transmitido o reservado el nuevo derecho a favor del superficiario o del titular del vuelo, la adquisición de lo edificado responde plenamente al principio de accesión.

Desde otro punto de vista han surgido también discusiones sobre la atribución del dominio sobre la edificación en el ámbito de la sociedad de gananciales, que han perdido protagonismo a partir de la reforma del artículo 1.404 inciso segundo del Código Civil y del supuesto de accesión invertida que en éste se regulaba.

Por tanto, el principio de accesión, considerado como apoyatura civil de las soluciones registrales a la inscripción de nuevas edificaciones, no ha sido objeto de discusión hasta la publicación de la Ley 8/90, de 25 de julio, en que ha surgido una cierta polémica que examinaremos más adelante.

B) LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN SENTIDO PROPIO

La regulación registral de la declaración de obra nueva como tal, es decir como documento público en el que se manifiesta la voluntad del titular de describir la edificación existente, en construcción o en proyecto sobre una finca, con la intención de que dicha descripción se incorpore al folio correspondiente, surge con la reforma hipotecaria de 1944-1946 y constituye una consecuencia directa del desarrollo del sistema registral.

La regulación contenida en los artículos 208 de la Ley y 308 del Reglamento da por supuesta la teoría de la adquisición de lo edificado a título de accesión, si bien plantea una serie de cuestiones vinculadas directamente con la esencia del sistema, en el que cabe señalar dos peculiaridades relacionadas con el problema que nos ocupa: el sistema de inmatriculación y la posibilidad de la apertura de folio a fincas especiales que no suponen una paralela realidad física en el ámbito extrarregistral. Se examinarán por separado.

a) *El sistema de inmatriculación*

Como se ha expuesto en diferentes ocasiones (2) el legislador de 1861 se planteó una cuestión previa a la implantación del sistema. Lo pretendido era la creación de un sistema registral de desarrollo técnico basado en el folio real, es decir, en la finca como unidad de cuenta, con superación de los defectos propios del sistema de folio personal que había inspirado las antiguas Contadurías de Hipotecas y que todavía permanece vigente en los ordenamientos registrales de inspiración latina.

El problema se planteaba ante la inexistencia de un Catastro capaz de suministrar al Registro los datos suficientes para la apertura del folio registral, o inmatriculación propiamente dicha, típica de los sistemas de corte germánico y especialmente del alemán, que ya distinguía entre los datos referentes a la finca, considerada aisladamente, y a sus modificaciones, y los correspondientes al conjunto de derechos que, bien con carácter constitutivo o bien con carácter declarativo, habrían de inscribirse sobre la finca inmatriculada.

Para resolver el problema se partió desde el primer momento de que la primera inscripción en el Registro sería de dominio, criterio que aún mantiene la Ley Hipotecaria vigente, en su artículo 7.º inciso primero, y que da lugar a un fenómeno específico: la entrada de la finca en el Registro se produce al mismo tiempo y en virtud del mismo título que origina la primera inscripción de propiedad.

La consecuencia es obvia: sólo del transmitente y adquirente que generan el título traslativo que da lugar a la primera inscripción, o dicho de otra forma, a la apertura de folio registral, depende, en principio, la descripción de la propia finca que, a partir del momento de dicha primera inscripción, va a constituirse en objeto del conjunto de derechos reales inscritos sucesivamente en el mismo folio.

La diferencia con el sistema germánico es escasa desde el punto de vista de la terminología pero muy profunda desde el punto de vista con-

(2) Por ejemplo en el Libro Blanco donde se contienen el conjunto de ideas que dio lugar a los principios aprobados en la Segunda Asamblea General del Cuerpo de Registradores, celebrado en Barcelona en diciembre de 1988, o en el Informe sobre el Fraude Inmobiliario que el propio Colegio de Registradores dirigió al Congreso de los Diputados en abril de 1989. Este último fue redactado por una Comisión presidida por Antonio Hueso Gallo y formada por José Poveda Díaz, Pablo Torres Bollaín, José Antonio Nortes Triviño, Jorge Salazar García y el autor de este artículo. El Informe contó con la colaboración de varios Registradores de la Propiedad, entre los que cabe señalar a Carlos Hernández Crespo, Pedro Sánchez Marín, José Luis Laso y los integrantes del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, que dirige José Manuel García García. Se publicó en el B.C.N.R. n.º 260, octubre 1989.

ceptual. En efecto, en todo sistema registral confluye un triple interés en la descripción de la finca: el de su titular, el del Estado o la colectividad y el de los titulares de las fincas colindantes.

Con un sistema de catastro plenamente desarrollado cabe la posibilidad de que la aportación al Registro de los datos descriptivos de las fincas se lleve a cabo por una institución pública fiable y, por tanto, de resolver de forma adecuada la satisfacción de los dos últimos grupos de intereses y, naturalmente, el del propio titular. Con el sistema español de registro, al depender la descripción de la finca de la voluntad de transmitente y adquirente, el Registro de la Propiedad protege a quién describe bien y con más dificultades a quién voluntariamente o por negligencia describe incorrectamente su finca (3).

En realidad, desde el momento de la implantación del sistema la preocupación por la carencia de una institución pública que proporcione una información contrastada sobre la descripción de las fincas objeto de inmatriculación ha sido constante y ha dado lugar, incluso, a una cierta crítica generalizada sobre la poca fiabilidad de la descripción hipotecaria de las fincas inscritas, crítica en general poco consistente gracias a la eficacia progresiva del sistema registral.

Hoy día los principios que parecen informar los proyectos de reforma del Catastro y la coordinación de sus datos con los del Registro pueden dar lugar a una nueva perspectiva en esta materia.

b) La posibilidad de existencia de fincas especiales

El sistema hipotecario español amplía la posibilidad de apertura de folio a determinadas realidades que se encuentran a mitad de camino entre su concepción como relación jurídica de naturaleza real sobre la finca y su consideración como objeto de derecho, es decir, como realidad objetiva distinta de la propia finca.

El ejemplo más característico es el de las concesiones administrativas de aguas, minas, ferrocarriles, autopistas o tendidos de distribución de energía. En estos casos en los que la apertura de folio se produce tomando como objeto la propia concesión y no la superficie terrestre sobre la que recae, las edificaciones que lleva a efecto el concesionario dan lugar a un supuesto de accesión a favor de este y no de la Administración concedente,

(3) Con más amplitud se estudia esta idea en la comunicación dirigida por el autor de este artículo al V Congreso de Derecho Registral celebrado en Roma en noviembre de 1982, bajo el título "La inexactitud registral. Descripción de las fincas en el Registro de la Propiedad".

supuesto excepcional que tuvo que contemplar inicialmente la legislación hipotecaria.

Pues bien, precisamente debido al sistema inmatriculador, la regulación hipotecaria de la declaración de obra nueva se hacía indispensable, en cuanto que la propia manifestación auténtica sobre la edificación participa de las características de la inmatriculación propiamente dicha. No se trata de abrir folio nuevo, consecuencia directa de la inmatriculación en sentido estricto, pero sí de provocar una modificación sustancial de la descripción de la finca inmatriculada en base a similares principios que los que dan lugar a la propia inscripción primera de la finca registral. En este sentido se pronuncia Roca Sastre, sin duda porque al carecer la obra nueva de una fuente distinta del titular registral de la finca que pueda suministrar los datos sobre la base física que constituyen el objeto del folio, el sistema tiene que buscar dichos datos exclusivamente en la declaración de dicho titular (4).

Por otra parte, la existencia de fincas especiales provoca la necesidad de que, en paralelo con la ficción jurídica de objetivación registral de la propia relación concesional, el Registro publique la ejecución de las obras nuevas realizadas por el concesionario.

Así en el plano registral la declaración de obra nueva puede conceputarse como aquella manifestación auténtica del titular registral dirigida a la inscripción de las modificaciones de la finca, consecuencia de su edificación actual o futura, y, simultáneamente, de la adquisición presente, o diferida al momento de la conclusión de la obra, del derecho de dominio sobre lo edificado.

En este sentido se observa, como paralelamente al título inmatriculador que da lugar al mismo tiempo a la inscripción del objeto, la finca registral, del derecho adquirido, generalmente el dominio, y del título de adquisición, normalmente derivativo, en la declaración de obra nueva también se inscriben simultáneamente la modificación del objeto, es decir, la obra nueva, el derecho sobre la misma, es decir la titularidad dominical, superficiaria, en comunidad de vuelo o concesional y el título de adquisición, es decir, el originario de accesión a favor del declarante. Como se ve el paralelismo es tan grande que, por una parte resulta muy acertada la frase de Roca cuando habla de la naturaleza inmatriculadora de la declaración de obra nueva y, por otra, el procedimiento previsto en la Ley, aún con los

(4) ROCA SASTRE. Tomo 2º, página 462: "La fundamentación de los medios instaurados por nuestra legislación inmobiliaria registral para que la obra nueva pueda tener acceso en el Registro, singularmente del consistente en la simple declaración unilateral del propietario de la finca, hay que situarla en la tónica dominante en materia de títulos públicos de adquisición con valor de inmatriculación registral".

problemas que plantea y que luego examinaremos, resulta plenamente adecuado a los propios principios del sistema registral.

Naturalmente, los efectos frente a tercero de la inscripción de obra nueva, no serán los mismos que los de la inscripción de inmatriculación en sentido propio, ya que el principio de fe pública y el contenido de los artículos 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria se aplicarán al derecho de dominio sobre el terreno, y, como consecuencia, a lo edificado por el titular que tenga la condición de tercero. Con otra expresión podría decirse que el título declarativo de la obra nueva tiene naturaleza inmatriculadora, pero que la inscripción surte los efectos ordinarios, desde el punto de vista del principio de publicidad.

C) LA INSCRIPCIÓN DE OBRA NUEVA ENTENDIDA COMO MEDIO DE CONTROL DE LEGALIDAD

Además de una declaración auténtica del titular sobre la existencia de una edificación, que a aquél ha de atribuirse a título de accesión, la obra nueva plantea el problema de si en el momento de su inscripción, el asiento registral que refleje dicha obra y su atribución dominical, ha de significar además un pronunciamiento específico sobre la legalidad de lo edificado, es decir, sobre su adaptación al planeamiento urbanístico.

En este caso no se trata de profundizar en la naturaleza de la adquisición ni en las características documentales de la declaración, sino en la posibilidad del otorgamiento y la inscripción en los casos en que no se justifique la legalidad de la obra de edificación cuya publicidad registral se pretende, así como en los efectos que la inscripción registral produzca en el ámbito civil y en el urbanístico.

Desde este punto de vista la declaración de obra nueva implica, una vez completado el ciclo de inscripción, una presunción de legalidad, posible en todo ordenamiento, y que constituye una realidad en España a partir de la Ley 8/90, de 25 de julio, si bien el problema radica en el origen y los efectos de dicha presunción, cuestión que se examinará más adelante.

En resumen en la declaración de obra nueva y su inscripción confluyen, como dijimos al principio, tres cuestiones diferentes que han dado lugar a discusiones doctrinales y a pronunciamientos jurisprudenciales variados según las distintas épocas o fases de desenvolvimiento del sistema hipotecario español y que pueden también ser estudiadas por separado.

III) FASES ANTERIORES A LA NUEVA LEY

A) DESDE 1861 A 1944-46

En esta fase, que en realidad puede considerarse de implantación del sistema hipotecario en España, como viene a señalar la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944, al tratar del principio de inscripción y de la conveniencia de su evolución hacia una fórmula que suponga la eficacia constitutiva de la misma, pueden señalarse, como características de la época:

- a) Que las obras nuevas no constituían un supuesto frecuente en la realidad de los registros. En efecto, en las últimas décadas del siglo XIX y en el primer tercio del siglo XX el desarrollo económico del país no daba lugar ni a una proliferación excesiva de las edificaciones, ni a la necesidad frecuente de su inscripción registral. Por ello es lógico que los problemas jurídicos que en esta fase se suscitaron fueran notablemente diferentes de los que hoy nos preocupan.
- b) Desde el punto de vista civil, existió unanimidad doctrinal en el reconocimiento del principio de accesión. La obra nueva se consideró, desde el primer momento, como una simple manifestación registral de que lo edificado pertenece a su propietario como consecuencia del principio contenido en el artículo 353 del Código Civil.
- c) Otra característica de esta época es la regulación escasísima, por no decir inexistente, desde el punto de vista registral, de la declaración de obra nueva. Solamente pueden encontrarse dos disposiciones específicas, una directa y otra indirecta:
 - De forma directa, el Reglamento Hipotecario de 1915, en su artículo 43, de igual modo que la regulación actual contenida en el artículo 61 del Reglamento vigente, admitía la inscripción de las escrituras en que constaren las obras ejecutadas por concesionarios, sin duda en función del problema a que antes hacíamos referencia en relación con la posible apertura de folio de las llamadas fincas especiales.
 - De forma indirecta, el artículo 28 del Reglamento Hipotecario de 1870 se redactó con el mismo contenido que fue recogido en modificaciones posteriores y que hoy constituye el apartado 4º inciso último del artículo 51 del Reglamento vigente, es decir en el sentido de no exigir la nueva descripción de la finca inscrita en las inscripciones segundas y posteriores, cuando las

circunstancias descriptivas de las inscripciones anteriores coincidieran con las de título inscrito.

