

Disciplina urbanística y publicidad registral (*)

SUMARIO: I. PARCELACIONES URBANISTICAS: A) RÉGIMEN GENERAL: 1. *La parcela mínima*. 2. *Divisibilidad e indivisibilidad*.—B) RÉGIMEN AUTONÓMICO.—II. PARCELACIONES RUSTICAS: A) RÉGIMEN GENERAL. B) RÉGIMEN AUTONÓMICO.—III. DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA: A) LICENCIA DE OBRAS: 1. *Presupuesto: la condición de solar*: 1.1. Suelo urbano. 1.2. Suelo rústico: 1.2.1. Legislación general. 1.2.2. Legislación autonómica.—2. *Forma intrínseca*. 3. *Forma extrínseca*: 3.1. Aportación. 3.2. Incorporación. 3.3. Testimonio.—4. *Titularidad*.—5. *Contenido*: 5.1. Insuficiencia. 5.2. Incongruencia. 5.3. Ilícitud.—6. *Plazo*: 6.1. Licencia previa. 6.2. Licencia convalidante. 6.3. Licencia tácita. 6.4. Licencia caducada: 6.4.1. Expediente instruido. 6.4.1.1. Anotado en el Registro. 6.4.1.2. Sin anotar en el Registro. 6.4.2. Sin instrucción de expediente.—6.5. Licencia condicionada.—6.6. Suspensión de licencias: 6.6.1. Suspensión del otorgamiento. 6.6.2. Suspensión de efectos.—6.7. Prescripción: 6.7.1. Usucapión de facultades. 6.7.2. Demolición. 6.7.3. Imprescriptibilidad singular.—7. *Inscripción*: 7.1. Obras terminadas. 7.2. Obras en construcción. 7.3. Terminación de obras: 7.3.1. Dentro del plazo. 7.3.2. Fuera del plazo.—7.4. Modificación: 7.4.1. Obra nueva. 7.4.2. Propiedad horizontal. 7.4.3. Destino.—B) CERTIFICACIÓN TÉCNICA: 1. *Calificación de la competencia*. 2. *Visado colegial*. 3. *Contenido*.—C) RETROACTIVIDAD DE LA LEY: 1. *Declaración nueva de "obra vieja"*. 2. *Obras en construcción y obras terminadas*. 3. *Medios de acreditar la antigüedad de la obra*: 3.1. Manifestación en documento público. 3.2. Certificación municipal. 3.3. Certificación catastral. 3.4. Certificación técnica. 3.5. Cédula urbanística. 3.6. Cédula de habitabilidad. 3.7. Licencia de primera ocupación. 3.8. Acta de notoriedad.—4. *Modificación*: 4.1. Obra nueva. 4.2. Propiedad horizontal. 4.3. Destino.

La existencia de una dualidad de legislaciones y de jurisdicciones sobre un mismo hecho jurídico inmobiliario, fundamentadas paralelamente en principios contradictorios (1), no tendría por menos que dar lugar a una

(*) Este estudio forma parte del discurso de ingreso de su autor en la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Las Palmas, que responde al título genérico de "Disciplina urbanística y protección del consumidor" (pendiente de publicación).

(1) Principios de intervención administrativa y supremacía legal frente a los de libertad civil del tráfico inmobiliario y de seguridad jurídica.

publicidad superpuesta, concordante o discordante, según los casos. Sin embargo y a pesar de ello, la relación jurídica es única, trilateral, compleja, de Derecho público y privado a un tiempo, enjuiciada parcialmente (2), pero única.

Trilateral y compleja, en cuanto la relación objetiva, esto es, por razón del objeto, comporta la intervención de tres sujetos jurídicos, uno público y dos privados, con la única excepción de los actos de administración o uso del propio suelo, formalmente declarativos. El sujeto público actúa dotado de "imperio" en una función típica de control y los sujetos privados contratan supeditando la eficacia del negocio jurídico al cumplimiento de las previsiones legales de naturaleza pública. El régimen de la propiedad constitucional y el carácter marcadamente estatutario de la propiedad urbana, que atribuye usos predeterminados a la propiedad del suelo, incide de tal suerte en la contratación privada que si bien los particulares son libres de pactar lo que buenamente les convenga dentro del marco del Derecho civil, el ejercicio del Derecho constitucionalmente protegido debe encauzarse en el marco de la función social concreta de ese bien, que se traduce, urbanísticamente, en la intervención pública del proceso urbano, planificando los posibles usos del terreno y controlando eficazmente su cumplimiento. La transgresión de ese cauce administrativo, el incumplimiento, pues, de esa función social, se produce de dos distintas formas, según se desatiendan los deberes positivos —entre los que se incluyen el plazo preclusivo del ejercicio del dominio y la obtención de licencia como control anticipado— de carácter adjetivo o los de naturaleza sustantiva —la disconformidad de lo actuado con el planeamiento urbanístico.

Esa relación trilateral, que siquiera se visualiza en el control municipal del desarrollo urbanístico, se produce con un carácter necesario sobre el suelo urbano no urbanizado y sobre el suelo urbanizable si se tiene presente el sistema de equidistribución de las cargas urbanísticas y de las plusvalías. El Ayuntamiento participa ahora en la relación jurídica como titular de una parte del aprovechamiento urbanístico de la propia parcela. El régimen de cesiones obligatorias y de adquisición forzosa de las unidades de aprovechamiento urbanístico que no pertenecen al propietario y que, sin embargo, debe adquirir para materializar el aprovechamiento real de la parcela, supone la necesaria intervención administrativa (3).

(2) La jurisdicción civil se centra en la relación entre particulares, en la resolución de las pretensiones privadas, y la jurisdicción contencioso-administrativa, en la relación pública entre Administración y administrado. Una se fundamenta en la voluntad privada, y otra, en la necesidad pública.

(3) Artículo 55.c) de la Ley de Reforma. Sobre este punto es de destacar la intervención de JESÚS GONZÁLEZ SALINAS en las repetidas *Primeras* Jornadas de Derecho Urbanístico de Maspalomas, "Principios de equidistribución y obtención de suelo dota-

La relación jurídica privada se ve limitada sustantivamente por el régimen urbanístico de su objeto. Régimen que impone una actuación predeterminada en un plazo cierto, provocando la ineficacia del contenido transgresor del mismo o, mejor dicho, la nulidad, total o parcial, del uso privado en contra del planeamiento. El contrato o el negocio unilateral será, pues: ilegal, en cuanto se actúe sin licencia; ilícito, en cuanto suponga, parcial o totalmente —exceso de aprovechamiento—, un contenido contrario al planeamiento; nulo, por razón de ilicitud material de su objeto —uso prohibido—, y válido —teoría de la conversión—, en cuanto determina el grado de responsabilidad y no priva de eficacia a lo ejecutado conforme al planeamiento (4). Así pues, bajo la presunción de validez civil del negocio jurídico actúa la ilicitud administrativa como condicionante del uso del suelo, de la que puede derivar su ineficacia y su anulabilidad en suma. Todo ello, claro está, sin perjuicio del especial régimen de sanciones que en nuestra Comunidad recogen los artículos 20 y siguientes de la Ley de Disciplina Urbanística.

La duplicidad de regímenes, administrativo y civil, de la propiedad se ha puesto de manifiesto, por otro lado, en la importante STS de 20-1-1983 (Sala 1.^a), comentada por CARRASCO PERERA (5), cuya doctrina extracta en los siguientes puntos: 1.º "Las acciones que genera una norma jurídico-administrativa no pueden solventarse en el foro civil". 2.º "Existe una disociación entre *vinculación* de la propiedad por los Planes y *protección* de este contenido de propiedad vinculado". 3.º "No corresponde al Juez civil la interpretación de las restricciones a la propiedad contenidas en leyes o normas administrativas". 4.º "Una conducta *contra legem* amparada en una licencia administrativa impide al Juez civil un pronunciamiento sobre el fondo". 5.º "El *interés público* establece la línea divisoria entre lo público y lo privado en las fuentes del Derecho". La jurisdicción civil, pues, sólo juzga las pretensiones jurídico-privadas, y la administrativa, por su parte, aplica directamente el Derecho administrativo en base a lo que puede denominarse superposición ordinamental (6). La preponderan-

cional, donde, analizando el sistema actualmente vigente, señaló el carácter de hipoteca legal tácita de máximo del artículo 100 de la Ley del Suelo, en cuanto las parcelas responden del coste de urbanización, frente al Ayuntamiento. De lo que puede deducirse que éste interviene en la relación jurídica a través de un interés económico legalmente protegido.

Asimismo, manifestación del posible carácter impositivo de las transferencias municipales de unidades de aprovechamiento indeterminadas incluso antes de que se produzcan.

(4) Demolición parcial.

(5) *Op. cit.*, págs. 412 y sigs.

(6) Incluso existe un fraude de Ley administrativo al margen del Código Civil, como resaltó MATEO DÍAZ en el discurso reseñado.

cia de la legislación pública ignora la legislación civil. Y si la Administración *per se*, a través de una resolución administrativa, no puede destruir *erga omnes* la validez civil del acto, debiendo acudir a los Tribunales ordinarios para ello, como señala LASO (7), no es menos cierto que la ineficacia jurídico-material del ilícito administrativo, mediante la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, obvia cualquier pronunciamiento de validez o nulidad civil (8).

No obstante, como hemos advertido, la relación jurídica trilateral es una relación única, pero por simple congruencia competencial y procesal de los distintos Tribunales sólo resuelven las pretensiones de la demanda. El problema no es éste, sino el de la imposibilidad de argumentar una pretensión contra un particular en una norma administrativa ante la jurisdicción civil. En el caso de la STS de 20-1-1983, la acción debería haberse ejercitado ante la Administración; y ante el silencio de ésta, ante la jurisdicción contenciosa, ya que el Juez civil se inhibe del pedimento de demolición (obligación municipal), o por la Administración ante la jurisdicción civil, como indica LASO, si está especialmente interesada en la demolición.

Sin embargo, esa duplicidad legislativa originadora de una doble publicidad distorsionante frente a tercero —consumidor— obedece a la propia naturaleza jurídica de esos "deberes y límites" que el planeamiento impone, en la terminología de la STC 37/1987, a través de la planificación de los usos del suelo y de la cuantificación del aprovechamiento sobre la propiedad urbana. Deberes y límites que han seguido el curso civil de las servidumbres legales, tratamiento que en modo alguno supone identidad. Situación legal que hizo olvidar a la Administración con excesiva facilidad, por dócil acomodo de su directa eficacia urbanística, las ventajas que el propio ordenamiento jurídico total ofrece a través de la publicidad registral (9).

Históricamente, el planteamiento dogmático de la naturaleza de esas cargas, deberes, límites y limitaciones que definen el "contenido normal de la propiedad" (art. 87.1 LS), se ha impuesto sobre la virtualidad práctica

(7) *Op. cit.*, págs. 1207-1208.

(8) En realidad, el problema de la Administración no es de medios, sino de lentitud y de trascendencia social de la actuación retardada. Cuando la parcelación ilegal está plenamente consolidada, simplemente no actúa. De lo que se deduce que la anulabilidad civil del acto tampoco evitará estos efectos.

A la Administración, en principio, la titularidad civil le es indiferente. Si la parcela segregada carece de volumen o es indivisible, frente a ella el acto civil será ineficaz. Si la edificación es ilegal e ilícita, la contratación civil será igualmente ineficaz por ausencia del objeto cuando proceda la demolición.

(9) La Administración no siempre ha entendido bien que en modo alguno el acceso al Registro de la Propiedad de los actos civiles condiciona su especial acción de disciplina urbanística y que las pretensiones privadas a sus intereses inmobiliarios a través de esta institución revela frente a tercero un régimen de responsabilidad concreto.

de la coordinación legislativa que, de hecho, el Registro ofrece. Decía ROCA SASTRE que "cualquiera que sea la configuración adoptada para calificar las limitaciones urbanísticas, la de delimitaciones del dominio, las limitaciones legales del dominio o la de cargas o servidumbres legales, las mismas *no deben tener acceso al Registro de la Propiedad*, pues en todo caso se derivan de la Ley directamente o mediante ella, es decir, por medio o en virtud de su mandato, por los planes de ordenación que les inviste de una publicidad superior a las que el Registro puede proporcionarles. A ellas les será aplicable el artículo 5.º.3.º del Reglamento Hipotecario", "así como el artículo 26 de la Ley Hipotecaria" (10). Sin embargo, apunta este autor, la abstracción y el tecnicismo excesivo de los Planes aconseja la constancia registral de esos límites y deberes urbanísticos como medio de unificar la publicidad inmobiliaria y de asegurar los intereses de los terceros, que en otro caso deberían consultar directamente los ininteligibles Planes dada la voluntariedad general de la célula urbanística (11). Su posición, pues, podría resumirse en una frase: la publicidad registral no es necesaria desde la perspectiva legal, pero sí desde la práctica.

CHICO Y ORTIZ, por su parte, ya de antiguo impugnó la falta de coordinación (12) con argumentos dogmáticos y prácticos, entre los que podemos destacar ahora el de la validez de los actos sujetos a licencia —parcelaciones, reparcelaciones y obras nuevas— por la naturaleza penalizadora de la sanción administrativa, que no incluye la nulidad *ipso iure* de los mismos, y el de la inseguridad jurídica frente a la publicidad limitada y abstracta de los Planes, que no dotan al sistema de medios suficientes para su conocimiento. "El mal enfoque que desde su iniciación se dio al problema impidió ver la evidente necesidad de que el Derecho urbanístico utilizase hasta sus últimas posibilidades la institución registral para lograr plenamente los fines que se trataban de conseguir". "De lo que se trata —según dice PAREJO AFONSO— no es más que el establecer el punto de equilibrio entre las exigencias esencialmente dinámicas y evolutivas del interés público urbanístico y las de la seguridad jurídica inmobiliaria que postulan la estabilidad de la regulación del derecho de propiedad" (13).

(10) ROCA SASTRE: *Op. cit.*, págs. 417-419.

(11) La Administración también está obligada, por razones obvias y por la propia Ley de Defensa de los Consumidores, a suministrar la concreta información inmobiliaria solicitada. A ello atiende hoy día el artículo 29 de la Ley de Reforma (otro de sus mejores aciertos).

(12) J. M. CHICO Y ORTIZ: "El derecho de propiedad ante la nueva legislación urbanística", *RDU*, núm. 33, págs. 112 y 114 (referencia tomada de ROCA); *Complemento al Derecho hipotecario y su legislación*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1974, y *Estudios de Derecho hipotecario*, t. I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1989, págs. 946 y sigs.

(13) Estudios citados, págs. 947-948. Necesidad de coordinación que entrevió el Texto Refundido de 1976 y que desarrolla la Ley de Reforma, habiendo sido necesario

Revelada, pues, la insuficiencia publicitaria del ordenamiento urbanístico, que no llegó a crear la mencionada cédula con carácter general y necesario ni la llevó a cabo la reforma del Reglamento Hipotecario, la acentuación del concepto deber y carga que potencia la nueva Ley de Reforma ha impuesto la necesidad de esa coordinación. Son deberes y cargas concretos los que delimitan el contenido de cada propiedad determinada, atribuyéndole un uso y un aprovechamiento planificado. La seguridad jurídica y la protección del consumidor requieren una actuación positiva de la Administración municipal. Y el nuevo artículo 29 atiende impositivamente a ese reto. Por un lado, el deber insoslayable de información (art. 29.1); por otro, la constancia registral del cumplimiento de los deberes urbanísticos que recoge el artículo 15 (art. 29.2).

Esta nueva visión de la publicidad urbanística, complementada con el contenido pleno de la Disposición Adicional 10 de la Ley de Reforma (14), presupuesto de la forzada correlación Derecho urbanístico-Derecho civil, incluso a nivel contencioso-administrativo y civil, a través de los pronunciamientos del Registro de la Propiedad (15); esta nueva visión —decimos— replantea una cuestión que se nos presenta como básica. La elección de un sistema positivo o negativo de publicidad registral.

Hasta ahora la legislación urbanística estatal había optado por el sistema negativo. Se recurriría a esta institución jurídica para hacer efectiva una prohibición, es decir, se utilizaba el Registro como medio sancionador, como una restricción de la protección jurídica de las titularidades inmobiliarias. Se penalizaba una actuación estrictamente formal, consecuencia o causa de una actuación material rechazada por el ordenamiento o simplemente irregular. El sistema del artículo 96 de la Ley del Suelo era el de la no publicidad del acto presuntamente ilegal e ilícito: el de la clandestinidad de la acción privada. Sistema que reproduce el artículo 25.2 de la Ley de Reforma con una importante matización, seguramente pensada para salvar la eficacia del artículo 15.2 de nuestra Ley de Disciplina Urbanística. La norma tiene, conscientemente para el legislador, carácter básico.

La utilización de este sistema negativo de publicidad no deja de ser contradictorio e inoperante. Contradictorio, porque deroga —ignora— de hecho disposiciones civiles e hipotecarias tácitamente (arts. 350, 359, 360, 361 y 400 CC, 208 y 110 LH, y 16 y 308 RH), distorsiona la aplicación de la Disposición Adicional 10, descoordina la realidad física —lícita o ilícita— con la jurídica (arts. 20 y 208 LH, y 308 RH), ya que podrá reflejarse

el constante desarrollo de la doctrina hipotecarista en esta materia para su idónea articulación.

(14) Que incluye el reflejo registral de las situaciones patológicas.

(15) Ambas jurisdicciones, civil y contencioso-administrativa, tendrán presente el contenido que el Registro publica al resolver las pretensiones.

registralmente la demolición de una obra no inscrita, y opera al margen de los principios hipotecarios (arts. 32, 34, 38 y 41 LH) y de la integración legislativa, empleando el sistema de publicidad inmobiliaria sesgada, parcial e insuficientemente (16). Inoperante, porque posibilita de hecho la desviación legislativa, la urbanización privada a través de la legislación agraria y de las normas civiles, mientras remite a la jurisdicción civil sustantiva y a la contencioso-administrativa la solución de la alteración física, sin fase preventiva previa (17).

Por otro lado, la publicidad registral positiva, o sistema de la nota marginal, posibilita la adecuada incardinación del Derecho urbanístico en el seno del Derecho civil inmobiliario, ya que aunque sus efectos sean meramente publicitarios, como dice el artículo 17 de la LDU, su trascendencia jurídica frente al tercero y frente al consumidor son inestimables. El Registro no protege a un acto civil directamente válido y mediatamente anulable (18), irregular, ilícito o ilegal conforme a la legislación urbanística, sino publica a un tiempo su situación administrativa, forzando a su regularización (19), y ofrece el control formal de la alteración material producida o en ciernes a la propia Administración urbanística, sustrayendo el acto de la clandestinidad —consolidable por prescripción— a que le fuerzan las normas impeditivas. El tercero de buena fe desaparece.

Esta necesidad de amparo de los intereses de los contratantes se ve hoy especialmente forzada por la propia Ley de Reforma, donde los deberes administrativos de información y de constatación registral de la patología urbanística obligan a una información responsable —económicamente— y activa por parte de los municipios, pudiendo dar lugar a que soporte, por falta de la diligencia debida, los efectos materiales de la publicidad registral negativa (lo no inscrito no perjudica a tercero, arts. 606 CC y 32

(16) Sesgada, porque sustrae de la protección jurídica un acto civil válido, intentando de esta forma indirecta negarle el acceso al crédito territorial; parcial, porque más que valerse de la institución impide su desenvolvimiento (se acuerda del Registro para que no se utilice), al tiempo que imposibilita el acceso a la publicidad registral del contenido urbanístico de la propiedad urbana. insuficiente porque no asume la responsabilidad de los efectos de la publicidad material negativa.

(17) Adscripciones y divisiones de uso. A pesar de la Orden de la Consejería de Agricultura de 1987, de dudosa eficacia civil, por no decir ninguna, la división del uso puede tener lugar como pacto estatutario interno (no visible administrativamente). La realidad, una vez más, se escapa.

La superposición legislativa y jurisdicción se lleva a cabo con todos sus efectos, al privar de publicidad inmobiliaria al acto irregular y dotar de eficacia al negocio indirecto, parcelación rústica de finalidad urbanística cuya calificación no es competencia registral.

(18) Por devenir su objeto en ilícito tras el oportuno pronunciamiento judicial o imposible por demolición administrativa.

(19) Ningún tercero —adquirente, acreedor— va a contratar con el titular registral hasta que regularice la situación urbanística de la finca.

LH), si bien no directamente, esgrimiendo el carácter legal de la limitación urbanística, al menos de forma indirecta, a través de los pronunciamientos judiciales y, en especial, por efecto del artículo 28.2 y de la Disposición Adicional 10 de la Ley de Reforma (20).

Por otro lado, el problema de la publicidad de los límites, limitaciones o deberes legales, particularmente del contenido estatutario de la propiedad urbana, ha sido objeto de reiterado estudio por parte de los Congresos Internacionales de Derecho Registral. En el VI Congreso, celebrado en Madrid (1984), se aprobaron las siguientes conclusiones sobre registración de los límites de Derecho público al Derecho de propiedad y de bienes de dominio público o demaniales:

“*Primera.*—El derecho de propiedad ha de tener la *protección* correspondiente a los derechos subjetivos, sin perjuicio de los límites que hagan posible el cumplimiento de su función social, de acuerdo con lo establecido por las leyes.

“*Segunda.*—Cuando el derecho de propiedad recaiga sobre bienes inmuebles, los sistemas registrales contribuyen de manera eficaz al fortalecimiento de la *seguridad jurídica* mediante la aplicación de sus principios.

“*Tercera.*—Si bien las *limitaciones legales generales* por su propia naturaleza producen plenos efectos, ello no obsta a que las Administraciones Públicas, en ejecución de aquéllas, puedan considerar conveniente su acceso al Registro en cuanto sus actos sean compatibles con las respectivas legislaciones.

“*Cuarta.*—Igualmente, pueden concederse los beneficios del sistema registral al ejercicio de *acciones* contra los actos de las Administraciones Públicas en vía judicial o a las prerrogativas de éstas para asegurar frente a terceros sus decisiones, siempre que recaigan sobre bienes inmuebles concretos.

“*Quinta.*—Los *actos entre particulares* sometidos al cumplimiento de determinados requisitos administrativos pueden tener acceso al Registro,

(20) El precedente italiano de la coordinación Urbanismo, Catastro y Registro parte de dos presupuestos a los que la legislación española no ha llegado: la coordinación previa Catastro/Urbanismo a través de los Ayuntamientos, y la nulidad de los actos civiles de constitución, modificación y extinción de los derechos reales inmobiliarios, con independencia de su forma pública o privada, en la parte que se excedan de la concesión previa o sanatoria y con la excepción expresa de los derechos de garantía, de servidumbre y de las divisiones *mortis causa* e *inter vivos* por actos a título gratuito (entre cónyuges y parientes en línea recta).

Sistema éste que prueba en su evolución legislativa (1942-1985) sus insolubles problemas prácticos (*vid. supra*). El sistema español de coordinación positiva nos parece más eficaz porque el componente volitivo desfigura el sistema italiano y deja de resolver cuestiones capitales, como la prescripción, el silencio, la incongruencia, la insuficiencia y la caducidad no denunciada de la licencia.

dejándose constancia en la inscripción de la falta de aquéllos siempre que la Ley no exija su cumplimiento como condición de *validez* del acto.

Sexta.—La naturaleza de los bienes de dominio público se halla garantizada en sus leyes reguladoras. No obstante, cuando las Administraciones Públicas consideren que es de interés la inscripción de los bienes de *dominio público* para la protección de su régimen jurídico, podrán tener acceso al Registro los bienes de tal carácter" (21).

LASO MARTÍNEZ, ponente español en el citado Congreso, fundamenta la inscribibilidad de los actos civiles válidos —conclusión 5.^a— en la naturaleza jurídica del requisito impuesto por la legislación administrativa, en cuanto condicione o no la validez sustancial del acto. Y dice: "El legislador ordinario, por razones de coherencia, está vinculado por un superior principio constitucional que forma parte del haz de los derechos del hombre, el cual no puede desconocer, salvo que en el ejercicio de sus potestades soberanas repudie la validez civil del acto —expresamente, entendemos nosotros—, en cuyo caso el Registro será el primero que lo impida. Mientras esto no sea así no puede impedirse la inscripción sin perjuicio de que en el asiento se advierta frente a todos de la amenaza que en ámbitos extraciviles pesa sobre el dominio". Y esas razones de coherencia las encuentra este autor en un hecho cierto, aunque el Registrador

(21) *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, Ed. Colegio de Registradores, t. II, Madrid, 1985, págs. 529-530. Dentro del mismo Congreso (tomo I) pueden consultarse los siguientes estudios: "Registación de las limitaciones de Derecho público al derecho de propiedad y de bienes de dominio público o demaniales", por ETIENNE BADILLO ANAZAGASTY, págs. 3 y sigs.; "Acceso del dominio público al Registro", por JOSÉ T. BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, págs. 25 y sigs.; "Registaciones de las limitaciones de la propiedad rústica en España", por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, págs. 39 y sigs.; "La expropiación forzosa y la reversión en relación con las inscripciones de dominio público", por JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ, págs. 75 y sigs.; "La legislación de unidades mínimas de cultivo y las limitaciones legales del dominio", por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, págs. 107 y sigs.; "Los montes catalogados de utilidad pública y el Registro de la Propiedad", por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, págs. 143 y sigs.; "Registación de las limitaciones de Derecho público al derecho de propiedad y de bienes de dominio público o demaniales", por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, págs. 209 y sigs.; "Publicidad registral de bienes de dominio público", por JESÚS LÓPEZ MEDEL, págs. 231 y sigs.; "Comunicación relativa a la publicación de las limitaciones administrativas al derecho de propiedad en Francia", por BERNARD MAZJN, págs. 255 y sigs.; "Limitaciones del Derecho público al derecho de propiedad", por JOSÉ MENÉNDEZ, págs. 269 y sigs.; "La inscripción de las limitaciones a la propiedad en el Registro Público, por el Registro Público de la Propiedad y de Comercio del Distrito Federal de México", págs. 307 y sigs., y "Registación de las limitaciones de Derecho público al derecho de propiedad", por ALBERTO F. RUIZ DE ERECHUN, págs. 345 y sigs.

Asimismo, J. M. GARCÍA GARCÍA: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, t. I, Ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 520.

deniegue la inscripción del acto sujeto a licencia por no aportarse ésta, aplicando directamente la legislación urbanística (v. Res. de 16-11-1981, STS de 13-5-1980 y Auto del Presidente de la Audiencia de Sevilla de 30-6-1979) (22), la sentencia civil declarando la validez del acto sería inscribible. El razonamiento no puede ser más expresivo. Además, estando sujeto a licencia el acto material y no su expresión formal —declaración o contrato—, difícilmente ese impedimento será más operativo dada la complejidad del Derecho civil y los medios aparentemente legales que pueden utilizar los infractores (23), que el sistema positivo de publicidad (24). Único sistema que acaba con la duplicidad de publicaciones inmobiliarias, protegiendo los intereses del consumidor, e incardina la realidad urbanística en la institución registral, dando paso sus pronunciamientos a la estimación de la legislación administrativa por la jurisdicción civil, al menos en cuanto al contenido que de la misma la publicidad registral patentiza *erga omnes*. El Registro de la Propiedad se erige así en el *punto de intersección* de ambas legislaciones. La impunidad del acto clandestino cede ante el control instrumental: escritura pública e inscripción, en fase preventiva; sentencia, resolución administrativa e inscripción en fase contenciosa.

UTRERA RAVASSA, con carácter general, llega a las siguientes conclusiones en vista de la jurisprudencia: 1.^a La división de terrenos, rústicos y urbanos, en ejercicio de la *actio communi dividundo* se rige por el Código Civil y la decisión judicial al respecto no es impugnabile por razones administrativas (STS 13-5-1980). 2.^a Las divisiones y segregaciones en suelo rústico no están sujetas a licencia ni están sujetas a las sanciones establecidas en el artículo 96 de la Ley del Suelo. Si tienden a formar un núcleo de población se producirá un ilícito administrativo, sin que necesariamente por este hecho se produzca la nulidad civil (Auto de 30-6-1979). 3.^a La propiedad rústica está sujeta al Código Civil, con limitaciones establecidas en las Leyes. 4.^a El derecho a edificar en suelo rústico es el regulado en los artículos 350 del Código Civil y 85-86 de la Ley del Suelo,

(22) Véase su pormenorizado y profundo análisis en C. UTRERA RAVASSA: *Nuevos retornos al Código Civil Estudios en homenaje a Tirso Carretero*, cit., págs. 1075 y sigs.

(23) Que la práctica demuestra. Como la mencionada legislación *agraria* (v. art. 44.4.^a RGU).

(24) Véase C. UTRERA RAVASSA: *Op. cit.*, pág. 1094. La práctica, asimismo, demuestra en esta Comunidad la eficacia de este sistema a casi un año de su implantación (art. 15.2 LDU), que afecta por igual a las parcelaciones rústicas como urbanas. Los Ayuntamientos son testigos de excepción por el exorbitado aumento de las solicitudes de licencias urbanísticas.

y no se requiere licencia para declarar la obra nueva (Res. 16-11-1981) (25).

Conclusiones que, en definitiva, como hemos visto, se mantienen en cuanto la licencia sigue siendo declarativa y que, aun siendo constitutiva, sujetaría el acto a una especie de condición suspensiva, ya que, como veremos más adelante, aconsejan adoptar el sistema de publicidad registral positivo en el mismo sentido que la Comunidad Autónoma de Canarias ha hecho a través de su Ley de Disciplina Urbanística.

El VII Congreso Internacional de Derecho Registral (Brasil, 1987), por su parte, se ocupó, en su Comisión 4.^a, del importante tema del parcelamiento de tierras (rústicas y urbanas) (26) y estableció los siguientes principios informadores:

“1. La subdivisión del suelo, tanto rural como urbano, debe ser objeto de regulación jurídica, a los efectos de optimizar su aprovechamiento con adecuación a las necesidades sociales.

2. La configuración de las parcelas se ha de verter en dos instituciones, una referida al aspecto físico (el catastro) y otra al ámbito jurídico (el Registro), cuya coordinación y vinculaciones han sido expresamente consideradas en la Carta de México (1980).

3. En la ejecución de programas de reforma agraria y colonización o de vivienda social y reparcelamiento urbano debe procurarse la inmediata adquisición del dominio, acortando las modalidades que impliquen adjudicaciones provisionales que demoren la definitiva inscripción de la transmisión del dominio. En los casos excepcionales en que la legislación de cada país lo admita, podrán registrarse las adjudicaciones provisionales surgidas de actos administrativos.

4. En tales supuestos es necesario evitar la existencia de dichas atribuciones de otros entes u oficinas que impliquen sustraerlas del Registro y que constituyan modos alternativos o sustitutivos de la publicidad registral.

5. La regulación de la parcelación corresponde a la autoridad con competencia en el ordenamiento territorial según el régimen de cada país, conforme a los principios que rigen la calificación y clasificación de los usos del suelo.

(25) Obviamente, la Resolución de 1981 y la conclusión de UTRERA no tienen presente la nueva disposición que establece el artículo 25.2 de la Ley de Reforma. Para las precedentes conclusiones, véase *op. cit.*, pág. 1099.

(26) *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VII Congreso Internacional de Derecho Internacional*, Ed. Colegio de Registradores (CEH), Madrid, 1988, "Conclusiones", págs. 12-13, y el estudio de RAFAEL ARNAIZ EGUREN sobre el mismo tema, págs. 303 y sigs. Asimismo, J. M. GARCÍA GARCÍA: *Op. cit.*, pág. 530.

6. En lo referente al suelo urbano, la parcelación constituye una faceta esencial en el proceso de urbanización cuya relación con el Registro ha sido desarrollada en las conclusiones que constituyen la Carta de México".

GARCÍA GARCÍA observa al respecto que lo más interesante de este tema es la remisión a la Carta de México, la inscripción de adjudicaciones provisionales y la exclusión de una publicidad administrativa paralela a la publicidad jurídica inmobiliaria. Y de la Carta de México hemos de destacar los puntos aprobados sobre urbanismo (27):

"1. La *planificación urbana* constituye una *actividad interdisciplinaria*, en la cual deben intervenir sociólogos, arquitectos, economistas, ingenieros, hombres de empresa y políticos, sin olvidar la necesaria participación de los juristas y la intervención ciudadana a través de organizaciones de colaboración.

2. El planeamiento territorial y del uso del suelo constituye el marco delimitador del *contenido normal de la propiedad* en función de los intereses generales de la comunidad.

3. El planeamiento urbano, en cuanto decisión de los órganos públicos sobre la capacidad de la superficie terrestre respecto a la implantación de usos urbanos, debe contenerse para su obligatoriedad en *actos normativos de carácter general* cuya vigencia dependerá de su publicación oficial.

4. Para el *conocimiento* por cualquier interesado del contenido de los planes y normas urbanísticas vigentes es recomendable la existencia de oficinas que difundan dicho contenido respecto de las zonas, polígonos o unidades urbanísticas de que se trate y que expidan los *informes* pertinentes.