En definitiva se venía a considerar la obra nueva como una declaración contenida en el título inscribible y que sólo afectaba a la modificación de datos descriptivos de la finca.

En esta etapa se suscitaron algunas cuestiones que, como consecuencia de su repetición dieron posteriormente lugar a la reforma de 1944 que se estudiará en el apartado siguiente. Pueden destacarse dos de ellas:

- 1.—Una de las más discutidas, y que sin duda es una consecuencia de lo anteriormente señalado, es si el título formal en el que se contiene la descripción de la edificación habría de ser necesariamente escritura pública o cabría la posibilidad del documento público tipo acta.

La discusión es lógica en los albores del sistema puesto que la adquisición por accesión se produce como consecuencia de un hecho, la edificación. Lo natural, por tanto es que el documento del que resulte la constatación auténtica de un simple hecho y no de un acto jurídico, sea el acta notarial.

No obstante la Dirección General afirmó muy rápidamente lo contrario y en Resolución de 20 de mayo de 1895 rechazó el acta notarial como título hábil para la inscripción, estimó que el documento que mejor se adaptaba a dicho objeto era la escritura pública y especificó que en dicha escritura el propietario debería manifestar que ha mandado levantar en su finca el edificio descrito y que su voluntad es que se inscriba el título en el Registro de la Propiedad.

En esta Resolución se contiene una frase importante: "y que su voluntad es que se inscriba el título en el Registro". Precisamente en esta afirmación se contiene la esencia del problema. La declaración de voluntad no solamente es significativa de la existencia de un hecho, el de la edificación, sino también de la voluntad del titular registral de que la descripción de la finca comprenda también la edificación y, como consecuencia, que el conjunto de derechos que a continuación se inscriban sobre la finca edificada resulten protegidos por los principios del sistema. Para conseguir este segundo resultado lo lógico es exigir una declaración de tipo comercial cuyo vehículo idóneo es la escritura pública.

Puede decirse que en cuanto a la declaración de obra nueva de tipo inmatriculador, es decir, la que provoca por primera vez la descripción de la obra en el folio registral, esta doctrina sentada por la Dirección no ha sido nunca objeto de contradicción, aunque

no ocurre lo mismo con la simple terminación de la edificación, como veremos más adelante.

- 2.—Por otra parte destaca en esta fase la aparición de la discusión sobre la aplicación del principio de consentimiento y, como consecuencia de este, del principio de tracto sucesivo a las escrituras de declaración de obra nueva.

En principio la doctrina es unánime en señalar que sólo quien tiene previamente inscrito el dominio de la finca edificada puede otorgar la escritura de declaración de obra nueva, con las matizaciones que puedan resultar de la creación previa de una titularidad suficiente distinta de la del dominio y con legitimación adecuada, entre las cuales hemos estudiado antes algún ejemplo.

El problema se suscita en orden a si dicha legitimación, asiste al comunero, en régimen de proindivisión romana, sin la concurrencia del consentimiento de los demás copartícipes.

En este punto, y en esta etapa, es fundamental la resolución de 21 de junio de 1917. El problema planteado se refería a la declaración realizada por uno de los copropietarios de una casa perteneciente a diferentes propietarios en régimen de propiedad *pro diviso*, es decir, en la situación característica previa a la regulación moderna del régimen de propiedad horizontal que aparece con la Ley de 21 de julio de 1960. El Centro Directivo, ante el supuesto planteado entendió que el comunero sujeto al régimen del antiguo artículo 396 del Código Civil necesitaba la concurrencia en la declaración de los demás copartícipes del inmueble, precisamente por tratarse de un supuesto distinto de la copropiedad ordinaria o por cuotas regulada en el artículo 392 del mismo Código.

En este sentido, y por interpretación "a contrario" de la Resolución, parecía claro que la Dirección admitía la validez de la declaración hecha por uno sólo de los comuneros pese a la dicción del artículo 397 del Código Civil.

Esta solución, que como veremos luego, fue objeto de una modificación sustancial, fue apoyada brillantemente por Roca en el comentario a la legislación de 1944, fundamentalmente sobre la base de la distinción entre los actos prohibidos y los no prohibidos, o consentidos tácitamente que para el régimen interno de la comunidad resulta de los antecedentes romanos y de la primitiva interpretación del Código Civil, sobre todo en la opinión de Mucius Scaevola.

Con estas dos cuestiones que fueron las que básicamente dieron lugar a opiniones doctrinales, se cierra la primera fase histórica, si bien es

evidente que existía ya una preocupación generalizada por dar a la declaración de obra nueva una regulación hipotecaria específica que estuvo constituida por el contenido de la reforma de 1944-46 y su desarrollo reglamentario.

B) DESDE 1944 A 1990

A partir de la reforma hipotecaria de 1944-46 y de la publicación del Reglamento de 1947 se inicia una nueva etapa en que se regula por primera vez la declaración de obra nueva y se solventan algunas de las cuestiones que se habían planteado en la etapa anterior.

Desde el punto de vista de la realidad social la situación cambia radicalmente respecto del primer tercio del siglo. Sobre todo a partir de los últimos años de la década de los 50 y a lo largo del desarrollo económico que comienza en los 60, la actividad constructora aumenta en el país de una forma totalmente desconocida hasta la fecha. En 1960 se supera la vieja regulación de la propiedad horizontal, contenida en el artículo 396 del Código y sus reformas posteriores, y se publica la Ley de 21 de julio de dicho año, que constituye el esquema normativo a cuyo amparo puede decirse que se edifica el país.

A lo largo de esta etapa, que culmina con la reforma contenida en la Ley 8/90 de 25 de julio, los problemas más importantes en los que se detuvo la doctrina y la jurisprudencia de la Dirección fueron los que a continuación se exponen, entre los que deben distinguirse los que surgen directamente de la redacción de los nuevos preceptos y los que fueron surgiendo posteriormente.

a) *Surgidos directamente de la redacción de la reforma*

1) En un primer momento, la polémica fundamental en la doctrina fue la de si el artículo 308 del Reglamento Hipotecario constituía o no una extralimitación del contenido legal del artículo 208 de la Ley Hipotecaria de 1946, que sustancialmente recogía el contenido del artículo 347 de la Ley de Reforma de 1944.

La discusión se planteaba en torno al último inciso del párrafo 1.º del artículo 308 que añadió a la frase "los títulos referentes al inmueble", que en realidad constituían el título ordinario, en cuanto se referían a otro negocio jurídico inscribible, aprovechando para la modificación de la finca hipotecaria, la frase fundamental "o se haga constar solamente la plantación, edificación o mejora".

Prácticamente todos los hipotecaristas de la época discutieron el problema, aunque lo cierto es que la práctica registral e incluso la opinión mayoritaria dieron lugar a la conclusión de que, con independencia de que el Reglamento se extralimitara o no, la escritura pública cuya única finalidad es la inscripción de la obra nueva, constituye el título idóneo para la obtención de este resultado, por lo que puede decirse que la polémica se cerró sola a los pocos años de la publicación de la reforma reglamentaria.

2) Otra consecuencia directa de la nueva dicción reglamentaria fue que el nuevo procedimiento instaurado por el Reglamento dio lugar en la práctica a la escasísima utilización de los demás títulos a que se refieren tanto el artículo 208, como el 308, salvo el que denomina Roca "título ocasional", es decir el que tiene por objeto un negocio jurídico ulterior al que provocó la inmatriculación de la finca y en el que, además de dicho negocio, se contiene la declaración de obra nueva.

3) Con menos virulencia polémica que la suscitada por el tema anterior, algunos autores preconizaron ya en aquella época la conveniencia de que a la escritura de declaración de obra nueva, bien fuera directa bien ocasional, se acompañara en todo caso la licencia de obras o el certificado técnico y no con el carácter potestativo u opcional que resulta respectivamente de los párrafos segundos de los artículos 208 y 308. Fueron portavoces de este criterio Morell y Díaz Moreno, aunque puede señalarse que esta posición no fue mantenida posteriormente hasta fechas recientes, inmediatamente anteriores a la publicación de la Ley sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo.

Por tanto, puede decirse que a partir de la reforma y hasta la publicación de la Ley 8/90, el título que en la práctica totalidad de las ocasiones se ha utilizado para conseguir la inscripción de edificaciones en el Registro de la Propiedad, ha sido la escritura pública dirigida a esa finalidad, en la que el titular de la finca manifiesta haber construido o tener en construcción una edificación determinada, describe esta y solicita su inscripción a favor del titular dominical. Ocasionalmente el titular manifiesta, además, o bien que ha satisfecho íntegramente el precio de los materiales o que ha pagado al contratista la ejecución de lo edificado.

b) *Cuestiones que surgieron posteriormente*

En primer lugar hay que señalar que en Resoluciones del Centro Directivo de 20 y 21 de julio de 1969, que toman como precedente otra de 12 de diciembre de 1935 que resuelve la cuestión planteada por la difícil interpretación de la Resolución antes estudiada de 21 de junio de 1917,

sobre la legitimación de comunero para la declaración por sí solo de la obra nueva sobre la finca sometida a *pro indiviso*. Ambas resoluciones mantienen ya con toda claridad que el consentimiento de los titulares ha de ser unánime, partiendo de la base de que la obra nueva constituye alteración de la cosa común, y, que, por tanto, debe entenderse aplicable al negocio jurídico declarativo lo dispuesto en el artículo 397 del Código Civil.

Ahora bien, la polémica más importante surgió en torno a dos cuestiones que en cierto modo han venido a ser resueltas a partir de la Ley de 25 de julio de 1990.

1) La posibilidad de inscripción de la obra nueva en proyecto.

La polémica surge como consecuencia de un razonamiento lógico: Si la declaración tiende a conseguir la inscripción registral de un título de adquisición originario basado en la accesión, lo cierto es que el fenómeno accesorio no se produce hasta que la construcción se termina, o, al menos, se va produciendo respecto de la obra en construcción a medida que esta avanza.

La pregunta por tanto es lógica: ¿Es posible la constatación registral de una obra aún no comenzada?

La realidad económica impuso, desde el momento en que la actividad constructora comenzó a convertirse en una de las principales del país, la necesidad de la hipoteca para la financiación de la obra en construcción. Desde la perspectiva del crédito hipotecario la cuestión no ofrece problemas, puesto que la extensión a las nuevas edificaciones de la garantía constituye elemento típico del contrato de préstamo hipotecario, según resulta del artículo 109 de la Ley Hipotecaria y 1.877 del Código Civil. La cuestión consiste en determinar si la declaración de obra nueva puede llegarse a cabo con carácter previo a su iniciación o, constituida la hipoteca, ha de esperarse a que tenga lugar la edificación para su constatación registral.

La práctica admitió, salvo algunas excepciones, la posibilidad de la edificación en proyecto, mediante el expediente de denominar el título "escritura de declaración de construcción comenzada". Lo cierto es que, incluso desde el punto de vista de la normativa sobre licencias urbanísticas resulta difícil determinar cuando comienza la construcción de la obra (5).

(5) Lo lógico es entender que la obra comienza cuando se inicia alguno de los capítulos previstos en el programa de obras o en el proyecto técnico que da lugar a la licencia. Puede ser el derribo de la edificación anterior, el movimiento de tierras o incluso la limpieza y el desbrozo del terreno. En esta materia, y a título de ejemplo,

En relación a este tema cabe destacar:

- Que el artículo 308 del Reglamento Hipotecario, en el último inciso de su párrafo 2.º admite sin ninguna dificultad la declaración de obra nueva en construcción.
- Que idéntico criterio resulta del artículo 17 apartado c) del Decreto 2.114/68, de 24 de julio, antes transcrito.
- Que ningún precepto específico señala un grado determinado de avance de la obra para que pueda ser objeto de declaración e inscripción.
- Que a la obra nueva simplemente proyectada no se refiere ningún precepto específico, salvo la excepción contenida en el artículo 8.º, 4.º, inciso 2.º que en su párrafo último, al regular la inscripción del régimen de propiedad horizontal, señala "que en la inscripción del solar o del edificio se harán constar los pisos meramente proyectados.

Ante esta realidad legislativa algunos sectores doctrinales minoritarios hablaron incluso de la necesidad de que la obra tuviere un grado de avance equivalente a la cubierta de aguas para que su inscripción fuere posible. Sin embargo la práctica constante ha admitido siempre la declaración de la obra en proyecto, e incluso resulta muy interesante la opinión de Cámara en el sentido de que una cosa es la intención de construir y otra la obra dotada de proyecto, o dicho de otra forma, que no es lo mismo la obra en proyecto que la obra proyectada (6).

A partir de 1970 la polémica fue tema recurrente en los seminarios de Derecho Registral, sobre todo a iniciativa del de Salamanca, que partía de la base de que la dicción del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, en cuanto se refería a pisos proyectados, no llegaba a amparar la posibilidad de inscripción de declaraciones de obra nueva cuya realización no hubiere llegado a un punto concreto de avance.

puede citarse lo dispuesto en el artículo 2.5.15 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, que recogen disposiciones anteriores, hoy muy discutidas por su difícil aplicación, y que obligan a notificar al Ayuntamiento, con 15 días de antelación, el momento en que el técnico encargado de la dirección de la obra señala que ésta comienza, y que resulta determinante para la aplicación del plazo de caducidad de la licencia concedida.

(6) CÁMARA ALVAREZ: "Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana", *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1969. "De edificio proyectado se puede hablar en un doble sentido: como edificio cuya construcción está aún por definir, o como edificio cuya construcción está definida. La línea de separación entre ambas hipótesis podría fijarse, sobre todo si apetecemos encontrar soluciones prácticas, en la existencia o inexistencia de un proyecto aprobado por organismos oficiales. En el primer caso estamos ante un edificio sin definir todavía; en el segundo, ante un edificio definido".

Por otra parte, las situaciones de prehorizontalidad, es decir, de edificios con obra nueva declarada, gravados en hipoteca, y puestos en oferta para su adquisición en fase de construcción, era una realidad en todo el país, y planteaban problemas propios que, incluso, fueron estudiados como ponencia específica en el III Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en San Juan de Puerto Rico en 1977.

La polémica fue resuelta por una resolución de la Dirección General de 5 de noviembre de 1982, que de forma clara admitió la declaración de obra nueva y su inscripción registral, no sólo para edificios concluidos y edificados sino también para edificios en proyecto, aunque sin especificar si ese proyecto había de entenderse como una simple intención o como una definición técnica y contrastada con la licencia de las características del edificio futuro (7).

La doctrina del Centro Directivo cerró prácticamente la discusión y su criterio ha venido a ser confirmado, como veremos luego, por la dicción del artículo 25.2 de la Ley de 25 de julio de 1990.

2) El problema de la terminación de la obra nueva.

Al mismo tiempo que la polémica sobre la inscripción de la obra nueva en construcción o proyectada, surgía una cuestión paralela, mucho menos discutida por la doctrina, sobre la distinción entre la declaración de obra comenzada y la declaración sobre la conclusión de aquélla, cuando constare previamente inscrita en construcción.

La exigencia de este documento es lógica desde el punto de vista conceptual. En efecto, como hemos señalado anteriormente cuando la

(7) Por su interés se transcriben parcialmente dos Considerandos de la Resolución citada: "CONSIDERANDO que la difusión que ha adquirido la compra de viviendas o locales en propiedad, no ya sólo en edificios construidos, sino en gran medida también cuando estos se encuentran todavía en construcción o incluso meramente proyectados, origina una intrincada red de relaciones jurídicas dada la complejidad de los elementos que intervienen, que empieza ya a manifestarse en la fase que la doctrina conoce con la denominación de prehorizontalidad, (...), CONSIDERANDO que esta situación de prehorizontalidad que aparece centrada esencialmente en el solar como realidad tangible y en el edificio en construcción o simplemente en proyecto conlleva un gran interés para los adquirientes de departamentos o locales, futuros cotitulares del edificio, en cuanto que en esta fase se determina el propio objeto adquirido con sus características físicas y límite, los derechos sobre el mismo, así como el régimen estatutario que regulará la futura comunidad, o la fijación de la cuota de participación que corresponda a cada piso o local e, igualmente, —dato sumamente importante— la responsabilidad hipotecaria ya distribuida por cada finca independiente de las que van a existir en el edificio, (...), todas estas circunstancias permanecerán sin la suficiente publicidad, con los riesgos que esto comporta si no pudieran tener acceso al Registro de la Propiedad que es la institución adecuada para darlos a conocer a los terceros".

obra nueva se inscribe como proyectada o iniciada, no puede decirse que la declaración correspondiente sea un corolario formal de una adquisición dominical originaria y a título de accesión. Esta todavía no se ha producido o, por lo menos, no puede decirse que alcance a la unidad urbana concluida. La situación es en alguna medida similar a la de la inscripción de un derecho sujeto a condición suspensiva, es decir al evento de que efectivamente la obra se concluya.

Desde el punto de vista registral no existe ningún inconveniente en la admisión de la constatación tabular de derechos sujetos a condición suspensiva, aunque tampoco puede decirse que el supuesto que estudiamos esté claramente incluido dentro de la redacción del artículo 23 de la Ley Hipotecaria, que se refiere a las condiciones propias y no a los sucesos futuros que dependen de la voluntad del titular del derecho, es decir, y en este caso, del propietario de la finca.

En la legislación sólo aparece la necesidad de la declaración de la conclusión de la obra en el Decreto 2.114/68 de 24 de julio, que además, en su artículo 99 introdujo un título específico para la obtención del asiento correspondiente. Dicho título es la Cédula de Calificación Definitiva que, unida a la escritura que en su día dio lugar a la inscripción de obra nueva comenzada, se considera título suficiente para la constatación de la construcción del edificio, mediante nota marginal.

La legislación hipotecaria, sin embargo, no aludió nunca a este problema, si bien en la práctica se admitía, sin otro documento complementario justificativo, la simple escritura de conclusión de la obra nueva. Hay que advertir, que este tipo de documentos no se producían casi nunca, de modo que las obras declaradas en construcción se mantienen así indefinidamente.

Luego se examinará la solución establecida por la nueva Ley de 25 de julio de 1990. En este punto sólo se quiere destacar que el Decreto 2.141/68 citado utiliza para la constatación registral del cumplimiento de la condición de adquisición, es decir la conclusión de la obra nueva, la misma técnica que para el cumplimiento de la condición suspensiva propia, utilizan el artículo 23 de la Ley Hipotecaria y 56 del Reglamento Hipotecario.

3) El problema de la necesidad de licencia o autorización administrativa para la inscripción de la obra nueva.

Es ésta, con mucho, la cuestión de mayor importancia de las planteadas en esta fase histórica. No es enteramente nueva, puesto que como antes decíamos ya Morell y Díaz Moreno se habían inclinado a exigir un documento complementario al título declarativo del que resultara la legalidad

de la obra terminada o en construcción. De otra parte el propio artículo 347 de la Ley Hipotecaria de 1944 había aludido al certificado del Arquitecto director de la obra o del Arquitecto municipal, aunque el precepto luego recogido en el Texto Refundido de 1946 y en el Reglamento Hipotecario de 1947, cayó totalmente en desuso.

En realidad en este problema confluyen varias cuestiones distintas:

- Por una parte en la inscripción de obra nueva se suscita el mismo problema general que afecta al paralelismo entre la realidad jurídica extrarregistral y los datos descriptivos resultantes de la inscripción. El sistema hipotecario, ante la inexistencia de un Catastro fiable ha buscado siempre, y con especial intensidad en determinados momentos, la adaptación y la concordancia de los datos físicos de las fincas inscritas. También esta cuestión afecta a la obra nueva.
- En otro sentido, y en las situaciones de prehorizontalidad el problema se agrava cuando la defectuosa situación de la finca registral no obedece a una situación de simple negligencia del titular o a finalidades de orden fiscal, (en este caso por utilizar un eufemismo), sino lo que puede resultar más grave, a fines o intenciones fraudulentas respecto de los terceros que adquieren unidades urbanas en construcción, fiados en el contenido registral.
- Por último, a partir de la moderna Legislación del Suelo iniciada en 1956, modificada en 1976 y a la que se pretende dar un nuevo sentido en la Ley de 1990, la sujeción de la edificación a licencia se constituye en un imperativo legal que desencadena toda una actividad administrativa de policía urbanística dirigida al control de la creación y remodelación del núcleo urbano, respecto de la que la declaración de obra nueva vivía ajena.

A finales de los años 70, el problema de la adaptación de los datos físicos de las fincas inscritas a la realidad extrarregistral se intentó resolver mediante el procedimiento de coordinación Catastro-Registro que implantó el R.D. 1.030/80 de 3 de mayo de 1980, cuyas soluciones técnicas son prácticamente idénticas a las que recientemente impone la Ley 54/91 de 7 de febrero de la Comunidad Foral Navarra, sobre coordinación del Registro Fiscal de la riqueza territorial de Navarra con el Registro de la Propiedad. Estas soluciones responden al triple interés a proteger en materia de descripción de fincas registrales, es decir, el del titular, el de la comunidad y el de los propietarios colindantes, a que antes nos hemos referido (8).

(8) El Decreto 1.030/80, al referirse a los efectos de la coordinación, en su Norma IX, señala: a) La coordinación de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad con

En lo que se refiere al ámbito propio del tema que estamos estudiando la práctica registral ha continuado, hasta la publicación de la Ley 8/90, desvinculada del problema del control de legalidad de la obra declarada. Se parte de la base de que el ámbito de la calificación registral se refiere a cuestiones de derecho privado y que la policía urbanística es materia que corresponde de forma exclusiva a la Administración competente, Central, Autonómica o Local según los casos.

Sin embargo, surgió cierta inquietud doctrinal en la medida en que cada vez cobraba mayor protagonismo la necesidad de coordinación de las instituciones jurídicas estatales y de los distintos poderes públicos y en que, por otra parte, se veía con cierta claridad la posibilidad de existencia de fraudes inmobiliarios apoyados en la actuación independiente del control urbanístico de la edificación, correspondiente a la Administración, y la calificación de derecho privado del título declarativo de la obra nueva, que encomienda al Registrador el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

En este punto, ya con anterioridad a la publicación de la Ley 8/90 se había producido una inflexión importante en la opinión jurídica dominante.

La primera tendencia partió del criterio de que la declaración de obra nueva y su inscripción nada tenían que ver con el control de legalidad urbanística de la edificación inscribible. Se trataba de una postura conceptualmente impecable, de acuerdo con los principios inspiradores del sistema y con la propia Legislación del Suelo, que en ningún caso condicionaba a la previa concesión de licencia la declaración auténtica sobre la edificación.

Este criterio, que era absolutamente mayoritario en la opinión de Notarios y Registradores se vio ratificado por la Resolución de la Dirección General de 16 de noviembre de 1981, en la que en relación a la posible aplicación de los artículos 85 y 86 de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana a suelo calificado como no urbanizable, el Centro

el Catastro Topográfico Parcelario, implicará la conformidad de la Administración con los datos descriptivos de la misma contenidos en el folio registral. En consecuencia, los expedientes administrativos relativos a fincas coordinadas, deberán tomar como base de la actuación de que se trate los datos resultantes de la coordinación, a efectos de producir la triple coincidencia catastral, registral y fiscal en cuanto a los datos físicos y titulares de las fincas. b) No obstante lo dispuesto en el número anterior, a efectos civiles, serán los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria los únicos competentes para conocer y decidir sobre cuantas cuestiones litigiosas se refieran a la identidad y circunstancias físicas de las fincas. c) Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, cuando en los asientos del Registro conste la coordinación de una finca con el Catastro Topográfico Parcelario se presumirá, salvo prueba en contrario, que los datos descriptivos de la misma contenidos en el folio registral coinciden con la realidad física.

Directivo, revocando la decisión previa del Presidente de la Audiencia, sentó la doctrina de que tanto el Notario como el Registrador son ajenos al problema de control de la legalidad urbanística de la obra declarada (9).