5. En cuanto la decisión planificadora se refiere directamente y mediante individualización precisa a fincas o parcelas que constituyan unidades registrales, sus previsiones deben relacionarse en el asiento registral como *elemento colaborador* del principio de determinación o especialidad.

6. La ejecución del planeamiento, en cuanto implique modificación física de los predios, alteraciones en la titularidad de los derechos inscritos, limitaciones de carácter real o gravámenes hipotecarios en garantía de obligaciones urbanísticas, debe ser objeto de *inscripción* para dotar de la necesaria eficacia frente a terceros de actos o negocios jurídicos de ejecución derivados de los planes.

(27) J. M. GARCÍA GARCÍA: *Op. cit.*, págs. 510-512 y 530.

7. La utilización de la técnica del folio real, recomendada por la Carta de Buenos Aires (1972) y conclusiones de la Comisión 2.^a del II Congreso Internacional (Madrid, 1974), posibilita una adecuada expresión del principio de determinación o especialidad en cuanto al inmueble y la eventual *coordinación* de sus datos descriptivos con la información utilizada por los órganos urbanísticos.

8. En la ordenación jurídica de la transformación y uso del suelo deben utilizarse no sólo soluciones basadas en instituciones de Derecho público, sino también en *instituciones de Derecho privado* que faciliten la vinculación entre las unidades urbanísticas integrantes del centro de población y sus ocupantes, la *adscripción* de la propiedad a su función social, la eventual consideración del *volumen* edificable como objeto de derecho y la creación de fórmulas jurídicas de comunidad que permitan la colaboración ciudadana en la conservación y mejoramiento del medio urbano.

9. Para el dictado de actos que dispongan la cancelación de la constancia registral de *prohibición de uso* respecto de inmuebles determinados por razones ecológicas, históricas, artísticas o de otra índole, deberán exigir el cumplimiento de los requisitos especiales que señalen los ordenamientos nacionales.

10. Las recomendaciones precedentes admiten extender los principios referidos a la vigencia de los planes e incidencia registral de los mismos al planeamiento territorial en general, referido tanto al *ámbito* urbano como al rural o agrario.

11. Las legislaciones nacionales, en función de los principios inspiradores de su organización urbanística y de sus instituciones registrales, deberán procurar la *colaboración* de estas últimas para la debida atención del fenómeno de la transformación del suelo y la satisfacción de las necesidades sociales".

De esta forma y tomando por base los principios internacionales de Derecho registral, se pone de manifiesto la necesidad de la estrecha coordinación entre la publicidad abstracta, o mejor, genérica del planeamiento y la publicidad registral concreta, dotada de un contenido urbanístico positivo, a través de las disposiciones legales oportunas y del reflejo tabular de la cédula urbanística, medio necesario de información municipal al consumidor de la extensión y límites del uso y aprovechamiento del suelo.

En nuestra legislación autonómica, la publicidad registral urbanística se canaliza a través de dos cauces, uno genérico y otro específico. El cauce genérico contiene una serie de normas preventivas de protección de la legalidad urbanística, recogidas en los artículos 6 de la Ley de Ordenación Urbanística del Suelo Rústico, y 4 y 13-18 de la Ley de Disciplina Urba-

nística, en relación a los artículos 96.3 de la Ley del Suelo y 25.2 de la Ley de Reforma. El cauce específico se contrae a la coordinación registral mediante la constancia por nota marginal de la calificación urbanística del suelo y a la cancelación de la irregularidad publicada a través de la presentación de la licencia, cédula o certificación urbanística.

Los artículos 4, 13 y 14 de la LDU exigen para la realización de los actos de segregación, parcelación o división de terrenos rústicos, de parcelación urbanística, de agrupación y parcelación de terrenos rústicos y urbanos, y de realización de obras la oportuna y previa licencia urbanística. Exigencia que constituye, a su vez, un requisito para el otorgamiento de las escrituras públicas e inscripciones correspondientes. Contenido coincidente con el artículo 96.3 de la Ley del Suelo para las parcelaciones urbanísticas y con el 25.2 de la Ley de Reforma para las declaraciones de obra nueva, si bien éste modaliza el artículo 14 de la LDU, distinguiendo entre obras terminadas y obras en construcción, mientras añade un nuevo requisito cual es la certificación técnica de que la obra se ajusta al proyecto aprobado por el Ayuntamiento, esto es, a la licencia. Y éste desarrolla anticipadamente (28) aquél, en el sentido de excluir de su ámbito las declaraciones de obra nueva incurso en una infracción prescrita, siempre que la prescripción esté declarada administrativa o judicialmente.

Sistema que se complementa con el contenido de la RT 15.2, párrafo 1.º, que siguiendo el sistema positivo de coordinación y publicidad registral de la infracción sanciona la falta de presentación de licencia urbanística y la insuficiencia o incongruencia de la presentada con la publicación por nota marginal —extendida de oficio— de la situación de irregularidad urbanística que afecta al acto inscrito, con los efectos del artículo 17 de la propia Ley (29). La vigencia de la nota, en principio y salvo el supuesto de

(28) Entendemos que el carácter básico del artículo 25.2, otorgado expresamente contra la enmienda presentada, permite el desarrollo autonómico de la disposición, evitando el desplazamiento de la legislación autonómica, y que el desarrollo previo de la Ley de Disciplina Urbanística no obliga a la Comunidad Autónoma a volver a legislar en el mismo sentido por razones de economía legislativa y de seguridad jurídica —evita el vacío legal que sus diferencias pueden provocar—, puesto que si constitucionalmente ésta podía dictar normas de desarrollo ante la ausencia de bases estatales extrayendo sus principios rectores de la propia legislación estatal vigente, el artículo 25.2 ha respetado conscientemente la Ley canaria evitando su desplazamiento, como lo demuestra su expresada naturaleza y la no impugnación de sus preceptos por el Estado (v. *Régimen jurídico del suelo en Canarias*).

El artículo 14 de la Ley de Disciplina Urbanística tiene su precedente legislativo en el artículo 12.3 de la Ley de Protección de la Legalidad Urbanística de Murcia que recoge idéntica prevención que el artículo 15.2 de nuestra citada Ley (v. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, cit., t. II, pág. 1659).

(29) El urbanismo, y con él la realidad física —irregular o ilícita— se ha incardinado en el sistema hipotecario.

prescripción, es indefinida. La publicidad, actuando como medida de control instrumental de la irregularidad y de delimitación del crédito territorial obligará de hecho, voluntaria o coactivamente, a la regularización del acto.

Y el artículo 14, párrafo 2.º, en relación al artículo 11 de la LDU, completa la coordinación, a efectos de control volumétrico y parcelas mínimas, en desarrollo del artículo 95 de la Ley del Suelo (30), haciendo posible la constancia registral del volumen edificable y la circunstancia de su agotamiento, con lo que cualquier división o segregación de la parcela no producirá el aumento de volumen edificable, publicando esta circunstancia frente a tercero (31). Si se declara con posterioridad una obra nueva sobre la parcela segregada, aun contando con licencia —autocontrol municipal—, habría que denegar su inscripción o hacerla con la extensión simultánea de la nota que patentiza frente a todos que la licencia es incongruente por carecer la parcela de volumen, en ágil aplicación de la legislación de defensa de los consumidores (32). En la doctrina, este artículo ha sido elogiado por LASO MARTÍNEZ y recoge la vieja aspiración que en 1963 expresó FUENTES SANCHIZ en su notable estudio *Política del suelo y Registro de la Propiedad* (33). Su posibilidad genérica aparece forzada por la interpretación jurisprudencial del artículo 16 del Reglamento de Servicios (STS 2-2-1990), pues “si tenemos en cuenta —como hace GONZÁLEZ PÉREZ (34)— que el incumplimiento de las condiciones puede determinar la extinción de la licencia, prácticamente tienen trascendencia real todas las condiciones de la licencia de construcción, licencia que legitimará la obra nueva”.

El artículo 16, por su parte, desarrollando el artículo 221 de la Ley del Suelo y conforme la Sentencia del Tribunal Supremo de 7-2-1984 sanciona (35), prevé la registración de los actos administrativos de suspensión de la edificación o uso del suelo, de los efectos de la licencia u orden de

(30) Cuya falta de aplicación municipal ha sido notoria.

(31) Que no contratará pensando en edificar.

(32) Que rehusaran adquirir una vivienda en esa situación irregular.

Sobre la denegación de la inscripción, véase FUENTES SANCHIZ y CAMY SÁNCHEZ-CANETE: *Op. cit.*, págs. 167-168 (nota 220 que sigue).

(33) J. L. LASO MARTÍNEZ: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 601, Madrid, 1990; “La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990”, págs. 520 y sigs., en concreto pág. 535; NARCISO DE FUENTES SANCHIZ: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, págs. 449 y sigs., Madrid, 1963. Su planteamiento se recoge en B. CAMY SÁNCHEZ-CANETE: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, t. IV, Ed. Aranzadi, Madrid, 1979, pág. 167.

(34) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de Reforma*, cit., pág. 515, nota 4.

(35) Véase *infra* LASO MARTÍNEZ: *Jornadas sobre Urbanismo y Publicidad Registral*.

ejecución, de la declaración de lesividad de una licencia u orden de ejecución, la anulación de éstas, el acuerdo de demolición, reconstrucción o reposición del suelo —restauración de la realidad física alterada—, la orden de derribo de las obras provisionales, la clasificación como fuera de ordenación de edificios o instalaciones, las resoluciones administrativas que reflejen el incumplimiento de los deberes de gestión y la ejecución de urbanizaciones, la inclusión de terrenos en el Registro Público de Solares y cualesquiera otros que afecten al régimen de propiedad o derechos de aprovechamiento urbanístico de los terrenos o edificaciones.

La segunda vía de coordinación, ese cauce específico al que aludíamos, resulta de la aplicación de los artículos 13.3, 16.1.j) y 18 de la LDU, directamente y a *sensu contrario*, en relación a los artículos 51 y 437 del Reglamento Hipotecario (36), que prevé la constatación registral de la calificación urbanística de las fincas resultantes de cualquier parcelación de terrenos (segregación, división y agrupación y división) (37). A nuestro juicio, dada la presunción *iuris tantum* de exactitud registral, en cuanto a los datos físicos se refiere —la clasificación del suelo es un dato jurídico— y en aras de publicar de forma más precisa lo que el Registro ya hace público, convendría, por un lado y siguiendo esa normativa, hacer constar la calificación urbanística del suelo según resulte de la licencia o de la certificación urbanística [arts. 13.3, 16.1.j) y 18 LDU], y, por otro y con carácter general, (38), la fuente que determina esa naturaleza. Así, del Registro resultará que la naturaleza rústica o urbana de la finca y su clasificación urbanística como suelo urbano, urbanizable o rústico tiene su origen, bien en la simple "manifestación de los interesados sin que se acredite", bien en la cédula o certificación catastral, bien en la certificación, licencia o cédula urbanística. Ni que decir tiene que estos documentos pueden incorporarse al protocolo notarial y figurar en las copias de las escrituras que se expidan, situación recomendable por razones prácticas y de responsabilidad jurídica, en fase preventiva, evitando las falsificaciones sin sujeto infractor (39).

(36) El artículo 437 se contempla en el sentido genérico de alteración de calles, que incluye el paso de pago a calle.

(37) Como señalamos en otro lugar (régimen jurídico del suelo en Cananías), no estando sujeto el acto material de la agrupación a licencia, la referencia que a ellas hace el artículo 13.1 para el momento de la formalización pública del acto, por simple congruencia normativa, sólo puede referirse a la agrupación previa a la división o actos reparcelatorios rústicos. Los urbanos se rigen por su especial normativa y no están sujetos a licencia, sino a la aprobación del proyecto de reparcelación, ya que ésta es una actividad pública como señala GONZÁLEZ PÉREZ (*Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, cit. *supra*, pág. 62).

(38) Puede incluirse de forma expresa en la reforma del Reglamento Hipotecario.

(39) La pena de falsedad en documento público es un medio de garantía del tráfico jurídico inmobiliario. Si hay una infracción, debe haber un culpable. La función notarial

Todo este sistema tiene como necesario presupuesto, en aras del cumplimiento de la legalidad vigente y de la protección de los consumidores, la intervención notarial a que se refieren los artículos 13 y 14 de la LDU. Y viene a colación, en este punto, destacar la importante colaboración que presta —y puede prestar— esta institución en la adopción de medidas preventivas y expeditivas de disciplina urbanística, debiendo establecerse su intervención necesaria, como requiere la legislación hipotecaria, en todos aquellos actos contractuales en que intervienen la autoridad municipal y los particulares, como recíproca garantía de legalidad y legitimidad, en pro de la seguridad jurídica. Particularmente en los convenios urbanísticos, en las ventas forzosas (arts. 63-65 LR), en la toma de garantía de la ejecución simultánea de la urbanización...; y a efectos de la declaración formal del nuevo artículo 23.2, no habiéndose estatuido procedimiento alguno, su intervención será imprescindible, tanto para la Administración como para el interesado, como vehículo de fehaciente notificación. La preceptiva audiencia de éste, bajo amenaza de nulidad de lo adecuado, así lo impone (40).

Finalmente, para acabar con este apartado, sólo nos resta destacar las Jornadas sobre Urbanismo y Publicidad Registral celebradas en Valladolid del 17 al 21 de octubre de 1988, donde se estudiaron las causas de la descoordinación legislativa y se aportan los medios tendentes a su erradicación, analizando, como después veremos, las trabas normativas y su estado patológico (41).

brinda este importante servicio al principio de seguridad, protegiendo los intereses de consumidores y usuarios que actúan de buena fe.

(40) GONZÁLEZ PÉREZ advierte en sus *Comentarios a la Ley de Reforma*, pág. 516, nota 7, la peligrosa tendencia a la exclusión de la necesaria intervención notarial con merma de la seguridad jurídica.

(41) "Jornadas sobre Urbanismo y Publicidad Registral", ed. Excmo. Ayuntamiento de Valladolid y Centro de Perfeccionamiento de Personal, Valladolid, 1989. Las ponencias fueron las siguientes: "Aportaciones hipotecarias al urbanismo", por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, págs. 13 y sigs.; "El Registro de la Propiedad como soporte ideal de la publicidad registral", por JORGE REQUEJO LIBERAL, págs. 23 y sigs.; "Acceso al Registro de la Propiedad de Urbanismo", por SEGUNDO VELASCO Y FERNÁNDEZ, págs. 31 y sigs.; "Consideraciones sobre las urbanizaciones privadas", por CÉSAR OTERO VILLORÍA, págs. 47 y sigs.; "La gestión urbanística y el Registro de la Propiedad", por RAFAEL ARNÁIZ EGUREN, págs. 63 y sigs.; "El sistema de compensación", por RAMÓN SASTRE LEGIDO, págs. 87 y sigs.; "El suelo rústico bajo el prisma de la legislación urbanística", por ALBINO LÓPEZ TORRECILLA, págs. 101 y sigs.; "Actuaciones de los principios de subrogación real y tracto sucesivo en las reparcelaciones urbanísticas", por CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, pág. 115; "Urbanizaciones ilegales de segunda residencia", por SANTIAGO CALVO ALONSO-CORTÉS, págs. 137 y sigs., y "Parcelaciones de fincas y el Registro de la Propiedad", por MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ, págs. 149 y sigs.

Además se presentaron las siguientes Comunicaciones: "Informe de la Delegación del Colegio de Registradores de la Propiedad en Cataluña sobre 'L'Avantprojecte de

HERNÁNDEZ CRESPO advirtió sobre la necesidad de la aprobación de la reforma del Reglamento Hipotecario (42), cuyo proyecto hoy se debe estar ultimando, conforme a la Disposición Adicional 10.6 de la Ley de Reforma. Necesidad que se fundamenta en tres circunstancias: 1.^a La diversificación de la legislación urbanística "como consecuencia del mandato constitucional y de la publicación de los distintos Estatutos" (43). 2.^a La realidad hipotecaria actual no satisface el mandato de la Ley del Suelo, ni la nueva legislación urbanística, ni la vieja aspiración de los Registradores de coordinar las distintas disposiciones ("la publicidad registral constituye un mecanismo instrumental de garantía perfectamente aplicable a distintas legislaciones civiles, fórmula característica en España y, por tanto, a una legislación urbanística también variable en virtud de las características territoriales y socioeconómicas de las distintas Comunidades"). 3.^a Los aspectos más importantes de la reforma son los siguientes: registración de la afección de las fincas del promotor a la promoción del planeamiento, de las determinaciones urbanísticas que el Plan señale y del sistema de gestión de la urbanización y de su conservación; regulación sistemática de las características de la expropiación forzosa; inscripción de los expedientes de compensación y reparcelación; la garantía hipotecaria de la ejecución de la urbanización; inscripción de las transmisiones de volumen edificable; reflejo registral de las licencias de parcelación y de edificación, a fin de facilitar el control de la disciplina urbanística; acceso al Registro de las medidas cautelares, administrativas o jurisdiccionales sobre disciplina urbanística y de las entidades urbanísticas, así como del 'estatuto de propiedad' que afecte a las fincas pendientes de urbanización o urbanizadas como consecuencia de la implantación del equipo urbano; y por último, la regulación civil de las urbanizaciones privadas, las comunidades de construcción y la garantía de los derechos de los consumidores.

Lley de las urbanizaciones de Dret privat'", por PEDRO AVILA NAVARRO, págs. 177 y sigs.; "Urbanismos y Registro de la Propiedad en la Comunidad de Madrid", por JOSÉ ANTONIO NORTES TRIVIÑO, págs. 185 y sigs., y "Comunidad Autónoma de Andalucía: algunos aspectos de su normativa urbanística", por ANTONIO MANZANO SOLANO, págs. 197 y sigs.

El libro va precedido de unas notas sobre urbanismo y publicidad registral de CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, págs. 7 y sigs.

He podido contar con esta obra gracias a la estimada mediación prestada por JOSÉ M.^a RAMÍREZ DE CÁRDENAS Y GIL, Registrador de la Propiedad de Tordesillas.

(42) Desde 1982 existe un texto concreto pendiente de aprobación.

(43) Sobre publicidad registral y disciplina urbanística en el marco de las nuevas competencias, véase J. P. RUANO BÓRRELLA: *El urbanismo, la Constitución y Autonomías*. Ciclo de Conferencias de los Centros de Estudios Hipotecarios de Galicia y Madrid (1984-1986), Ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1986, págs. 169 y sigs.

Las Comunidades Autónomas, como podrá verse en el citado estudio, han abordado directamente la coordinación entre urbanismo y Registro de la Propiedad.

LASO MARTÍNEZ, en su ponencia "Aportaciones hipotecarias al proceso urbanístico", después de reconocer que "la Administración Pública actúa ahora en el núcleo central del dominio, no como una actividad pasajera, sino para definir justamente su cometido —¿contenido?— (44) e, incluso, provocar modificaciones en su titularidad aun reconociendo el dominio privado (SSTS 15-11-74 y 5-5-81). "Estas circunstancias justifican sobradamente que todo cuanto concierne a la ejecución del planeamiento urbanístico está fuertemente ligado a los sistemas de publicidad inmobiliarios adoptados por el Estado para dar seguridad al tráfico jurídico, evitar las situaciones de clandestinidad que afecten a los bienes inmuebles y promover la seguridad jurídica".

"Desde esta concepción los sistemas de publicidad inmobiliaria son neutrales en cuanto al contenido concreto del dominio establecido por las leyes o por sus actos aplicativos; lo que les importa es servir de instrumento eficaz de colaboración para la prosecución de los intereses generales de la sociedad, para lo cual, evidentemente, pueden prestar una eficaz ayuda al proceso urbanístico".

Y la coordinación apunta por la inscripción de los actos que hagan referencia al 'contenido de las facultades del dominio' y por la publicidad registral que, según este autor, se desarrolla a través de la publicidad material —o de situaciones jurídicas— y de la publicidad formal —o publicidad noticia— frente a tercero (45). Medidas que se complementan con la registración de las medidas que afecten concretamente a una finca determinada y que se lleven a cabo con el titular registral a través de la calificación del Registrador, que verifica el cumplimiento de la legalidad vigente como garantía de la firmeza del acto, en orden a la consecución de los importantes efectos de los principios hipotecarios en nuestro ordenamiento jurídico (46).

(44) No sé si se trata de una errata. En ambos casos la frase tiene sentido.

(45) Garantía de la seguridad del consumidor en la adquisición inmobiliaria. A esta finalidad se orienta mi trabajo *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, que he intentado dirigir —no sé si con acierto— directamente a éste. Al consumidor no jurista. La información, y particularmente la información registral o publicidad formal, como medio de garantía de la firmeza de las adquisiciones.

En esta misma línea, con mayor sencillez y acierto, se orientan las Guías del Usuario del Registro y del Depósito de Cuentas, editadas por el Colegio de Registradores (Madrid, 1991), y la Guía práctica del Depósito de las Cuentas Anuales, de que es autor nuestro compañero FRANCISCO DE ASÍS FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Registrador Mercantil de Las Palmas, editada por el Centro de Estudios Regionales de Canarias (Las Palmas, 1991), en un notable y cumplido intento por acercar la Ley al consumidor, evitándole las molestias derivadas de la ausencia de una pauta clara de actuación en una materia tan novedosa como es la legislación mercantil de adaptación a las Comunidades Europeas.

(46) Labor callada de aplicación de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios y de sus principios informadores, contenidos en el ámbito inmobiliario en el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril.

Realidad que aconseja la inscripción del régimen de prefiguración de la urbanización, de los actos de planeamiento y sus determinaciones, de la garantía de ejecución del planeamiento y de las acciones de la Administración en materia de disciplina urbanística. Supuestos que a continuación desarrolla, remitiéndonos desde aquí a la expresada ponencia (47).

REQUEJO LIBERAL, cuando aborda el tema de su ponencia, plantea la diversidad de opiniones acerca de la registración del planeamiento. El Ministerio de Justicia era de la opinión de que "el planeamiento vincula a los propietarios a pesar de no estar inscrito", sin adentrarse, como observa REQUEJO, en la problemática de su deficiente publicidad. ROCA SASTRE (véase *supra*) entiende que, no obstante esa publicidad superior, "razones prácticas de simplificación", "seguridad y rapidez", aconsejan su reflejo registral. GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO apuntan que la solución a la publicidad del planeamiento puede venir dada por la institución registral. Y el propio autor, refiriéndose a la vía de coordinación abierta por los protocolos de urbanismo (48), señala como su primer paso, ya que siempre la cuestión debatida ha estado en la forma de llevar a cabo esa coordinación, la constatación registral de la calificación urbanística de la finca cada vez que se opere con ella y siempre que el interesado —o la Administración, puede añadirse— lo solicite. Solución enmarcada en la línea que recoge el artículo 13.3 de la LDU y que antes expusimos (49).

VELASCO FERNÁNDEZ (50) opta por la necesaria concordancia, puesto que, como dice con agudeza, "la naturaleza normativa de esa actividad, de los planes y programas y la exclusión de toda publicidad añadida a la que conllevan las pronormas jurídicas de naturaleza legal", no basta "para garantizar los principios imperantes en nuestro ordenamiento jurídico de publicidad y seguridad jurídica; y precisamente por la naturaleza compleja y técnica del urbanismo". A continuación se ocupa del paralelismo que el urbanismo muestra con la concentración parcelaria, la necesidad de la implantación de la cédula urbanística, la modificación del artículo 221 de

(47) En su desarrollo aborda el problema de la anotación de los expedientes disciplinarios, a los que se refiere la Ley catalana de Protección de la Legalidad Urbanística y nuestro artículo 16 de la Ley de Disciplina Urbanística, resuelto afirmativamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencia de 7-2-1984, que confirma la de la Audiencia Territorial de Barcelona de 3-12-1981.

Sobre este punto puede verse su tratamiento en J. M.^a CHICO Y ORTIZ: *Estudios de Derecho hipotecario*, cit., t. I, págs. 949 y sigs.

(48) Véase RUANO: *Op. cit.*

(49) La Ley de Disciplina Urbanística ha hecho el único intento, a nivel legislativo, en este sentido de que tengo noticia.

(50) Ponencia citada: "Quizá todo se deba a que en nuestra realidad jurídica sólo se tiene en cuenta el Registro cuando se ha sufrido un fraude y no se estima en todo su valor su utilidad en la realidad normal del tráfico y en la publicidad de titulares y actos que las afectan sobre bienes inmuebles y derechos de naturaleza real" (pág. 33).

la Ley del Suelo, estableciendo la obligatoriedad de la anotación o inscripción en el Registro y el estudio de los medios adecuados para eliminar los efectos de esa falta de comunicación ordinamental (51).

OTERO VILLORÍA, al tratar de las urbanizaciones privadas, se suma a tan patente como discutida necesidad, destacando la situación de clandestinidad consentida por la Administración en que se encuentran, como realidad física conocida por todos, pasa a estudiar la falta de desarrollo de un instrumento de coordinación tan eficaz como la cédula urbanística (52) y las consecuencias de la falta de licencia en las parcelaciones urbanísticas.

ARNÁIZ EGUREN, en su ponencia "La gestión urbanística y el Registro de la Propiedad", dice que si ésta "consiste, desde el punto de vista jurídico, en la modificación del régimen de propiedad, con reorganización del objeto de la misma, en la atribución de obligaciones de hacer, directamente ligadas a la titularidad de la superficie del suelo y en la garantía de dichas obligaciones, no cabe duda de que el lenguaje que utiliza la Ley del Suelo se conecta directamente con las finalidades perseguidas por la legislación hipotecaria". "Es difícil entender cómo la gestión urbanística podría llevarse a cabo sin contar con el Registro, y es aún más difícil concebir cómo

(51) Leyendo su ponencia, surge la pregunta: ¿Cómo puede cuestionarse una necesidad tan elemental y lógica cual es que el Registro refleje la realidad urbanística de las fincas?, ¿cómo puede sustraerse su contenido de un Registro jurídico de derechos y titularidades inmobiliarias si el planeamiento define el contenido normal y cambiante del dominio? Comprendo que el problema sea buscar la forma o el medio, pero nunca cuestionar su necesidad. La legislación autonómica y la Ley de Reforma han quebrado definitivamente ese mar de dudas.

En la misma medida (v. *supra*) en que el planeamiento defina *ex novo* el contenido normal del dominio (art. 76 LS) y la licencia, con carácter constitutivo, atribuya las facultades urbanísticas, particularmente el *ius aedificandi* (art. 20 LRRU), desapareciendo la analogía, identidad o paralelismo con las servidumbres legales, será más necesario y un imperativo para las Administraciones públicas, por razones de seguridad jurídica y protección de los consumidores, hacer constar en el Registro el contenido concreto de cada propiedad inscrita desde su realidad física y urbanística cambiante. El crédito territorial así lo exige (a menos que se afronte la provocación de una parálisis total de la actividad constructiva como consecuencia de haberse cerrado los canales de financiación a través de crédito hipotecario y la venta sobre plano).

(52) Que como la cédula catastral debería ser un requisito de la instrumentación pública de los actos relativos a los inmuebles, haciendo posible de una forma eficaz y sencilla la coordinación Catastro, Registro, Urbanismo, Ayuntamiento.

Con disponer su necesidad y la obligación del interesado de presentarla nuevamente con los datos registrales, la coordinación sería un hecho fácilmente realizable.

Su ausencia podría dar lugar a la advertencia notarial expresa, a la presunción de irregularidad urbanística y a su constancia registral por nota marginal, advirtiéndolo a tercero de la trascendencia de esa falta, que incide directamente en el interés del consumidor, a efectos de la hipoteca legal tácita que pesa sobre su finca. Con un tratamiento jurídico parecido al de los gastos de comunidad: falsedad en documento público.

La coordinación se produciría paulatina y sucesivamente, y en un breve transcurso de tiempo sería absoluta.

el Registro puede cumplir sus fines de protección de la seguridad jurídica sin integrar en sus folios el contenido inmobiliario de la actuación sobre el suelo" (53).

(53) Conviene tener presente dos consideraciones, como hace RAFAEL ARNÁIZ (utilizando una fórmula parecida a esto: la finca se refleja en el folio, pero el folio no es la finca), para entender la institución registral. El Registro se lleva por el sistema de folio real, esto es, por fincas. Las fincas son la base sobre la que inscriben los derechos. En el Registro no se inscriben fincas en sentido propio, sino derechos sobre fincas. Por eso inmatricular, genéricamente —operación de apertura de un folio a una finca—, es la función previa a la inscripción o registración de derechos, con independencia de que sean fincas rústicas o urbanas. Ahora bien, la finca no es el folio registral. La finca es una realidad materia viva, cuya existencia los Registros públicos revelan. Los Registros administrativos, como el Catastro, se ocupan de su reflejo planimétrico a efectos sustancialmente fiscales (sin desdeñar otros: estadísticos...), ya que es el Catastro la base sobre la que se articula el Impuesto Municipal sobre Bienes Inmuebles e incorpora a la finca un valor. De ahí su trascendencia, que repercute en un número trascendente de tributos (entre ellos los de la Renta y Patrimonio). Los Registros jurídicos, como el de la Propiedad, se ocupan de la finca sólo en cuanto es objeto jurídico, dotando a su existencia en la forma que se describe de una presunción jurídica *iuris tantum* de exactitud e integridad (sin perjuicio de otros importantes efectos).

En consecuencia, las fincas materiales tienen un doble reflejo registral: planimétrico y jurídico. Pero tanto uno como otro son reflejos formales de trascendencia sustantiva, que si bien son coordinables, responden al ejercicio de dos funciones distintas. Una levantar planos y valorar los bienes. Otra dar seguridad a las titularidades inmobiliarias. La coordinación, obviamente, también será formal (decimos formal en cuanto es un reflejo documental). Y la presunción de existencia se puede destruir bajo prueba en contrario, es decir, por contraste con la realidad. La diferencia en la formación de esa base física de actuación estriba en su origen. El Catastro se autointegra con sus propios planos y valores —éstos notificables, a efectos fiscales, a sus titulares—. El Registro por las declaraciones de los interesados, esto es, por el control privado de sus propios intereses (el plano lo levantan ellos con especial atención y cuidado: peseta por metro cuadrado o hectárea). En caso de fraude, la garantía es la pena de falsedad en documento público. Tanto el documento privado como la escritura pública se fundamentan en la declaración de los interesados, en cuanto es lo propio de los principios civiles que rigen el tráfico privado de derechos sobre inmuebles. El documento, pues, público o privado y el simple acuerdo de voluntades, obviamente, tampoco son la finca material (aunque se cuente con la entera o tradición del inmueble). De la certeza de su existencia responden mutuamente los contratantes como primeros interesados, y los terceros como interesados en segundo término. Hasta para trabar un embargo hay que personarse en la finca material, y para hipotecar, el acreedor la tasa en función de su valor material. Así pues, esa certeza se contrata personalmente, como parece lógico, no por el Registrador o Notario, sino por los propios interesados, que son los que conocen de hecho el objeto sobre el que contratan. El sistema, con sus imperfecciones, como todo sistema humano, desde luego donde no quiebra es por aquí. La realidad del objeto jurídico es palmaria para los contratantes y las garantías ulteriores —una vez inmatriculada la finca—, titulación pública e inscripción registral es para todos patente. La realidad no se puede contener en un documento, en un plano o en un folio (verdad de Perogrullo).

No obstante, y según expusimos con anterioridad, la coordinación directa es posible entre ese Registro jurídico y el Catastro, con independencia de los más perfectos sistemas legales ya existentes. Se trataría de imponer desde ahora mismo la autocoordinación, con sólo añadir dos párrafos a sendos artículos reglamentarios (RN y RH): "Para el otorgamiento de la escritura pública de cualquier acto o negocio jurídico por el que se

GARCÍA-ARANGO, por lo que se refiere al tratamiento genérico de la publicidad registral (véase *supra*), en la introducción a su ponencia "Actuación de los principios de subrogación real y tracto sucesivo en las

declare, constituya, modifique, transmita o extinga un derecho real sobre bienes inmuebles a título oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, con excepción de los de garantía, será requisito inexcusable la presentación de la certificación o cédula catastral de la finca o fincas a que se refiere la misma, cuya copia archivará en su protocolo.

En caso de que no se presente, se otorgará la escritura con la advertencia expresa de que falta produce efectos fiscales y jurídicos para el otorgante u otorgantes por razón de la falta de constancia del valor catastral del inmueble y de la exactitud de la declaración realizada con la realidad física reflejada en el plano oficial.

En el Registro de la Propiedad se harán constar expresamente los datos relativos a la certificación o cédula catastral presentada.

Cuando se transmita el dominio sobre la finca, a continuación de la cédula presentada, se expresarán los datos de inscripción relativos al documento presentado y se archivará copia.