Esta tendencia cambia sustancialmente a partir de la Resolución que acabamos de citar. Entre los Registradores se va reafirmando la idea de que efectivamente resulta necesaria una mayor coordinación entre los pronunciamientos registrales sobre la descripción de las edificaciones y la documentación administrativa que habilita al propietario para el levantamiento del edificio.

Por otra parte, y debido a la escasez del suelo, comienza a surgir una modalidad de fraude inmobiliario, fundamentalmente en las zonas costeras, consistente en llevar a cabo una distribución interior del edificio distinta a la autorizada en la licencia, con aumento de las unidades independientes susceptibles de aprovechamiento privativo o con modificación de los usos atribuidos a dichas unidades por el Plan de Ordenación, a cuyo amparo se concede la licencia.

Esta preocupación se exterioriza, en los últimos años, en tres momentos concretos:

- La Generalidad de Cataluña, a iniciativa de la Consejería de Ordenación del Territorio, puso en marcha hacia 1987 una iniciativa dirigida a la regulación del problema general de la vivienda, en cuyo articulado en proyecto se preveía la necesidad de que a la escritura de declaración de obra se acompañara, como requisito previo a la inscripción registral, la licencia de obra o, al menos, un certificado técnico acreditativo de que el edificio declarado y sus

(9) Señala la resolución citada: "CONSIDERANDO, en cuanto a la segunda cuestión, que el artículo 178 de la Ley (del Suelo) indica la necesidad de previa licencia de los actos de edificación y uso del suelo, tales como las obras de nueva planta, mientras que en los artículos 184 y 85 se previene la forma de actuar la Administración a través de los propios órganos competentes que la propia Ley —entre los que no figuran, como es natural Notarios y Registradores— señala para corregir las posibles infracciones urbanísticas, y permite a dichos órganos amplios remedios que pueden llegar hasta la demolición de lo construido (...) CONSIDERANDO que, al ser de competencia exclusiva de las autoridades municipales y urbanísticas el velar por el cumplimiento de las normas de edificación, no corresponde al Notario al autorizar las escrituras de declaración de obra nueva, ni tampoco al Registrador al ejercitar su función calificadora, al entrar en el examen de esta materia, ya que la posible infracción urbanística se produce no por el hecho de otorgarse la declaración de obra, sino porque la construcción no se adaptó a lo ordenado por el planeamiento (...) CONSIDERANDO que en los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento se contienen los requisitos para que la obra nueva ingrese en los libros registrales, sin que tales preceptos exijan que se acredite la concesión de la licencia municipal para que pueda practicarse la inscripción, y en el mismo sentido se manifiesta la propia Ley del Suelo, que en ninguno de sus preceptos impone esta obligación a Notarios y Registradores (...)"

características básicas se ajustaban al proyecto que había dado lugar a la concesión de dicha licencia.

El Proyecto de Ley planteaba dificultades de todo orden, pero sobre todo la cuestión constitucional de hasta que punto el órgano legislativo autonómico tiene la competencia suficiente para sancionar disposiciones en materia registral, cuya competencia exclusiva corresponde al Estado, de acuerdo con lo señalado en el artículo 149.1.8.º de la Constitución de 1976.

No obstante, los Registradores coincidían con la Generalidad en la importancia de la cuestión y en la necesidad de resolverla mediante alguna disposición positiva. El Proyecto de Ley no llegó a tramitarse como tal, pero el problema quedó planteado.

- En 1989, como consecuencia, en parte, del llamado informe Mac-Millan, eurodiputado británico, en orden a la proliferación de supuestos fraudes inmobiliarios en el sector turístico español, el Congreso de los Diputados solicitó del Colegio de Registradores un informe sobre este problema, que fue remitido a la Cámara en abril de ese mismo año.

El Informe constituía en realidad un examen crítico del sistema inmobiliario español, con aportación de una serie de soluciones, adaptadas a los nuevos tiempos, entre las que se señala con carácter específico la de exigir, para la declaración de obra nueva, el requisito de que se acompañe a la misma certificación de Arquitecto acreditativa de que su descripción se ajusta al proyecto. El Informe partía, por tanto, de un criterio radicalmente diferente del que había venido siendo sostenido hasta esa fecha y destacaba, como finalidad sus propuestas, que el Registro de la Propiedad, con mantenimiento de sus principios esenciales de protección al tráfico jurídico privado, fuese un eficaz colaborador de la labor de policía urbanística que es competencia propia de las Administraciones públicas (10).

- No obstante el problema constitucional, se publica el 14 de mayo la Ley 7/90, de la Comunidad Autónoma Canaria, que examinaremos luego con más detalle.

(10) Concretamente el Informe proponía las siguientes medidas: "1.ª Cuando se trate de obras nuevas en construcción o en proyecto, la escritura de declaración de obra nueva deberá ir acompañada de una certificación del Arquitecto o Técnico autor del proyecto, del Técnico Director de la obra, o bien del Técnico municipal habilitado al efecto, acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto presentado para la concesión de la licencia y comprensiva de los datos identificadores del expediente administrativo de concesión. El mismo requisito se exigirá para la división de la obra nueva en régimen de propiedad horizontal. Deberá regularse la constatación

Por tanto y hasta la fecha de publicación de la Ley sobre reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo puede decirse:

- Que no se había planteado problema alguno en la admisión de la accesión como título originario de adquisición para el propietario de la finca de lo edificado sobre ella y que, con las matizaciones que pudieran resultar de la obra nueva declarada en proyecto, la opinión jurídica resultaba unánime en orden a que la declaración constituye un corolario formal dirigido a hacer constar en el Registro dicha adquisición y el objeto sobre el que recae.
- Que en cuanto a la declaración en sí, venía siendo considerada como una declaración negocial de voluntad, de carácter dispositivo, dirigida a provocar una modificación del folio registral, de naturaleza y alcance inmatriculador, y que puede tanto dirigirse a la inscripción de una obra concluida, de una obra comenzada o incluso de una obra en proyecto.
- Que en cuanto a la consideración de la propia escritura pública y de la inscripción como medios de control auxiliar de la legalidad de la obra, con la finalidad concordante de obtener una plena adecuación entre los datos descriptivos del folio registral y los de la realidad jurídica extrarregistral, a pesar del último pronunciamiento de la Dirección General, la opinión, incluso institucional, se inclinaba a la respuesta positiva, es decir, a exigir como requisito para la inscripción la constatación previa de la adecuación de la obra declarada al proyecto técnico aprobado por la Administración.

IV) SITUACION ACTUAL Y PROBLEMAS DE INTERPRETACION QUE SE PLANTEAN

La Ley de 25 de julio de 1990 supone una alteración sustancial del sistema legal existente, aunque como hemos visto antes, los problemas que resuelven o intenta resolver ya habían sido tratados o regulados con

registral de la terminación de la obra nueva en construcción o en proyecto. 2.^a Cuando se trate de declaración de obras nuevas concluidas, la certificación a que se refiere el apartado anterior deberá acreditar que la edificación declarada se ajusta a la licencia concedida. 3.^a Debería regularse un régimen transitorio para la inscripción de obras ya realizadas y no inscritas en el Registro, que por la antigüedad de su construcción u otras razones carecen de la licencia pertinente o es imposible la aportación de la certificación a que se refieren los apartados anteriores. Podría establecerse, al efecto, la acreditación del conocimiento por parte de la Administración de la obra declarada y la necesaria certificación de Técnico cualificado acreditativo del estado actual de la misma".

anterioridad incluso, en algunos casos, en parecido sentido a la nueva dicción legal.

En el estudio de la nueva Ley pueden distinguirse dos aspectos diferentes: de una parte, los problemas provenientes de la legislación anterior y a los que la nueva Ley da una solución concreta. De otra, aquel conjunto de cuestiones que se suscitan precisamente como consecuencia de la publicación del nuevo texto legal. En este sentido cabe distinguir:

PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN QUE RESUELVE LA NUEVA LEY

Cabe destacar los siguientes:

a) El texto legal resuelve definitivamente la cuestión de si es posible la inscripción de obras nuevas en proyecto, inclinándose a una posición que viene a coincidir con la sostenida por Cámara Alvarez, a la que anteriormente hemos hecho alusión. No es que el artículo 25.2 distinga entre obras nuevas en intención o proyectadas, como hace el autor citado, pero es evidente que en cuanto exige la aportación de licencia y el certificado de técnico competente como documentos de necesaria aportación para la autorización de la declaración y para la inscripción de la obra nueva, excluye de dicha inscripción registral aquellas edificaciones respecto de las cuales existe la intención declarada de construirlas, pero que carecen de proyecto técnico definidor de sus características.

b) Por otra parte, el artículo 25.2 distingue entre la declaración de obra nueva, tanto concluida como en construcción o en proyecto, y la terminación o conclusión de la misma en los dos últimos casos.

Para el primer supuesto, es decir, la obra declarada en construcción, el vehículo formal exigido es la escritura pública, lo que coincide con las previsiones contenidas en la legislación hipotecaria. Sin embargo, para la constatación registral de la conclusión de la obra previamente inscrita exige simplemente el acta notarial. En ello coincide con lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 2.114/68 de 24 de junio y, en alguna medida, responde también a la distinción que antes hacíamos entre el negocio jurídico de declaración de obra nueva, a efectos de su inscripción registral, y el hecho determinante del cumplimiento de la condición suspensiva, es decir, la conclusión de la obra, que supone la adquisición del dominio por accesión.

c) Por último, y como resulta evidente, decide la discusión sobre la exigencia de la previa autorización administrativa de la obra declarada. Esta exigencia constituye no solamente la principal novedad de la Ley, sino también la fuente más importante de los problemas de interpretación

que plantea. Con ello ha resuelto la cuestión sobre la dependencia recíproca en esta materia del Registro de la Propiedad y de las instituciones urbanísticas.

CUESTIONES QUE SUSCITA EL NUEVO TEXTO LEGAL

Antes de entrar en ellas conviene plantear una consideración previa. En efecto, como luego se estudiará con más detalle, creemos que puede afirmarse que la ubicación legal del artículo 25.2 de la Ley de 25 de julio de 1990 obedece a una sistemática errónea. Lo lógico es que se hubiera encuadrado dentro de la dicción de la Disposición Adicional Décima de la propia Ley, puesto que en esta norma se contienen las medidas legales sobre la inscripción de actos de naturaleza urbanística en el Registro de la Propiedad y, concretamente, las correspondientes a la colaboración de esta Institución con las Administraciones urbanísticas competentes en materia de suelo.

Esta afirmación que evidentemente puede resultar discutible, es importante en la apreciación de los problemas que la Ley plantea en orden a su aplicación temporal y espacial e, incluso, en la solución adecuada del alcance civil de sus preceptos.

Hecha esta precisión cabe señalar los siguientes problemas básicos:

A) Sobre el alcance civil de sus disposiciones

La Ley 8/90 ha modificado, y en esto no existe discusión alguna ni se ha planteado siquiera, el régimen establecido para la declaración de obra nueva y su inscripción que se contiene en los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento.

Ahora bien: ¿Ha modificado también el contenido del artículo 353 y 358 y siguientes del Código Civil? Dicho de otra forma, es evidente que de los puntos de vista bajo los que puede estudiarse la obra nueva, y que hemos examinado anteriormente, es decir como institución civil consecuencia del modo originario de adquirir que supone la accesión, como declaración negocial auténtica dirigida a provocar una modificación registral y como manifestación de legalidad de la obra declarada, los dos últimos aspectos han sido objeto de profunda modificación. La cuestión es si además se ha modificado el primero.

En lo que se refiere a mi experiencia directa, el problema fue planteado por primera vez por José Manuel García García, en una reunión celebrada en el Colegio de Registradores y dirigida a un estudio urgente de los

problemas registrales de la Ley 8/90. En fechas inmediatas la discusión se suscitó varias veces en el seminario de Derecho Registral de Cataluña y en numerosas reuniones de Registradores.

Las posturas doctrinales sobre el tema que han sido objeto de publicación, como comentarios a la Ley han sido ya varias. Cabe señalar las siguientes:

a) Jesús González Pérez interpreta el conjunto de preceptos de la Ley sobre adquisición sucesiva de facultades urbanísticas y de su incorporación al patrimonio del propietario del terreno, en el sentido de que la propiedad inmobiliaria ha quedado "vacía de facultades urbanísticas" y que el propio titular ha sido degradado a la "mera condición de agente de las Administraciones Públicas".