En el supuesto de que no se acompañe la cédula o certificación catastral, el Registrador hará constar por nota marginal esta circunstancia, con la advertencia expresa de la falta de coordinación catastral en que se encuentra la finca registrada y de su trascendencia jurídica para terceros. Asimismo, esta circunstancia se hará constar al pie del título inscrito y en las certificaciones que expida".

Adoptar esta fórmula u otra parecida sería dar un serio impulso a la coordinación Catastro-Registro, con las ventajas que supone para la efectividad del principio de seguridad jurídica y la protección de los derechos de los consumidores.

A esta prevención normativa, por otro lado, podría añadirse la obligación del adquirente del derecho de presentar la cédula con los datos de inscripción en la Oficina de Gestión Catastral. Aunque no se sancione su incumplimiento, el adquirente, por la trascendencia tributaria del acto, será el primero en cumplirlo. Sobre todo si se dispone que la nota marginal practicada en el Registro sólo se cancela mediante la presentación del recibí de la Gerencia de la cédula coordinada con los datos registrales.

En definitiva, cualquier tratamiento documental, jurídico o planimétrico de una finca parte del presupuesto de su existencia material en el tráfico jurídico privado, siendo el propietario, el titular de un derecho real, el tercero, los obligados a la comprobación física del objeto. Ni la escritura, ni el plano catastral, ni el folio del Registro, ni la sentencia que ventila las pretensiones contradictorias de las partes o declara y reconoce un derecho inmobiliario, ni el planeamiento urbanístico, sustituyen, sino reflejan, la realidad material de la finca, en base a un sólido juego de presunciones y responsabilidades. Por ello la afirmación de Díez PICAZO sobre la base física del folio registral no puede entenderse como una quiebra de nuestro sistema inmobiliario, sino como un resultado lógico de la forma escrita del régimen jurídico, público y privado de los derechos reales, mobiliarios e inmobiliarios, que afecta por igual a todos los ámbitos en que se alude a la preexistencia material de un objeto jurídico, sea el urbanismo y el catastro en el ámbito administrativo, sea una pretensión en el ámbito jurisdiccional, sea la finca registral en el ámbito jurídico-inmobiliario. No se trata del 'talón de Aquiles' de nuestro ordenamiento, o si lo es aparece como difícilmente excusable, sin perjuicio de incentivar legalmente la coordinación absoluta. Mayor quimera aún, si se quiere contener la realidad en un documento —notarial, administrativo o judicial—, la de otros sistemas más imperfectos, donde la formalidad documental tiene trascendencia sustantiva —sistema de la 'carta real'— o donde se priva de efectos protectores a la publicidad registral [sistema francés (v. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, pág. 437)].

En este sistema —el francés—, dada la inseguridad jurídica inmobiliaria, la contra-

reparcelaciones urbanísticas", puso de manifiesto una realidad jurídica necesaria, condicionante de la relación jurídica única a que aludíamos: "El Derecho forma un todo armónico, sin compartimentos estancos. Por eso es inútil toda apriorística contraposición entre Derecho urbanístico (con el acento colocado en la actividad pública administrativa) y Derecho privado (con la mirada preferentemente atenta a la tutela de los derechos de los particulares). Igualdad y seguridad jurídica de los ciudadanos, de un lado, y planeamiento y actuaciones urbanísticas, de otro, son planos diferentes, pero que pueden equilibrarse de modo estable. Y en ello consiste precisamente la labor del jurista". Concepción que prescribe la mutua integración normativa, sin desconocer la existencia del Código Civil y la teoría de los modos de adquirir el dominio (54).

CALVO ALONSO-CORTÉS, al tratar de las "Urbanizaciones ilegales de segunda residencia", se ocupó de los problemas de disciplina urbanística en relación a la instrumentación pública y del efecto control que supondría, aparte de la licencia de parcelación rústica, supeditar la concesión de electricidad a la presentación de la cédula de habitabilidad y la licencia de apertura de la actividad industrial. Supuesto que contempla expresamente de una forma detallada el artículo 6 de la LDU y que se complementa con las disposiciones sobre autoconstrucción contenidas en la Ley 11/1989 de viviendas para Canarias.

MARCOS JIMÉNEZ, "Reparcelaciones de fincas. El Registro de la Propiedad", se introduce en el tema tomando como punto de partida el artículo de la Ley 9/1981, de 18 de noviembre, sobre protección de la legalidad urbanística, que dice textualmente: "1. El Registro de la Propiedad en su función de instrumento de publicidad de las relaciones jurídico-inmobiliarias debe *reforzar* la eficacia de los actos administrativos en materia urbanística y debe ser un medio idóneo de *información y garantía*

tación requiere la intervención previa de una persona que en base a la titulación y al contenido del Registro asevere si el transmitente es el propietario, y de una sociedad que asegure los efectos perjudiciales para el adquirente de tal aseveración ("La empresa o el profesional que ofrece su firma en garantía se hace responsable de cualquier defecto que vicie la transmisión y de toda carga o limitación de un derecho no advertidas". "Ejemplo típico, pero ilustrativo, es que el mismo propietario puede vender la finca siete veces, por poner un número, sin que el Registrador pueda hacer reparo alguno a cualquiera de las siete compras. Todas ingresarán en los libros y serán publicadas por el Registro". Se publican "títulos de posible eficacia real". "No aventuran juicio alguno sobre la posible validez o eficacia de los títulos inscritos". "La razón parece clara: la inscripción de un título no impide la de otros títulos contradictorios e incompatibles que no han tenido acceso ni perjudica (cancela) a los que ya habían ingresado en la conservaduría"; véase C. PARDO NÚÑEZ: "La seguridad del tráfico inmobiliario. Análisis comparativo", en *Revista La Ley* (6-11-90), núm. 2611, año XI, pág. 1.

(54) Aspecto que desde hace tiempo viene planteando GONZÁLEZ PÉREZ en relación al contenido del dominio, principio de accesión inmobiliaria y *ius aedificandi*.

de la actividad controladora y sancionadora de la Administración, tal como se establece en el capítulo IV de esta Ley. 2. Esto se entiende sin perjuicio de las funciones que el ordenamiento jurídico reconoce a los Notarios y Registradores, y en ningún caso limitará su facultad calificadora" (55).

En este artículo, y concretamente en las palabras subrayadas, se condensan los presupuestos legales de la Ley de Disciplina Urbanística y Territorial de Canarias y de la práctica generalidad de la legislación intercomunitaria si excluimos la Comunidad de Madrid (56). El reforzamiento de la eficacia de los actos administrativos frente al titular registral y frente a tercero —coordinación unitaria; información y garantía del control administrativo a través de la publicidad de la regularidad e irregularidad urbanística; el control instrumental como medio de protección de la legalidad, valorando positivamente la publicidad de la actuación material irregular.

Este sistema integral de publicidad es el único que resuelve el problema de la validez civil y de la ilicitud administrativa, distinción jurisprudencial. En Cataluña, además, la información control se produce de manera sistemática y directa como consecuencia del protocolo de publicidad suscrito entre el Gobierno de la Generalidad, Diputación y Ayuntamiento de Barcelona y el Presidente de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Cataluña (57).

AVILA NAVARRO, "Informe de la Delegación del Colegio de Registradores en Cataluña sobre 'L'avantprojecte de Lley de las urbanitzacions de Dret privat'", en su análisis jurídico del citado texto, alude a una importante novedad, digna de tener en cuenta a efectos de disciplina urbanística (58), en el tratamiento de las urbanizaciones privadas (59), la ausencia de parcelación urbanística y la funcionalidad de la titularidad *ob rem*.

(55) *Op. cit.*, pág. 149. Sobre la Exposición de Motivos de la Ley 12/1986 de la región de Murcia, pág. 152. Luego le dedicaremos la atención que merece tan claro y preciso estudio.

Véase F. CORRAL DUEÑAS: *Normativa autonómica*, t. III, Apéndice 1987-1988, Colegio de Registradores, Madrid, 1989, y *Legislación del suelo*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 659.

(56) Véase RUANO BORRELLA: *Op. cit.*

(57) El texto del Protocolo se añade en el Anexo.

(58) Y que entrevistó la Orden citada de nuestra Consejería de Agricultura, con todo lo que conlleva de regulación administrativa de inferior rango de materia civil conexas. Su fundamento práctico es claro: intenta salvar la eficacia de la Ley de Ordenación Urbanística del Suelo Rústico (evitando el negocio indirecto). Revela una especial sensibilidad jurídica.

(59) No vamos a referirnos ahora al problema competencial y el posible desarrollo del Derecho civil por las Comunidades Autónomas —del que se ocupó nuestro compañero de Academia JOSÉ MATEO DÍAZ con acierto y agudeza en su discurso de ingreso— o, incluso, del efecto expansivo del Derecho civil foral.

Esto es, la superación de la aplicación analógica de la Ley de Propiedad Horizontal mediante la nueva figura que SAPENA TOMÁS, en su ya clásico estudio, denominó propiedad horizontal tumbada y que recoge la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de abril de 1980 (60).

NORTES TRIVIÑO, "Urbanismo y Registro de la Propiedad en la Comunidad de Madrid" (61), replantea la cuestión de la coordinación como requisito inexcusable de la eficacia de la gestión urbanística, advierte el contraste que supone la ausencia de normas hipotecarias de integración del fenómeno urbanístico y la constante remisión de disposiciones administrativas al Registro de la Propiedad, estableciendo medidas preventivas (licencia), aseguradoras (edificaciones provisionales, agotamiento de volumen...) y represivas (resolución de contratos). Plantea asimismo las dudas sobre la extensión de la protección registral, nacidas precisamente del "carácter mutable y esencialmente modificable de las normas de planeamiento", y a las que atendía el anteproyecto de reforma del Reglamento Hipotecario de 1982. La volumetría, el uso, la tipología de la edificación, señala, ¿deben acceder al Registro? (62).

La Ordenanza de 26 de septiembre de 1986 de la Comunidad de Madrid sobre la cédula urbanística, ante la necesidad de coordinación, optó por establecer la remisión de oficio de la cédula al Registro, no sin prever el carácter provisional y transitorio de la misma (arts. 19 y 20) (63). Sin embargo, lo que sí está claro es que de los momentos de ese proceso urbanizador deben tener acceso al Registro, entre otros actos, la calificación originaria del suelo según el planeamiento, la transformación en suelo urbano y la aptitud edificatoria o uso de la parcela, en especial la condición de solar. Y el medio puede ser multiforme: remisión de oficio por la Administración de la clasificación genérica del suelo en el municipio señalando grandes áreas (archivo), la clasificación pormenorizada de parcelas en áreas de ejecución, la contratación privada (o con ocasión de la declaración de obra nueva o constitución de derechos reales: autocontrol privado del objeto jurídico), la cédula urbanística —en cualquier tiempo—, sistemas de actuación... Todos los actos, administrativos o privados, de

(60) "Algunos aspectos del régimen jurídico de las comunidades en Derecho español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 596, Madrid, 1990, págs. 237-338.

(61) La altura de este gran especialista puede contrastarse con la realidad urbanística que es el complejo "Azca" de Madrid, donde la propiedad privada y la pública se superponen formando un todo orgánico.

(62) En esta Comunidad, según hemos expuesto, ello es posible en virtud del artículo 14, párrafo 2.º, de la Ley de Disciplina Urbanística.

(63) Su naturaleza urbanística, a efectos del tráfico privado y sin perjuicio de que el consumidor contrate esa información —dada su **variabilidad**— será la que revele el Registro hasta que se haga constar la modificación.

especial trascendencia, respecto de lo que el Registro pueda ofrecer un servicio público de protección y de publicidad (64).

MANZANO SOLANO, "Comunidad Autónoma de Andalucía: algunos aspectos de su normativa urbanística", apuntó que "el Derecho urbanístico español ofrece hoy una nota característica: a su consideración como disciplina jurídica en formación —enmarcada entre aquellas otras ramas del saber jurídico que han forzado a la doctrina a hablar de *dispersión científica* del Derecho— une, además, otra nota también de naturaleza disgregadora, nacida de consideraciones jurídico-políticas y constitucionales: la inevitable *dispersión geográfica*, consecuencia del reconocimiento por la Constitución de 1978 del 'derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones' (art. 2.º), es decir, el nacimiento de las llamadas Comunidades Autónomas (arts. 143-158), regidas por sus propios Estatutos o Constituciones internas". Esta situación genera la existencia de dos legislaciones superpuestas y una notable dispersión geográfica de este Derecho.

En Andalucía, el Protocolo de 1981, denominado 'Normas de Actuación Urbanística' (65), parte del presupuesto de la incidencia del derecho inmobiliario en la legislación urbanística y la necesidad de colaboración de Notarios y Registradores en el proceso de desarrollo urbano, y particularmente facilitando el control "por la Administración urbanística del proceso de parcelación del suelo, proporcionándole —la publicidad registral— un *medio de información de las infracciones urbanísticas*". Y estas normas, como señalan PEINADO RUANO y TORTOSA MUÑOZ, no deben entenderse "como un obstáculo al tráfico jurídico inmobiliario, sino como un instrumento de flexibilidad en la aplicación de las normas legales urbanísticas. No son propiamente normas, sino unas pautas de actuación para una eficaz colaboración entre la Administración autonómica y los Notarios y los Registradores". Suponen, en idéntico sentido a la Ley catalana, el "aprovechamiento del Registro" en su función "de publicidad de las relaciones jurídicas inmobiliarias, en apoyo de la eficacia de los actos administrativos, como medio de información y como garantía de la actividad de control, de inspección y sancionadora de la Administración" (66).

(64) Evidentemente, lo que hay que medir es la trascendencia sustantiva de la constatación registral, y en cualquier caso sin dañar la eficacia superior del planeamiento, articular la coordinación, aunque aquélla se limite en el sentido del artículo 17 de la Ley de Disciplina Urbanística.

(65) Suscrito entre la Junta de Andalucía, los Decanos de los Colegios Notariales de Sevilla y Granada y los Presidentes Territoriales de Andalucía del Colegio de Registradores, publicados en el *BOJA* el 30 de noviembre de 1981 (entró en vigor el 1 de enero de 1982).

(66) Recoge la posibilidad de hacer constar la licencia de edificación por nota al margen de la inscripción de la finca, con un plazo de caducidad de dos años y efectos de mera publicidad.

Aunque los efectos sustantivos de la nota, añade MANZANO, no han sido regulados —nota de mera publicidad— y su fundamento es básicamente práctico ("casos en que no se aporte licencia, que las condiciones de la nueva finca no se ajusten a su contenido o que se aporte la certificación administrativa de no ser necesaria), es indudable que *"la nota marginal constata un hecho que puede afectar a un derecho registrado"*. Y en este sentido, podemos hablar, como lo hacíamos antes, de que la realidad física urbanística sujeta a normas de protección de la legalidad se incardina en el sistema hipotecario, con importantes efectos sobre las relaciones jurídico-privadas y sobre la solución de los conflictos judiciales, en el ámbito de la jurisdicción civil (67).

CHICO Y ORTIZ, finalmente, establece como "conclusiones a tener en cuenta las siguientes:

- A los libros registrales deben acceder las situaciones de la Administración Pública para publicar los compromisos asumidos por los titulares y advertir a los terceros de su existencia.
- El principio de seguridad jurídica se ve fortalecido en cuanto en los libros registrales consten las determinaciones de Derecho público y sus alteraciones.
- La creación de estatutos jurídicos especiales en el ámbito privado por la acción administrativa debe tener constancia registral, pues eso facilita la actuación del Registrador como órgano de control de la legalidad.
- La actuación administrativa para exigir el cumplimiento de los compromisos o el ejercicio de las facultades sancionadoras o revisoras son susceptibles de acogerse al sistema registral.
- Los actos civiles válidos, aunque en ellos falte el cumplimiento de ciertos requisitos administrativos, deben tener acceso al Registro.
- Partiendo de la base diferenciadora entre titularidad y destino de los bienes, deben desaparecer los obstáculos que a la inscripción de los bienes demaniales hoy se oponen" (68).

En definitiva, la visión general de la coordinación de los medios de publicidad que contienen esa relación jurídica unitaria de naturaleza trilateral, resultado o consecuencia de la paralela diversificación de las legislaciones que establecen el régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria y de

(67) La aplicación judicial de los principios hipotecarios en los contenidos civiles tendrá en cuenta la publicidad registral de la regularidad o irregularidad urbanística.

(68) J. M. CHICO Y ORTIZ: "La propiedad y el Registro de la Propiedad: conexiones y perspectivas". *Ciclos de Conferencias de los Centros de Estudios Hipotecarios de Galicia y Madrid (1984-1986)*, op. cit., pág. 160.

su necesaria intersección, donde conviven una relación jurídica-privada y una jurídico-pública (69), esa visión, decimos, está dada. Momento es, pues, de pasar a su más problemática aplicación práctica.

I. PARCELACIONES URBANISTICAS

El concepto de parcelación urbanística, como acto material divisorio, ha perdido su antigua virtualidad e, incluso, la exclusividad romana de su fundamentación teórica. La incesante evolución del Derecho privado se ha encargado de ello, siendo buena prueba de esta situación la aplicación jurisprudencial analógica de la Ley de Propiedad Horizontal ante la ausencia de una norma legal concreta, y en especial tres nuevos institutos: la propiedad horizontal tumbada, la titularidad *ob rem* y la comunidad funcional, y particularmente su secuela: la adscripción de uso. De su estudio civil e hipotecario me he ocupado en otro lugar (70). Ahora intentaré analizar sus aspectos urbanísticos.

La nueva situación jurídica de la parcelación, con precedentes ciertos en nuestra doctrina (71), obedece a la posibilidad de división dominical

(69) Una de las partes en la relación privada, el propietario, es siempre un administrado, obligado *propter rem* frente a la Administración, con una responsabilidad civil, penal y administrativa cuantificable por razón del objeto y en función de su necesario y predeterminado uso.

La relación jurídico-pública condiciona el ejercicio del dominio y delimita su contenido económico, por lo que su exacto conocimiento es de interés general: su publicidad concreta se impone por causa y efecto del principio de seguridad jurídica inmobiliaria, donde se incardina hasta la función social propia del dominio a través de la atención del interés ciudadano último. Dotar a los españoles de una vivienda digna.

(70) L. M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA: *Algunos aspectos del régimen jurídico de las comunidades en Derecho español* (v. *supra*).

Con las adscripciones de uso, la comunidad funcional y la multipropiedad, las viejas instituciones históricas —o al menos sus principios orgánicos— vuelven a renacer. En particular la propiedad por dula o turno, que por lo que se refiere a las aguas en Canarias, a través de los heredamientos, goza de inmejorable salud en esta Comunidad Autónoma al menos en los próximos setenta y cinco años (v. DT 2.^a de la Ley 12/1990, de 26 de julio, de Aguas). Y la división del dominio y los derechos de superficie perpetuos en Extremadura (vuelo, pastos, derecho de labor) o aprovechamientos independientes —como los denomina CORRAL DUEÑAS— que perviven en estado casi letal (v. VI, Anexo 4, Apéndice documental, *infra*).

La concepción municipal de la comunidad germánica o, mejor aún, de la comunidad *pro diviso* como forma de explotación de los bienes comunales, que posibilitó el uso exclusivo de una parte de la cosa común —las suertes—, incluso por un tiempo cierto el uso exclusivo —la dula—, hace bueno el adagio de que no hay nada nuevo bajo el sol.

(71) J. M.^a CHICO Y ORTIZ: "Las urbanizaciones, la Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1971, págs. 481-529: "Aunque lealmente hay que confesar haber utilizado ese cauce —la propiedad horizontal—, pienso que puede existir otro y creo que merecería la pena buscarlo. Si nos hemos

del uso con subsistencia de la integridad de la finca en acepción física, catastral y registral. La fórmula ha sido empleada para explicar o definir determinadas situaciones dentro de la propiedad horizontal, y en especial para los garajes (art. 68 RH). Situaciones que han dado lugar a la existencia de comunidades funcionales de hecho y de derecho (72). La funcionalidad, por su parte, reside en la perpetuidad —salvo pacto unánime en contrario— y en la firme división del uso sobre un espacio físico determinado e inalterable —división 'dominical'—, con dos significativas exclusiones: la de la acción de división y la de los derechos de tanteo y retracto.

La parcelación urbanística, pues, no es sólo la división material de una finca en dos o más parcelas independientes, la que pudiéramos llamar 'división romana', sino también, y con especial fortaleza (73), la división material del uso exclusivo de una porción física de una parcela única: la 'división germánica' o división 'pro diviso' del uso. En realidad, aunque las consecuencias jurídicas sean, en algunos aspectos, distintas, la situación es la misma, con la única particularidad de que esta segunda fórmula explica con nitidez la interdependencia existente entre los distintos propietarios de la urbanización, sin recurrir a otras fórmulas de vinculación —titularidad *ob rem*— y servidumbres recíprocas. Y, a su vez, esta situación es la misma que, a efectos prácticos, se produce en la propiedad horizontal ordinaria, en los complejos inmobiliarios y en la propiedad horizontal tumbada, porque lo mismo es ser propietario exclusivo de un elemento independiente y de una cuota inseparable sobre los elementos o servicios comunes, excluida la acción de división y los derechos de tanteo y retracto, que devenir, por razón de esa funcionalidad, titular dominical del uso de una porción física plenamente determinada con carácter perpetuo e indisolublemente unida a una cuota de participación sobre la finca en su conjunto, esto es, sobre los elementos y servicios comunes de la

acogido por criterio de mayor semejanza —utilizando el método *análogo*— a la propiedad horizontal, ¿por qué no acudimos a las figuras de las comunidades de aguas reguladas por el artículo 71 del Reglamento Hipotecario? Pensad que cada parcela dentro de la urbanización es una finca independiente; pero que el resto de la finca, después de las segregaciones realizadas, es una especie de caudal de agua utilizable por todos los componentes de esa especie de heredad que forma la urbanización" (pág. 527). GONZÁLEZ PÉREZ —de quien he tomado la cita— señala: "La fórmula no deja de ser sugestiva. Pero quizá sea más práctico y sencillo seguir utilizando el cauce de la propiedad horizontal" ("Los planes de ordenación urbana de iniciativa particular". *Curso de conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas*, Colegio de Registradores, Madrid, 1973, págs. 213 y sigs., en especial pág. 255).

(72) Véase op. cit.: *Algunos aspectos del régimen jurídico de las comunidades en Derecho español*; "Adscripciones de uso", págs. 277 y sigs., y "Comunidad funcional pro indiviso", págs. 315 y sigs.

(73) Ya que la nota de la interdependencia entre las parcelas es propia de la urbanización *privada*, dotada de usos y servicios comunes.

urbanización. Y, a su vez, la situación es la misma que se produce, como decía CHICO Y ORTIZ, en las comunidades de agua con caudal común, salvo las lógicas diferencias existentes entre los dos objetos: uso exclusivo de una parte de la cosa común. La única particularidad la aporta la dula canaria; por eso se parece —es— a la multipropiedad, porque durante un espacio de tiempo el uso exclusivo afecta a la totalidad de la cosa común.

Ahora bien, el grave problema de esta situación de hecho es que carece de cobertura legal y, en consecuencia, una declaración judicial puede dar al traste con ella en su integridad. La forma de adoptar acuerdos no está solucionada, a menos que se acuda a sus Estatutos o al artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, y la desproporción cuota-espacio físico de uso, tampoco. La intensidad del uso, la intensidad de la adscripción no está evaluada de forma legal ni medida jurisprudencialmente.

Lo que ocurre, en ésta y en otras materias, es que no podemos prescindir de conceptos tan vagos y expresivos a un tiempo como la noción de propiedad, posesión y uso. El derecho y su protección jurídica —la acción— surge de abajo arriba, con un distinto grado de concreción y eficacia; pero todo es uno. Es decir, el valor esencial de una cosa consumible o no consumible es su aprovechamiento o uso. El uso por una persona determinada de una cosa publica su posesión. Y la posesión exclusiva, excluyente y en principio perpetua, supone la propiedad. Esto es, todo se reconduce a la naturaleza del uso o aprovechamiento de una cosa y de su intensidad. Por ello decimos que el uso exclusivo, excluyente, perpetuo o continuado de una porción física de una cosa común no es más que, de hecho, la propiedad de ese espacio físico superficial y volumétrico.

En este punto, si volvemos a la legislación urbanística, veremos con claridad cómo el planeamiento no clasifica el suelo: clasifica el uso o aprovechamiento del suelo. La clasificación del suelo es sólo la forma de un uso predeterminado en función de unas condiciones objetivas de urbanización material y de aptitud inicial. El planeamiento no atribuye facultades que potencialmente residen en el dominio y se traducen en un contenido económico (74), sino distribuye el uso del territorio —y en este sentido atribuye *ex novo* una definición negativa del uso— (75), partiendo

(74) La concepción de la propiedad como valor económico es sólo estimable cuando se actúa sobre ella: expropiación, venta forzosa, impuestos...

(75) Por su capacidad de valorar la idoneidad del uso de cada parcela. Capacidad pública que por razón de intereses superiores no es ajena a la arbitrariedad originaria.

Arbitrariedad que, no obstante, también tiene sus límites legales. Fundamentalmente los derivados del concepto legal de suelo urbano y solar. Cuando se planifica, en cuanto a una parte de la superficie urbana, la intensidad de la atribución de usos es menor —suelo urbano— o inexistente —suelo solar—. Aquí no atribuye nada *ex novo*, se limita a reconocer el uso preexistente. La incidencia mayor resultará de la delimitación del área municipal que se ve afectada por el planeamiento. La intensidad mayor surge

de esa situación objetiva y de su idoneidad, en aspecto dinámico, primero, y estático, luego.

En el aspecto dinámico, el uso es provisional y limitado. La clasificación del suelo —o por razón de éste— responde a un concepto negativo que tiende a evitar la consolidación de usos no previsto por el planeamiento.

En el aspecto estático, el uso se cifra en la obligación de edificar, en la necesaria materialización de la finalidad suprema del planeamiento. La idoneidad de la parcela, el solar, consume el uso autorizado en la forma física de la edificación. A partir de este momento, mientras ésta subsiste, el uso del suelo previsto —suelo urbano edificable— permanece sólo como un concepto residual, sujeto a acción de los impuestos municipales —que son los que le siguen considerando suelo.

Así pues, esa atribución positiva de un uso predeterminado supone, para el propietario, una definición o delimitación negativa del contenido normal de su derecho, aunque desde la visión administrativa del suelo, la diversidad de regímenes jurídicos de la propiedad inmobiliaria, por medio de su función social, se estime como un uso estatutario cierto, en que cada situación legal, sea rústico, sea urbano. Esta concepción responde, para nosotros, a la idea equivocada de que la propiedad es un derecho 'inerte' y que el ordenamiento jurídico, a través de normas positivas concretas, va rellenando su contenido. Y decimos que es equivocada esta formulación por su parcialidad, resultado de la valoración jurídica del suelo rústico desde una óptica urbana. Si analizamos, sin embargo, el concepto propiedad inmobiliaria en la dinámica del ordenamiento total, con independencia de la intensidad de la positivación del uso, que hoy abarca por igual a la

de la transformación del suelo rústico en urbanizable o en urbano (la famosa 'lotería' de que habla GONZÁLEZ PÉREZ), donde el concepto de plusvalía urbana surge en su concepto estricto de beneficio obtenido de la actuación pública.

La atribución constitutiva o *ex novo* no supone ni mucho menos la concesión de un nuevo derecho o facultad. La atribución sólo es *ex novo* en cuanto, con independencia del uso que de la cosa hace su propietario, define uno determinado para cada finca. Y aunque su fundamento interno positivo sea la intrínseca limitación del dominio o función social de la propiedad por razón del objeto desde la perspectiva del sujeto, la adscripción planificadora de un uso predeterminado, bien sea estático, bien sea dinámico, en su aspecto negativo, en cuanto excluye otros usos posibles, supone una limitación concreta y extrínseca. Un derecho de propiedad de uso único.

El problema es de perspectivas. Desde la de la Administración atribuye un uso. Desde la del sujeto supone una limitación de los usos legales y potenciales de la cosa. Y si ambas perspectivas se combinan en un ordenamiento total y único del suelo, se puede decir que la parcela —rústica— carecía con anterioridad de aprovechamiento urbano; pero el propietario dirá que no del aprovechamiento subjetivo, rústico y 'pseudourbano' (vivienda).

propiedad rústica y urbana (76) y que se enmarca mejor en la transformación del uso precedente, entenderemos claramente que esa atribución *ex novo* no responde a la inexistencia del aprovechamiento potencial previo, sino a la imposición de un uso predeterminado, especificando en él la función social, intrínsecamente dinámica, que la sociedad, en cada momento, recaba de la titularidad de los propios bienes y señala el cauce legal de ejercicio de los derechos. Sólo la preexistencia de una serie de facultades en el dominio —goce, disposición, vindicación y exclusión— se acomoda a la finalidad superior que el legislador establece o estatuye, ya que la concepción de un derecho 'inerte' casa mal con el deber positivo y subjetivamente real que al propietario vincula. Sólo, pues, el Derecho civil de propiedad, potencial y abstractamente ilimitado en cuanto a los usos sociales posibles (77), justifica la imposición de un uso exclusivo y su alteración ulterior, provocando la redefinición de su contenido intrínseco en un momento dado, limitando de forma negativa la facultad de goce (78). La atribución, entonces, de un uso predeterminado no es consecuencia de una actuación discrecional y graciosa, por carecer de causa jurídica precedente. La atribución de ese uso es el reconocimiento legal de la propiedad privada. De la propiedad como detentación exclusiva del valor económico y social de una cosa (79), que será protegida por el ordenamiento en la misma medida que su utilidad revierta a la sociedad y en la misma medida que su titular asuma la carga real, la responsabilidad de su ejercicio en la forma planificada (80).

(76) Sólo hemos de tener en cuenta la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, las Leyes especiales de Protección de la Naturaleza, el Medio Ambiente y de Montes, la Ley de Aguas, la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables, con carácter general, o la Ley de Reforma Agraria en Andalucía o las Leyes de la Dehesa y del Regadío en Extremadura —por ejemplo— para comprender el contenido estatutario de la propiedad rústica en cuanto su detentación impone un deber positivo de análoga intensidad a la propiedad urbana, al margen de su valor en cambio. Incluso el concepto 'plusvalía' surge con fortaleza en los supuestos de transformación del suelo de pastos o secano en regadío.

(77) Nada más lejos del dominio quiritario.

(78) Tan *ex novo* es el uso urbano como el rústico. La novedad sólo surge del reconocimiento de la situación precedente o de su alteración —valorando la plusvalía social que el cambio genere— mediante la ordenación del territorio.

(79) En cuanto el propietario, aunque socialmente esté advocating al cumplimiento de una función social positiva, puede realizar su valor en cambio o consumir en ciertos casos la cosa.

(80) En la evolución del concepto de propiedad se ha llegado a implantar, a través de la Ley de Expropiación Forzosa, en el núcleo del dominio la noción de expropiación forzosa sustitutoria, como resultado del incumplimiento de un deber legal. Es la expropiación-amenaza o expropiación-sanción. Como dice GARCÍA DE ENTERRÍA (V. *supra*), el artículo 71 de la citada Ley valora la necesidad social de un comportamiento determinado por parte del propietario de un bien y sanciona su incumplimiento con la expropiación, al no colaborar éste con la función que el ordenamiento, en la realización de fines superiores, le impone. El resultado, la consecución material de ese fin, va a

En este genérico marco de la clasificación de los usos del suelo por el planeamiento, en concepción estática y limitativa, según la clasificación formal resultante —un régimen jurídico para cada clase de **suelo**— y en su concepción dinámica y activa, que impone la necesaria transformación ordenada de esos distintos usos mediante la ejecución material del proyecto objetivo que el planeamiento supone (81). Situación que supone, durante la materialización del fin, una serie compleja y variopinta de obligaciones, limitaciones, límites, cargas y deberes de naturaleza subjetiva y real, como apuntó GARCÍA DE ENTERRÍA. En el marco genérico, decimos, de esa concepción legal aparece la parcelación urbanística como una actividad divisoria material de carácter estatutario en cuanto su realización sólo puede atender a los fines concretos que el planeamiento tiene proyectados y necesita de la verificación administrativa previa —licencia de homologación— de que se va a actuar conforme a lo **previsto** en aquél. Y habida cuenta que esa operación-división presupone la equidistribución de los beneficios y cargas urbanísticas generales y la optimación volumétrica de cada parcela, el planeamiento, en aspecto dinámico de concreción de usos sucesivos en **función** de la transformación material operada, exige la aprobación del proyecto de ejecución —**plan parcial**— o la actuación directa sobre un tipo determinado de suelo, el suelo urbano —**plan general**— (82).

La materialidad de la división, sujeta a la verificación administrativa, repercute en la idoneidad de las nuevas parcelas por razón de su superficie

conseguirse de todas formas, bien por el propietario originario, bien por otro nuevo, sea o no la propia Administración. Y en este punto surge la necesidad de contar con la publicidad registral del grado de cumplimiento de ese deber real para que el nuevo titular conozca la carga urbanística que asume.

La función social se produce, en definitiva, en un doble plano subjetivo y objetivo. En el primero de ellos, el ordenamiento constitucional valora el derecho de propiedad, y singularmente su difusión, como un medio de conseguir la justicia en un Estado social y de derecho. En el plano objetivo, ese reconcimiento comporta la asunción por el propietario de la obligación activa que la positivación de su derecho **conlleva**: el uso según el destino social atribuido.

(81) Se trata de hacer coincidir el proyecto previo con la obra materialmente ejecutada.

(82) El artículo 96.1, en relación al artículo 94 de la Ley del Suelo, habla del Plan General, ya que los Municipios sin Plan, en principio, actuando dentro del suelo urbano delimitado, la operación divisoria podrá afectar a la parcela mínima, pero nunca será una parcelación urbanística al actuarse dentro del núcleo de población o su perímetro urbano.

Si el Municipio goza de Normas Subsidiarias aprobadas y suelo urbanizable, será necesario el Plan Parcial oportuno.

La clasificación del suelo, según sus posibles usos, supone la distinción entre dos tipos básicos de suelo. Uno, de carácter transitorio, el suelo **urbanizable**, y otro, permanente, el suelo urbano. De la transitoriedad del primero **resulta** su vocación de transformarse en el segundo.

—metros cuadrados— y de su volumen —metros cúbicos—. De este acto puede resultar que la previsión del planeamiento en cuanto al volumen que debe asentarse sobre cada superficie física se vea alterada (nociones de parcela mínima y volumen edificable) (83).

La materialidad de la división, pues, como actividad sujeta a licencia previa, da lugar formal o externamente a la realización de un proyecto técnico —plano— y a su documentación, pública o privada. El acto material de parcelar, desde el punto de vista jurídico, se lleve a efecto simultánea o sucesivamente, requiere la aprobación de la actividad proyectada antes de su ejecución y puede revestir la forma de segregación o división. Distinción que surge fundamentalmente en el orden hipotecario para reflejar la persistencia o extinción de la finca precedente-finca matriz. Responde, pues, a una operación registral documentada en escritura pública. La parcelación como acto divisorio —división material y desaparición de la finca matriz, o segregación y persistencia de ésta— es un acto de administración y, dentro de éstos, de riguroso dominio: sólo puede realizarlo el propietario titular registral.

El acto administrativo reglado de la aprobación de la parcelación material proyectada —la licencia— puede obviarse, según apuntamos al principio de este apartado, si ésta no da lugar al nacimiento de nuevas parcelas independientes. Es decir, si se divide directamente el uso sin alterar la formalidad de la finca. El control administrativo, en esta caso, llegará, pero llegará más tarde. Se postergará a la concesión de la licencia de obras, y el proyecto de edificación vendrá caracterizado por la desconcentración del volumen en distintos lugares de la misma parcela. En este momento, si se respeta la proporción volumen-superficie aprobada por el planeamiento, la licencia será un hecho. Más tarde el propietario del suelo podrá transmitir cuotas indivisas de la finca con la adscripción de uso correlativa, materializando de hecho una parcelación urbanística sin este paso previo. O sea, materializando la parcelación del uso o aprovechamiento urbanístico. El sistema utilizado no es por sí mismo un acto de fraude de Ley. La finalidad del planeamiento se habrá cumplido, sin tener que sopesar los problemas de la concentración de volumen y la segregación de parcelas sobre las que luego se pretende edificar. El uso planificado se habrá cumplido.

El concepto técnico de parcelación urbanística, conforme a su definición legal (art. 94 LS), integraba en su supuesto de hecho dos elementos de difícil valoración documental, es decir, de difícil apreciación por el

(83) Como es lógico, la parcelación también presupone la aptitud del suelo o de una parte del mismo para la edificación.

Notario y Registrador de la Propiedad al autorizar la escritura pública y al calificar jurídicamente el acto inscribible respectivamente (art. 96.3).

Dice el artículo 94 de la Ley del Suelo:

"1. Se considerará parcelación urbanística la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes cuando pueda dar lugar a la constitución de un núcleo de población, en la forma en que éste se defina reglamentariamente.

2. Se considerará ilegal, a los efectos urbanísticos, toda parcelación que sea contraria a lo establecido en el Plan, Programa o Norma urbanística que le sea de aplicación o que infrinja lo dispuesto en el artículo 96 de esta Ley".

Y el artículo 96 añade:

"1. No se podrá efectuar ninguna parcelación urbanística sin que previamente haya sido aprobado un Plan cuando afecte a suelo urbano o sin la previa aprobación del Plan Parcial del sector correspondiente para el suelo urbanizable. En suelo no urbanizable no se podrán realizar parcelaciones urbanísticas.

2. Toda parcelación urbanística quedará sujeta a licencia y toda reparcelación a la aprobación del proyecto correspondiente.

3. Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia, que los primeros deberán testificar en el documento.

4. En ningún caso se considerarán solares ni se permitirá edificar en ellos los lotes resultantes de una parcelación o reparcelación efectuadas con infracción de las disposiciones de este artículo o el que antecede" (84).

El artículo 95, que antecede, señala que:

"1. Serán indivisibles:

- a) Las parcelas determinadas como mínimas en el correspondiente Plan o Norma, a fin de constituir fincas independientes.
- b) Las parcelas cuyas dimensiones sean iguales o menores a las determinadas como mínimas en el Plan, salvo si los lotes resultantes se adquirieran simultáneamente por los propietarios de terrenos colindantes con el fin de agruparlos y formar una nueva parcela.

(84) Es indudable que siendo el concepto de solar un concepto legal, según veíamos, esta disposición restringe la posibilidad de crear esas circunstancias objetivas con infracción de Ley. Al menos durante el tiempo de prescripción de acciones.

- c) Las parcelas cuyas dimensiones sean menores que el doble de la superficie determinada como mínima en el Plan, salvo que el exceso sobre dicho mínimo pueda segregarse con el fin indicado en el apartado anterior.
 - d) Las parcelas edificables en una proporción de volumen en relación con su área cuando se constituyere el correspondiente a toda la superficie o, en el supuesto de que se edificare en proporción menor, la porción de exceso, con las salvedades indicadas en el apartado anterior.
2. Los Notarios y Registradores harán constar en la descripción de las fincas la cualidad de 'indivisibles' de las que se encontraren en cualquiera de los casos expresados.
3. Al otorgarse licencia de edificación sobre una parcela comprendida en el apartado d) del párrafo uno, se comunicará al Registro de la Propiedad para su constancia en la inscripción de la finca" (85).

Del análisis de este articulado surge la dificultad práctica aludida del control instrumental —escritura pública e inscripción—. El supuesto de hecho para su aplicación no siempre se patentiza por la falta de coordinación entre Derecho privado y Derecho público, al no arbitrarse medios de valoración de una situación de hecho al núcleo de población. Cuando se produce el acto divisorio, si no va acompañado de ventas simultáneas y declaraciones de obra nueva correlativas, no se puede sino presumir la existencia de un núcleo de población. No consta la naturaleza urbanística de la finca dividida. La manifestación del que realiza el acto puede ser insuficiente. Bastará que, bajo pena de falsedad en documento público, el interesado diga que es suelo rústico para excluir la aplicación del artículo 96. O aun cuando describa la finca como urbana, sin aludir a la clasificación del suelo, hemos de aplicar una presunción no contemplada legalmente (86). Problema que se agrava, en la práctica, por la falta de aplica-

(85) En mi corta experiencia no he tenido ningún caso de comunicación al Registro en virtud de esa prevención legal. Muchas veces el grado de efectividad de los sistemas normativos no lo da la bondad o perfección de sus leyes, sino su grado de aplicación y cumplimiento. El sistema debe valorar también la sencillez por razón de su eficacia práctica.

(86) Por eso la legislación urbanística catalana contiene un precepto expreso para que el Registrador, en caso de segregaciones sucesivas, aplique esa presunción. Norma indudablemente eficaz y práctica, aunque haya sido criticada por algún autor, como PAREJA LOZANO (*Régimen de suelo no urbanizable*, M. Pons, Madrid, 1990).

Sobre la fácil coordinación a estos efectos, véase *supra*, *Análisis del artículo 13.3 de la Ley de Disciplina Urbanística*.

ción de estas disposiciones a los municipios sin Plan, como entiende GONZÁLEZ PÉREZ (87), y por la segregación sucesiva de parcelas.

Si la Administración urbanística comunicara de oficio el contenido normativo del Plan y de cada Plan o Norma —o su alteración—, la labor se facilitaría en extremo. Y ello aunque cuente con el contenido de los artículos 94.2 y 96.4 (que la hacen responsable del control 'policial' de su propio término municipal, desvirtuando la eficacia del control instrumental insuficientemente previsto) y con la publicidad superior del Plan, que no llega a la definición exacta de las parcelas afectadas en cada momento, dada la sucesiva concreción de clasificaciones de uso o transformación del suelo. Pero volvamos, de momento, al concepto de parcelación (88).

"Son, pues, cuatro los requisitos de la parcelación legal en suelo urbano: 1) La división simultánea o sucesiva de terrenos. 2) La creación de un núcleo urbano de población. 3) La existencia de un Plan General aprobado. 4) Licencia municipal de parcelación. No obstante, se considera ilegal toda parcelación que infrinja el Plan, Programa o Norma urbanística aplicable, o lo dispuesto en el artículo 96 (89).

Según esto, la división de terrenos urbanos qué no dé lugar a núcleos de población está excluida de su ámbito de aplicación, bien porque se realice dentro del núcleo urbano, bien porque el destino de las fincas divididas no posibilite su formación. Y ello sin que quepa extraer la consecuencia de que por el mero hecho de actuar sobre suelo urbano vayamos a estar ante una parcelación y el destino tenga que ser el asentamiento de población con fines de edificación de un conjunto de viviendas. Existen otros usos y construcciones en suelo urbano (y viviendas aisladas; véanse arts. 82 y 83 LS).

La concurrencia de los que denomina GONZÁLEZ PÉREZ, en base a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2-11-1985, elemento genérico —división— y específico —núcleo de población— es inexcusable para

(87) GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, op. cit., t. I, pág. 959. En otro caso, dice, su aplicación "sería tanto como condenar a una absoluta paralización del tráfico jurídico en todo municipio que carezca de Plan". "De ahí que habría que considerar inaplicable este régimen del artículo 96 cuando faltara Plan General".

A esta consideración respondió, sin duda, la intervención de JOSÉ MANUEL DIE LAMANA en las Primeras Jornadas de Urbanismo de Maspalomas cuando destacaba el efecto paralizante sobre la contratación del aumento indiscriminado de licencias en suelo rústico y urbano.

(88) La Administración estará más interesada en cuanto las urbanizaciones o parcelaciones ilegales se consolidan con el paso del tiempo, aun ante el conocimiento del propio Ayuntamiento de la situación (v. la ponencia citada de CALVO ALONSO-CORTÉS, págs. 137 y sigs., en las Jornadas sobre Urbanismo y Publicidad Registral de Valladolid).

(89) La ilegalidad incluso en contra de la licencia, como hemos visto. Disposición que, por otra parte, destaca el carácter declarativo de la licencia.

estar en presencia de una *parcelación urbanística*; y el cumplimiento de los dos presupuestos contenidos en los artículos 94 y 96 —Plan General y licencia— dota al acto divisorio generador del núcleo urbano de *legalidad*. Ahora bien, de esos cuatro requisitos, uno de ellos escapa de la norma al mundo de los hechos y se convierte en detonante de esa legalidad. ¿Qué es núcleo urbano de población, cuantitativa y cualitativamente? Jurisprudencialmente es una *quaestio facti*, como lo prueban las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 y 13-6-1985, 3 y 13-7-1985, y se tiene en cuenta como dato objetivo la formación de varias parcelas dotadas de una serie de accesos independientes que habiliten su utilización separada (camino; o servidumbre, podríamos añadir) o su potencial utilización urbanística (si dan, todas o algunas, frente a vía pública o privada, tienen acceso rodado y se patentiza la finalidad edificatoria; STS 10-3-1978).

La Ley de Planeamiento Urbanístico de Cataluña, por su parte, ante la insuficiencia advertida, encomienda a los Planes Generales y Normas Subsidiarias la delimitación en función de las peculiaridades municipales y supramunicipales, al tiempo que en su artículo 20.2 ensaya una definición legal: "Núcleo de población... es el *asentamiento humano* generador de requerimientos o de necesidades asistenciales y de servicios urbanísticos" (90).

Con anterioridad al sistema que la Ley vigente impone, había escrito GONZÁLEZ PÉREZ (91): "Fruto de esta situación es la existencia de una verdadera anarquía. Y entra dentro de lo posible que pueda llegarse en puro derecho a actos tan contrarios al régimen de aquellas comunidades —urbanizaciones privadas— como la venta de la cuota en los elementos comunes con independencia de la parcela y hasta que cualquier copropietario solicite la división material de los bienes comunes, al amparo de los preceptos del Código Civil".

"Hemos de evitar que esto ocurra. Y para ello existe un instrumento de valor inapreciable: el Registro de la Propiedad. En efecto, partiendo de una regulación no muy perfecta, podemos llevar a cabo una adecuada utilización del Registro, de modo que tenga fiel y completo reflejo en sus libros el régimen jurídico de cada urbanización particular como un todo orgánico".

"El procedimiento no puede ser otro que el que imponen los principios siguientes:

(90) Véase *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, op. cit., págs. 11-12, y GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, op. cit., t. I, págs. 943 y sigs.

(91) J. GONZÁLEZ PÉREZ: "LOS planes de ordenación urbana de iniciativa particular", *Curso de Conferencias*, cit., págs. 213 y sigs., en especial págs. 253-254.

1.º Negando el acceso registral de toda parcelación urbanística que no presuponga un plan parcial de ordenación debidamente aprobado.

2.º Pero no basta la existencia del plan. Si el plan de ordenación se hubiera aprobado y no hubiese reflejo en los libros del Registro, de nada serviría. Desde que tiene entrada en el Registro una finca nueva, es absolutamente necesario que los mismos libros reflejen con suficiente detalle las características de la ordenación, en cuanto suponen una limitación de la propiedad no sólo en favor de la comunidad, sino para hacer posible la existencia misma de cada parcela.

3.º En cuanto el plan no sea suficiente como ordenación de los elementos de propiedad común, deben tener entrada en el Registro los estatutos que regulan la propiedad y contienen su régimen jurídico".

Para GONZÁLEZ PÉREZ, el problema general se plantea por "el imperfecto reflejo registral de los planes de ordenación" (92). Como consecuencia del plan, el terreno por el mismo ordenado resulta dividido en zonas a las que asigna un determinado destino urbanístico. No en balde se ha considerado la zonificación como esencial de toda planificación. "De este modo, una parte del terreno estará formado por parcelas edificables. Pero al de este suelo edificable existirá otro con los más diversos destinos: viales, zonas deportivas, espacios libres, etc. Es indudable que la ordenación tiene una repercusión directa en el régimen de la propiedad incluso en la titularidad, en cuanto que: a) Una parte del terreno está ineludiblemente destinada a ser dominio público mediante la correspondiente cesión a favor del ente público municipal: las calles, plazas, paseos... b) De otra parte, el terreno estará constituido por todas aquellas parcelas que constituyen el suelo edificable. c) Pero al lado de aquellas dos clases de terrenos, está otra porción de terreno donde se plantean graves dificultades. Pues en todo plan, memoria y planos que ordenan esto que se ha llamado una 'urbanización particular', suelen existir superficies nada despreciables bajo las denominaciones más diversas. Por ejemplo, zona deportiva, club social, zona de juegos, parque infantil, etc. Y lo frecuente es que la titularidad de esas superficies de suelo quede en nebulosa".

Desde 1973 en que se pronunció esta Conferencia, ni la regulación administrativa —parcelación urbanística—, ni la civil —urbanización privada— del problema tuvo debida solución. Sólo y a partir de la Constitución de 1978 se han visto resueltos muchos de los problemas jurídico-prácticos con la legislación autonómica, a la que aporta hoy la Ley de Reforma notables instrumentos. Entre ellos la verificación coordinada de la parcelación urbanística a través de la relación entre los artículos 96.3 y 96.4 de la Ley del Suelo y 25.2 de la nueva Ley. Lo que impone a la Ad-

(92) *Op. cit.*, págs. 250-252.

ministración, por simple congruencia, en su actuación reglada a analizar, cuando otorgue la licencia de obras, la legalidad previa de la parcelación o urbanización, suponiendo la concesión de aquella la regularidad de ésta.

Así pues, la falta de armonización entre la legislación urbanística y civil, hipotecaria y notarial, remarcadas sus diferencias en la duplicidad paralela y divergente de esa relación trilateral por razón del desarrollo del Derecho, ha hecho —o puede hacer—, salvo el remedio jurídico de la interpretación de Notarios y Registradores, en atención a la finalidad de las normas, insalvable la integración. La evolución del concepto de urbanización privada hacia fórmulas comunitarias, que si bien resuelven la cuestión planteada por GONZÁLEZ PÉREZ de la titularidad de esas superficies de terreno que quedan en nebulosa, deja obsoleto el concepto urbanístico de parcelación, al tiempo que acentúa la necesidad administrativa de aplicar el artículo 96.4 de la Ley del Suelo, surgiendo ese control en un segundo momento.

Esa disociación conceptual aparece destacada en las fórmulas de la propiedad horizontal 'tumbada', donde la división no es propiamente material, sino jurídica —no hay nuevos lotes o parcelas—; de la comunidad funcional con división 'pro diviso' del uso —en aparente contradicción terminológica— de una porción de superficie indivisa de la finca (93), y de la comunidad ordinaria con pacto anticipado de división futura. A menos que interpretemos teleológicamente la disposición del artículo 94 de la Ley del Suelo (94) sobre el principio básico de que el planeamiento clasifica

(93) La propia formulación patentiza la excepcionalidad de la figura, que difícilmente se puede expresar con los términos romanísticos: comunidad, función, división del uso con adscripción indisoluble a una cuota ordinaria —*pro indiviso*— y parte indivisa de la finca en la titularidad. Es decir, indivisión 'romana' de la titularidad con división 'germánica' del uso. Doble cuota de uso y de titularidad unidas *ob rem*.

(94) El efecto querido y conseguido no deja de ser el mismo de la división material: goce, disposición y vindicación de un espacio físico determinado.

Incluso en el último caso, en el pacto anticipado de división futura puede encubrirse o albergarse una parcelación de uso. Desde el momento en que por pacto interno —no publicado por el Registro o aunque lo publique— se establezca la división del uso, y particularmente la edificación independiente sobre una parcelación superficial determinada, la consecuencia sería la misma que en la comunidad funcional y en la parcelación urbanística. Toda vez que la Dirección General de los Registros (v. trabajo citado: *Algunos aspectos del régimen jurídico de las comunidades en el Derecho español*), en sendas Resoluciones admite la inscripción de ese pacto anticipado e incluso la división horizontal de un edificio sin extinción de continuidad, adjudicándose cada comunero el piso que autoedificó o edificó a su costa (RR. 1-4-81 y 18-4-88). El Tribunal Supremo, como hemos visto y veremos, entiende que la acción de división es civilmente válida, aunque urbanísticamente suponga una parcelación sin licencia [irregular o ilegal (STS 13-5-80)].

Véase AMORÓS PAU: *Jurisprudencia Registral (1978-1985)*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 350 y sigs., y A. BARTOLOMÉ MARTÍNEZ: *Prontuario de Jurisprudencia hipotecaria*, ed. Colegio de Registradores, 3.^a edición, Madrid, 1990, pág. 141.

usos, atribuyéndoles un régimen jurídico propio, y en cuanto éstos, en un mismo momento —**perspectiva estática**—, son distintos, podemos hablar de diferentes tipos —o **clases**— de suelo, traduciendo uso exclusivo por parcela o lote, la licencia de parcelación urbanística habrá desaparecido.

Y estando como estamos en un período de transición en la definitiva consolidación de esas nuevas fórmulas legales, y siendo como es posible la adopción de distintas figuras jurídicas y aplicar diferentes regímenes —**expreso y analógico**— a las urbanizaciones privadas o parcelaciones urbanísticas, su futura regulación positiva deberá atender la necesidad de la redefinición de ambos conceptos, intentando reducirlos a una única regulación legal, integradora de la visión civil y administrativa de esa relación jurídica sustancialmente unitaria. A la conceptualización estatal básica del término "**parcelación urbanística**", que apuntó RUANO BORRELLA y sigue MARCOS JIMÉNEZ, debe añadirse, en el supuesto de hecho legalmente contemplado, la noción de división del uso, cifrado éste en núcleo central de la renovada categoría jurídica, donde la tradicional figura de la división física —o **material**— tan sólo subsiste residualmente (95).

Finalmente, antes de dar paso a un breve estudio de los elementos del concepto de parcelación, nos queda añadir que el borrador del anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, estructurado en cuatro títulos, sobre reglas comunes, complejos urbanísticos, propiedad horizontal y propiedad por períodos recoge la práctica generalizada en este momento de aplicar —**analógicamente ahora**— la Ley de Propiedad Horizontal a las urbanizaciones privadas, impugnando esta denominación, tal vez, por su carácter impropio, ya que todo proceso de urbanización es una función pública y estas urbanizaciones sólo lo son de iniciativa particular, a pesar de su consolidación en la terminología jurídica habitual. Las urbanizaciones privadas pasarán a llamarse "complejos urbanísticos". La técnica seguida desde su aspecto registral es la que consagró la Resolución de 2-4-1980, esto es, la del triple folio o propiedad horizontal 'tumbada'.

Dice su artículo 1, ámbito objetivo, que: "La presente Ley será de

(95) Véase RUANO BORRELLA: *Op. cit.*, págs. 200-202, y M. MARCOS JIMÉNEZ: *Reparcelaciones de fincas. El Registro de la Propiedad*, op. cit., pág. 173.

Con carácter general, se refieren a la comunidad de intento e indivisibilidad dentro del fenómeno urbanístico R. ARNÁIZ EGUREN y J. M.^a CHICO Y ORTIZ, que recoge la opinión de aquél, destacando en concreto la **originalidad** de su tesis en cuanto, dentro del examen de las facultades dominicales, debe tenerse presente, al analizar una situación concreta, no sólo las normas positivas, sino también "el estatuto constituido en el título que alumbró la necesaria comunidad de intereses y el régimen de cotitularidad que ha de recaer sobre el bien inmueble. Es decir, se da entrada a la posibilidad de la delimitación negocial del contenido del dominio" (J. M.^a CHICO Y ORTIZ: "La propiedad y el Registro de la propiedad: conexiones y perspectivas", en *Curso de Conferencias de los Centros de Estudios Hipotecarios de Galicia y Madrid (1984-1985)*, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1986, pág. 159).

aplicación a los conjuntos de fincas edificadas o edificables caracterizados porque la propiedad de cada una tiene inherente un derecho inseparable de comunidad especial sobre los elementos destinados al servicio o utilidad común de todas ellas.

En particular, la Ley será aplicable a los complejos urbanísticos, a la propiedad horizontal y a la propiedad por períodos".

El artículo 2, contenido de la comunidad especial, señala que: "1. La comunidad especial recaerá sobre los elementos e instalaciones que necesariamente hayan de ser comunes por exigencias de la estructuración arquitectónica o urbanística del conjunto, así como sobre aquellos otros elementos, instalaciones e incluso unidades susceptibles de aprovechamiento independiente que hayan sido afectados al servicio o utilidad común.

Las parcelas o porciones de parcela susceptibles de segregación sólo podrán quedar afectadas como elementos comunes si se determina el destino que haya de tener en favor de los comuneros. Si no obstante esta afectación no se diera de hecho durante más de diez años al uso o aprovechamiento previsto, cualquiera de los comuneros puede exigir que la parcela o porción de parcela pase a ser objeto de condominio ordinario."

2. El derecho de comunidad especial inherente a cada propiedad no atribuye la facultad de pedir la división y sólo podrá ser enajenado, gravado o embargado juntamente con la propiedad, de la cual es inseparable.

El artículo 3, imperatividad de las normas, recoge que: "1. Los actos y relaciones jurídicas sobre conjuntos inmobiliarios situados en España quedarán *imperativamente* sometidos a esta Ley y a los Tribunales españoles.

2. Son nulos los pactos que vinculen la titularidad de una propiedad separada o un *derecho de goce* a la cualidad de miembro de una sociedad o asociación; los pactos comunitarios que establezcan prohibiciones o restricciones sobre los terrenos a quienes, a su vez, pueda transmitirse la propiedad o *el goce*, y los de sumisión a arbitraje, salvo si se conciertan una que haya surgido la cuestión disputada".

El Título II, "Complejos urbanísticos", en sus artículos 36 a 42, se ocupa de la especialidad de esta situación respecto de las normas comunes. El artículo 36 contiene su concepto: "1. En los complejos urbanísticos las *propiedades separadas* recaen sobre las distintas parcelas, construidas o no, integrantes de un conjunto.

2. *Salvo que otra cosa se pacte* al convertirse el régimen comunitario, cada una de las parcelas es objeto de una única propiedad separada, aunque sobre ella esté constituido un conjunto inmobiliario independiente.

3. Cada complejo urbanístico puede ser, a su vez, unidad en un complejo urbanístico superior".

El artículo 37 establece por su parte una obligación típicamente urbanística —*ex lege* e *imperativa*— que debe relacionarse con el principio de subrogación real de la Ley del Suelo: "El promotor de una urbanización privada contrae, frente a los adquirentes de las distintas parcelas, la obligación de ceder viales, terrenos, instalaciones y servicios adecuados a las necesidades del conjunto, los cuales pasarán a elementos comunes de propiedad privada en tanto no resulte otra cosa en aplicación de la legislación urbanística".

En cuanto al otorgamiento de la escritura pública y su inscripción registral, el artículo 38 coordina de una forma directa la legislación urbanística (art. 96.3 LS) con la civil, notarial e hipotecaria. Dice el expresado artículo: "La escritura en la que se convenga (96) el régimen del complejo o se establezcan los estatutos y la correspondiente inscripción habrán de expresar *la licencia de parcelación*".

A la escritura matriz se incorporará un plano de la zona del complejo y de las distintas parcelas objeto de propiedades separadas. Para la inscripción se acompañará copia auténtica del plano, que quedará archivado en el Registro de la Propiedad".

El sistema expuesto, en sus líneas generales, responde, como puede observarse, con notable técnica conceptual, a la noción tradicional de parcelación urbanística desde el punto de vista civil, dejando entrever, no obstante, su carácter imperativo, la jurisprudencia registral en materia de adscripciones de uso y comunidad funcional, que tiene un auténtico reflejo legal en el artículo 68 del Reglamento Hipotecario, fundamentado más en razones prácticas de mecánica operativa que en razones dogmáticas. El Reglamento no valora la relación sustantiva que subyace.

(96) O establezca, ya que el régimen puede constituirse antes de la transmisión de los elementos independientes —*parcelas*— a terceros adquirentes, sobre todo por lo que tiene de proyecto de parcelación en tanto se ejecuta, legalmente previa licencia, la urbanización. Aunque no se diga y el artículo 1 hable sólo de fincas edificables, debe entenderse por simple lógica normativa que incluye la parcelación previa a la formación de los solares edificables o parcelas.

Por otro lado, como ocurre con la propiedad horizontal en la Ley de 1960, nada impide que se constituya anticipadamente, sin perjuicio de su vocación —sin recurrir a la fórmula de suspensión de efectos— traslativa, ya que puede ser un legítimo régimen de explotación por el propietario único.

A la palabra '*convenga*' no se le debe dar mayor trascendencia. Al régimen previo o preconcebido, proyectado, parece referirse el inciso siguiente al exigir para otorgar los estatutos la licencia urbanística, puesto que éstos se otorgan después de constituido el régimen, no se comprende su necesidad reiterativa (su existencia constará en el propio Registro).

A) RÉGIMEN GENERAL

De la concurrencia normativa de los artículos 94, 95 y 96 de la Ley del Suelo, resulta el siguiente régimen general: 1.º La parcelación urbanística supone la concurrencia de dos elementos fácticos: división, sucesiva o simultánea, de terrenos en dos o más lotes, y la formación de un núcleo de población. 2.º La parcelación urbanística requiere para su realización licencia previa. 3.º Sólo se puede parcelar suelo urbano en municipios con plan. 4.º La formalización instrumental del acto —escritura pública e inscripción registral— exige la presentación de la mencionada licencia. 5.º Serán ilegales a efectos urbanísticos las parcelaciones de terrenos clasificados como suelo urbanizable, programado (97) y no programado, y no urbanizable o rústico. Y en todo caso, incluso con licencia previa, las que no sean conformes al planeamiento. 6.º En los municipios sin plan, según GONZÁLEZ PÉREZ, no rigen los artículos 94 y 96 de la Ley del Suelo, en cuanto al suelo urbano se refiere (98). Las restantes se regirán por la legislación agraria. 7.º Por simple congruencia normativa, las parcelaciones que contravengan la parcela mínima, aunque cuenten con licencia, serán asimismo ilegales. 8.º Como garantía legal del cumplimiento de estas disposiciones, el artículo 96.4 priva de la condición de solar (99) a las parcelas resultantes y de la posibilidad de obtener la licencia de edificación cuando se infrinja lo prevenido en los artículos 95 y 96. A pesar de ello, si se edifica sin licencia o con licencia ilegal y la Administración no actúa frente al infractor, la situación se consolida por el transcurso del plazo de prescripción (100).

Habida cuenta que, como antes expresamos, todo el sistema legal se articula sobre una serie de cuestiones de hecho (101), los instrumentos de control de la regularidad de esa actuación material, que es la que está realmente sujeta a licencia previa, sólo son apreciables por la Administra-

(97) La necesidad de Plan Parcial y la garantía de la urbanización simultánea supone la previa transformación en suelo urbano.

(98) Por imposibilidad absoluta del cumplimiento de uno de los requisitos básicos: la existencia del Plan General. No obstante, si las Normas Subsidiarias clasifican determinada zona como suelo urbanizable, entendemos subsiste la exigencia al ser necesaria la aprobación del oportuno Plan Parcial.

(99) En este punto debe estimarse así, aunque reúnan las circunstancias legales objetivas.

(100) Salvo que se haya procedido a parcelar y a edificar sobre zonas que por sus especiales características —zona verde— no estén sujetas a infracción a plazo de prescripción.

Una vez prescrita la acción, tiene lugar lo que el legislador catalán denomina, creo recordar, "acto tácito de legalización".

(101) Conformidad con el planteamiento, formación de un núcleo de población y división simultánea o sucesiva.

ción ante la inexistencia de presunciones formales que coadyuven al control instrumental de la actividad, apreciable de oficio por Notarios y Registradores (102). La práctica, además, muestra que la mayoría de las parcelaciones ilegales se producen en suelo rústico, quedando, pues, fuera de la previsión legal.

Por otro lado, la falta de coordinación de esta normativa con la legislación civil en general, y con la hipotecaria y notarial en concreto, desvirtúa todo el mecanismo del control formal de la irregularidad urbanística, con su correlativo colorario jurisprudencial (103).

La coordinación debe empezar por la obligación del interesado de acreditar administrativamente el tipo de suelo sobre el que actúa —bajo advertencia documental y publicidad registral, en otro caso, de sus consecuencias legales— y por la remisión de la información urbanística al Registro de la Propiedad (planes, alteración, parcelas mínimas) (104),

Hoy, sin embargo, en la propia legislación estatal sí existen medios de control formal, al menos por la relación del artículo 96.4 con el 25.2 de la Ley de Reforma, si bien excluye de su ámbito las edificaciones y construcciones en suelo no urbanizable, remitiendo el artículo 6 al mundo de los hechos la presunción, que no fórmula, sobre garantía "de la preservación del mismo del proceso de desarrollo urbano".

Y este control ulterior de la actividad (105) se ve reforzado por otra disposición legal. El artículo 29, que brinda en su punto 1.º la oportunidad al adquirente o tercero —consumidor— de conocer el régimen urbanístico aplicable al objeto jurídico, y en el 2.º la auto coordinación mediante la

(102) Fácilmente destruibles por el titular mediante la presentación de la certificación municipal de la innecesariedad de la licencia.

La imposibilidad surge de la ausencia de medios. Situación que ha cambiado con la legislación autonómica y en especial en Cataluña, donde sin paralizar el tráfico privado la calificación y la publicidad registrales hacen el resto (existe la posibilidad de valorar los indicios de núcleo de población).

(103) Sentencia del Tribunal Supremo de 13-5-1980: la acción de división de la cosa común se rige por el Código Civil y sus preceptos no están modificados por la legislación administrativa. Resoluciones de 15-11-1981 y 22-4-1985, y Auto de 30-6-1979 (v. *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, op. cit., pág. 41; LASO MARTÍNEZ: *Ilícitud administrativa y validez civil*, op. cit.; RUANO BORRELLA: *Op. cit.*, pág. 195; UTRERA RAVASSA: *Op. cit.*, pág. 1099).