La opinión, muy crítica, de González Pérez respecto de la Ley 8/90, no le lleva, sin embargo, a afirmar que se haya producido una modificación del sistema de accesión civil. Se refiere a problemas urbanísticos y pone en tela de juicio la constitucionalidad de la propia Ley en cuanto, supone, por aplicación del mecanismo expropiatorio, la privación de facultades al propietario sin indemnización.

Nuestro más completo comentarista de la legislación urbanística sobre el suelo no se pronuncia directamente sobre aspectos civiles sino sólo sobre los urbanísticos y especialmente sobre los que inciden en el carácter típicamente expropiador de la Ley 8/90 (11).

h) José Luis Laso, después de aludir al problema de la dicción literal del artículo 21.1, "sólo la edificación concluida al amparo de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística queda incorporada al patrimonio de su titular", y a las dificultades que puede producir para el sector inmobiliario, especialmente en el ámbito del crédito territorial, elige para su estudio otros aspectos del artículo 25.2 y se remite en cuanto a esta cuestión a la futura solución reglamentaria (12).

Sin embargo, en coloquios y seminarios en los que he tenido la satisfacción de escucharle viene a defender una posición análoga a la que se expondrá más adelante en este trabajo.

c) José María Chico, avanzando sobre la opinión de González Pérez, y atribuyéndole la expresión a este autor, afirma que la propiedad inmobiliaria queda, en la nueva Ley, "vacía de contenido". Sin embargo, Gon-

(11) GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo*, pág 68, Cívitas, 1990.

(12) LASO MARTÍNEZ: "La inscripción de Declaraciones de Obra Nueva en la Ley de Reforma de Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo", *RCDI*, n.º 601, noviembre-diciembre 1990.

zález Pérez lo que dice, como hemos señalado anteriormente, es que queda "vacía de facultades urbanísticas". El significado de las palabras utilizadas es evidentemente distinto; el concepto de "facultades urbanísticas" no puede llegar a identificarse con el "contenido" técnico del derecho de dominio en sentido propio.

Además, si bien es cierto que para manifestarse radicalmente contrario a esta concepción, afirma Chico Ortiz que la nueva Ley ha alterado el contenido sustancial del artículo 348 del Código Civil, y ha convertido la propiedad en una especie de figura fiduciaria. Como corolario concluye en que la Ley ha utilizado incorrectamente el término "patrimonio", cuando debió decir "propiedad". Fundamenta esta apreciación en que el significado entre uno y otro término es diferente. La postura de Chico es lógica, desde su punto de vista, pero, a mi juicio, parte de una evidente exageración en la apreciación del alcance de los preceptos legales que comenta (13).

d) Buenaventura Camy afirma tajantemente que la Ley 8/90 no ha derogado el régimen ordinario de la propiedad, tal y como la define el Código Civil a través de sus distintos preceptos, ni expresamente, ni por deducción interpretativa y muestra su perplejidad ante el régimen a que pueden quedar sometidos los materiales empleados en la construcción en tanto no se produzca la "incorporación al patrimonio" prevista en la Ley, con lo que parece admitir tácitamente la suspensión de efectos del artículo 353 y 358 del Código Civil, como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva Ley (14).

Como se ve, la primera lectura de estas opiniones doctrinales demuestra el desconcierto de la doctrina ante una frase tan ambigua como la utilizada en la Ley: "Se incorporarán o no se incorporarán al patrimonio del propietario del terreno" que utiliza los artículos 25.1, 27.1 y la Disposición Transitoria Sexta, así como la expresión empleada en el artículo 11 del propio texto legal "el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria se integra mediante la adquisición sucesiva de los siguientes derechos (...)".

Para interpretar la dicción legal, concordante con los demás preceptos de la Ley de 25 de julio de 1990 deben a mi juicio precisarse unas afirmaciones previas:

— Dicha interpretación no puede aislarse del contexto de la norma legal en que se integra.

(13) CHICO ORTIZ: "La Propiedad Urbanística y el Registro de la Propiedad", *RCDI*, n.º 602, enero-febrero 1991.

(14) CAMY SÁNCHEZ CAÑETE: "Connotaciones Hipotecarias de la Ley del Suelo", *RCDI*, n.º 604, mayo-junio 1991.

- Dentro de la técnica jurídica de la eficacia sancionadora de la norma, no existe mandato legal de carácter imperativo sin una consecuencia específica.
- La Ley del Suelo no tiene un contenido civil expreso y, como señala Camy, difícilmente se puede interpretar que deroga de una forma tan sustancial el Código Civil por vía de interpretación deductiva.

De acuerdo con estas ideas hay que tener en cuenta además una distinción: el cumplimiento de los deberes urbanísticos da lugar, en su aspecto positivo, a la consecuencia de la adquisición de la facultad urbanística correspondiente y, según dice la Ley, a la incorporación al patrimonio del propietario del terreno, en el caso de la edificación. Ahora bien, su incumplimiento determina, paralelamente, una consecuencia negativa *que es siempre la misma*: la posibilidad de adquisición forzosa del inmueble por la Administración Urbanística, en régimen de expropiación-sanción y con un precio tasado, o la venta forzosa también por precio previamente fijado por la norma. Además, y en el supuesto específico de que la edificación haya sido levantada sin licencia o sin ajustarse a sus condiciones o incompatible con el planeamiento será demolida sin indemnización, previa la instrucción del preceptivo expediente conforme a lo establecido en la legislación urbanística aplicable.

En este sentido cabe señalar:

--- Artículo 18.3. "La resolución administrativa declarando el incumplimiento a que se refiere el n.º 1 deberá dictarse previa audiencia del interesado y decidirá sobre la *expropiación o venta forzosa* de los correspondientes terrenos, cuyo valor se determinará en todo caso con arreglo a la señalada reducción del aprovechamiento urbanístico".

- Artículo 19.2. "Este aprovechamiento (urbanístico) se reducirá en un 50% si no se solicita licencia municipal de edificación en el plazo fijado (...). En estos supuestos será de aplicación lo *dispuesto en el artículo 18.3*".

Artículo 22. "La falta de adquisición del derecho a edificar por causa imputable al titular del terreno determinará su *expropiación o venta forzosa*, con aplicación de la reducción del aprovechamiento señalada en el artículo 18.1".

Artículo 24 (extinguido el derecho a edificar). "La Administración *expropiará* los correspondientes terrenos con las obras ya ejecutadas o *acordará su venta forzosa*, según lo dispuesto en el artículo 18.3 (...)".

--- Artículo 26.1. "La edificación realizada sin licencia o sin ajustarse a sus condiciones o incompatible con el planeamiento vigente *será demolida sin indemnización* (...)".

Paralelamente a lo establecido en dichos preceptos, el Preámbulo de la Ley contiene una serie de afirmaciones que no hacen sino ratificar la

consecuencia única que el texto legal establece para el incumplimiento. Son las siguientes:

"Un esquema positivo coherente ha de partir del reconocimiento a toda propiedad inmueble como inherente a ella, de un valor que refleje sólo su rendimiento (real o potencial), rústico, (valor inicial en la terminología de la vigente Ley), sin consideración alguna a su posible utilización urbanística. Las plusvalías imputables sólo a la clasificación y calificación urbanística y, consecuentemente a los aprovechamientos resultantes derivan del planeamiento en la forma, con la intensidad y con las condiciones que la legislación urbanística y, por remisión a ella, dicho planeamiento determina".

"La valoración de estas facultades (urbanísticas) en función de los aprovechamientos urbanísticos, sólo es aceptable y coherente para las surgidas a partir de un determinado momento del proceso de ejecución del planeamiento. Para las anteriores su valoración debe prescindir de aquéllos e incorporar sólo la posibilidad efectiva de modificación física del terreno, pues aún no se han adquirido dichos aprovechamientos".

"El derecho a la edificación incorpora al patrimonio la edificación ejecutada y concluida con arreglo a la licencia ajustada a la ordenación en vigor (...). La lógica del sistema exige una respuesta de la Administración actuante frente al incumplimiento que impide la adquisición de las facultades en cuestión. *Esta respuesta es la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad*, con la posibilidad de utilizar cualquiera de las formas de gestión indirecta previstas en el ordenamiento vigente o la venta forzosa del terreno. Ahora bien, por elementales razones de coherencia la valoración de los bienes expropiados o sujetos a venta forzosa debe hacerse en función de las facultades urbanísticas efectivamente adquiridas en el momento de producirse el incumplimiento que motiva la expropiación o la sujeción a venta forzosa, teniendo en cuenta la pérdida o reducción de dichas facultades que puedan derivarse de aquél".

De los preceptos citados y de la dicción del Preámbulo de la Ley resulta claro que la consecuencia jurídica del incumplimiento es que la facultad urbanística no adquirida no se tendrá en cuenta, a efectos de valoración, cuando se dé el supuesto de expropiación o venta forzosa. Sólo en este sentido puede entenderse que la facultad correspondiente o el valor de lo edificado no se incorpora al patrimonio del titular. Este término patrimonio debe entenderse más en un sentido económico, que en la concepción técnica civil, es decir, de situación interrelacionada o interconectada de las relaciones jurídicas propias por su pertenencia a un titular único, en la terminología ya clásica del profesor De Castro, o en el sentido

más tradicional de conjunto de derechos y obligaciones pertenecientes a un titular determinado.

Esta opinión, que mantiene íntegramente la vigencia del Código Civil y el contenido técnico del derecho de dominio, perfectamente compatible con la delimitación que de la propiedad lleva a cabo el planeamiento, y con su función social, en los términos que establece la Constitución, se apoya además en dos preceptos:

- El artículo 58.2 de la Ley vigente de Régimen del Suelo de 9 de mayo de 1976, que recoge el texto de la Ley de 1956 objeto de refundición: "No obstante, si no hubieran de dificultar la ejecución de los planes podrán autorizarse sobre los terrenos, previo informe favorable de la Comisión Provincial de Urbanismo, usos u obras justificadas de carácter provisional, que *habrán de demolerse* cuando lo acordare el Ayuntamiento, *sin derecho a indemnización* y la autorización aceptada por el propietario deberá inscribirse bajo las citadas condiciones en el Registro de la Propiedad". Este precepto obedece, con mejor terminología, al mismo criterio que la nueva Ley, si bien refiere la solución a un supuesto excepcional, mientras que el nuevo texto convierte el criterio en ordinario y aplicable a todos los supuestos de incumplimiento.
- Lo dispuesto en el artículo 77 de la propia Ley 8/90, que ha suprimido la automaticidad de los plazos que aparecía de los primeros proyectos, de forma que sólo se pone en marcha la expropiación o venta forzosa, previa notificación de la Administración actuante al propietario que incumple. En el caso de que no se produzca la actuación administrativa represora del incumplimiento no existe alteración ninguna del régimen ordinario de adquisición de lo edificado.

Creemos, a la vista del conjunto de preceptos estudiados y de las opiniones doctrinales expuestas, que el derecho del propietario a hacer suyo lo edificado que establece el artículo 353 del Código Civil, como consecuencia directa del contenido del dominio que define el artículo 348 del mismo texto, no ha sufrido alteración. En este sentido, puede afirmarse que el propietario hace suyo lo edificado, sea legal o ilegal la construcción. Si la edificación es lícita el titular del terreno y propietario de lo edificado quedará definitivamente exonerado del peligro de una expropiación-sanción, en que no se tenga en cuenta el valor de la obra y del riesgo de su demolición forzosa. Ahora bien:

a) Si la edificación incurre en ilícito por no darse las circunstancias previstas en el artículo 26.1 y se produce la demolición forzosa, ello lleva consigo una doble consecuencia:

- La demolición o derribo no dará lugar a indemnización ("no se incorpora al patrimonio").
- El propietario perderá el dominio de lo edificado por aplicación inversa de lo dispuesto en el artículo 353 del Código Civil.

b) Si la edificación se produjo con licencia, que contraviniera la ordenación urbanística y que posteriormente fuera declarada ilegal, dentro de los plazos de caducidad y prescripción previstos por la Ley, el propietario perderá el dominio de la edificación y no será indemnizado de su valor. Sin embargo, tendrá derecho al resarcimiento de daños y perjuicios en caso de que la ilegalidad fuese imputable exclusivamente a la Administración que concedió la licencia, tal y como señala el artículo 232 y concordantes de la Ley vigente de 9 de abril de 1976.

c) Si la edificación se produce con licencia que sea conforme con el planeamiento, pero la edificación excediere del aprovechamiento apropiado permitido, en función del aprovechamiento tipo del área de reparto, la construcción se mantiene y el valor del aprovechamiento apropiado objeto de edificación no sufre alteración, pero el valor del exceso del aprovechamiento apropiado sobre el lucrativo que el Plan permite al propietario, deberá ser abonado a la Administración, según señala el artículo 28.1 de la nueva Ley.