La Resolución de 1985 estimó apreciable por el Registrador la presunción de parcelación ilegal en suelo rústico (v. AMORÓS y PAU: *Op. cit.*, págs. 719 y sigs.).

Obsérvese que se habla de coordinación. Se trata de dos ramas del Derecho con la carga interdisciplinaria que ello supone, como destaca GARCÍA GARCÍA (v. RUANO BORRELLA: *Op. cit.*, pág. 180).

(104) Véase *supra* sobre el establecimiento de un sistema práctico y no impeditivo de la libertad del tráfico jurídico.

(105) Se pretende que no se materialice la parcelación —aspecto preventivo—, pero en último caso queda la paralización de las edificaciones (arts. 96.4 LS y 25.2 LR).

remisión de oficio de la copia de certificación acreditativa del cumplimiento de los deberes urbanísticos a que se refiere el artículo 15. Deberes de cesión, equidistribución y urbanización en plazo.

De esta forma, si bien la nueva Ley deja en el aire aspectos sustantivos del contenido del dominio y de la graduación de la sanción, debe reconocerse el importante paso que da a favor de la coordinación legislativa, que desde la óptica hipotecaria será plena con la reforma del Reglamento Hipotecario.

El sistema actual en materia de parcelación, por otra parte, según se ha reseñado, se centra en la apreciación previa por la autoridad urbanística de la adecuación del proyecto divisorio a la previsión *planimétrica*. Es decir, se centra en la idoneidad objetiva de las nuevas parcelas para la edificación en esa relación física de aptitud entre superficie y volumen, en la materialización del uso asignado sobre el presupuesto del respeto de las normas de cesión, equidistribución y urbanización en plazo (106). Relación que se complica con la técnica de la distinción entre el aprovechamiento susceptible de apropiación por el propietario y el aprovechamiento real de la parcela.

En definitiva, el sistema aprecia una doble cualidad en la parcela, superficie objetiva y volumen, con una sola finalidad, materialización del uso o aprovechamiento atribuido como medio de hacer realidad el planeamiento proyectado. La parcela mínima, pues, es la prefiguración de una medida de superficie y otra de volumen, con orden de prioridades claro y preciso en cuanto cumplimiento del planeamiento; la segunda medida, medida de uso de carácter ejecutivo, prevalece sustancialmente sobre la primera, de naturaleza preventiva.

1. *La parcela mínima*

El concepto de 'parcela mínima' se erige en determinante de la viabilidad de la parcelación urbanística, en sentido estricto, y de cualquier división, en sentido lato.

"La indivisibilidad es una consecuencia de la *unidad mínima de aprovechamiento*. Toda ordenación urbana deberá, en función del destino de la zona y su consiguiente utilización, establecer las dimensiones de la

(106) La lógica de la Ley hace que en este punto se hable de suelo urbano, entendiendo que esos deberes se han cumplido. De ahí la gravedad de una actuación ilegal que el ordenamiento debe erradicar por el propio interés de los consumidores (infradotación estructural) y del Ayuntamiento (obligado cuando prescribe su acción a salvar las deficiencias, sin haber hecho propio la parte que en la plusvalía urbanística le corresponde).

parcela mínima. Normalmente, así se hará en las Ordenanzas que reglamenten el uso del terreno. Establecida la parcela mínima, no es concebible la utilización de cualquiera que no alcance aquellas dimensiones. De ahí que no se conciba la división de terrenos que conduzca a parcelas inferiores".

En estas palabras de GONZÁLEZ PÉREZ (107), se condensa todo el sistema urbanístico de uso del territorio. La coordinación, con insistencia y reiteración aludida, aconseja la comunicación de oficio al Registro de la Propiedad de las dimensiones mínimas de las parcelas por razón de la zona y de ulteriores alteraciones. El acto expreso de comunicación, no obstante la publicidad superior del Plan y de la que al Plan Parcial acompaña, responde a un imperativo de seguridad jurídica, ya que si todo el sistema se articula sobre esta noción y por todo el sistema entendemos parcelación, división y edificación, para que el Registro publique el carácter mínimo de la parcela y su indivisibilidad es necesario el traslado expreso de la norma aplicable, con carácter general, primero, y específico, luego. No ya porque el Registrador no pueda conocer por los cauces de publicidad ordinario la dimensión de la parcela mínima, sino para que la calificación se centre en el problema e incluya la congruencia de las licencias con la disposición reglamentaria aplicable, particularmente, en la dinámica del planeamiento urbanístico (suelo transformable en solar), donde la coordinación empieza a ser colaboración (108). Si esa concreta comunicación, la aplicación directa del concepto legal estático de parcela mínima, tomado de la norma, puede distorsionar el tráfico jurídico publicando una presunción equívoca por mutable y que no resta validez al acto civil divisorio. Especialmente, la excepción del artículo 95.3 remite a un momento posterior el control de la viabilidad de la finalidad edificatoria de la parcela (volumen agrupable al de la finca colindante: viabilidad mediata).

La consecuencia del carácter de "parcela mínima" de un terreno es su indivisibilidad. Y los efectos de su transgresión, "las sanciones a la prohibición de dividir", siguiendo a GONZÁLEZ PÉREZ, son : "a) La parcela que no reúna las dimensiones mínimas no se considerará solar ni se permitirá edificar en ella (art. 96.4). b) El Ayuntamiento denegará la licencia para construir en una parcela que no reúna aquellas condiciones. c) Se incurrirá en infracciones que podrán ser sancionadas en la forma y cuantía que establecen los artículos 226, 227 y 228. d) Por último, es discutible la nulidad de los actos jurídico-privados de división que contraviene lo dis-

(107) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, op. cit., págs. 949 y sigs. Para esta cita, pág. 949.

(108) Al margen de la validez del acto civil, el Registro publicará la infracción del carácter mínimo de la parcela.

puesto en este artículo". La validez del acto civil divisorio. El articulado de la Ley del Suelo que regula específicamente la indivisibilidad no parece partir de la nulidad de pleno derecho, ya que en este caso sobrarían las sanciones que prevé para el supuesto de incumplimiento, sin duda por entender que, en definitiva, la parcelación ha de ser autorizada por un acto administrativo". Y el artículo 188 de la Ley del Suelo supone un serio argumento, a *sensu contrario*, sobre la validez del acto (109).

El límite de la divisibilidad es, a su vez, un límite negativo de la actuación urbanística, a efectos del otorgamiento de licencia, que aboga por su naturaleza declarativa o reconocitiva de un derecho preexistente (110). "El Plan puede fijar límites a la parcela mínima, pero no la indivisibilidad al margen de los supuestos que enumera el artículo 95", conforme reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 22-10-1984(111).

El régimen resultante, pues, de la noción de parcela mínima indivisible afecta por igual a la parcelación urbanística y a la división material en núcleo urbano, con un doble sistema de control que atiende a un objetivo único: la materialización del uso previsto en el planeamiento a través del volumen edificable y del límite de alturas de la proporción de volumen —metros cúbicos— por metro cuadrado —superficie—. Ese doble sistema de control, verificable con el otorgamiento de la licencia de edificación, utiliza dos medios diferentes. La licencia previa, para la parcelación, y la negación del carácter de solar, para la división genérica, reduciendo la intervención del control instrumental negativo —escritura pública e inscripción registral— al primer caso, y la del positivo, al segundo —publicidad del carácter indivisible— (112).

Si como antes expusimos, el núcleo central de la actividad urbanizado-

(109) *Op. cit.*, pág. 950.

(110) T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Manual de Derecho urbanístico*, op. cit., pág. 204.

(111) GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, op. cit., págs. 951-952.

(112) En el primer caso, la noción de ilegalidad urbanística se extiende también a la negación del carácter de solar a la parcela resultante —sea o no mínima— y de la licencia de edificación.

No desconocemos que los problemas de coordinación se patentizan en relación inversa a su grado de concreción o especificidad. Mientras más genéricas sean las normas o planes, mayor será la dificultad. Dificultad que se tropieza con el principio registral de especialidad o determinación. Por ello postulamos por la integración paulatina finca por finca. Nada cuesta al Ayuntamiento cuando debe hacer uso del artículo 95.3 recabar los datos registrales de la finca al interesado. Pues suponemos que la falta de aplicación o de interés municipal en su aplicación viene motivado a veces por carácter imperativo de sus actuaciones, al margen del contenido del Registro. Es la seguridad jurídica la que aconseja la coordinación, aun en contra de los inconvenientes administrativos.

ra se **contrae** al concepto proporcional de volumen (metros cúbicos por metros cuadrados) al uso, en definitiva, se comprenderá fácilmente que la superación del sistema estrictamente superficial de determinación de la idoneidad edificatoria se extiende de la definición de '**parcelación urbanística**' al de su presupuesto legal, la '**parcela mínima indivisible**'. La validez del acto civil se fundamenta ahora no en la trascendencia extraurbanística u ordinamental de la disposición administrativa, sino en la ineficacia sobrevenida, superando la dicotomía de ambos cuerpos jurídicos. La división de la finca que realiza el propietario, parcelatoria o no, consecuencia del ejercicio de la *actio communi dividundo* o de la partición hereditaria, carecerá de efectos urbanísticos y desproveerá, civilmente a la nueva parcela de su actitud edificativa inicial, de la posibilidad de ejercicio del *ius edificandi* dentro de la legalidad. El uso y, en su caso, el volumen proporcional se impone y desconoce la división operada. Los propietarios afectados se verán obligados a edificar, si es posible, previa agrupación de hecho y de derecho de las parcelas para hacer realidad física la concentración de volumen.

Por ello, al Derecho urbanístico no le afecta el acto divisorio. Le afecta a los propietarios, utilicen, bien la técnica de la parcelación —o división—, bien la de la comunidad funcional con adscripción de uso; para construir tendrán que ponerse de acuerdo. Surgirá, de hecho, una comunidad de intereses parecida a la que se origina con la reparcelación y las Juntas de compensación. La particularidad estriba en que sólo será necesario agrupar si han parcelado o dividido (113), o redistribuir los aprovechamientos si se adscribió el uso de una porción determinada.

La validez civil del acto sólo legitima la actuación privada frente a la Administración, y así debe ser. Se trata de una validez sustantiva que no puede transgredir las normas de planeamiento, de gran utilidad para aquélla en cuanto señala de quién debe partir el comportamiento exigido por el ordenamiento, esa obligación *propter rem* subjetiva, u obligación subjetivamente real o "deber jurídico instrumentado a través de la figura de la carga, esto es, como un comportamiento que el sujeto debe adoptar para alcanzar un beneficio propio", que decía GARCÍA DE ENTERRÍA (114).

En esa relación trilateral unitaria, la relación jurídica administrativa no se ve condicionada por la contratación privada por falta de concurso

(113) La distinción obedece al concepto técnico de parcelación urbanística en relación al de división **genérica** no parcelatoria. La parcelación es una división cualificada por ese elemento específico que es el núcleo de población. Incorpora, pues, la novedad de un 'asentamiento de población'.

(114) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: "Actuación pública y actuación privada en el Derecho urbanístico", en *Curso de conferencia*, cit., págs. 274 y 275.

de su representante legal (ausencia de voluntad) (115). Pero no resta validez a la otra relación civil. La nulidad no aporta nada nuevo a la situación jurídica de las parcelas. Se excluye por su propia intrascendencia.

Intrascendencia sustantiva —se sobrentiende—, ya que la operatividad práctica del sistema controlar de la división urbana, más allá de su insuficiencia, plenamente se justifica en postulados de mecánica administrativa. El control previo posible frente a las dificultades de la restauración del orden jurídico infringido y la realidad alterada, en términos de la LDU. Postulado que, sin embargo, no puede restar eficacia al principio de seguridad jurídica ni desconocer la existencia de fórmulas privadas —comunidad funcional con adscripción de uso— que priven de virtualidad a la disposición legal cuando se sabe que el contenido del artículo 94.2 de la Ley del Suelo es el imperativo supremo y que las obras ilegales de urbanización pueden producirse al margen de la previa parcelación. El control del uso o aprovechamiento del suelo sigue siendo el único camino, se cuente o no con la publicidad registral. Publicidad que colabora, con igual o distinta eficacia, al cumplimiento de este fin de crecimiento ordenado de la población y reintegro de las plusvalías comunitarias, como advertencia frente a tercero y como vehículo de garantía real (116).

2. *Divisibilidad e indivisibilidad*

En la doctrina patria, el debate se ha centrado, según hemos reiteradamente expuesto, en torno a la validez civil del acto irregular o presuntamente ilegal o ilícito. Cuestión que hace casi inoportuno recordar que la licencia se extiende al uso del suelo, parcelatorio, divisorio o edificativo, y no a su reflejo formal —escritura pública e inscripción.

La fuerza con que irrumpe la legislación urbanística en la esfera del Derecho privado ha cuestionado cualquier planteamiento dominical y superpuesto a esta realidad jurídica la extensión de un dudoso mote de nulidad a la contratación civil cuando hace acto de presencia la ilicitud administrativa, aunque el legislador se guardó mucho de su formulación clara y precisa, como si dudase de la trascendencia práctica y de la oportunidad de sus efectos. Se conformó con prescribir una ilegalidad a efectos

(115) Sin perjuicio del carácter reglado de su intervención.

(116) A nosotros al menos, y sin plantearnos cuestiones segundas de validez e ilicitud, nos parece que la publicidad de la irregularidad urbanística refuerza la protección de la legalidad, mientras que la exclusión del acto aporta la nota de la clandestinidad encubriendo el acto material realizado o realizable.

No se protege al infractor, sino a los intereses públicos superiores. Se eliminan los efectos del principio de fe pública registral (art. 34 LH).

urbanísticos genérica que afecta hasta a las parcelaciones amparadas en licencia (cláusula de salvaguarda de la actuación administrativa: art. 94.2), y otra específica derivada de la distinta tipología del suelo (art. 96.1).

El problema se ha planteado en el ámbito de la legislación administrativa sectorial —urbanística y agraria— y su resultado no ha sido la incuestionable nulidad. Nosotros, modestamente, entendemos que la nulidad de existir no se producirá *ipso iure*, ya que ésta equivale a inexistencia, y la inexistencia no es convalidable ni prescriptible. Será anulabilidad en cuanto la acción administrativa puede privar de efectos materiales al negocio jurídico si se ejerce en plazo y el acto es intrínsecamente ilegal —no convalidable por licencia ulterior— por devenir ilícito su objeto, la restauración de la realidad física alterada. Y en su caso, si no abarca a todo el objeto jurídico, nulidad parcial o total, en el caso de imprescriptibilidad del artículo 188 de la Ley del Suelo, y anulabilidad parcial o total para la infracción o exceso prescribibles en el uso del suelo, conforme al artículo 9 del Real Decreto-Ley 16/1981.

La actuación ilegal no puede producir los mismos efectos en todos los casos. Será determinante, en terminología de LASO MARTÍNEZ, que el acto ilegal sea ilícito para determinar la nulidad o anulabilidad total o parcial. Pero la relación jurídica en el segundo caso, a pesar de su privación de efectos materiales, produce éstos jurídica y civilmente entre partes, es decir, en aquella parte en que se pueda salvar su eficacia, aunque tan sólo sea en cuanto a la titularidad del bien y sin perjuicio del artículo 62 de la Ley del Suelo del contenido contractual concreto, según se transmita una finca a secas o una parcela edificable (117), y de la aplicabilidad del artículo 1.124 del Código Civil.

La nulidad o anulabilidad, parcial o total, originaria o sobrevenida por ilicitud del objeto, requieren declaración judicial expresa para romper la apariencia de legalidad (118). Cuestión que complica el control instrumental del acto sin un preciso juego de presunciones.

La división material de la finca civilmente subsistirá (119), sean las

(117) Incluso cabe plantear la aplicación del artículo 1.483 del Código Civil.

(118) Al menos de momento, y mientras no se establezca la nulidad absoluta de forma directa y clara. Aunque no creo que así ocurra, dado el sistema legal de conformidad con el planeamiento y prescripción que reproduce la Ley de Reforma.

La naturaleza no constitutiva de la licencia lo impone. Naturaleza que se manifiesta en esa conformidad, en el silencio administrativo positivo y en la prescripción.

(119) Con independencia de su origen: acto de administración, acto divisorio voluntario (división de comunidad de mutuo acuerdo), división judicial (*actio communi dividundo*), participación hereditaria.

En el sistema italiano (v. *supra*) la nulidad absoluta del acto de edificación o parcelación sin concesión, en forma pública o privada, no deja de tener excepciones (particiones hereditarias o donaciones entre cónyuges o favor de los parientes en línea recta,

parcelas resultantes inferiores, iguales, el doble de la parcela mínima o superiores a éste, con la importante y definitiva limitación intrínseca de su falta de adecuación individual o aislada para la edificación. Sus usos posibles serán usos marginales. El ejercicio de los derechos dominicales deberá ser conjunto dentro del cauce urbanístico fijado e, incluso, puede imponer la agrupación y la constitución de una comunidad ordinaria.

Desde esta perspectiva sustantiva, lo importante es la restricción legal a la materialización del uso. La acción administrativa para borrar los efectos físicos de la urbanización y de la edificación ilícitas, al margen de la potestad sancionadora, no restan validez al acto civil, salvo que su objeto único sea la realización de la obra o la compra de una vivienda futura, en construcción o ilegal, demolida (ilícita la actuación privada e inexistente el objeto civil).

Si la nulidad o anulabilidad se mide, en suma, por el grado de cumplimiento del uso del suelo asignado en el Plan, mal se compadece ello con la existencia o inexistencia de licencia urbanística, aunque la necesidad y oportunidad de ésta sea incuestionable. Por lo que cuestionar la existencia del acto formal y material no va a ser el problema más importante. Y más aún si se reduce al negocio jurídico-privado en su aspecto documental (manifestación o acuerdo de voluntades).

Tal vez pueda citarse en apoyo de esta tesis el séptimo considerando de la Resolución de la DGRN de 22 de abril de 1985 (120), por el que se confirma el defecto que resulta del propio Registro, consistente en la constancia por nota marginal del pacto privado de adscripción y declaración de indivisibilidad de la finca, aunque su fundamento sea la protección judicial de los asientos registrales. Es decir, la validez civil del pacto sin perjuicio de la ineficacia administrativa. Validez que no cuestiona por razón de su inoperancia, aplicable al caso concreto. Sin embargo, para nosotros esa publicidad, con carácter general, tiene notable trascendencia jurídico-privada, porque cualquier alteración administrativa de lo pactado, también *inter partes*, será inoperante. La prevalencia del Plan o su modificación podrá afectar al uso o aprovechamiento de la finca, incluso imponer su edificación forzosa, pero nunca provocar la división de la finca. La autorización administrativa —licencia— de parcelación chocaría con la titularidad dominical; y si tenemos en cuenta que esa licencia se otorgará a instancias del propietario, el incumplimiento por éste del pacto tendrá indudable trascendencia contractual, determinante de responsabilidad civil e, incluso, de la resolución (art. 1.124 CC) y de la falta de acceso al

derechos de garantía y servidumbre), no pasa de ser anulabilidad, en cuanto se prevé la concesión *sanatoria*, que no supone, ciertamente, inexistencia.

(120) AMORÓS Y PAU: *Op. cit.*, págs. 722-723.

Registro del acto divisorio autorizado, salvo que por sentencia judicial civil se anule el mismo por falta de causa (121) o nuevo pacto en contrario. Podrá afectar la edificabilidad, pero nunca la división, concepto administrativo accesorio.

No obstante, quede claro que lo que precede es sólo aplicable a la *accesoriedad* de la finca indivisible que tenga origen contractual y se establece por causa legítima en favor de la edificación realizada de otro titular (122). Su origen contractual desaconseja la estimación del concepto de parcela mínima. Se impone el de volumen edificable.

En el supuesto de hecho de la mencionada Resolución, las segregaciones posteriores las realizan quienes atribuyeron el carácter accesorio al resto de la finca no edificada, por lo que la indivisibilidad oponible debe ser la que resulte del concepto de parcela mínima por aplicación del artículo 95 de la Ley del Suelo, ya que en este caso no se valora la indivisibilidad sino como reconocimiento de su idoneidad, conforme al planeamiento, y no su carácter contractual. Esto es, el Registro publica el reconocimiento de los propietarios de la legislación urbanística aplicable contenida en su propia manifestación, extraída del contenido negocial jurídico-privado. El obstáculo surge, pues, del planeamiento, única causa de la aseveración, con la consecuencia de que para ser servidumbre de cosa propia, sujeta a la condición, debería haberse hecho constar expresamente (123). Y dice la DG que la inoperancia de la indivisibilidad puede resultar del planeamiento o de sus alteraciones; pero al entender que la nota está bajo la salvaguarda de los Tribunales, se ha invertido la carga de la prueba: el propietario tiene que presentar la licencia de segregación o cédula urbanística para cancelar el asiento. Luego el Registro ha contribuido eficazmente con esa publicación a la protección de la legalidad urbanística, y a pesar de su potencial inoperancia (124) obliga a la coordinación de la legislación civil con aquella otra patentizando su oportunidad.

Por otro lado, la citada Resolución reconoce la posibilidad de que la calificación del Registrador se extienda a los datos físicos de la finca y a la valoración de la posible formación de un núcleo de población que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, son los que determinan la aplicación de los artículos 94 a 96 de la Ley del Suelo y la exigencia de

(121) Si se estableció en servicio de otra finca.

La sentencia contencioso-administrativa sería incongruente con el objeto de la demanda (cancelación de la nota marginal).

(122) Lo que acerca la figura a la servidumbre.

(123) Véase *Informe del Registrador*, op. cit., pág. 721.

(124) A pesar de que la Resolución considere su extensión inútil e innecesaria, desconociendo su positiva valoración.

licencia. Competencia que nace del propio artículo 18 de la Ley Hipotecaria y que sanciona como función propia, por simple congruencia, la posibilidad de exigir al interesado la presentación de la licencia de parcelación cuando del Registro y de la documentación presentada resulta la presunción, revestida de certeza, de la existencia de un nuevo núcleo de población. Es evidente que si la parcelación sucesiva de una finca —múltiples segregaciones— va acompañada de declaraciones de obras nuevas, ajustadas a las características de las zonas urbanas (art. 85.1.3.^a) por razón de su tipología, y al delimitar su superficie sus linderos son calles de nueva creación, el Registrador sólo cumple con su obligación de aplicar e interpretar las leyes al exigir licencia, calificando los actos por su verdadera naturaleza jurídica. Situación que se reproduciría aunque el acto parcelatorio material —nuevas fincas— se obviara, procediéndose directamente a la división del uso. Así pues, la norma contenida en el artículo 56 del Reglamento en desarrollo de la Ley 9/1981 de Protección de la Legalidad Urbanística de Cataluña (Decreto 308/1982, de 26 de agosto) no hace sino positivizar de modo expreso una obligación de Registradores y Notarios, anticipándose a su reconocimiento por la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 22-4-1985. Seguramente, con este enfoque general, PAREJA LOZANO no pondría reparos a las disposiciones catalanas (125). No se trata de un derecho discrecional, sino de una obligación legal, incluso de simple congruencia negocial. Por mucho que se empeñe el interesado en declarar que es una finca rústica el objeto jurídico, si la describe como urbana, con una superficie expresada en metros cuadrados o en hectáreas, pero reducida, de tal suerte que la hace inservible para el uso a que se destina, y declara luego una obra nueva —aprovechamiento típicamente urbano—, la presunción de irregularidad civil y administrativa es notoria y el error obstativo casi —o sin casi— patente (126).

"Existen, no obstante, diferentes interpretaciones doctrinales sobre el apartado (art. 96.3). Para unos, el acto de parcelación sin licencia es nulo de pleno derecho, incluso civilmente (QUINTANA REDONDO, MARTÍN BLANCO). Otros lo consideran anulable (GONZÁLEZ PÉREZ, MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ, JOSÉ LUIS BENAVIDES). Algunos opinan que la parcelación sin licencia es 'ilegal a efectos urbanísticos' (art. 94.2), no a 'efectos civiles' (RAFAEL ARNÁIZ EGUREN, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA).

GONZÁLEZ PÉREZ y CAMY, partiendo de que la falta de licencia no

(125) C. PAREJO LOZANO: *Régimen del suelo no urbanizable*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1990, pág. 246.

(126) Y no entramos en el fraude de Ley, que deben valorar los Tribunales.

(127) J. M. GARCÍA GARCÍA: *Código de la legislación hipotecaria*, cit., pág. 446, nota 51.

provoca la nulidad absoluta del acto, se mostraban favorables a la aplicación del suprimido artículo 98.3 del Reglamento Hipotecario (128). ROCA SASTRE, por su parte, interpreta la ilicitud a efectos urbanísticos del artículo 94.2, en relación al 96.1, como nulidad de la "parcelación urbanística propiamente dicha", "lo que no impide que se realicen divisiones de fincas".

LASO MARTÍNEZ, cuya opinión ya hemos recogido anteriormente con carácter general al ocuparse de este problema concreto, la parcelación urbanística, distingue entre parcelación urbanística sin licencia con infracción de la parcela mínima y sin ella, estimando nulidad civil por ilicitud administrativa sólo en el primer caso, aunque advierte que una sentencia que declare la validez de la división de una parcela mínima sería inscribible a pesar de su incongruencia con el sistema legal (de ahí la nulidad que predica para este caso) (129).

El planteamiento de LASO parte de que esa validez o nulidad es la que determina la idoneidad de la inscripción o no del acto formal, y si del artículo 94 resulta la validez, "la lectura catalana" del artículo 96.3 se impone, sin perjuicio de la exigencia de licencia (130). Es decir, pasa del plano perceptivo al de su oportunidad.

LASO, pues, con sólida base jurisprudencial, sin desdeñar una interpretación legislativa integradora de ambas disciplinas sobre el objeto contractual, advierte la insuficiencia del término "ilicitud a efectos urbanísticos" que la Ley del Suelo emplea. Insuficiencia notable para un tema como éste de nulidad civil por ilicitud administrativa. "Los preceptos legales

(128) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, cit., t. I, pág. 964; B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, cit., t. IV, y ROCA SASTRE: *Op. cit.*, t. III, págs. 423-424.

(129) Sobre nulidad de la división de la parcela mínima indivisible, puede verse la Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 12-6-1976, Sala de lo Contencioso.

(130) J. LASO MARTÍNEZ: *Ilícitud administrativa y validez civil*, op. cit., págs. 1180-1181. La 'lectura catalán' se refiere a la inscripción sin licencia pero con nota marginal (v. *infra*).

"Lectura" que permanece tras la Ley 12/1990, de 5 de julio, sobre autorización para refundir los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística que dio lugar al Decreto legislativo 1/1990, de 12 de julio, en que se lleva a cabo, como lo prueban sus artículos 141.2 y 145.2 y la subsistencia del propio Reglamento de 1982.

Según J. M. GARCÍA GARCÍA (*BCEH* de Cataluña, núm. 19, noviembre 1990, y "Avance", *BCNR*, núm. 14), el sistema será el siguiente: 1.º El Registrador ha de exigir la presentación de la licencia de parcelación y advertir al interesado de que tras el plazo de treinta días sin que se aporte, se extenderá de oficio la nota a que se refieren los artículos 145.2 del Texto Refundido y 56 del Reglamento de 1982, debiendo firmar la notificación al respecto o al margen del asiento de presentación. 2.º Transcurrido el plazo, se practicará la inscripción y la nota marginal de la falta de aportación de licencia. 3.º Si consta en el Registro, el carácter de 'indivisible' de la finca o la adopción de medidas de protección de la legalidad o expedientes disciplinarios, la inscripción —interpreta este autor— no podrá practicarse.

—urbanísticos— han sido introducidos de golpe en el ordenamiento sin tener conciencia de las interferencias creadas en el tema general de los modos de adquisición del dominio, de tal forma que se quiere evitar lo externo de las formalidades de la adquisición o, mejor, de las divisiones previas y, en cambio, queda intacto el régimen de adquisición de dominio, aunque se viera privado del título público y de la inscripción, salvo el caso de una interpretación integradora de las normas civiles y urbanísticas si se estimase su invalidez por falta de objeto cierto, conforme al artículo 1.261.2.º del Código Civil" (131). Camino aún, puede añadirse, en nuestra jurisprudencia, intacto.

La situación, a nuestro juicio, sugiere dar un paso más allá de la idoneidad por razón de la validez y por motivos de seguridad jurídica, dado el pronunciamiento del artículo 94.2. De seguridad en tanto la presunción de validez de la parcelación dotada de licencia no es suficiente, aunque salvaguarde la indemnización. Y no es suficiente para el control de la realidad material desde la óptica de la publicidad de la irregularidad urbanística, evitando las titularidades formales por la clandestinidad de los actos. Aunque el acto fuera nulo, el Registrador publicaría la nulidad de la realidad física. Prevista por la nueva Ley de Reforma, la registración de las infracciones urbanísticas, por la simple lógica del principio de tracto sucesivo, la coordinación realidad jurídica-realidad física extrarregistral globaliza la solución de los problemas interpretativos, dando publicidad al acto en situación regular y patológica, dotado de licencia, con licencia insuficiente o sin ella. Publicada la irregularidad, no se extiende la protección registral al acto, sino, al contrario, insta a su legalización invirtiendo la carga de la prueba. El acto queda formalmente desprotegido, sin apariencia de titularidad y con publicidad de su objeto, advirtiendo al consumidor. Si como es, y se ha dicho por algún autor, los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria no son de aplicación frente a la legalidad urbanística, no es menos cierto que lo inscrito perjudica y favorece a tercero. Regirá, entonces, el principio de oponibilidad de lo inscrito. El artículo 32, a *sensu contrario*.

La Ley de Reforma al dictar el precepto contenido en su artículo 29.2 no ha valorado sustantivamente el incumplimiento de la obligación administrativa. Pero publicada la irregularidad, el interesado puede legítimamente instar al órgano competente para que comunique al Registro la situación urbanística actual, y en todo caso no se la puede privar de los efectos de la información a que tiene derecho en virtud del artículo 29.1 del mismo cuerpo legal, que complementa el artículo 63 de la Ley del

(131) En especial la tan citada Sentencia del Tribunal Supremo de 12-5-1980, págs. 1173 y sigs. Sobre la interferencia administrativa, pág. 1177.

Suelo. La información debe ser una certificación, porque al propietario le puede ser de especial interés acreditar frente a tercero y frente al Registro la real situación de su finca. Y más hoy día, cuando la adquisición gradual de facultades y la pérdida del derecho a la edificación está sujeto a la declaración formal de caducidad de la licencia. La reciprocidad en los deberes y responsabilidades es el único cauce para hacer viable el sistema, que parte del alto presupuesto de una finalidad concreta: evitar la especulación y dar cumplimiento al mandato constitucional de facilitar el acceso a la vivienda por los ciudadanos (132).

En definitiva, y volviendo a ese régimen general vigente, podemos resumirlo de la siguiente forma:

1.º Suelo urbano:

A) Municipios con Plan.

a) Regla general: validez e inscribibilidad de las divisiones y segregaciones sin licencia.

b) Regla especial: la parcela mínima es indivisible conforme al artículo 95 de la Ley del Suelo, bien sea resultado de una división en núcleo urbano, bien de una parcelación urbanística. La división de una parcela mínima no impide la inscripción.

c) Excepción: la parcelación urbanística (art. 94.1 LS) requiere para su inscripción la licencia previa (art. 96.3). Su ausencia determina la ilegalidad a efectos urbanísticos (art. 94.2).

B) Municipios sin Plan.

Como quiera que en estos municipios el suelo urbano resulta del Proyecto de Delimitación, no pudiendo concurrir de hecho los presupuestos legales de los artículos 94.1 y 96.1 de la Ley del Suelo, parece procedente seguir la interpretación de GONZÁLEZ PÉREZ que postula su inaplicabilidad. Otra cosa supondría la paralización del tráfico jurídico privado.

Cabe señalar que la delimitación del suelo urbano en estos municipios supone comprender exclusivamente el perímetro del núcleo urbano consolidado, por lo que el presupuesto legal de la formación de un nuevo "asentamiento" nunca podrá concurrir.

En los municipios sin Plan y con normas subsidiarias que hayan delimitado suelo urbanizable (art. 91 del Reglamento de Planeamiento) sí se darán los presupuestos legales de hecho, y en consecuencia la licencia de parcelación procederá en todo caso.

(132) A menos que el Estado construya más viviendas, el fomento de la promoción privada es el único medio de acabar con la insuficiencia, especulación y carestía de la vivienda. Y el fomento se logra con financiación barata, y la financiación, con la seguridad jurídica.

Ahora bien, otro de los presupuestos de esa parcelación, es el de la existencia de una parcela mínima. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22-10-1984, que recoge GONZÁLEZ PÉREZ (133), parte de su señalamiento, pero declara la nulidad de las prohibiciones de segregación y división de parcelas que tengan una superficie superior a la parcela mínima. El Plan o norma debe señalarla. En los municipios, las normas subsidiarias deben fijarla (arts. 70 y sigs. LS y 91 y sigs. RP).

Si la parcela mínima no se fijase, la división o parcelación sería inevitable, sin perjuicio de los límites sobre volumen edificable. Se produciría la incongruencia de que el volumen como medida — m^3 por m^2 — relativa a una superficie — m^2 — no evitaría la división o parcelación, pero sí la edificabilidad, de tal suerte que podrían existir superficies sin volumen o éste reducido a un mínimo inoperante. De esta forma, la parcela mínima como medida de superficie proporcional, como unidad de cálculo, se impondría de hecho, superándose su propia noción y patentizando lo advertido con anterioridad, su naturaleza accesorio. La limitación volumétrica en la edificación rebasa el concepto físico de parcelación. La limitación de uso o aprovechamiento en función de la superficie en todo el área delimitada —suelo urbano, con las excepciones que corresponda— deja en un mero punto de referencia la unidad de cálculo fundamentada en la superficie o parcela como finca independiente, para imponerse sobre la misma por el hecho de su idoneidad. Al margen del acto civil de división del uso, de su propia licitud o validez, parcelatorio o comunitario, el concepto 'volumen edificable' prevalecerá, en ejecución de la finalidad suprema del planeamiento, cobrando indudable autonomía. El acto de división del uso queda sujeto en su materialidad al volumen edificable, desechando los instrumentos tradicionales de control, la parcela mínima y la parcelación urbanística, que no requieren formulación expresa dada su notable *accesoriedad*.

2.º Suelo urbanizable.

Con salvedad advertida (art. 91 RP), en los municipios con Plan General la parcelación urbanística del suelo urbanizable requiere la previa aprobación del correspondiente Plan Parcial (art. 96.1) (134). Y una vez aprobado, la licencia de parcelación.

La coordinación en este caso, como parece obvio, exige el establecimiento de ese nuevo requisito legal para el otorgamiento del negocio

(133) *Comentarios a la Ley del Suelo*, op. cit., t. I, pág. 951.

(134) El Plan Parcial, exclusivamente para el suelo urbanizable programado; el Programa de Actuación Urbanística y el Plan Parcial, para el urbanizable no programado.

jurídico privado, la presentación de la cédula o certificación urbanística (arts. 55.2 y 63 LS y 29.1 LR) o, en su defecto, la advertencia expresa del régimen jurídico sancionador de la aplicabilidad del artículo 62 de la Ley del Suelo y, en su caso, del artículo 1.483 del Código Civil. En otro caso, el Registro publicará su falta de acreditación y la eventual irregularidad urbanística.

Para ello es necesario que la certificación o cédula, según se expresó con anterioridad, sea una obligación inexcusable del Ayuntamiento (135). Carácter que, sin duda, ha querido otorgarle el artículo 29.1, si bien con cierta timidez.

En otro caso, la simple manifestación del interesado de que es suelo urbano en núcleo urbano (136) o rústico será suficiente. No debe olvidarse que de la misma forma y fortaleza que el artículo 96.3 de la Ley del Suelo, en el régimen general, obliga a Notarios y Registradores a no otorgar la escritura y no inscribir el acto, respectivamente, lo hace la legislación notarial e hipotecaria para el caso contrario: cuando no concurre el supuesto legal de hecho.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de abril de 1985 distingue entre suelo urbano y urbanizable, para los que entiende necesaria la licencia de parcelación, y suelo no urbanizable (urbanizable no programado o rústico) donde no se pueden realizar, salvo que se acomoden a la legislación agraria (137). Este planteamiento general, como es patente, no hace sino reproducir el contenido del artículo 96 de la Ley del Suelo; lo realmente importante de su contenido es lo expresado

(135) Si bien el artículo 63 de la Ley del Suelo regula el establecimiento de la cédula urbanística con carácter facultativo para el Ayuntamiento (salvo en el caso de "fincas comprendidas en polígonos en los que se aplique cualquiera de los sistemas de actuación señalados en esta Ley"); el artículo 55.2 concede al administrado el derecho "a que el Ayuntamiento le *informe por escrito* en el plazo de un mes a contar desde la solicitud del régimen urbanístico aplicable a una finca o sector".

GONZÁLEZ PÉREZ señala al respecto lo siguiente: "El acto de la Administración por el que se contesta a la solicitud ejercitando este derecho, como todo acto de información, carece de contenido decisorio y, por tanto, no es susceptible de impugnación (S. 8 junio 1976)". "Pero es evidente que una información inexacta constituiría un supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos, que daría lugar a responsabilidad patrimonial" (S. 5 noviembre 1984). La Sentencia de 11-12-1984 recoge, por su parte, que "la razón principal de la inimpugnabilidad del acto administrativo que evacua una consulta urbanística se encuentra, en su carácter meramente informativo, por tanto, ajeno al *ius aedificandi* del interesado" (*Comentarios a la Ley del Suelo*, cit., págs. 636-638).

(136) División material y no parcelación urbanística, salvo que de las circunstancias de hecho de la manifestación se deduzca indubitadamente que se trata de un nuevo núcleo de población.

(137) Véase M. MARCOS JIMÉNEZ: *Op. cit.*, pág. 154. La Resolución, en AMORÓS Y PAU: *Op. cit.*, págs. 719 y sigs.

con anterioridad, la obligatoria calificación de la realidad física públicamente documentada al otorgar el negocio jurídico en relación al contenido previo del Registro (138).

B) RÉGIMEN AUTONÓMICO

El desarrollo autonómico ha dado un nuevo y definitivo impulso a la coordinación legislación hipotecaria/ legislación urbanística, superándose los iniciales recelos del Estado por Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de julio de 1984 (139), que delimita los distintos ámbitos competenciales.

Evolución que, de hecho, ha arrastrado al legislador estatal, consciente de la importancia de arbitrar medios de seguridad jurídica en este ámbito (140), a dictar las normas contenidas en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico en la dirección marcada por la Ley de 2-5-1975 en su Disposición Transitoria 13.

La legislación autonómica, casi en su totalidad, ha optado por el sistema positivo de publicidad registral a través de la plena coordinación y colaboración, incluyendo la irregularidad urbanística disuasoria dentro de los pronunciamientos registrales, donde sirve de punta de lanza la legislación catalana a partir de la Ley 9/1981, de 18 de noviembre, y de corolario la de nuestra Comunidad Autónoma, sin dejar de expresar las notables excepciones que suponen para esta concepción la legislación autonómica de la Comunidad de Madrid, que sigue el sistema negativo iniciado por el artículo 96.3 de la Ley del Suelo, y las de Galicia y Baleares, que no introducen ningún nuevo precepto interpretativo o de desarrollo de la Ley del Suelo en esta materia (141).

El sistema negativo mencionado desconoce la virtualidad práctica y jurídica de la publicidad de la irregularidad urbanística como medida preventiva de control de la legalidad y como medio de coordinación entre

(138) La realidad física convertida en realidad jurídica, objeto del acto material que se proyecta o que se ha realizado.

(139) Véase Anexo.

(140) De seguridad jurídica y de erradicación del fraude inmobiliario, en línea con la necesidad colectiva sentida por los Registradores y expresada en el Informe sobre el fraude inmobiliario en España.

(141) Me remito a los estudios de JUAN PABLO RUANO BORRELLA, de ANTONIO MANZANO SOLANO y de MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ, citados, al libro de DÍAZ LEMA sobre *Derecho urbanístico de Galicia*, también citado (obra ésta que he podido consultar gracias a la colaboración que me prestó la Registradora de la Propiedad de Santiago de Compostela núm. 2, María Jesús Montero Pardo) y a la propia Ley **10/1990**, de 23 de octubre, de disciplina urbanística de Baleares ("Avance", *BCR*, núm. 12).

la realidad jurídica y la realidad física extrarregistral. Se prescribe, pues, la no utilización del Registro, sin tomar en consideración la quiebra de ese mismo sistema por vía judicial y la jurisprudencia civil sobre división de fincas (142).

Dentro, pues, del esquema interpretativo de la validez civil y de la ilicitud administrativa, en terminología de LASO, que antes expusimos, la legislación autonómica de armonización de la realidad material y jurídica entiende que la ilegalidad e ilicitud a 'efectos urbanísticos' no lleva aparejada la nulidad *ipso iure* del acto civil, por no prescribirse así en ningún precepto, siquiera, aunque inadecuado, de naturaleza administrativa.

La legislación canaria, según vimos, por medio de la Ley de Disciplina Urbanística integra las bases de un completo sistema legal de coordinación y colaboración, con tres importantes novedades: 1.^a La homologación de las parcelaciones urbanísticas y de las divisiones rústicas en aplicación de la Ley de Ordenación Urbanística del Suelo Rústico, sujetando ambos supuestos a licencia previa. Incardina el suelo rústico en el proceso de desarrollo urbano. 2.^a La constancia registral de la calificación urbanística de los terrenos resultantes de las operaciones divisorias y parcelatorias y del volumen edificable de los solares (143). 3.^a La publicidad general de la regularidad e irregularidad urbanística, tanto en esta materia —división— como en la declaración de obra nueva. Sistema positivo de publicidad registral, habilitando el otorgamiento de la escritura pública y su inscripción tabular. Es lo que denominamos, quizás con imperfección, *control instrumental del acto*. La exigibilidad de la licencia se ve reforzada. El Registro hace público que el acto inscrito y la realidad material que supone es irregular, es decir, presuntamente ilegal, o ilegal e ilícito siguiendo la terminología de LASO, por ausencia de licencia o por insuficiencia o incongruencia de ésta (144).

Novedad supone asimismo su concepción sustantiva del término división como *división de uso*, que introduce, junto con el artículo 13.3 de la LDU, la *Orden de 9 de junio de 1987* (Consejería de Agricultura, Ganadería y Pesca) por la que se establece con carácter provisional la parcela mínima, a efectos de segregaciones o divisiones de fincas rústicas. Dice el artículo 3: "A los efectos de la presente orden se presumirá la existencia de parcelación o segregación cuando se enajenan partes indivisas de una finca rústica, con incorporación del derecho de utilización exclusiva de

(142) Inscribibilidad de la sentencia civil que declare válido el acto divisorio (v. LASO, *infra*).

(143) El término calificación va más allá del de clasificación, y en este sentido permite expresar su uso específico según el planeamiento. Sustantiviza, pues, la finalidad de la ordenación urbanística al acompañar al tipo de suelo de su uso específico.

(144) Véase *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, op. cit., *supra*.

partes concretas de la misma, así como la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad del socio incorpore el derecho de uso exclusivo sobre una parte del predio total" (145).

Esta Orden plantea una importante problemática, que nace de su propia jerarquía normativa y acaba en la provocación de una interesante interferencia legislativa. Por un lado, la presunción de división rústica se restringe a efectos de unidad mínima de cultivo de carácter agrario; pero como la LOUSR otorga una naturaleza urbanística cierta al suelo rústico en su tratamiento jurídico, la interferencia se produce entre normativa agraria, normativa urbanística y normativa civil. Esto es, *intra y extra administrativamente*. Desde el punto de vista interno, impone la coordinación entre los distintos órganos de la propia Comunidad: Agricultura y Urbanismo. ¿Quién debe desarrollar la Ley 5 de 7-4-1987? Cada uno en su ámbito competencial. El tratamiento urbanístico del suelo rústico no puede pasar de su integración por delimitación positiva (146) en los Planes Generales de Ordenación del Territorio y en los Planes Generales Municipales, por lo que el uso del suelo rústico es competencia de Agricultura y la concesión de la licencia del Ayuntamiento, previos informes de las Direcciones Territorial y General de Estructuras y Comercialización Agraria de la Consejería de Agricultura (147). La presunción, en definitiva, obligará como norma administrativa, sin afectar a la naturaleza y validez civil del acto, a Notarios y Registradores, aunque sea cuestionable su propia jerarquía y eficacia, en cuanto restringe un derecho fundamental del ciudadano cual es el acceso a la documentación pública y a la protección registral (148). En otro caso, la aplicación de este artículo sólo podrá extraerse de las normas generales, calificando por la verdadera naturaleza jurídica del acto. Es decir, atendiendo a la división del uso como concepto fundamental, del que la parcelación es accesorio, para concluir con la necesidad de la licencia por razón de la normativa general de la LOUSR, respecto de la que la Orden es informadora. Su aplicabilidad sería entonces sólo mediata.

Ahora bien, la finalidad de la norma es estrictamente agraria. Se dirige a la preservación de la rentabilidad económica de los predios, como señala el Preámbulo, por razón de su cultivo. La Unidad Mínima de Parcelación parte de un criterio de explotación agropecuaria óptima, cuestión que sólo puede referirse al uso; por ello la división funcional del uso, sin romper la

(145) Véase *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, Apéndice legislativo, pág. 118.

(146) Y no negativa como hasta ahora.

(147) La burocratización parece excesiva, aunque esta Orden pretende su agilización.

(148) Su aplicación sólo se entiende por la existencia del artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística, que opta por el sistema positivo de publicidad.

unidad de explotación, no tiene por qué ser estimado, en todo caso, para establecer una parcelación. Puede ser una forma de explotación comunitaria que en nada perjudica a la finalidad de la Ley, que establece la licencia no para evitar la parcelación urbanística ilegal, aspecto al que podría aplicarse directamente la presunción. Dependerá de la actuación que conlleve la división del uso para determinar la exigibilidad sustantiva de la licencia que en estado preventivo puede imponerse. Habrá que analizar material y jurídicamente cada comunidad funcional. No creo que esa disposición pueda ser contraria al principio de libertad de empresa cuando la división del uso no suponga la división de la explotación agropecuaria. Por ello la formulación de una presunción *iuris tantum* parece lo más adecuado. Y así debe interpretarse la presunción del artículo 3 de la citada Orden, ya que la excepcionalidad del carácter *iuris et de iure* requiere su establecimiento claro, directo y preciso. La presunción, pues, admitirá prueba en contrario. El artículo no dice que se presumirá en todo caso la existencia de parcelación. Aunque la licencia, a efectos administrativos, es inevitable. El Ayuntamiento puede resolver que no procede la aplicación de la Ley 6/1987 y el interesado acreditarlo por medio de certificación expresa.

Más problemática es la segunda presunción, en cuanto pueda vincular la calificación del Registrador Mercantil, cuando del objeto de la sociedad y de la efectiva aportación de una finca rústica puede haber lugar al supuesto de hecho de ese artículo 3. En este caso, entendemos, la Orden no puede limitar la calificación del Registrador Mercantil por incompetencia autonómica absoluta. Aunque entendamos que el objeto es un ilícito administrativo, la validez de la constitución de la sociedad parece clara, al menos mientras no se apruebe el artículo 3.2 del borrador del Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios que declaran de forma directa la nulidad absoluta de los pactos que vinculen el derecho de goce a la cualidad de miembro de una sociedad o asociación (que también produce una interferencia interdisciplinaria al sustraer del objeto social y de los Estatutos esa vinculación).

II. PARCELACIONES RUSTICAS

No vamos a referirnos en este apartado al régimen jurídico del suelo no urbanizable o rústico, del que se ocupan distintos autores, y recientemente, con acierto y profundidad PAREJA LOZANO y GONZÁLEZ COLOMINA, dedicando esta especial atención a la legislación canaria, pio-

nera en su formulación positiva dentro de la planificación global del término municipal (149).

El término 'parcelación rústica' surge en la doctrina con una notable carga de ilegalidad. La parcelación rústica es el acto material previo a la urbanización ilegal del suelo rústico. Y la insuficiencia la legislación agraria, que especialmente está pensada para el uso agropecuario o forestal, ni regula, en general, este tipo de parcelación —uso contrario al destino—, ni contiene normas concretas sobre edificación. Situación que ha llevado a la doctrina a hablar de la Ley del Suelo como derecho común del *ius aedificandi* (150). Es en esta Ley donde se contiene la definición negativa —limitaciones y prohibiciones— del suelo no urbanizable y del derecho a edificar.

Si entendemos, pues, por 'parcelación rústica' la parcelación urbanística del suelo rústico, la propia contradicción terminológica revela la ilegalidad de la situación por contraposición al concepto civil de división, física y jurídica, de un inmueble. Y de hecho lo que ocurre cuando se da tal situación es que el control instrumental sólo aparece en el momento de la declaración de la obra nueva —si existe cauce legal— (151), porque el acto civil, sujeto a la legislación agraria, reviste de licitud a la finalidad encubierta, cuya invalidez —invalidez civil del acto divisorio— derivaría, previa declaración judicial, de la ilicitud del objeto o uso a través de la técnica del negocio indirecto o del fraude de Ley (152).

Ahora bien, desde una perspectiva general, hemos de tratar a un tiempo los actos divisorios del suelo rústico, con independencia de su finalidad y en relación a la noción de uso, se trate o no de una parcelación ilegal. Así, el concepto parcelación y división o segregación serán equivalentes y la ilegalidad vendrá determinada por la legislación agraria de forma positiva y por la legislación urbanística en su aspecto negativo, general y autonómica.

A) RÉGIMEN GENERAL

En la legislación general, el régimen jurídico del suelo rústico, estrictamente agrario, por lo que a las divisiones se refiere, opera de una manera

(149) C. PAREJA I LOZANO: *Régimen del suelo no urbanizable*, op. cit., y V. GONZÁLEZ COLOMINA: *Régimen jurídico del espacio rural: la utilización edificatoria del suelo no urbanizable*, op. cit.

(150) A. CARRASCO PERERA: *Op. cit.*, págs. 407 y sigs.

(151) Pues con arreglo a la legislación general no lo hay (v. *infra*).

(152) La jurisdicción civil, haciendo caso de esa superioridad y pretendida superposición de la legislación pública sobre la privada, no aplica directamente el Derecho urbanístico.

similar al del suelo urbano y **urbanizable**, si bien con menor intensidad y con distinta **trascendencia** jurídico-formal.

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 21-7-1971 y su Texto Refundido de 12-1-1973, verdadera Ley del Suelo Rústico en esta materia, establece el sistema legal aplicable a las divisiones y segregaciones en base al concepto de *unidad mínima de cultivo*. Las edificaciones, incluso las destinadas a residencia familiar, tienen un carácter accesorio de la explotación agrícola, ganadera o forestal. Responden a las necesidades de ésta (153).

Una vez más, las medidas de control de la superficie son únicamente el medio de optimizar la rentabilidad del suelo por razón del uso. El artículo 43.1 de la Ley dice: "Por Decreto del Gobierno, a propuesta del Ministerio de Agricultura, previo proyecto del Instituto —de Reforma y Desarrollo Agrario—, elaborado a la vista de los informes de la Delegación Provincial de Agricultura y de la Cámara Oficial Sindical Agraria, se señalará y revisará la extensión de la unidad mínima de cultivo para secano y para regadío de las distintas zonas o comarcas de cada provincia. 2. Dicha extensión será la suficiente para que las labores fundamentales, utilizando los medios normales de producción, puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características de la agricultura de la comarca".

Y para el cumplimiento de esa finalidad, el artículo 44 señala: "1. La división o segregación de una finca rústica (154) sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. 2. No obstante, se permite la división o segregación —sin autorización previa—: a) Si se trata de cualquier clase de disposición en favor de

(153) Para la referencia bibliográfica me remito al *Código de la Legislación Hipotecaria*, op. cit., de J. M. GARCÍA GARCÍA, págs. 563 y sigs. Y en particular, sobre unidades mínimas de cultivo, a su "La legislación de unidades mínimas de cultivo y las limitaciones legales del dominio", VI Congreso Internacional de Derecho Registral, op. cit., págs. 109 y sigs.

Asimismo la obra citada de BARNÉS VÁZQUEZ: *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*.

(154) A la distinción fincas rústicas urbanas, que recoge la legislación hipotecaria, se ha referido PAREJA I LOZANO, op. cit., como expresión de la falta de coordinación legislativa. En otro lugar (*Régimen jurídico del suelo en Canarias*) ya advertí de su carácter no impeditivo.

Ahora bien, debe tenerse presente que la tipología de la Ley del Suelo, en cuanto a esta clase de suelo, responde a su definición negativa. Sólo habla de él en la medida que lo excluye del proceso de desarrollo urbano; por eso le denomina suelo no urbanizable. Por ello la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario que regula el uso de este tipo de suelo desde su aspecto positivo le denomina suelo rústico. Contraste que ha llevado al legislador canario a cambiar su denominación urbanística para expresar que su regulación no es ajena al planeamiento integral del término municipal. Y ha optado en consecuencia por la denominación que revela su contenido positivo: suelo rústico.

propietarios de fincas colindantes, siempre que como consecuencia de la división o segregación no resulte un mayor número de predios inferiores a la unidad mínima de cultivo. b) Si la porción segregada se destina de modo efectivo, dentro del año siguiente, a cualquier género de edificación o construcción permanente, a fines industriales o a otros de carácter no agrario. c) Si los predios inferiores a la unidad mínima de cultivo que resulten de la división o segregación se destinan a huertos familiares, de las características que se determinen reglamentariamente".

Las consecuencias jurídicas, pues, de la infracción de estas disposiciones dependen de una cuestión de hecho, difícilmente apreciable documentalmente salvo por manifestación expresa del propietario o adquiriente. El artículo 45 sanciona el incumplimiento con el derecho de retracto a favor de los colindantes, ejercitable durante el plazo de cinco años. Plazo que, según GARCÍA GARCÍA, debe computarse en la forma que prescribe el artículo 1.524 del Código Civil. Los efectos de este artículo, por virtud de lo dispuesto en el 46, se extienden a las divisiones o segregaciones, por título oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa* (155).

La Ley 49/1981, de 24 de diciembre, sobre el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, por su parte, introduce en ese sistema legal una nueva categoría jurídica, la explotación agraria como *unidad empresarial*, reflejo económico de la unidad mínima de cultivo —unidad de superficie—, protegiendo su integridad, continuidad, desarrollo y modernización. Asimismo, se parte de la necesaria coordinación registral, fijando como uno de sus objetivos la inscripción de la explotación [art. 1.a) y c)].

El artículo 2 contiene su definición legal: "A los efectos de esta Ley, se entiende por explotación familiar el *conjunto de bienes y derechos* organizados empresarialmente por su titular para la producción agraria, primordialmente con fines de mercado, siempre que constituya el medio de vida de la familia, pueda tener capacidad para proporcionarle un nivel socioeconómico análogo al de otros sectores y reúna las siguientes condiciones: a) Que el titular desarrolle la actividad empresarial agraria como principal, asumiendo directamente el riesgo inherente a la misma. b) Que los trabajos en la explotación sean realizados personalmente por el titular y su familia, sin que la aportación de mano de obra asalariada, fija en su caso, supere en cómputo anual a la familiar en jornadas efectivas".

"Constituyen *elementos* de la explotación los bienes inmuebles de naturaleza rústica y los edificios, incluida la vivienda, construidos sobre los

(155) En el caso de división a título de herencia o donación a favor de herederos forzosos, el retracto de colindantes no se ejercerá sin previa notificación a éstos. Notificación que permite a los herederos anular el acto divisorio.

mismos; las instalaciones agropecuarias, incluso de naturaleza industrial, y los ganados, máquinas y aperos integrados en la explotación y afectos a la misma que pertenezcan al titular, a su cónyuge o a ambos en propiedad" (art. 3.1.). "Constituyen **también** elementos de la explotación los arrendamientos y los derechos de uso y disfrute que, en virtud de cualquier título y sobre tales bienes, puedan pertenecerle, así como a los demás derechos que puedan corresponder a su titular y sirvan a aquélla" (art. 3.2.).

La *protección jurídica* de la integridad e indivisibilidad de la explotación (arts. 10 y sigs.) se articula mediante la inscripción **registral** de esta especial afección de los bienes, que obliga a la autorización previa de cualquier acto de división o separación de cualesquiera de los elementos (art. 12). Autorización —**reglada**— que incluye los actos de gravamen y que se entenderá implícitamente concedida cuando algunos de los inmuebles o derechos que lo integran se vean afectados por planes u obras de utilidad pública o **interés social** (156).

Y dentro de este régimen general, conviene replantearse la cuestión de la nulidad, anulabilidad o validez del acto divisorio. El artículo 44 de la LRYDA dice que "la división o segregación de una finca rústica sólo será *válida* cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo", sancionando el acto con el retracto de colindante, ejercitable en el plazo de cinco años, con la excepción contenida en el número 2 del artículo 46 (división hereditaria o donación divisoria a favor de los herederos forzosos) (157). Situación ésta que revela su verdadera naturaleza jurídica: el acto civil de división, a pesar del texto literal de la disposición, es *válido*. En otro caso, no puede comprenderse la sanción establecida (nulidad para el infractor, validez para el colindante) y su consolidación por el transcurso del plazo. Si la nulidad es *ipso iure* —**inexistencia**—, el retracto-sanción, por incumplimiento de la función

(156) Véase GARCÍA GARCÍA: *Op. cit.*, págs. 617 y sigs.

La autorización implícita, una vez que conste en el Registro la indivisibilidad de la explotación, requerirá la acreditación del plan u obra que le afecte al inmueble o derecho que se va a separar o segregar. La simple manifestación escrituraria, aunque con un criterio amplio podría ser suficiente, no bastará, si entendemos que la finalidad de la Ley es la protección de la situación creada; y resultado de este efecto protector de su pervivencia puede ser la necesidad de acreditar que se cumple en el caso concreto el supuesto de hecho por cualquier medio ordinario (certificación municipal, traslado del plan u obra...) y a reserva de que no resulte tal situación del propio Registro o el Registrador puede apreciarlo de oficio.

(157) El artículo 46 recoge expresamente en este caso la posibilidad de anular la división por los propios herederos, como medio de evitar el retracto. Es decir, el acto es válido y sus efectos —retracto, anulación— son distintos según el título causal de la división.

Sobre la validez del acto divisorio puede consultarse la opinión que en sentido favorable expresa ROCA SASTRE en su *Derecho hipotecario*, t. II, ed. Bosch, Barcelona, 1979, pág. 191.

social de la propiedad, se ejercería sobre la totalidad de la finca —división nula e inexistente: ineficaz— y no sobre las parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo, de las que trae causa —validez— el propio derecho de los colindantes. Así lo entiende la doctrina, aunque no unánimemente (a favor, ROCA SASTRE, HERNÁNDEZ CRESPO, LASO MARTÍNEZ, LUNA SERRANO, PAREJA LOZANO; en contra, PEÑA) (158). GARCÍA GARCÍA señala al respecto: "La expresión 'sólo será válida' (del art. 44.1) se ha interpretado en relación con los artículos 46.3. y 45.3 no como acto prohibido y nulo, sino como acto válido que determina la sanción del retracto de colindantes del artículo 45 de este texto". "La consecuencia de la validez es que el acto es inscribible, pero haciéndose constar en la inscripción el posible retracto de colindantes" (159).

Para nosotros, desde un sencillo planeamiento de Derecho objetivo, la sanción de la nulidad absoluta o inexistencia, aunque haga posible eliminar los efectos de la transgresión jurídica —parcela inferior a la unidad mínima de cultivo—, a través del retracto, debe afectar al acto divisorio en su conjunto. Y si afecta sólo a una parte de él, conforme a la jurisprudencia sobre la nulidad del sobreprecio en VPO, el nacimiento del derecho de retracto no puede apoyarse en la parte nula del negocio jurídico, porque se trataría de un retracto-sanción (pérdida de la propiedad por fraccionamiento de la finca) impuesto a favor de un propietario colindante y no de un ente público, fuera de la articulación de su concepto mismo, por analogía con la expropiación-sanción, con olvido de que el concepto sustantativo que califica la idoneidad de la división es el de uso o aprovechamiento, y un simple acto de administración, que puede optimizar la rentabilidad socioeconómica de la finca (160), no puede ser sancionado sin graduar el incumplimiento de la función social de la propiedad sin devaluar el uso. Esto es, sería contradictorio el que se pueda dividir de hecho el uso en la administración de la finca, distribuyéndolo por zonas u hojas de labor —como es habitual en secano: rotación—, con cerramiento incluso, sin efecto sancionador alguno, y no de una forma estable y documentada. Debe, pues, valorarse en el caso concreto si la división implica infrautilización de la finca o la hace más rentable. El efecto sancionador por incumplimiento de esa función social no se prescribe de una manera clara y directa. Se reduce a adoptar medios de evitar el fraccionamiento superficial objetivo. Además, de ser nulo el acto no sería convalidable por el transcurso del tiempo, efecto impropio de la nulidad absoluta. La acción sería, en este caso, imprescriptible.

(158) PAREJA LOZANO: *Op. cit.*, págs. 238-239.

(159) *Op. cit.*, pág. 571, nota 3.

(160) No sin provocar el efecto del nocivo minifundio. No se distingue, por otro lado, entre división, acto de administración y división y disposición sucesiva.

En el sistema de la **LRYDA**, el propio contenido del artículo 44.2 patentiza la validez formal en función del destino, simultáneo o sucesivo de las nuevas fincas. Presunción de validez que, de encubrir nulidad, desvirtuaría la aplicación de su artículo 45. La nulidad tiene que invertir la carga de la prueba en el supuesto hecho legalmente contemplado.

La falta de referencia a la acción de división de la cosa común y la **inimpugnabilidad** de la decisión judicial por infracción de normas administrativas, con respaldo en la misma jurisprudencia del TS, ya comentado (S. 13-5-1980), nos muestran, una vez más, la validez civil del acto divisorio.

Por otro lado, partiendo del principio de seguridad jurídica inmobiliaria, los efectos de la indivisibilidad deberían estar expresamente definidos, bien a través del sistema positivo de publicidad registral, bien a través del negativo. El que conste en el Registro el carácter indivisible de la finca y el posible derecho de **retracto** a favor de los colindantes es una medida necesaria de coordinación, pero insuficiente en cuanto debería contener, como ocurre con la propiedad urbana, la advertencia expresa de la nulidad de lo actuado. Coordinación plena: sistema positivo de publicidad, que abarca tanto las situaciones regulares como irregulares (coordinación física y jurídica: oponibilidad de lo inscrito) (161).

(161) La validez civil del acto divisorio, tanto en las parcelaciones rústicas como urbanas, mantenida por la jurisprudencia, ha sido —y es— el fundamento tradicional de la inscripción del mismo. En este sentido, como apuntamos en otro lugar (v. *supra*), LASO MARTÍNEZ y GARCÍA GARCÍA entienden desarrollable el artículo 96.3 de la Ley del Suelo en la forma que lo hace la Ley de Protección de la Legalidad Urbanística de Cataluña. CHICO Y ORTIZ, por su parte, también mantienen que los "actos civiles válidos, aunque en ellos falte el cumplimiento de ciertos requisitos administrativos, deben tener acceso al Registro" ("La propiedad y el Registro de la Propiedad: conexiones y perspectivas", en *Ciclos de conferencias de los centros de estudios hipotecarios de Galicia y Madrid* (1984-1986), op. cit., págs. 141 y sigs.; en especial, para la referencia, pág. 160).

Esa validez, por otro lado, consecuencia de la superposición legislativa de normas administrativas sobre disposiciones civiles sin el grado de claridad y concreción que la nulidad absoluta predica, aconsejaría, en el caso **contrario** de integración ordinamental, la negación, según LASO, de la protección del Registro y de la documentación pública. Principio informador, con nuestra modesta opinión, **debería** desarrollarse en sentido inverso. Es decir, partiendo de la necesaria coordinación realidad física-realidad jurídica, la instrumentación del acto presuntamente nulo accedería al Registro para, evitando su clandestinidad perturbadora, publicar frente a tercero la irregularidad administrativa y su trascendencia jurídica en base al presupuesto de **oponibilidad** de lo inscrito, forzando su **regularización** y preservando la eficacia civil de la sanción administrativa, ya que en otro caso el Registro revelaría una titularidad estrictamente formal y no coordinable, introduciendo en el sistema un cierto grado de inseguridad jurídica. El consumidor, el tercero, el acreedor que contrata conforme al contenido de los asientos registrales, tendría que presuponer su insuficiencia en un ámbito de tanta importancia económica y social cual es el ámbito urbanístico o en el de la legislación especial agraria, con la sola excepción positiva de las explotaciones familiares expresamente constituidas y afectas por el artículo 11 de la Ley 49/1981.

La Ley 49/1981, sin embargo, al regular el carácter indivisible de la 'explotación familiar agraria', positiviza los efectos de la publicidad registral, ya que, fuera del genérico alcance de las leyes administrativas sobre unidades mínimas de superficie, da un importante paso en pro de la plena integración legislativa (art. 10.2.). La indivisibilidad concreta de la finca funcional y la atribución de un específico régimen jurídico a determinadas fincas o elementos de la más dispar naturaleza (162), obliga al propietario a obtener autorización administrativa para realizar cualquier acto de separación o gravamen de cualquiera de sus elementos durante el plazo señalado en caso de obtención de beneficios económicos o suscripción de convenios de colaboración. Superada la fórmula de la nulidad, se prescribe una afección expresa, que imposibilita al propietario, en el caso del artículo 11, la división de la finca funcional o, mejor aún, la desafectación de sus elementos en tanto gravite sobre ellos la obligación, calificada por GARCÍA GARCÍA de *propter rem*. La indivisibilidad de los artículos 10 y 11 tienen un contenido cierto y positivo en función de una obligación *propter rem* cierta y determinada. La indivisibilidad, pues, accede al Registro a través del principio de especialidad con un régimen jurídico específico e inmutable, en virtud de un título jurídico concreto, con olvido de la inoperancia de su constatación registral a que alude la Resolución de 1985, antes comentada.