Por tanto, en el ámbito civil la adquisición dominical se produce con la edificación y se pierde con la demolición, si bien, en el ámbito urbanístico una y otra darán lugar a consecuencias diferentes, en orden a su valoración e indemnización, según cual sea el grado de irregularidad de lo edificado, la responsabilidad de la Administración y el contenido y eficacia temporal de la resolución administrativa o judicial del expediente de disciplina.

B) Eficacia de la inscripción

Tiene que ser correlativa con lo dicho anteriormente sobre el alcance civil de las disposiciones vigentes en materia de obra nueva.

En cuanto a la eficacia ordinaria de la inscripción de obra nueva, en sus dos primeros aspectos, es decir como reflejo de la modificación descriptiva de la finca y de la adquisición del derecho sobre lo edificado, la cuestión ya se ha visto con detalle a lo largo de este trabajo.

Sin embargo, en el ámbito del tercero de los aspectos citados, es decir, como expresión de legalidad de la obra, cabe señalar lo siguiente:

- a) La Disposición Adicional Décima de la Ley 8/90, recogiendo cri-

terios que ya estaban expresados en diferentes normas autonómicas, concretamente en materia de obra nueva en el artículo 17 de la Ley 7/90, de 14 de mayo, de Disciplina Urbanística en Canarias, señala ya que las notas marginales que se practiquen respecto de los actos y acuerdos que acceden al Registro, salvo que otra cosa se establezca expresamente, no producirán otro efecto que dar a conocer la situación urbanística (de la finca) en el momento a que se refiera el título que las originó.

b) El artículo 27.1, para el supuesto de que la edificación se produjere con licencia posteriormente declarada ilegal, después de señalar que la edificación no quedará incorporada al patrimonio del propietario, tema del que ya nos hemos ocupado, señala que la resolución administrativa o judicial que contenga dicha declaración se notificará al Registro de la Propiedad "para su debida constancia".

c) En la doctrina hipotecaria se va afirmando de forma progresiva la distinción entre dos tipos de publicidad: de una parte, la publicidad eficacia, entendida esta en el sentido clásico y en sus diferentes manifestaciones de legitimación y fe pública; de otra, la publicidad noticia, que responde al criterio de colaboración del Registro con otras instituciones o administraciones con competencia en la ordenación del territorio.

Aunque el estudio de esta distinción excede con mucho de la intención de este trabajo, puede destacarse una idea esencial: mientras que en el ámbito de la publicidad eficacia, los asientos registrales provocan una especial situación jurídica de los derechos que publican, en el de la publicidad noticia el Registro no añade efecto especial alguno a la situación jurídica publicada. Esta surtirá la eficacia que le es propia, acceda o no al Registro.

A este último ámbito de publicidad creemos que responde la dicción del artículo 25.2, interpretado en función de las dos normas citadas. Si en el plano civil no ha sufrido modificación la legislación privada contenida en el Código, el efecto de la inscripción de obra nueva, en el último aspecto que se estudia, ha de concretarse a dar noticia a quién consulte al Registro de la situación de licitud presunta (artículo 25.1), de ilicitud anunciada (anotación preventiva de iniciación del expediente de disciplina o de la demanda en procedimiento contencioso sobre la ilegalidad de la licencia) o de la ilicitud declarada (artículo 27.1, inciso segundo).

Las consecuencias de esa publicidad noticia no afectan al dominio en sentido propio hasta que se produzca, en su caso, la demolición, pero si advierten a quién contrata confiado en el Registro de las consecuencias de la situación de ilegalidad en que puede haber incurrido su transmitente.

Sin embargo, hay un supuesto específico en que la Ley da un mayor contenido a la inscripción y sitúa la eficacia del asiento en parte en el

ámbito de la publicidad noticia y en parte de la publicidad eficacia. Nos estamos refiriendo al contenido del artículo 28.1, que, después de señalar la obligación del titular del terreno de satisfacer a la Administración el valor urbanístico del exceso del aprovechamiento apropiado sobre el aprovechamiento apropiable, establece que "sólo quedarán excluidos de dicha obligación los terceros adquirentes de buena fe amparados por la protección registral, sin perjuicio de que la Administración pueda reclamar el pago al propietario inicial de la edificación u otras personas que le hayan sucedido". Se entiende, en estos últimos casos, que por no reunir los terceros el requisito de la buena fe.

Si se analiza la situación con detalle puede observarse que la relación jurídica respecto de la que el adquirente tiene la condición de tercero protegido en sentido clásico, no es el dominio de la finca ni de lo edificado sobre ella, sino la obligación de pago del exceso que el propio artículo impone. La razón de ser del precepto debe buscarse en el ámbito de un supuesto especial de responsabilidad de la Administración por incumplimiento del deber de notificar al Registro la resolución recaída, y sería una excepción, prevista por la Ley al efecto ordinario de la publicidad noticia, en los términos previstos por la Disposición Adicional Décima, apartado Tercero, número 3, inciso segundo.

C) Aplicación temporal y espacial del artículo 25.2

Con carácter previo al estudio de estas dos cuestiones es conveniente profundizar un poco sobre lo dicho anteriormente en relación con la ubicación sistemática del artículo 25.2 y sobre la naturaleza de la norma.

La legislación urbanística moderna contiene, ya a partir de la Ley de 1956, disposiciones de naturaleza registral que se someten a un principio normativo común, el contenido en el vigente artículo 221 de la Ley del Suelo, texto refundido de 9 de abril de 1976, que recoge lo establecido en el artículo 318 de la antigua Ley de 1956. Dicho precepto, después de declarar la posibilidad de acceso al Registro de los actos administrativos a que se refiere la norma, establece que la inscripción "se sujetará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria"; en definitiva, se produce una remisión plena a los principios derivados del sistema registral, con independencia de que la fuente formal de la norma hipotecaria sea una ley registral, propiamente dicha, o una disposición legal dirigida a la ordenación del territorio.

De hecho, en la legislación urbanística proliferan las normas de carácter registral, que no es cuestión de analizar, ni siquiera de enumerar, en este trabajo, pero respecto de las cuales cabe señalar que se dirigen funda-

mentalmente a determinar los actos inscribibles en los que pudiera denominarse segunda fase de transformación del suelo, es decir de gestión y de garantía de la obligación de urbanizar (15).

Además, es cada vez más frecuente, últimamente, la aparición de textos legales, especialmente de origen autonómico, que imponen o regulan la aplicación de la técnica registral como actividad colaboradora de la disciplina urbanística. No es que la calificación del Registrador se considere como labor de policía, sino que ésta, competencia exclusiva de la Administración urbanística, se auxilia de los principios de legalidad y publicidad que integran el sistema registral.

Se trata de una posición de equilibrio entre instituciones, que debe tratarse con delicadeza, pues ni el Registrador tiene competencia alguna en el ámbito urbanístico, ni la Administración puede operar fuera de los esquemas propios de los principios hipotecarios de legalidad y publicidad. Pero tampoco es lícito, en un estado moderno, una absoluta independencia entre una institución publicitaria de derecho privado, de la transcendencia del Registro, y la actuación disciplinaria de las Administraciones Públicas (16).

La Ley 8/90, en su Disposición Adicional Décima, declara ya este principio en su apartado primero, especialmente en sus números 3, 4, 6, 7 y 8, y específicamente en su artículo 25.2 referido a las obras nuevas.

La cuestión radica en si el artículo 25.2 responde a criterios normativos generales distintos a los que han de aplicarse a la Adicional Décima, y en definitiva, al resto de las disposiciones de naturaleza registral contenidas en normas urbanísticas de ámbito estatal.

La respuesta parece que debe ser negativa. Todos los preceptos registrales, cualquiera que sea la fuente formal en que se contengan, deben

(15) Con más amplitud tratan este tema dos trabajos del autor de este artículo: "La Planificación urbanística y el Registro de la Propiedad". Comunicación dirigida al IV Congreso de Derecho Registral, México 1980. "La gestión urbanística y el Registro de la Propiedad". Jornadas sobre urbanismo y publicidad registral. Valladolid 1988.

(16) JOSÉ LUIS LASO, en el artículo citado en nota 12, expresa la idea con la claridad que le caracteriza "la razón es bien sencilla, la institución registral es parte integrante de la estructura del Estado de Derecho proclamado por la Constitución, del mismo modo que lo es la institución notarial. Al formar parte ambas de las instituciones de un Estado de Derecho, no es concebible que alcancen protección entre ellas actos que se acojan a su régimen si estos actos carecen de legitimidad, en cualquiera de los ámbitos de que procedan, como es el urbanístico. Pretender que el Notario o el Registrador actúen respecto de ellas dándoles la tópica función a sus instituciones de zonas exentas no es hoy concebible cuando la ordenación y el uso del suelo han alcanzado la categoría de funciones públicas sólo protegibles en sus efectos si estos son conformes con el planeamiento o con los actos de la Administración interviniente, por lo que, en última instancia, su intervención es pura consecuencia de la aplicación del principio de legalidad".

ajustarse a los mismos principios, incardinarse dentro del mismo grupo normativo y someterse a similares criterios en cuanto a su ámbito de aplicación temporal y espacial.

Si se acepta otra opinión, basada en la colocación sistemática de tal o cual precepto, la solución interpretativa de cada uno de ellos será imposible. Por ello, defendemos que a todos los preceptos de naturaleza registral le son aplicables dos principios, no discutidos en nuestro derecho:

- Tienen naturaleza de disposiciones civiles, entendidas estas en el sentido amplio y comprensivo que resulta de la dicción de los artículos 605 a 608 del Código Civil, y de la remisión genérica a la legislación hipotecaria contenida en este último.
- Tienen naturaleza de normas específicamente reservadas a la competencia exclusiva del Estado, según resulta de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.º de la Constitución, que incluso acentúa este régimen respecto del resto de la legislación civil, al utilizar respecto de tales disposiciones la frase "en todo caso", lo que no ocurre en el inciso primero del número citado.

Ambos principios se consideran esenciales en la solución de las cuestiones contenidas en este apartado. La primera en lo que se refiere a la aplicación temporal del artículo 25.2; la segunda, a su aplicación espacial o territorial.

a) Derecho Transitorio

Esta cuestión fue una de las más discutidas a partir de la publicación de la Ley debido a dos razones: de una parte, su gran transcendencia práctica; de otra, la desafortunada supresión "por vía de corrección de erratas", que llevó a cabo el *BOE* en relación a una Disposición Transitoria Octava según la cual el artículo 25.2 no sería aplicable a las declaraciones de obra nueva finalizadas al menos cuatro años antes de la entrada en vigor de la Ley.

Toda la doctrina ha criticado unánimemente el procedimiento de supresión por razones obvias, y concretamente Rafael Flores Micheo, en una de las "cartas pastorales" que dedica a los que hace el honor de considerar sus amigos, por el ingenio, la gracia y la profundidad que le caracterizan siempre.

Lo cierto es que la Ley no contiene disposición transitoria alguna directamente aplicable al artículo 25.2. ¿Cuál es entonces la situación?

Conviene llevar a cabo unas precisiones previas:

- La Disposición Transitoria Sexta de la Ley se refiere al ámbito propio de "la incorporación al patrimonio del titular del terreno de

facultades urbanísticas", es decir a la consecuencia negativa para el titular de la expropiación o venta forzosa, si se dá el incumplimiento de los correlativos deberes urbanísticos, y además la notificación prevista en el artículo 77, cuyo plazo temporal coincide, por otra parte, con el señalado en la Transitoria citada.

- La materia del derecho transitorio, a falta de disposiciones específicas, se rige por las normas generales contenidas en el Código Civil.
- El Reglamento Hipotecario, si existe laguna legal, puede perfectamente señalar criterio de derecho intertemporal en el ámbito registral, como hace, por ejemplo la actual Disposición Transitoria única del texto vigente.
- En la declaración de obra nueva hay que distinguir, otra vez, dos aspectos: el relativo a la declaración formal auténtica e inscribible y el del hecho a que se refiere, es decir el de la construcción que provoca la adquisición del dominio por accesión.

Por tanto, con independencia de que el futuro Reglamento Hipotecario señale otro criterio, las cuestiones de derecho transitorio habrán de resolverse a la luz de los preceptos aplicables a las disposiciones de naturaleza civil, dado el silencio "sobrevenido" de la Ley 8/90, de 25 de julio.