En cualquier caso, se siga este criterio o el precedente, lo cierto es que, hoy por hoy, la disociación entre legislación civil/legislación administrativa, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones restrictivas de la contratación pública e inscripción registral en los supuestos legalmente regulados, aboga por la validez civil, no obstante el carácter sancionador de las disposiciones administrativas y dada la prescripción de acciones. Aspecto que no condiciona.

La publicidad registral, pues, establece la debida coordinación legislativa e incardina y provoca, a efectos de jurisprudencia civil, la posibilidad de la estimación por ésta de las disposiciones administrativas. La publicidad registral aparece así como norma de solución de conflictos interdisciplinarios.

En definitiva, el tratamiento jurídico de la irregularidad urbanística da lugar a una doble consideración: 1.º Mientras la validez civil no se cuestione, legal o jurisprudencialmente, la publicidad del acto irregular a efectos urbanísticos parece procedente en virtud del propio artículo 18 de la Ley Hipotecaria. 2.º *Ex lege ferenda* si se declara de forma —entendemos— equivocada la nulidad del acto por un precepto incluso civil, la viabilidad de la inscripción se vería alterada, aunque desde una perspectiva general de seguridad jurídica consideramos posible la publicidad del acto nulo en cuanto suponga la efectiva alteración de la realidad física para advertir a los terceros o consumidores de la situación jurídica de la finca ante la falta de acción administrativa y como medio de activar el control urbanístico. Ese cambio legislativo supondría además desterrar del sistema la prescripción, la convalidación y la definitiva disociación entre legalidad formal —licencia— y legalidad sustantiva —conformidad con el planeamiento—. Camino contrario al del artículo 94.2 de la Ley del Suelo y al seguido por la reciente Ley de Reforma (arts. 26-27). Hasta ahora el acto sujeto a licencia es el acto material, sin perjuicio de su control instrumental —escritura e inscripción.

(162) Véase GARCÍA GARCÍA: *Op. cit.*, pág. 619, notas 13-14.

Y si el concepto de unidad mínima de cultivo es el determinante de la viabilidad de la parcelación a través de su regulación positiva, porque, como destaca BARNÉS VÁZQUEZ, "el interés jurídicamente protegido, por el que se otorga el derecho mismo—de propiedad—, no es sino la *facultad de cultivar* —'ius colendi'—, paralelo al *ius aedificandi* de la propiedad urbana" (163), la doctrina se plantea la problemática concreta de las parcelaciones urbanísticas en suelo rústico, amparadas formalmente en el Derecho agrario, para posibilitar el funcionamiento, y en la 'incapacidad' administrativa de reacción para consolidar la edificación. Cuestión sobre la que cabe advertir no tanto la insuficiencia legislativa cuanto la ausencia de control municipal.

A las reacciones interdisciplinarias, dentro del campo del Derecho administrativo, se ha aplicado, como técnica explicativa, la teoría del reenvío, cuando, quizá, sea más adecuada la de *distribución de competencias*. El reenvío en Derecho internacional privado se utiliza para solucionar el problema de la alternativa aplicación de un solo cuerpo legal que regula íntegramente la relación jurídica (164). En este caso, seguramente lo que haya sea una delimitación negativa de competencias. Las razones pueden ser las siguientes: 1.^a La Ley del Suelo, en sus artículos 80, 85, 86 y 96, considera el suelo rústico como suelo no urbanizable. Es decir, alude a él para excluirlo del proceso de desarrollo urbano, estableciendo en garantía de su preservación la aplicación de las limitaciones propias del suelo urbanizable no programado, y entre ellas incluye el reconocimiento de la competencia de la legislación agraria para regular todo lo relativo a los actos de disposición y de división de estos dos tipos de suelo. El suelo rústico por competencia directa y el suelo urbanizable no programado en cuanto a su tratamiento jurídico por reenvío (165). La única determinación positiva del Plan prevista es la de la clasificación de una zona como suelo no urbanizable de especial protección (166). 2.^a La legislación agraria emplea una técnica similar de distribución o reconocimiento de competencias ajenas, al excluir de su ámbito, en el artículo 45, para el caso de división, "la porción segregada —o la división si— se destina de modo efectivo, dentro del año siguiente, a cualquier género de edificación o construcción permanente, a fines industriales o a otros de carácter no

(163) *Op. cit.*, pág. 549. Facultad de cultivar o de explotar económicamente la finca según su aptitud agrícola, se entiende. El derecho-deber de usar la finca.

(164) Se aplica al Derecho español o el inglés, por ejemplo.

(165) Al tratar del suelo urbanizable no programado sí utiliza la técnica del reenvío, ya que su clasificación responde a una categoría urbanística.

(166) Clasificación que deberá contar con la previa declaración de esa cualidad por el organismo agrario competente, para evitar la duplicidad de calificaciones, de legislaciones y de competencias aplicables a una sola relación o situación jurídica.

agrario", con una triple incidencia. Permite la división, con carácter general, para realizar edificaciones de naturaleza agropecuaria —incluida la vivienda rural—, y excluye de su ámbito las edificaciones y construcciones de fines industriales —legislación sectorial— y no agrarios —urbanísticos—, obras y servicios públicos... 3.^a El problema del negocio indirecto surge cuando la clasificación urbanística es de suelo no urbanizable o rústico y la división se hace para destinar las parcelas a edificación permanente no agraria, supuesto en que se excluye el retracto. En este caso, es de aplicación el régimen sancionador del Derecho urbanístico, con la dificultad añadida de delimitar la naturaleza de construcción. A ello atiende el artículo 85.1.3.^a como límite formal en función de la tipología de la edificación y la imposibilidad de la aplicación directa o analógica de la legislación de propiedad horizontal, institución urbana, a la parcelación rústica (167). Restricciones que replantean el tema del control instrumental.

Si Notarios y Registradores deben aplicar, en todo caso, el artículo 96 de la Ley del Suelo —incuestionable presupuesto—, el medio único con que cuentan para entender que el supuesto de hecho legalmente contemplado ha tenido lugar será la manifestación del interesado; de tal suerte que cuando el acto parcelatorio no vaya seguido de declaración de obra nueva alguna, incluso de disposición, se aplicará la legislación agraria al suelo rústico y régimen de las unidades mínimas de cultivo; y si existe, por razón de la propia manifestación o de las circunstancias descriptivas de las fincas, duda acerca de la verdadera naturaleza jurídica del acto o de la legislación competente que corresponda, conforme a la Resolución de 1985 —antes vista—, procederá a solicitar la licencia de parcelación urbanística en el momento que esa situación de hecho se patentice —parcelación simultánea o sucesiva—. Esa duda, documentalmente fundada, propia de la calificación registral, reviste la forma de una presunción fáctica y es la única manera de detectar el negocio indirecto. Porque la evaluación e interpretación de la normativa aplicable es competencia propia de ambas funciones (168).

Sin embargo, para mejorar ese control instrumental sería positivo y conveniente matizar la legislación vigente en la dirección expuesta con

(167) GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO así lo entienden (v. PAREJA I LOZANO: *Op. cit.*, pág. 114).

(168) Así lo ha entendido el artículo 32.1 de la Ley de Protección de la Legalidad Urbanística de Cataluña de 18-11-1981 y sobradamente lo fundamenta J. M. GARCÍA GARCÍA en su conocido estudio "El Registro de la Propiedad y el Urbanismo en la Ley del Parlamento de Cataluña de 18 de noviembre de 1981", publicado en la *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, julio septiembre 1982, págs. 7 y sigs., y en especial págs. 35-37 (con cuyo texto cuento gracias a la amabilidad de su autor).

anterioridad. Esto es, la publicidad **registral** expresa del medio por el que se obtiene la descripción y calificación de la finca y la advertencia de la posible irregularidad cuando de las circunstancias de aquélla se patentice la posibilidad de un negocio indirecto en fraude de Ley, que si bien es competencia judicial exclusiva su declaración, no es contraria su naturaleza al establecimiento de una presunción legal, tan necesaria para la seguridad jurídica y para la protección de los consumidores.

En cualquier caso, los artículos 94.2 y 96.1 de la Ley del Suelo declaran la ilegalidad de la parcelación urbanística del suelo rústico, sancionando la transgresión, aparte de las medidas de restablecimiento de la legalidad que sean aplicables en el punto 4.º del citado artículo 96, con la privación del carácter de solar a las parcelas resultantes y prohibiendo su edificación. En este caso, la transformación del suelo rústico en urbano edificable o solar, aunque éste goce de las características objetivas de su concepto legal [arts. 78.a), 81.2 y 82], será ilegal por ser contrario al planeamiento y a las normas urbanísticas —para los municipios sin Plan— la formación privada de un núcleo de población. Ilegalidad a efectos urbanísticos que si bien no provoca la nulidad civil del acto (169), sí limita intrínsecamente el derecho de propiedad.

Las medidas preventivas que adopta la Ley del Suelo se complementan con el contenido del artículo 85, ya que si la parcelación es realmente una parcelación urbanística, la legislación agraria ya no será de aplicación. Las medidas de protección de la legalidad se canalizarán a través de la normativa urbanística. Pero ello no quiere decir que, una vez restablecido el orden físico y jurídico de la finca, las disposiciones del Derecho agrario no entren en juego para restaurar el aprovechamiento o uso genérica o específicamente infringido, bien a través de las medidas objetivas de control de superficie —unidades mínimas de cultivo—, bien a través de las normas de protección de uso, exista o no retracto de colindantes (170).

En este punto, y a efectos del cómputo del plazo de ejercicio del retracto, vuelve a tener importancia lo expuesto sobre la división de uso, ya que ese derecho, aunque se compute a partir de la parcelación (171) y no desde la aplicación de las medidas de disciplina urbanística, carecería de sentido —dada su configuración superficial objetiva— si la ilegalidad

(169) GARCÍA GARCÍA: *El Registro de la Propiedad y el Urbanismo...*, op. cit., págs. 44-49, y MARCOS JIMÉNEZ: *Op. cit.*, págs. 170-171.

(170) En Extremadura, la Ley 3/1987, de 8 de abril, sobre tierras de regadío (art. 13.2; v. GARCÍA GARCÍA: *Código de Legislación*, cit., pág. 571, nota 3, y F. CORRAL DUENAS: *Normativa autonómica*, op. cit.).

(171) Difícilmente podría aplicarse el artículo 1.524 del Código Civil en su primer inciso como forma de cómputo si el acto no pudiera documentarse públicamente e inscribirse.

e ilicitud de la actuación **privada** mantienen intacta la superficie de la finca que se urbaniza. Sin embargo, sí cabría una interpretación extensiva de los artículos 94 y 96 de la Ley del Suelo a efectos de entender incluido en el supuesto legal aquellas situaciones jurídicas en que se divide el uso del suelo para formar un núcleo de población. Es decir, puede entenderse por 'lotes o parcelas' superficies de uso exclusivo, vinculadas o no entre sí, al margen de la comunidad funcional creada o con mayor intensidad que ésta (172).

GONZÁLEZ PÉREZ, con la claridad sistemática y expositiva que le caracteriza, distingue al comentar el artículo 5 de la Ley de Reforma (173) entre limitaciones a las facultades de disposición y limitaciones a las facultades de aprovechamiento, resultado de la aplicación del artículo 85.1.4 de la Ley del Suelo, de la legislación de unidades mínimas de cultivo, de la prohibición de realizar parcelaciones urbanísticas del artículo 96.1 (174), de la sujeción a licencia previa en la legislación autonómica (arts. 6 y 4 LOUSR y LDU, respectivamente, y 14 LDUM) y la sanción administrativa de los artículos 51 del Reglamento de Disciplina, 54.3 del de Gestión y 227 de la Ley del Suelo, sin olvidar la expropiación-sanción del artículo 78.1.b) de la Ley de Reforma, por un lado, y, por otro, de la exclusión de aprovechamiento urbanístico, especialmente el carácter excepcional del *ius aedificandi* (STS 28-10-87). Restricción a que se refiere el artículo 6 de la Ley de Reforma, donde la jurisprudencia vuelve a limitar la posibilidad de formación de núcleos urbanos con ocasión de la construcción de viviendas unifamiliares (175).

En el ámbito del suelo rústico, según la legislación agraria y de la limitación negativa de la legislación urbanística, las construcciones, siguiendo la exposición de GONZÁLEZ PÉREZ, pueden destinarse a la explotación del suelo —explotación agrícola—, al servicio de obras públicas, a finalidades de utilidad pública o interés general, o a vivienda unifamiliar, en el marco de los artículos 85, 86 y 96.4 de la Ley del Suelo y 44-45 del Reglamento de Gestión. Y como "garantía de que los edificios e instalaciones van a cumplir los requisitos de la legislación urbanística, las construcciones a que se refiere el artículo 85.1.2.º, inciso segundo —edificacio-

(172) Con carácter general y con independencia de su clasificación formal, cualquier parcelación o división de uso o superficie que pueda dar lugar a la formación de un nuevo núcleo de población está sujeta a licencia.

(173) *Comentarios a la Ley de Reforma*, cit., págs. 119 y sigs.

(174) Recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 13-3-1990, que señala la distinción entre división material o física de tierras y división jurídica del derecho de propiedad, complemento de aquella, "de suerte que éste pasa a ser, material y jurídicamente, finca independiente, sigan o no perteneciendo a un mismo propietario".

(175) *Op. cit.*, págs. 126 y sigs. Para la Sentencia del Tribunal Supremo de 30-6-1989, pág. 127.

nes e instalaciones de utilidad pública o interés general y vivienda familiar—, no están sujetas a licencia urbanística ordinaria, sino a una autorización que se otorgará con la intervención de órganos no municipales: la Comisión Provincial —o insular— de Urbanismo” (SSTS 2-12-1987 y 12-5-89).

Consumada la parcelación ilegal en suelo rústico, en base al aparente amparo de la legislación agraria, en un segundo momento surge el control urbanístico. En el de la edificación (art. 96.4 LS). Esta se reduce a las viviendas unifamiliares que no puedan dar lugar a la formación de un núcleo de población, y si procede la solicitud del titular de una parcela ilegal, no se concederá en ningún caso (176).

La autorización procederá de acuerdo con las provisiones que para evitar la formación de nuevos núcleos de población deben contener los planes o las normas subsidiarias. En especial, conforme al artículo 36.c).1. del Reglamento de Planeamiento, la determinación de las condiciones de la parcela de terreno que debe quedar afecta a la edificación, en cuanto superficie y forma, y los retranqueos de las edificaciones respecto a los límites de la propiedad. Supuesto que puede dar lugar a cierta discrecionalidad cuando el municipio carezca de normas de planeamiento. GONZÁLEZ PÉREZ apunta la necesidad de adopción de criterios objetivos (177), como pueden serlo el grado de parcelación de la propiedad en la zona (superficie media de las fincas) y la intensidad de los cultivos, por razón de la forma de explotación y rentabilidad.

En el régimen general, no obstante, ese control instrumental del acto edificatorio, medida residual de prevención (art. 96.4 LS), puede devenir inexistente si con posterioridad a la parcelación rústica, conforme a la legislación agraria, se declaran las obras nuevas, incluso utilizando la tipología física o jurídica propia de las zonas urbanas (178) por falta de

(176) *Op. cit.*, págs. 139 y sigs. A pesar de que del texto del artículo 85.1.4 no resulta el carácter unifamiliar de la vivienda —se habla de vivienda familiar exclusivamente—, parece, dice GONZÁLEZ PÉREZ, que persiste el requisito de la antigua Ley del Suelo.

GONZÁLEZ COLOMINA: *Op. cit.*, págs. 191 y sigs., se muestra favorable al carácter discrecional de la autorización extramunicipal (art. 11.1 LOUSR) y subsiguiente licencia municipal reglada por ausencia de planeamiento (págs. 194-195).

(177) *Op. cit.*, págs. 143, y *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, *op. cit.*, págs. 590 y sigs.

(178) Descripción de la obra y régimen de propiedad horizontal directo o analógico, propio de una ‘urbanización privada’, por ejemplo.

En general, la declaración de obra nueva, vivienda unifamiliar aislada, tampoco está sujeta, a efectos de escritura e inscripción, a la necesidad de la presentación de la licencia de obra o autorización oportuna.

La distinción entre licencia ordinaria y autorización a que alude GONZÁLEZ PÉREZ (v. *supra*) carece de trascendencia instrumental en cuanto no se ha previsto distinto vehículo documental y las legislaciones autonómicas no reparan en este problema. La

previsión legal. La parcelación sólo podrá detenerse si se ha producido de forma sucesiva y para las futuras parcelas a través del artículo 96.3 de la Ley del Suelo, a menos que se fuerce la interpretación de este artículo y se solicite la licencia por aplicación del punto 4 de su texto, cuestión en la que el Registrador, según la Dirección General (R. 11-11-1981), antes de la nueva Ley de Reforma y salvo previsión autonómica —entendemos conforme a la Instrucción citada de 1984— no puede entrar.

Y esta falta de cobertura de la calificación registral se puede cuestionar ahora a la luz del nuevo artículo 25.2, ya que su naturaleza restrictiva de un derecho fundamental y su carácter sancionador hacen muy problemática la aplicación extensiva o analógica. El artículo 25.2, como sabemos, se incardina en el capítulo III del Título I bajo la rúbrica "Régimen del suelo urbano y urbanizable" y, en consecuencia, no afecta al régimen del suelo rústico o no urbanizable. Sólo interpretando que desde el momento que se parcela ilegalmente una finca queda ésta sujeta a las medidas de disciplina urbanística —como así es— y, en consecuencia, a la protección de la legalidad, cual es la contenida en ese artículo, podremos extender su régimen a la parcelación ilegal. La correlación entre los artículos 96.4 de la Ley del Suelo y 25.2 se impone —o debe al menos imponerse—, y servirá de prueba de la existencia o inexistencia de la presunta parcelación. Otro argumento lo podemos encontrar en el presupuesto legal de la edificación urbana, la existencia de un terreno calificado como solar. Si el propietario por la declaración escrituraria está reconociendo el carácter de solar de la parcela, la presunción de veracidad de su manifestación incluirá el supuesto dentro de ese capítulo III del Título I, y particularmente en el ámbito del artículo 25.2, por simple coherencia interpretativa.

Si, por el contrario, del documento resulta la edificación de una vivienda unifamiliar en suelo rústico, fuera, pues, de ese ámbito urbano, las circunstancias descriptivas de la finca y de la tipología física y jurídica de la obra no deben ser contradictorias con la manifestación para que podamos entender inaplicable el artículo 25.2. Habrá que indagar en las circunstancias objetivas fijadas por el planeamiento y en el propio origen registral de la finca, según proceda de una parcelación o división aislada o múltiple. De esta forma, el criterio fijado podrá aplicarse con carácter general a cualquier vivienda unifamiliar y, por extensión, dentro del marco del suelo urbano y urbanizable, a cualquier construcción, ya que el nuevo artículo 25.2, al referirse a las declaraciones de obra nueva, no restringe su aplicación a las viviendas familiares. Por lo que de la escritura que excluya

competencia para conceder la licencia especial o autorización corresponde al Ayuntamiento, y la forma será la ordinaria salvo que de la misma resulte su insuficiencia (v. STS 12-5-89, *op. cit.*, pág. 129).

su aplicación debe resultar el destino de la construcción (art. 85.1.4 Ley del Suelo) (179).

B) RÉGIMEN AUTONÓMICO

Hemos de reconocer, con DÍAZ LEMA (180), que la legislación autonómica, de forma cronológica y por razones prácticas de urgencia, ha iniciado su andadura con medidas de disciplina urbanística, fundamentalmente referidas a su reforzamiento, sobre todo en materia de suelo no urbanizable o rústico; y atiende, con carácter particular, a la regulación de las parcelaciones, siendo destacable la utilización del Registro de la Propiedad como medio de control y de publicidad de la situación urbanística de la finca (sistema positivo de publicidad) (181). Ahora, por nuestra parte, nos

(179) La fijación, pues, de un criterio general, aunque valore el origen de la finca —parcelación— en orden a la aplicación del artículo 25.2 de la nueva Ley e, incluso, del artículo 96.3 de la Ley del Suelo, afectará a cualquier construcción sobre suelo rústico, urbano o urbanizable. Sólo si el suelo es rústico y la edificación adecuada a su uso el acto no entrará dentro del ámbito del artículo 25.2.

T. R. FERNÁNDEZ: *Manual de Derecho urbanístico*, cit., págs. 210 y sigs., señala la necesidad de un mayor rigor en la aplicación del artículo 96.3 de la Ley del Suelo. Esta necesidad, por todos compartida, debe acompañarse, como puede deducirse del presente texto, de medios adecuados que permitan desarrollar la función.

(180) *Op. cit.*, págs. 19 y sigs.

(181) La regla general —sistema positivo— y la excepción —sistema negativo— más destacables son las leyes de las Comunidades de Cataluña y Madrid.

Nuestra Comunidad, como hemos expresado, sigue esa regla general con importantes novedades, derivadas fundamentalmente del tratamiento unitario de todas las clases de suelo, incluido el suelo rústico (arts. 4, 13.3 y 14, párr. 2.º, LDU).

Según A. MANZANO: *Op. cit.*, págs. 221, "el Protocolo de Andalucía no encara *el problema del suelo no urbanizable o rústico*". "Esta omisión supone dejar escapar la oportunidad de atacar y, si fuera posible, resolver el problema de las *urbanizaciones clandestinas* que, aunque injustamente —por falta de medios legales, puede añadirse—, han sido causa permanente de ataques a Notarios y Registradores". "El problema, en definitiva, se ha deferido a los respectivos Planes de Ordenación".

En la Comunidad de Madrid, señala NORTES TREVIÑO (*op. cit.*, págs. 195 y sigs.), las parcelaciones rústicas son nulas de pleno derecho si no cuentan con licencia previa de parcelación, "tanto urbanística como rústica", que supone la autorización directa de parcelaciones urbanísticas en suelo rústico (arts. 14-15 LDU 10-2-84). Para las parcelaciones urbanísticas en suelo urbano, no obstante la falta de previsión legal expresa (el art. 16 se limita a remitirse al art. 178 LS), el artículo 96.3 debe entenderse, dice NORTES, que rige supletoriamente. Este habla de escrituras de división de terrenos, no sé si pronunciándose por una aplicación extensiva del citado artículo a toda división, resultado de su interpretación literal, sin tener presente los párrafos restantes y los artículos 94 y 95, es decir, su ubicación sistemática. Para nosotros, el número 3 del artículo 96 se refiere exclusivamente a la parcelación urbanística. Así lo entienden GONZÁLEZ PÉREZ (*Comentarios a la Ley del Suelo*, cit., t. I, pág. 944), GARCÍA GARCÍA (*El Registro de la Propiedad y el Urbanismo*, *op. cit.*, pág. 31), UTRERA RAVASSA (*op. cit.*, págs. 1096-1097), MARCOS JIMÉNEZ y las Sentencias del Tribunal Supremo de 26-10-1983 y 10-2-

ocupamos de algunas particularidades de la legislación autonómica sobre suelo rústico y del asiento registral en función de la naturaleza del suelo desde su aspecto formal —inscripción, nota o anotación.

En Canarias, la parcelación rústica recibe debido tratamiento jurídico en las Leyes de Ordenación Urbanística del Suelo Rústico y de Disciplina Urbanística y Territorial (LOUSR y LDU), que coordina aquella normativa con la legislación hipotecaria. En nuestra Comunidad, como hemos advertido, todos los tipos de suelo, incluido el rústico, a efectos de control de la legalidad, son objeto de una normativa homogénea. El territorio se concibe como un conjunto unitario (182), sin disfunción competencial alguna.

Definición legal: "Constituye el *suelo rústico* aquel que, bien por sus características naturales o culturales o bien por su potencialidad productiva dentro de la ordenación general de la economía, debe ser expresamente excluido del proceso urbanizador" (art. 3.2 LOUSR).

Como puede observarse, este artículo define el suelo rústico de forma subjetiva y con carácter negativo y parece amparar la consideración de

1987 (dice ésta: "Si toda división de fincas o segregación de porciones de una finca supone la creación de parcelas, no puede, sin embargo, afirmarse que ello implique una parcelación urbanística que es la operación que exige licencia"; *op. cit.*, pág. 160).

Dice el artículo 14 de la Ley de la Comunidad de Madrid: "2. Las parcelaciones rústicas deberán ser autorizadas por la Comisión de Urbanismo y Medio Ambiente, previo informe favorable de la Consejería de Agricultura y Ganadería del Ayuntamiento correspondiente. 3. Serán nulas de pleno derecho las parcelaciones rústicas que infrinjan lo dispuesto en los apartados anteriores". "Consecuencia de aquella exigencia —comenta GONZÁLEZ PÉREZ— es la prohibición a Notarios y Registradores de la Propiedad de autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos sin que se acredite el otorgamiento de licencia (art. 15.6 LDU Madrid)". "A diferencia del régimen de Cataluña, que se limita a exigir a los Notarios que adviertan a los otorgantes de una escritura de división de las responsabilidades en que incurren y a los Registradores de la Propiedad que hagan constar por nota marginal la falta de licencia (arts. 55-56 RPLUCat)" (v. *Comentarios a la Ley de Reforma*, cit., págs. 124-125).

Si entendemos que la coordinación legislación civil-legislación urbanística, realidad física-realidad jurídica, debe tener lugar a través del instrumento adecuado, la publicidad registral, el sistema de la Comunidad de Madrid revela su insuficiencia en orden a la protección de los consumidores, al cerrar la posibilidad de que el Registro publique la irregularidad urbanística, profundizando en la distanciación de ambas legislaciones, predicada por el Tribunal Supremo la validez civil del acto divisorio. El artículo 14.3 queda reducido al ámbito urbanístico. Nulidad urbanística de pleno derecho.

En Cataluña, la interpretación que del artículo 32 de la Ley de Protección de la Legalidad Urbanística hace GARCÍA GARCÍA (V. *supra*) se ha visto respaldada por los artículos 56 y 57 de su Reglamento (v. GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, t. I, pág. 963).

(182) El suelo rústico en Canarias ha sido estudiado con atención por GONZÁLEZ COLOMINA a lo largo de su citada obra, siendo merecedor su tratamiento jurídico de un juicio favorable.

A continuación seguimos básicamente mi estudio *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, págs. 15-16.

que la regla general en Canarias sea la de los suelos urbanizables y urbanos, imponiendo a la Administración la exclusión expresa de las áreas rústicas, sin recurrir a la fórmula tradicional de estimar suelo no urbanizable la superficie municipal resto después de la delimitación de las otras categorías de suelo. Serán, quizá, razones prácticas las que impulsaron al legislador, dada la diseminación de la población en algunas zonas y la aptitud turística de casi todo el territorio a determinar el suelo rústico mediante su exclusión expresa, que no se compadece con la declaración que recoge el párrafo 1.º del artículo 4 de la LOUSR ("La totalidad del territorio de los municipios que carezcan de planeamiento municipal tendrán la condición de suelo rústico a efectos de esta Ley").

Así pues, de la existencia de planeamiento y de su previsión concreta y expresa en orden a la autorización en suelo rústico de "construcciones, instalaciones o transformaciones de su naturaleza, uso y destino" (art. 9.1 LOUSR) deriva la aplicación de la regla general, positiva o negativa (arts. 3.2 y 4, párr. 1.º, LOUSR), de clasificación del suelo como rústico y la aplicación del régimen de silencio positivo o negativo [arts. 11.1.d) y 11.2.f) LOUSR] a la solicitud de licencias urbanísticas para la edificación en este tipo de suelo (art. 9 LOUSR) (183).

Esta concepción explica la deficiencia advertida por GONZÁLEZ COLOMINA en la clasificación canaria del suelo rústico (184). Es el planeamiento integral del territorio de cada municipio el que debe atribuir los usos de los distintos tipos de suelo rústico que la Ley establece. Categorización de carácter estático que, realizada por el Plan General o Insular, requiere para cualquier alteración de la preceptiva autorización (arts. 8 y 9 LOUSR).

Parcelaciones (actos de uso del suelo rústico):

"Artículo 6.º 1. Las parcelaciones, segregaciones o cualesquiera otros actos de división de fincas o predios en suelo rústico requerirá la *previa licencia municipal* otorgada conforme al ordenamiento jurídico.

2. Se **considera parcelación urbanística** la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes cuando pueda dar lugar a la constitución de **un núcleo de población**.

3. Las segregaciones o divisiones de fincas rústicas deberán ser autorizadas mediante licencia municipal, previo *informe favorable* de la Consejería competente en materia de agricultura.

(183) "Construcciones, instalaciones o transformación de su naturaleza, uso y destino".

(184) *Op. cit.*, pág. 68.

4. Cualquiera de los actos previstos en el número 1 requerirá *para su inscripción* en el Registro de la Propiedad la previa licencia municipal.

Los Notarios y Registradores de la Propiedad *exigirán* para autorizar e inscribir, respectivamente, *escrituras de división de terrenos* que se *acredite* el otorgamiento de la licencia, que los primeros deberán testimoniar en el documento.

En ningún caso se considerarán *solares* ni se permitirá *edificar* en ellos los lotes resultantes de una parcelación o reparcelación efectuadas con infracción de las disposiciones de este artículo o el que antecede —uso y aprovechamiento rústico legalmente establecido (art. 6 LOUSR).

"Se presumirá la existencia de parcelación o segregación cuando se enajenan partes *indivisas* de una *finca rústica*, con incorporación del *derecho de utilización exclusiva* de partes concretas de la misma, así como la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore el derecho de uso exclusivo sobre una parte del predio total" (art. 3 de la Orden de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Pesca de 9 de junio de 1987)

Edificaciones diseminadas [arts. 7 y 9.2.d)LOUSR]: Mientras no exista planeamiento municipal o especial, o insular en su caso, las edificaciones deberán reunir los siguientes requisitos:

1.º Tener carácter de *aislada*.

2.º No exceder de una planta en descampado y de dos en núcleos urbanos de población consolidados o asentamientos rurales existentes.

3.º Que las construcciones aisladas, fijas o móviles, destinadas a *vienda unifamiliar, agrícola y residencial* se ubiquen en los lugares donde no exista posibilidad de formación de un núcleo de población (previa autorización y siempre que no se trate de suelo rústico forestal o de cumbre ni tenga tipología de zona urbana, arts. 10.2 y 12.3 LOUSR).

Las características de las construcciones, instalaciones o alteración de uso se ajustarán a lo dispuesto en el específico planeamiento o, en su defecto, en el artículo 7 de esta Ley y disposiciones concordantes de la Ley del Suelo (art. 9.3 LOUSR).

4.º Que se siga el procedimiento que establece el artículo 11, siendo trámite previo a la concesión de la licencia municipal —de obras— la *inscripción registral* "de la superficie suficiente, *vinculada* a la edificación autorizada" (art. 11.3 LOUSR).

Y aunque exista planeamiento, la licencia de edificación se impone en virtud del citado artículo 11, con la particular vinculación de la superficie a la construcción proyectada en este último caso, que supone una medida

preventiva frente a la parcelación urbanística ilegal y tiende a impedir la formación de un núcleo urbano (art. 12.3 LOUSR). Esta disposición, verdaderamente excepcional en nuestro Derecho y que recuerda a la indivisibilidad de la parcela mínima de cultivo y de la explotación familiar agraria, modifica la legislación civil, a través de su publicidad registral, de su trascendencia real sustantiva, pasando a ser un mero requisito administrativo el supuesto legal de hecho de la concesión de la licencia a una efectiva vinculación real al legitimar la existencia misma de la edificación.

Su eficacia **jurídica** puede, sin embargo, cuestionarse. ¿Impide la división civil y la inscripción registral del acto divisorio? ¿Es un simple elemento de publicidad o vincula efectivamente ambos elementos? Pues bien, aplicando la doctrina de la Resolución de 1985, que antes comentábamos, a efectos registrales la vinculación sería impeditiva, ya que si la Dirección General postula su inoperancia en virtud de la propia legislación urbanística y de la alterabilidad del planeamiento, cuando la indivisibilidad no es origen contractual, sino administrativo, su operatividad sería incuestionable (interpretando aquella doctrina *sensu contrario*). Pero surge en seguida una dificultad, la que se deriva de la equiparación de esta situación a la de la indivisibilidad propia del concepto de parcela mínima, si bien ésta no contiene vinculación alguna. ¿Por qué su tratamiento es diferenciado? La primera diferencia la encontramos en la forma de constatar la vinculación. En un caso —**parcela mínima**—, su determinación es genérica, como medida superficial de aprovechamiento urbanístico, y su consecuencia será el señalamiento de cierto volumen edificable; en otro, es un requisito de la concesión de la licencia y supone la efectiva concreción del volumen. La segunda puede hallarse en la naturaleza de la vinculación, limitación administrativa positiva de volumen de una edificación proyectada, frente a la indivisibilidad, limitación negativa de superficie por razón de aptitud edificatoria de la parcela.