La doctrina dominante (González Pérez, Laso, Chico Ortiz) (17) tienden a aceptar como criterio interpretativo la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de 25 de julio de 1990, en relación con el artículo 9.º del Decreto Ley de 16 de octubre de 1981, para concluir en que las declaraciones de fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley son inscribibles en todo caso, y que las de fecha posterior lo serán también cuando se refieran a obras cuya terminación probada sea anterior en cuatro años a la entrada en vigor de la Ley.

Parecido criterio es el señalado en el artículo 15 de la Ley 7/1990, de 14 de mayo, de la Comunidad Autónoma Canaria que establece la posibilidad de inscripción, cuando la escritura de fecha posterior se refiera a una obra respecto de la cual se haya declarado prescrita por la Administración o por los Tribunales la correspondiente infracción urbanística en que dicha obra hubiere incurrido.

Buenaventura Camy mantiene un criterio contrario en base a los principios básicos de aplicación general contenidos en nuestro derecho sobre materia transitoria. En este sentido, entiende que si la obra ha concluido, y así se prueba, antes de la entrada en vigor de la Ley, el título es inscri-

(17) Ver notas 11, 12 y 13.

bible, pues lo contrario supondría una alteración sustancial del principio de irretroactividad.

La posición que se va a defender coincide más con la de Camy que con la que toma como referencia la Transitoria Sexta o el plazo de caducidad de la acción de disciplina urbanística.

En efecto, si, como señalábamos antes, la escritura de declaración de obra nueva constituye la expresión de la voluntad negocial dirigida a la inscripción de una modificación objetiva de la finca y de la adquisición de un derecho, tanto la declaración como el derecho surgido del hecho a que se refiere, si se producen dentro de la vigencia de la legislación anterior surtirán todos sus efectos conforme a ella, de acuerdo con lo establecido en las Disposiciones Transitorias 1.^a y 2.^a del Código Civil.

Podría objetarse a esta postura:

- Que la supresión de la Transitoria Octava de la Ley 8/90 supone la intención del legislador de aplicar el nuevo régimen a todas las situaciones anteriores. Sin embargo, lo cierto es que una interpretación tan forzada, sobre todo a la vista de la forma de supresión, no puede romper el principio de irretroactividad de la Ley que establece el artículo 2.3 del Código Civil.
- Que la Transitoria Sexta de la Ley 8/90 no permite la incorporación al patrimonio del titular de obras concluidas en el período de cuatro años, inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la Ley, salvo en suelo clasificado como no urbanizable. Sin embargo, esta norma directamente aplicable al artículo 25.1, 27.1 y concordantes, difícilmente puede considerarse aplicable a una norma de naturaleza estrictamente registral y notarial, pese a su ubicación sistemática.
- Que los derechos nacidos y no ejercitados bajo el régimen de la legislación anterior, se ajustarán, para hacerlos valer, a lo dispuesto en la Ley posterior, según la Transitoria 4.^a del Código Civil. Sin embargo, esta norma tiene naturaleza estrictamente procesal, como resulta de su último inciso, y no se compagina con los efectos sustantivos que provoca la inscripción registral.

Por tanto, parece perfectamente defendible, y más coherente con los principios del sistema, entender que las declaraciones de obra nueva anteriores a la fecha de entrada en vigor de la Ley e, incluso, las de fecha posterior referidas a una edificación concluida antes de dicha fecha, son inscribibles sin necesidad de aportación de la documentación a que se refiere el artículo 25.2 de la Ley de 25 de julio de 1990.

Sin embargo, no puede aplicarse el mismo criterio a las hipotéticas declaraciones de obra nueva, de fecha posterior a la entrada en vigor de la

Ley, que se refieran a obras en proyecto o comenzadas, aún cuando especifiquen que dicho proyecto o que el comienzo de la obra, es anterior a la entrada en vigor, puesto que el hecho determinante de la accesión todavía no se ha producido en estos casos y, por tanto no resulta aplicable la Transitoria 1.^a del Código Civil. La realidad es que el caso puede considerarse de laboratorio.

b) Las cuestiones de aplicación territorial

También esta materia ha preocupado mucho en la práctica. Puede estudiarse en tres aspectos distintos, según cual sea el ámbito de aplicación que se discuta:

1) La clasificación del suelo

José Luis Laso se inclina a pensar que la disposición no es aplicable al suelo no urbanizable, dada la colocación sistemática del precepto y el distinto tratamiento que, en cuanto a atribución de deberes urbanísticos, establece la Ley para este tipo de suelo a diferencia del clasificado como urbano o urbanizable.

Sin embargo, parece que, en función de lo señalado anteriormente, la posición más defendible debe ser la contraria; si la finalidad del artículo 25.2 es que las instituciones notarial y registral colaboren con la actividad administrativa sobre disciplina urbanística, en cuanto sea exigible la licencia, ésta deberá ser aportada a la escritura de declaración de obra nueva.

Otra cosa será la cuestión de los requisitos exigidos para la construcción, según el tipo de suelo de que se trate y que resultan, no de la Ley 8/90, sino de los artículos 84, 85 y concordantes de la Ley de Régimen del Suelo de 9 de mayo de 1976, o cual sea el régimen de adquisición de facultades y la correlativa valoración del inmueble, cuestiones de gestión o disciplina urbanística, que no afectan de forma directa al principio de colaboración con la legalidad a que responde el precepto que se comenta.

2) Tamaño de los municipios

Nace la discusión de la literalidad de la Disposición Adicional Primera de la Ley 8/90, según la cual dicha Ley se aplicará con carácter general, en los términos de la Disposición Final 1.^a, a los municipios de población superior a veinticinco mil habitantes y a los comprendidos en los entornos metropolitanos delimitados por la correspondiente Comunidad Autónoma. Por su parte, la Final 1.^a dispone que tienen el carácter de legislación básica, en virtud de lo previsto en el artículo 149.1, 1.º, 8.º, 13.º, 18.º y 23.º de la Constitución, los siguientes artículos (...) 22 a 26.

Sobre la base de estos preceptos se sostuvo, en un primer momento, el criterio de que el artículo 25.2 sólo tendría el carácter de aplicable con carácter inmediato a los municipios de más de veinticinco mil habitantes.

La posición que aquí se defiende es distinta y parte de que dicho artículo es aplicable a todo tipo de municipios, con carácter inmediato y para todos los casos en que se exija licencia. También es la opinión de José Luis Laso, que se apoya en la dicción del n.º 3 de la Adicional Primera, según la cual, incluso en los municipios donde la Ley no sea de aplicación general, regirán las disposiciones sobre adquisición sucesiva de facultades, entre las que se sitúa el artículo 25.2.

Nuestro criterio es el mismo, pero se apoya en diferentes argumentos:

- De una parte, como ya se ha indicado varias veces, no parece que el 25.2 se refiera directamente a la adquisición de facultades, consecuencia positiva del cumplimiento de deberes urbanísticos, sino a una finalidad de colaboración entre instituciones del Estado, por lo que debería haberse situado dentro de la Adicional Décima.
- De otra, el grupo normativo de disposiciones hipotecarias, es decir, la Adicional Décima, de la misma naturaleza que el artículo 25.2, es de aplicación plena según la Final 1.ª.2.
- Por último, por la propia “ratio” del precepto. Los problemas de control de la legalidad urbanística tanto afectan a municipios de gran población como de escaso número de habitantes, si nos estamos refiriendo al censo oficial. Municipios turísticos de muy escasa población de derecho plantean problemas gravísimos de disciplina urbanística, sobre todo en los de tipo turístico. En este sentido, en auto del Presidente del Tribunal Superior de Cataluña, de fecha 13 de febrero de 1991, se desestima el recurso gubernativo, presentado ante el Registrador de la Propiedad de La Bisbal, provincia de Gerona, en el que se pretendía la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva en un municipio de menos de veinticinco mil habitantes, sin cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 25.2, y que fue objeto de calificación negativa.

El Auto ha sido confirmado por Resolución de la Dirección General de fecha 6 de septiembre de 1991 (*BOE* de 14 de octubre), donde se sienta que la licencia y la certificación facultativa ha de ser exigida siempre, cualquiera que sea el número de habitantes, pues así resulta de la Disposición Adicional 1.ª, números 1 y 3, y Disposición Final 1.ª, número 1, de la Ley que dispone el carácter de legislación básica de los artículos 11 y 25, al ser normas sobre adquisición gradual de facultades urbanísticas.

3) *El problema autonómico*

También se ha discutido si el artículo 25.2 es aplicable a territorios autonómicos, cuya Administración tiene competencia exclusiva en materia de urbanismo, e incluso, si la disposición podría modalizarse o sustituirse por preceptos legislativos, aprobados en virtud de la propia competencia de la Comunidad.

De acuerdo con los criterios que venimos exponiendo la respuesta creemos que debe ser afirmativa a la primera cuestión y negativa a la segunda.

- En cuanto a la aplicación territorial, si se considera el precepto como norma incardinada dentro del grupo normativo de disposiciones registrales, la competencia sobre este corresponde "en todo caso" al Estado, según resulta del artículo 149.1-8.º de la Constitución y, por tanto, sus preceptos son de aplicación a todo el territorio.

Lo que si cabe es que la legislación civil propia de cada Comunidad establezca diferentes negocios o derechos susceptibles de inscripción, en cuanto que el inciso primero del número 8.º citado exceptúa de la competencia exclusiva del Estado las especialidades autonómicas en materia civil. También es posible que, en ejercicio, de su competencia exclusiva en materia urbanística, las Comunidades Autónomas se refieran a actos administrativos de diferente contenido, que pueden ser inscritos en los términos previstos en el artículo 221 de la Ley de 9 de mayo de 1976 o en la Disposición Adicional Décima de la Ley 8/90.

Ahora bien, la forma de ingreso en el Registro, así como las características y la eficacia de sus asientos se reserva a la definición del Estado por aplicación directa de la Constitución.

- En cuanto a la posible modalización o modificación de la norma por las Comunidades Autónomas, parece evidente en función de lo que anteriormente se ha señalado, que la misma no es posible dada la competencia exclusiva y absoluta que la Constitución reserva al Estado en materia notarial y registral. Por tanto no cabe tampoco su desarrollo, puesto que, por razones de concepto, ya que no de ubicación sistemática, debe considerarse norma de aplicación plena y no de legislación básica, criterio que señala con toda claridad la propia Ley de 25 de julio para su Adicional Décima.

En este sentido, aunque una serie de disposiciones autonómicas se han venido refiriendo a materia registral, ante el vacío de la legislación estatal, puede perfectamente entenderse que las nuevas disposiciones hipotecarias contenidas en el artículo 25.2 y en general

en toda la Ley de 25 de julio de 1990, derogan automáticamente, en todo lo que se les oponga las normas autonómicas anteriores, no por aplicación del principio de jerarquía sino del principio de competencia, característico de la organización autonómica del Estado.

Por esta razón estimamos aplicable el artículo 25.2 incluso a la Comunidad Canaria, a pesar de lo dispuesto en los artículos 14 y 15 de la Ley 7/90, de 14 de mayo, de dicha Comunidad (18).

No olvidamos, sin embargo, que la materia competencial es extraordinariamente compleja en el tratamiento constitucional actual, y más en este momento en el que todo se discute en relación al Título VIII de la Constitución.

En conclusión creemos que el artículo 25 carece de efectos retroactivos, tanto en cuanto a la declaración propiamente dicha, como en cuanto al hecho probado de la terminación de la obra nueva, cuando una y otro sean anteriores a la fecha de entrada en vigor de la Ley, y que en lo que se refiere a su vigencia espacial es aplicable a todo el territorio del Estado, a todos los municipios y a todo tipo de suelo, cualquiera que sea su clasificación según el Plan, siempre que la edificación esté sujeta a licencia.

D) Acceso al Registro de la terminación de la obra nueva en construcción previamente inscrita

La solución adoptada por la Ley es que la terminación de la obra nueva se hará constar en el Registro mediante acta notarial a la que se incorpore el correspondiente certificado.

Ya se ha señalado anteriormente que el precepto es novedoso y que no tiene otro precedente, además de la práctica aislada de algunas escrituras públicas, que el artículo 99 del Decreto 2114/68, de 24 de julio.

Plantea, en esta materia, el artículo 25.2 una serie de cuestiones:

(18) LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS MANCHA mantiene un criterio parecido en una exposición muy completa que dedica a la materia y en la que concluye: "en resumen el régimen jurídico será el siguiente: aplicación de los artículos 14 y 15 de la LDU, con el nuevo requisito de la certificación (el carácter básico del artículo 25.2 no lo impide [...]), o dar carácter bifronte al artículo 25.2 (25.1 Legislación básica y 25.2 plena). El efecto jurídico sería el mismo, se aplicaría el artículo 25 complementando su regulación con el contenido-desarrollo de los artículos 14 párrafo 2.º y 15.2 LDU". Régimen Jurídico del Suelo en Canarias. BCNR, n.º 274, enero de 1991.

a) Tipo de acta notarial

De las distintas modalidades de acta a que se refiere la legislación notarial, parece evidente que la prevista en el artículo 25.2 responde al tipo de las de protocolización a que se refieren los artículos 211 y siguientes del Reglamento Notarial.

En efecto no se trata de acreditar notarialmente el hecho de la terminación, lo que daría lugar a un acta de presencia o, en su caso, a un acta de notoriedad. Por el contrario, el hecho de la terminación resulta de la certificación del técnico y a él debe atribuirse la responsabilidad, en caso de falsedad sobre el hecho de la terminación o la adecuación de la obra a la licencia.

El acta, en este caso, debe incorporar el certificado por carecer este documento de las características de autenticidad y de conservación protocolaria propios de los de tipo notarial. La técnica es distinta que la utilizada por el artículo 99 del Decreto 2114/68, pero hay que tener en cuenta, que en el supuesto previsto por dicho precepto, el hecho de la construcción terminada resulta de la Cédula de Calificación Definitiva, que sí tiene el carácter de documento público de origen administrativo, en los términos previstos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, lo que permite su acceso directo al Registro.

b) Legitimación activa

La cuestión es muy interesante en la medida en que el documento de que estamos tratando, es decir, el acta de incorporación del certificado técnico acreditativo del hecho de la terminación de la obra, tiene por objeto exclusivo la constatación de aquel y no implica una declaración negocial, ni sobre la modificación descriptiva de la finca en el Registro, ni sobre la adquisición del dominio, a menos que en este punto se considere como cumplimiento de condición en los términos del artículo 23 de la Ley Hipotecaria y 56 de su Reglamento, lo que en realidad no es posible puesto que, como veíamos antes, dichos preceptos se refieren a condiciones propias, es decir, sucesos futuros e inciertos no dependientes de la voluntad del titular.

En este caso la descripción de la finca y la adquisición del derecho sobre la misma ya han entrado en el Registro. Por tanto, no parece que sean aplicables al acta, o al requerimiento dirigido al Notario para su autorización, los requisitos de legitimación que exigen los principios de consentimiento y tracto para la declaración de obra nueva en sentido propio.

En este sentido, creemos que parece evidente la posibilidad de admitir dicha legitimación al menos en los siguientes casos:

- Para el comunero en régimen de proindivisión, puesto que la alteración registral de la cosa común ya se ha producido con anterioridad.
- Para la comunidad de propietarios del edificio constituido en propiedad horizontal, puesto que se trata de un acuerdo que no altera el régimen del inmueble ni el contenido de los derechos exclusivos o comunes de sus titulares.

Sin embargo, no parece lógico admitir esta posibilidad para el propietario aislado de un elemento de propiedad exclusiva en un edificio sometido a régimen de propiedad horizontal, ni en cuanto a su piso o local, puesto que tendría que referirse necesariamente a elementos comunes, ni en cuanto al inmueble en su conjunto, pues todos los actos, de la naturaleza que sean, referidos a aquel, están reservados por la Ley a la Junta de Propietarios.
- Para quién declaró originariamente la obra nueva, puesto que la constatación registral de dicha terminación es un deber que la propia Ley impone y que supone para el declarante la liberación de responsabilidades frente a la Administración y frente a terceros que hayan adquirido el edificio, en todo o en parte, durante la construcción y que, en esta fase, hayan inscrito sus derechos.
- Para quién acredite ser el contratista de la obra por similares razones a las señaladas en el apartado anterior respecto de sus obligaciones con el dueño del terreno.

Otro problema, que excede del ámbito de este estudio, será la responsabilidad fiscal por la posible aplicación al acta notarial del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

c) Tipo de asiento

Parece claro que debe ser la nota marginal, como han señalado unánimemente los comentaristas de la Ley y resulta, además, de la aplicación analógica del artículo 56 del Reglamento Hipotecario y del precedente contenido en el artículo 99 del Decreto 2114/68 varias veces citado.

d) Plazo para hacer constar registralmente la terminación y sanción en caso de incumplimiento

El artículo 25 se limita a señalar que el propietario deberá hacer constar la terminación en el plazo de tres meses a partir de esta. No especifica si esa constatación es la notarial o la registral. Parece, por interpretación sistemática del propio texto, que se refiere a la constatación registral, aunque también podría argumentarse lo contrario, sobre todo a la vista de lo que luego se señala.

Por otra parte, la obligación impuesta al propietario carece de sanción explícita en el Texto legal, en caso de que tenga lugar su incumplimiento.

González Pérez ha estimado, en sus comentarios a la nueva Ley a que antes se ha hecho referencia, que la consecuencia de dicho incumplimiento será la cancelación de la inscripción de obra nueva, mediante la presentación en el Registro de certificación de la resolución por la que se declare incumplido el deber de edificar o caducada la licencia.

La opinión de González Pérez puede exceder de lo pretendido por el artículo 25.2. Parte el citado autor de que la inscripción de la obra en proyecto o en construcción queda condicionada al hecho de que se presente el certificado final de obra en el plazo de tres meses a partir de la terminación.

La realidad, sin embargo, es que el texto legal no señala nada sobre dicho condicionamiento, que de admitirse produciría consecuencias gravísimas respecto de los derechos de terceros inscritos por posterioridad al asiento de obra nueva. Pensemos, por ejemplo, en que se haya constituido propiedad horizontal, o en que, constituida hipoteca, fuere de aplicación el artículo 107 de la Ley Hipotecaria, por resolución del derecho del hipotecante.

Quizá podría entenderse que la constatación registral de la terminación de la obra nueva tiene por finalidad el reflejo tabular del cumplimiento de los deberes urbanísticos que implican, a su vez, la valoración ordinaria de la obra realizada, precisamente por su adecuación a la licencia concedida.

Este reflejo registral es evidentemente obligatorio y, por tanto, exigible, tanto por la Administración como por cualquier tercer adquirente del dominio o de otros derechos sobre la finca inscrita, sin necesidad de que la obligación correspondiente haya de ser pactada previamente en el título constitutivo o traslativo del derecho.

En este sentido, la obligación existe y es exigible, y su incumplimiento daría lugar, no a la cancelación de la inscripción de la obra nueva en construcción, sino al no reconocimiento expreso de la valoración por parte de la Administración, o a las consecuencias previstas en el título consecutivo o traslativo del derecho correspondiente a quién exige su cumplimiento. Por ejemplo, la negativa del acreedor hipotecario a la entrega de parte del capital del préstamo, o a efectos más drásticos si éstos se hubieren pactado.

E) Cancelación de la inscripción de obra nueva

En orden a la cancelación, además de lo dicho anteriormente al comentar la posición de González Pérez, es necesario tener en cuenta los siguientes supuestos:

a) Obra nueva inscrita en proyecto o comenzada

La inscripción de obra nueva en proyecto o en construcción puede, lógicamente, ser cancelada por escritura de rectificación de la que provocó la inscripción de obra nueva, en la que se solicite expresamente la práctica del asiento de cancelación. En este caso lo lógico sería exigir la nueva licencia y la certificación correspondiente del técnico, cuando se trate de declarar una obra nueva diferente en sustitución de la que ha de ser objeto de cancelación.

Ahora bien, cuando lo pretendido sea exclusivamente la cancelación, para reducir el terreno a su descripción originaria, podría plantearse la duda de si sería necesario certificación administrativa o acta de notoriedad de que la edificación está todavía sin comenzar o de que han desaparecido las obras iniciales. Nos inclinamos a esta idea en base al principio de coordinación de la descripción registral con la realidad extrarregistral, que evidentemente forma parte de la razón de ser del precepto que se comenta.

b) Obra nueva concluida

La cancelación de la inscripción de obra nueva concluida, en la medida en que se ha producido ya el hecho determinante de la adquisición del dominio, es decir, la accesión industrial sobre la finca, parece que solamente puede practicarse en virtud del título que acredite el derribo total o parcial de la edificación, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 79, 80 y concordantes de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento. Dentro de esta regla general podrían distinguirse los siguientes supuestos:

- Si la edificación ha sido derribada total o parcialmente como consecuencia de expediente de disciplina urbanística instruido por aplicación de lo dispuesto en el artículo 26.1 y concordantes de la Ley 8/90, de la Ley de 1976 y del Reglamento de Disciplina Urbanística, sería título suficiente la certificación administrativa que acredite la realidad de la demolición.

Ahora bien, la simple declaración administrativa de ilegalidad de la obra parece que no constituye título suficiente para la cancelación, sino solamente para la constatación registral de esa circunstancia, como hemos visto anteriormente al tratar de la eficacia de la inscripción.

- Si la legalidad de la licencia resulta de sentencia firme en procedimiento Contencioso-Administrativo, iniciado para impugnar la validez de aquella, el problema se plantearía si el fallo ordena expresamente la cancelación de la inscripción de obra nueva.

En este caso, si el hecho del derribo no resulta acreditado, se plantea la duda de si la cancelación ha de practicarse sin otro requisito, o debe depender de la demolición efectiva, en trámite de ejecución de la sentencia firme. Nos inclinamos a la última posición, puesto que la demolición parece presupuesto indispensable para la adecuación de la descripción de la finca a la realidad extrarregistral.

Mientras tanto, la sentencia debe constar en el Registro en los términos previstos en el artículo 27.1, es decir con efecto de publicidad noticia, pero sin provocar el asiento de cancelación.

- Cuando el derribo no obedece a una actuación administrativa imputada sino que se produce como consecuencia de la voluntad del titular, podría plantearse la cuestión de si es necesario acompañar al título declarativo de la desaparición física de la edificación la correspondiente licencia de demolición y el certificado técnico acreditativo de que ésta se ha producido. Lo lógico, por aplicación del principio de coordinación antes aludido, sería la exigencia de esta documentación complementaria, pero lo cierto es que en estos instantes la Ley no se refiere para nada al supuesto.

Puede decirse por tanto que en la cancelación de la inscripción de obra nueva los principios a aplicar serían los mismos que en su inscripción, tanto en lo que se refiere a la adquisición del derecho, como en cuanto a su publicidad, si bien en este supuesto con aplicación inversa, como hace también la Ley Hipotecaria al predicar el principio de publicidad del asiento negativo de cancelación.

CONCLUSION

El nuevo texto legal no ha modificado las disposiciones civiles y registrales sobre el principio de accesión y los efectos típicos de la inscripción registral. Por el contrario, ha resuelto un problema grave de coordinación, cuya solución venía siendo pedida por la sociedad y por la doctrina registral más avanzada, y ha establecido una distinción sobre la publicidad eficacia en sentido propio y la publicidad noticia que puede resultar muy sugerente en el desarrollo posterior de la nueva Ley y del conjunto de la normativa registral. Es verdad, sin embargo, que su terminología no es acertada, que su sistemática es deficiente y que sin un desarrollo reglamentario preciso sus disposiciones son de difícil y, a veces, dudosa interpretación. Por otra parte, no cabe duda de que la aplicación del artículo 25.2 de la Ley de 25 de julio de 1990 plantea muchos más problemas prácticos

que los que se han enumerado en este trabajo. De ellos pueden destacarse los relativos a la relación entre la declaración de obra nueva y la constitución de régimen de propiedad horizontal, que por su extensión deben ser objeto de otro estudio o aquellos que se refieren al contenido de la certificación, a la forma de la licencia, según se haya obtenido por resolución expresa o por silencio, los relativos a la calificación del técnico competente, etc... De su posible solución actual, en tanto se publica el texto reglamentario, han tratado ya trabajos de otros juristas más calificados que el autor de estas notas. Puede citarse concretamente el publicado por José Luis Laso en esta misma revista que anteriormente fue objeto de comentario.

Por esta razón, más que un comentario completo de las posibilidades de interpretación del artículo 25.2, lo pretendido en este estudio ha sido la expresión de una meditación, quizá excesivamente personal en algún punto, en torno a las características, el origen y la razón de ser de la declaración de obra nueva y sobre la incardinación de la nueva legislación en el contexto registral vigente.

RAFAEL ARNÁIZ EGUREN
Registrador de la Propiedad