De estas diferencias, que no implican una prohibición civil de disponer y, por tanto, no prejuzgan la validez civil del acto divisorio, podemos, no obstante, extraer distintas consecuencias para el tráfico privado. En el caso de la división material de la finca vinculada a la parcela, la vinculación subsistirá sobre las nuevas fincas (determinante de la extensión volumétrica de su aprovechamiento edificatorio: el volumen está agotado), impidiendo, salvo licencia municipal expresa, la construcción sobre la misma. En el supuesto de la indivisibilidad, como el planeamiento complementa, a efectos sustantivos, la noción superficial de parcela con la de aprovechamiento o uso en función del volumen autorizado —**que no consta en el Registro**—, la división de la finca, sólo provocará extrarregistralmente la inaptitud **edificativa** de las nuevas parcelas o la necesidad ulterior de agrupar el volumen o uso de las mismas, si se quiere —y es un deber legal

sancionado con **expropiación**— ejercitar el *ius aedificandi*. Es decir, el acto civil de división no produce la división del aprovechamiento urbanístico, la división del uso, como aspecto sustantivo y público del planeamiento. Para el Derecho urbanístico, utilizando la terminología de la Resolución de 1985, la división civil, incluso la división **material** o física, es inoperante. Ni aumenta el aprovechamiento ni altera el uso legalmente fijado (definición o delimitación pública del contenido normal del derecho de propiedad) (185).

Así pues, en el primer caso la concreción del volumen se produce por vía de la vinculación, registralmente publicado (186), y en el segundo, esa especificación queda pendiente de la exclusiva actuación municipal a través del control preventivo que las licencias de obra suponen.

Otra singularidad del artículo 11.3 LOUSR puede destacarse. La vinculación de la edificación a la superficie suficiente de suelo supone la posibilidad de que el resto de la finca no quede vinculado, cuando sus proporciones así lo permitan, lo que significa, por razones del principio de especialidad, que esa porción vinculada debe deslindarse y una excepción

(185) Que presupone, claro está, la existencia del dominio y del *ius aedificandi*. Se trata de una intervención pública en la propiedad privada. "El marco jurídico —dice GONZÁLEZ COLOMINA— de la propiedad urbana viene señalado por la legislación del suelo, y la facultad o derecho a edificar queda *conformada* por el planeamiento urbanístico" (*op. cit.*, pág. 281).

Y señala en otro lugar: "El *ius aedificandi* contiene, por un lado, la edificabilidad del suelo, y, por otro, la existencia de un volumen mínimo de edificación que deba corresponderle al derecho de propiedad. Pero la Ley del Suelo no establece un mínimo de aprovechamiento que debe corresponderle a la propiedad del suelo en abstracto. *La Ley del Suelo no habla de derechos de propiedad, sino de suelo*. Se determinan las cualidades y características del suelo en cuanto objeto del derecho de propiedad" (*op. cit.*, págs. 156-157). Esto es, podría entenderse —como así lo entendemos— que el derecho de propiedad abarca el suelo, y el vuelo en concepción civil de nuestro Código y el planeamiento al determinar el aprovechamiento susceptible de aprovechamiento por cada titular (art. 11.2 y 16.1 LR) concreta ese derecho abstracto al volumen edificable que corresponde a todo propietario, con lo que el sistema de la Ley del Suelo de 1956 de establecimiento de un mínimo de edificabilidad, no es que suponga la desaparición del *ius aedificandi*, sino que se sustituye por una nueva fórmula de cálculo más perfecta. En ningún caso un propietario se verá privado de su derecho sin indemnización. Podrá calificarse su finca de suelo destinado a zona verde, pero ello trae como consecuencia su necesaria indemnización para evitar la discriminación que tal cualificación lleva consigo y la 'expropiación anómala' —**privación** a título singular— sin indemnización.

El planeamiento puede reducir el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación por su propietario a través del aprovechamiento tipo y del límite del artículo 16 de la Ley de Reforma —**redistribución** de plusvalías comunitarias—, pero nunca privar de la titularidad del bien sin indemnización (el propietario tenía derecho a edificar y se ha visto privado de él. Si no, no se comprende la indemnización).

(186) Disposición que se complementa, a su vez, con la genérica necesidad de licencia para otorgar e inscribir las obras nuevas tanto en suelo rústico como urbano, en virtud del artículo 4 de la Ley de Disciplina Urbanística, a diferencia del régimen del artículo 25.2, que sólo se refiere al suelo urbano y urbanizable.

al principio general de que no pueden concurrir derechos reales sobre partes determinadas de una finca sin la consiguiente segregación (excepción a la comunidad romana, tan sólo admitida dentro de la propiedad horizontal). Es decir, no se puede transmitir la edificación ni hipotecarla sin segregar la porción de suelo que ocupa (principio de accesión inmobiliaria), salvo en el caso del derecho de superficie, por ejemplo.

Conviene advertir, por último, cómo el artículo 11.3 citado, a pesar de la valoración negativa de la publicidad registral que contiene el precedente artículo 6.4, incluye la inscripción de la referida vinculación urbanística, precepto que patentiza, por un lado, la necesaria coordinación, y, por otro, la insuficiencia de la publicidad superior de las obligaciones y limitaciones legales *propter rem*, camino que sigue la LDU y la propia Ley de Reforma, dando cumplido desarrollo a la Disposición Transitoria 13 de la Ley del Suelo de 1975 y que responde a la exigencia del principio de seguridad jurídica de que "cualquier persona interesada pueda saber la exacta configuración urbanística de una finca determinada", como señaló REQUEJO (187).

En definitiva, la dicotomía legislación civil-legislación urbanística ha dejado de mostrar su formal paralelismo, para dar paso a una concepción unitaria de la relación jurídica total, definitoria de los límites intrínsecos y extrínsecos del dominio que se encauce de manera directa y positiva a través del Registro de la Propiedad como institución garante en nuestro sistema de la efectividad del principio de seguridad jurídico-inmobiliaria. Y todo ello sin perjuicio de la subsistencia de las características estructurales propias del Derecho privado y del Derecho público, y sin necesidad de recurrir a la forzada superposición legislativa que propugna la superioridad de este Derecho sobre aquel, velada fórmula de inseguridad.

GARCÍA GARCÍA (188), por su parte, propugna la coordinación entre ambos campos del Derecho, partiendo de la base de que "el Derecho hipotecario es Derecho civil y, en cambio, el Derecho urbanístico es Derecho administrativo". Y a "pesar de esa diferenciación esencial, la coordinación es necesaria no ya sólo desde el punto de vista práctico, sino también desde la perspectiva técnica, ya que, aunque sean dos ramas jurídicas completamente diferentes, lo cierto es que una y otra inciden en el derecho de propiedad"; y esta "doble incidencia debe contemplarse no mezclando la naturaleza de ambas instituciones y ramas jurídicas, sino manteniendo su separación y enfocando la coordinación a través del fenómeno tan actual de las relaciones interdisciplinarias".

"La colaboración y coordinación entre Registro y Urbanismo y la

(187) *Op. cit.*, pág. 26.

(188) *El Registro de la Propiedad y el Urbanismo*, op. cit., págs. 10 y 48.

conveniencia de que el Registro de la Propiedad publique los dos aspectos del acto, el civil y el urbanístico, adaptándose a la naturaleza de uno y otro, impone que el aspecto civil tenga acceso al Registro de modo definitivo a través del correspondiente asiento de inscripción y, en cambio, el aspecto urbanístico o administrativo (la falta de licencia) tenga acceso al Registro de modo transitorio y accesorio a través de una nota marginal de duración limitada en concordancia con la naturaleza de la ilegalidad urbanística".

Publicidad registral: La LDU complementa y desarrolla las disposiciones que hemos transcrito. Y de su integración normativa resulta el siguiente sistema sobre parcelaciones rústicas y urbanísticas:

1.º Los artículos 6.1 de la LOUSR, 4.1, inciso 1.º, y 4.1 .a) de la LDU y 3 de la Orden de 9-6-1987 sujetan al requisito de la licencia previa las parcelaciones urbanísticas en sentido estricto (art. 94 LS), y las parcelaciones, segregaciones o cualesquiera otros actos de división o adscripción de uso de fincas o predios en suelo rústico.

2.º La división de suelo urbano que no dé lugar a la formación de un núcleo de población por realizarse dentro del propio núcleo no está sujeta a licencia (art. 94 LS), ya que, a pesar del término genérico del artículo 13.1 de la LDU, el empleo por el mismo de la palabra 'parcelación' en relación al artículo 4.1, inciso 1.º, de la misma Ley, que se remite a los artículos 178 de la Ley del Suelo y 1 del Reglamento de Disciplina, y no establece el requisito de la licencia para la simple división, excluye otra interpretación. Conclusión que se ve reforzada por la reproducción que hace el artículo 6.2 del tradicional concepto de 'parcelación urbanística' (art. 94 LS).

3.º Conforme a los artículos 6.4 de la LOUSR y 13.1 de la LDU, el Notario y el Registrador de la Propiedad exigirán para otorgar las escrituras de parcelación (urbanística o rústica) y practicar las inscripciones respectivas la presentación de la correspondiente licencia municipal. En otro caso, la inscripción no podrá practicarse sin la extensión simultánea de una nota marginal 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 de Disciplina Urbanística" (art. 15.2).

La práctica de esta nota marginal, que da "publicidad frente a tercero de la trascendencia jurídica de esa carencia en la forma que determina el artículo 17" y que se hará constar en el título inscrito y en las certificaciones que se expidan, requiere, pues, dada su importancia, la advertencia previa al interesado o presentante. Es decir, primero se le pedirá la licencia y

luego se le advertirá de la gravedad de la posible irregularidad, de forma parecida a cómo GARCÍA GARCÍA interpreta el término 'circunstancias concurrentes' que recogen los artículos 32.2 de la Ley de Protección de la Legalidad Urbanística de Cataluña y 56 de su Reglamento con ocasión de la extensión de la nota marginal (189), pero haciendo especial y expreso hincapié en la trascendencia de la infracción (190).

4.º "En ningún caso se considerarán solares ni se permitirá edificar en ellos los lotes resultantes de una parcelación o reparcelación efectuadas con infracción de este artículo o el que antecede" (art. 6, pfo. final, LOUSR). Y dice el artículo 5: "1. Los actos de uso y aprovechamiento del suelo rústico conforme a su naturaleza, sin transformación del mismo y para su explotación agropecuaria y forestal, están sujetos exclusivamente a las limitaciones establecidas en la legislación civil y administrativa especial aplicable por razón de la materia. 2. Sólo la ordenación territorial y urbanística legitima la realización de cualesquiera otros actos y aprovechamientos distintos de los previstos en el artículo anterior, así como la de las instalaciones, construcciones o edificaciones que requiera el establecimiento o la explotación de estos últimos".

Los artículos 5 y 6, pues, extienden, como medida preventiva, el contenido del artículo 96.4 de la Ley del Suelo a las edificaciones en suelo rústico sobre los lotes resultantes de una división o sobre cualquier finca de esta naturaleza que, según veíamos, también requieren de la licencia previa e, incluso, dentro del marco del artículo 85 de esta última Ley, por virtud del artículo 9. Y parece deducirse del punto 2 del citado artículo 5 que esas instalaciones, construcciones o edificaciones son las de carácter no agrario, ya que dice para "el establecimiento o protección de estos últimos", es decir, de los actos y aprovechamientos distintos de los derivados de la "explotación agropecuaria o forestal".

Lo que sí está claro es que en nuestra Comunidad el refugio formal de las urbanizaciones privadas ilegales en la legislación agraria no puede darse. La disposición que contiene el artículo 44 de la LRYDA queda superada y complementada en el aspecto formal (art. 6.4) y en su ámbito material (art. 3 de la Orden de 9-6-87).

5.º Será rústico el suelo de los asentamientos rurales, y la realización

(189) *El Registro de la Propiedad y el Urbanismo...*, op. cit., págs. 51 y sígs.

(190) De la interpretación de este precepto resultaría el siguiente modelo de nota: "El acto a que se refiere la inscripción adjunta está sujeto a LICENCIA URBANÍSTICA, y no habiéndose acreditado su obtención se hace constar expresamente que esta finca está o puede estar en situación de IRREGULARIDAD, dando lugar las infracciones, que prevé la Ley 7/1990, a la imposición de las multas e indemnizaciones que establece en sus artículos 8, 45 y 53-65 a la responsabilidad del titular registral, según el artículo 39, y al procedimiento excepcional de urgencia que imponen los artículos 30-36. La LEGALIDAD de la situación urbanística de esta finca NO se acredita".

de construcciones e instalaciones previstas por el planeamiento en este especial núcleo de población está sujeta a autorización previa [art. 9.2.e) de la LOUSR], donde se expresará las características de la edificación. Ahora bien, si es cierto que todo tipo de construcciones en esta clase de suelo tiene un cierto carácter excepcional, según resulta del inciso primero del artículo 9, cuando no exista planeamiento en el municipio será imposible autorizar la obra por falta de concurrencia de uno de sus requisitos, que la letra e) cifra en la previsión del planeamiento. Restricción que puede carecer de justificación si no se procede con urgencia a la catalogación de esos asentamientos rurales, pues supone 'congelar' cualquier actividad edificatoria en los existentes. A menos que interpretemos que la autorización es reglada en este caso y discrecional, conforme al artículo 11.2, cuando no existe el planeamiento o, incluso, que la autorización sólo es exigible cuando éste se ha aprobado. Seguramente, la finalidad de esta Ley no es la supresión del control administrativo en ningún caso. No parece que su texto abogue por las excepciones.

Asientos registrales: En sentido general, puede decirse que existen dos clases o tipos de suelo de carácter estático: el suelo rústico y el suelo urbano —en especial el edificable—, y otro dinámico, el suelo urbanizable, programado y no programado, suelo en tránsito de convertirse en urbano. El suelo rústico, en principio, sin Plan General o Normas Subsidiarias, no puede transformarse en urbano, y éste, tampoco en rústico. Situación que desde la perspectiva registral aconseja un determinado tipo de asiento para cada caso, según la mutabilidad de su clarificación, a través de la distinción establecida entre asientos definitivos y provisionales.

Así, el tratamiento jurídico de la relación jurídico-urbanística, de la clasificación tipológica del suelo y de la calificación, cualificación y cuantificación de su uso deberá reflejarse según su propia naturaleza permanente o provisorio. En este sentido, GARCÍA GARCÍA y MANZANO SOLANO entienden que la nota marginal en cuanto constata un hecho objetivo y transitorio es el asiento adecuado para la constatación registral de la existencia o inexistencia de la licencia urbanística dada la transitoriedad de la irregularidad. La nota se sujeta, pues, a un plazo de caducidad. Dice MANZANO que "la nota marginal constata un hecho que puede afectar a un derecho registrado" (191).

La nota marginal, por su parte, puede también revelar con carácter permanente —sin plazo de caducidad— hechos jurídicos. De esta forma,

(191) A. MANZANO SOLANO: *Comunidad Autónoma de Andalucía: algunos aspectos de su normativa urbanística*, op. cit., págs. 197 y sigs., en especial pág. 224.

J. M. GARCÍA GARCÍA: *El Registro de la Propiedad y el Urbanismo...*, cit., págs. 41 y sigs. (art. 32.2 LPLU. Plazo de caducidad, cuatro años, págs. 49 y sigs.).

para una debida colaboración y coordinación institucional, parece el asiento adecuado para contener la clasificación urbanística del suelo y sus determinaciones específicas —volumen, uso...—, aunque alguno de sus tipos sean de naturaleza transitoria —suelo urbanizable—. La necesaria aprobación de un programa de actuación, de un plan parcial, de la modificación del plan general o del proyecto de delimitación del suelo urbano vigente para operar el cambio lo justifica.

Otras actuaciones disciplinarias y sancionadoras, sin embargo, tienen mejor cabida en el asiento de anotación preventiva —suspensión de licencia, declaración de ilegalidad...— o de cancelación —demolición de la obra nueva.

En Canarias, los artículos 13.3, 14.2.º, 15.2 y 16 de la LDU parecen referirse en todo caso a la nota marginal, si bien el punto 2 del último precepto y el artículo 17 hablan de 'anotaciones'. Es indudable que en este punto hubiera sido necesaria una mayor precisión técnica, ya que de la naturaleza del hecho jurídico o acto administrativo deriva la idoneidad del asiento a practicar.

La nota marginal es la adecuada para hacer constar en el Registro los extremos que recogen los artículos 13.3, 14.2.º y 15.2 de la LDU, un hecho jurídico. Pero para los actos administrativos que relaciona el artículo 16, el asiento preciso es la anotación preventiva, resultado de la transitoriedad de su contenido. No obstante, de ello no resulta obstáculo alguno para practicar el asiento que corresponda, puesto que la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1984, al tratar del problema de la competencia urbanística autonómica, reserva a la legislación hipotecaria la determinación de la forma y circunstancias del asiento a practicar.

Se echa en falta, por otro lado, la regulación de la caducidad de los asientos para los supuestos de medidas provisionales. Sólo se habla de caducidad en el artículo 15.2, y no se expresa el plazo. Tal vez cuatro años por analogía con las anotaciones, como entiende GARCÍA GARCÍA (192).

La Ley de Reforma, sin embargo, en su disposición adicional 10 sí profundiza en esta materia, desplazando la legislación autonómica 'contradictoria' (que invadió la competencia o extrajo los principios básicos de la legislación estatal con tal naturaleza o carácter). Establece esta nueva Ley una regla general y una excepción. La regla general es la nota marginal, y la excepción, la anotación preventiva, que se reserva para la constatación registral de la incoación de expedientes de disciplina urbanística y de la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda

(192) *Op. cit.*, págs. 49-51. Alude a la regla general del artículo 86 de la Ley Hipotecaria para las anotaciones y su posible aplicación analógica.

la anulación de instrumentos de planeamiento, de instrumentos de ejecución del mismo o de licencias.

Por otro lado, hemos de advertir, finalmente, que en materia de parcelaciones urbanísticas y rústicas se plantea el mismo problema formal que en el ámbito de la edificación, puesto que la existente libertad en la forma de acreditar la obtención de licencia, que hace gravitar en la responsabilidad de la propia Administración la efectividad del sistema, obliga al contraste entre la licencia obtenida y la operación realizada, presupuesto al que los artículos 96.3 de la Ley del Suelo, 6 de la LOUSR y 13.1 de la LDU no atienden, de tal suerte que sólo el artículo 15.2 de esta última disposición puede resolver la cuestión capital de la congruencia entre licencia y acto divisorio, resultado de la calificación registral. En principio, pues, acreditar el otorgamiento de licencia por certificación de acuerdo municipal de concesión, sin especificar la extensión y ubicación de las parcelas, no supone que la parcelación que la escritura revela sea la misma que la licencia autorizó. Y si se pretende, por simple lógica normativa, esa efectiva adecuación o el otorgamiento de la escritura es anterior a la licencia o el documento acreditativo de su obtención debe ser ulterior y referirse a la misma escritura o de expresar en su contenido la descripción pormenorizada de las parcelas objeto del acto civil.

En nuestra Comunidad, el artículo 15.2 ha desarrollado el efectivo control de la parcelación a través de la solicitud expresa del Registrador de esa adecuación e incluso de su innecesariedad, donde el Ayuntamiento, con referencia a la escritura pública concreta de parcelación, certifica de la conformidad del acto civil con la licencia y con el planeamiento. Lo que demuestra la insuficiencia del sistema negativo de control que el artículo 96.3 de la Ley del Suelo impuso y la necesaria interpretación armonizadora de las legislaciones autonómicas. De nada sirve a estos efectos sujetar el acto material a licencia y prohibir de hecho, por medio del artículo 96.3, el cumplimiento de la obligación privada del artículo 1.280 del Código Civil que establece la escritura pública como forma de los negocios jurídico-inmobiliarios si no se articula un medio de coordinación entre las licencias y éstos y no se impide la vía judicial del artículo 1.279 del mismo Código, sin entrar el problema advertido de la adecuación de la escritura a la licencia como deber administrativo que requiere un contenido determinado en el documento acreditativo de la obtención de aquéllas, que aconseja por su amplitud —incluye la verificación preventiva de su necesidad— y virtualidad adoptar la solución de nuestra legislación autonómica para que el tráfico jurídico no se vea privado de la agilidad que le es propia. Si a la Administración le preocupa el acto civil, el momento de controlarlo es cuando accede al Registro de la Propiedad.

III. DECLARACION DE OBRA NUEVA

En este apartado hemos de partir de dos consideraciones previas, con vieja tradición en nuestras disposiciones legales. El principio de accesión inmobiliaria y la distinción entre ejecución de la obra y declaración privada, en forma pública, de su realización, por un lado, y la imposibilidad de creación por los propietarios del suelo de nuevos núcleos de población, por otro (193).

Por lo que al principio general de accesión, expresado en los dos aforismos romanos de *accessorium sequitur principale* y *superficie solo cedit* (194) se refiere, se establece la presunción *iuris tantum* de que el propietario del suelo es asimismo dueño de la edificación. Presunción que recoge en la actualidad el artículo 359 del Código Civil dentro del régimen jurídico que disponen los artículos 358 y siguientes.

El principio de accesión, en nuestro ordenamiento, tiene encomendada una importante función, cual es el establecimiento de una regla general de seguridad jurídica, en orden a la clarificación de las titularidades, en su aspecto positivo, de atribución dominical dentro de los modos de adquirir el derecho de propiedad (art. 353 CC), y en su aspecto negativo, que se representa en la imputación del régimen de responsabilidad pública y privada. Y ello sin perjuicio del tratamiento legal de las situaciones de comunidad, particularmente de comunidad romana. Por lo que su derogación y su especial trascendencia jurídica no puede resultar de una simple interpretación. Tiene que resultar de un precepto claro y preciso, continente a su vez de todo un nuevo sistema de titularidad y responsabilidad inmobiliarias, justificado en un interés general superior, de difícil fundamentación apriorística y constitucional si pensamos en el tipo de propiedad a que la Constitución se refiere cuando utiliza con precisión jurídica el concepto preexistente de dominio, aunque a esto pueda oponerse la noción de propiedad como valor económico que emplea BARNÉS VÁZQUEZ (195).

En la doctrina, ALONSO PÉREZ (196) destaca cómo la "Dirección Ge-

(193) Obviamos cualquier comentario en este punto y nos remitimos al Anexo III, Apéndice documental, sobre nuevos 'poblamientos'.

(194) En caso de edificación, se considera casa principal al suelo y cosa accesorio a aquella 'superficie sólo cedit'. Este principio tiene dos excepciones genéricas: el derecho de superficie y la accesión invertida —que contuvo el antiguo art. 1.404 CC—, y una específica relativa a las aguas, propia de la legislación histórica de Canarias, según la cual se considera cosa principal al agua y accesorio el suelo. Excepción que tiende a desaparecer en virtud del plazo de setenta y cinco años que la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 12/1990, de 26 de julio, de aguas otorga a la existencia de las aguas privadas.

(195) Véase *supra*, op. cit., págs. 291 y 323.

(196) M. ALONSO PÉREZ: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. V, vol. I, ed. Edersa, Madrid, 1980, págs. 192 y sigs. En especial, para la cita, pág. 232.

neral de los Registros, fiel intérprete de estos preceptos legales (arts. 350, 358 y 359), no duda en señalar que 'preceptos que en el Código Civil regulan la edificación o accesión industrial en bienes inmuebles responden al propósito de conferir a un solo titular el dominio de la finca; y así lo pone de relieve el artículo 358, con el que trata de evitar situaciones anormales de condominio..., coexistencia de una propiedad del suelo y otra distinta sobre el vuelo o derecho de superficie que, como excepciones, deberían... pactarse expresamente y, por tanto, cuando las obras no han sido hechas o costeadas por el propietario del suelo, sólo se produce en general un derecho personal a la indemnización en favor del constructor' (R. 19-5-52). La Dirección General recoge parte de la fundamentación jurídica que la accesión tuvo en Roma: evitar en lo posible situaciones de condominio y la existencia de propiedades distintas del suelo y vuelo, con los problemas que ello implica".

Desde un punto de vista dogmático, ALONSO PÉREZ señala que de la rigidez del principio de accesión podría llegarse a "un anacronismo, pues en nuestros días es frecuente que la tierra, en un plano funcional, sea un accesorio". "Se propugna no sólo la atenuación en muchos aspectos del principio —*superficiesolo cedit*—, sino su inversión absoluta (*solum superficie cedit*), ya que el criterio clásico de la accesión responde a una concepción individualista y quiritaria de la propiedad, opuesta a la moderna legislación urbanística y a las técnicas de la agricultura moderna". No "se propugna suprimir el instituto de la accesión, que se fundamenta por sí mismo, sino invertir los términos de la ecuación para detectar 'lo principal' en la creación de riqueza socialmente útil, en la llamada 'propiedad-creación', y no en el estático dominio del suelo o 'propiedad-posesión'. Algo que con muy buen criterio ha consagrado el Código Civil portugués en el artículo 1.340".

"La derogación del principio de accesión en beneficio del suelo o, lo que es igual, las excepciones al principio *superficie solo cedit* consagrado en el artículo 358 del Código Civil, tienen lugar por dos vías: a) Por aquellas instituciones o pactos que mantienen separadas las propiedades del suelo y del vuelo (*paralización de la accesión*), y b) Por la vía de estimar elemento principal las incorporaciones (construcciones o plantaciones) y accesorio el suelo sobre el que aquéllas descansan (*inversión de la accesión*)" (197). El TS (S. 27-5-50) y la DG (R. 19-5-52), que reconocen la aplicación directa y obligatoria del artículo 358 y su carácter imperativo, lo hacen siempre y cuando, con arreglo a las restantes disposiciones legales, no exista "una estipulación contraria que la paralice", y que requiere de la

(197) El artículo 1.404,2 del Código Civil, accesión invertida en la sociedad de gananciales, ha sido derogado.

aplicación de la teoría del título y del modo (derechos de superficie, propiedad horizontal, derecho de vuelo o sobreelevación...). A este planteamiento responde, sin duda, la presunción *iuris tantum* que recoge el artículo 359 del Código Civil.

Lo que ocurre en realidad es que, desde el punto de vista de la seguridad jurídica inmobiliaria, siempre que no conste en el Registro la inscripción de un derecho superficiario o de una comunidad, ordinario o especial, sobre el suelo, la accesión debe operar directamente, conforme a los artículos 358 y 359 del Código Civil, y sin perjuicio de los artículos 110 y 112 de la Ley Hipotecaria, con la eficacia de los artículos 32 y 34 de ésta. Otra formulación sería distorsionante en aras de esa seguridad, ya que si el titular registral, responsable activa y pasivamente por razón del derecho de propiedad, no lo fuera del edificio en virtud del principio de accesión, como modo de adquirir el dominio y no obstante del derecho personal del constructor o del dueño de los materiales, por el mero hecho de levantar la edificación, las consecuencias negativas jurídico-privadas serían imprevisibles (incluso desde la perspectiva de la imputabilidad urbanística, a efectos de expropiación-sanción). La paralización del principio de accesión debe venir dada en virtud de justo título, oponible al titular registral por su inscripción. Y sin que de ello pueda extraerse la consecuencia de que la condición general de ALONSO PÉREZ no sea cierta, sino por la necesidad que impone el principio de seguridad jurídica inmobiliaria. Si se rompe la relación causal en el modo de adquirir la edificación, la realidad extrarregistral sería para el consumidor inalcanzable (198). Es la estabilidad del suelo, y no su valor económico, la que aconseja su estimación jurídica de cosa principal.

La fortaleza del principio de accesión, en el plano hipotecario, se patentiza en la Resolución de 29-5-1965, que estima que el "artículo 20 de la Ley Hipotecaria no constituye obstáculo para la inscripción de una declaración de obra nueva realizada por titulares anteriores, ya que el derecho del transferente aparece inscrito al estarlo el inmueble sobre el que la obra nueva se asienta, siendo aquél la entidad finca y no las construcciones, que por sí solas, separadas del terreno que les sirve de soporte, carecen de virtualidad para abrir folio registral". Y por esto la "inscripción en el Registro de la Propiedad de una obra nueva no acredita de manera

(198) Téngase en cuenta que ALONSO PÉREZ señala que la inversión de la accesión no supone el establecimiento de un modo originario de adquirir, sino la concurrencia del título y del modo. Por tanto, no deja de ser una excepción a la regla general.

Pero las relaciones entre propietarios del suelo y constructor difícilmente puede dar lugar, en base a una actividad clandestina u oficiosa, a la adquisición de aquél como consecuencia del principio de accesión.

inexcusable que hasta ese momento no hubiera tenido realidad tal obra" (STS 6-6-74) (199).

La distinción entre ejecución de obra nueva y declaración, por su parte, es de especial interés si tenemos en cuenta que esa realización material es el acto que el Derecho público, e históricamente el Derecho privado, por razones de interés público, sujeta a una serie de limitaciones extrínsecas e intrínsecas. Esto es, en su oportunidad, según la clase de suelo donde se realice, forma, volumen y plazo. La declaración, sin embargo, es el acto formal de naturaleza civil por la que el propietario manifiesta esa realidad física, proyectada o existente. La ejecución de la obra, en cuanto transforma esa realidad, siempre ha sido objeto, y sobre todo dentro del núcleo urbano, de una puntual atención, en base a protección de los intereses generales o particulares que pueden verse afectados.

El Título XXXII de la Partida III, "De las labores", contiene una serie de disposiciones sobre las obras nuevas, siendo destacable la subsistencia actual de un término jurídico de tanta raigambre histórica en nuestro Derecho (200).

Las Partidas fundamentan la regulación de esta materia en su primer párrafo, señalando que "se hacen algunas nuevas labores, como casas, torres, castillos y otros edificios, de que se agravian los vecinos como hechas en su perjuicio". Y en la Ley 1 define su concepto: "Labor nueva es toda obra hecha por cimiento nuevo en suelo de tierra; y también la comenzada sobre cimiento, muro u otro edificio antiguo, por la cual se muda su anterior forma, labrando, edificando o sacando de él algunas cosas". A continuación añade la posibilidad de que la denuncie ante el Juez cualquier perjudicado.

Asimismo, podemos recoger, entre otras disposiciones, las siguientes: "La obra nueva hecha en plaza, calle ó exido comun de algun lugar sin otorgamiento de su concejo ó del Rey, puede ser denunciada por qualquiera del pueblo" (Ley 3). "Y si el denunciado vendiere a otro el lugar de la obra nueva sin hacerle saber la denuncia, le obsta al comprador; pero será obligado aquél a reintegrarle los daños y perjuicios originados" (Ley 6). La obra, además, le obliga a su mantenimiento y no existe limitación de altura "con tal que no descubra mucho las casas" de los vecinos (Ley 25).

Como puede observarse, estas antiguas disposiciones encierran algunos

(199) B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *índices de la Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 1925-1984, t. I, pág. 967, y t. II, pág. 1.460, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1986.

(200) *Op. cit.*, págs. 388 y sigs. Utilizo el extracto del licenciado DE LA REGUERA (ed. Madrid 1799, imp. Vda. e Hijo de Marín).

conceptos plenamente vigentes. Ahora bien, sobre esa distinción, ejecución y declaración de obra nueva, volvamos a nuestro tema.

Partiendo del presupuesto de la clasificación general del suelo, habría que referirse por separado a las obras nuevas sobre suelo rústico y sobre suelo urbano, ya que la Ley del Suelo sujeta éstas a dos requisitos previos: la condición de solar o suelo urbano edificable de la superficie sobre la que se levanta y la licencia urbanística como control de la efectiva ejecución del planeamiento. Es decir, debe controlarse la idoneidad de la obra proyectada en función del uso del suelo, del cumplimiento de los deberes urbanísticos —**principio** de equidistribución de cargas y aprovechamientos—, de la tipología y del volumen autorizado.

Respecto de las obras en suelo rústico, vimos con anterioridad las disposiciones estatales (art. 85 LS) y autonómicas (art. 11 LDU), con referencia a la necesaria autorización previa de las mismas (201).

Al lado de la clasificación urbanística del suelo, dentro del estudio de la relación jurídica total, debemos referirnos ahora al aspecto civil e hipotecario y a la coordinación entre ambas disciplinas, ya que, como dice GARCÍA GARCÍA, para evitar la quiebra del sistema —**civil y urbanístico**— no puede desconocerse la regulación de las situaciones interdisciplinarias, esto es, las interferencias ordinamentales (202).

La referencia, en definitiva, de ese aspecto civil de la relación supone el análisis de la naturaleza **jurídico-privada** de la realización de la obra y su reflejo registral. La realización de la obra, con independencia del derecho-deber de edificar sobre un solar o sobre suelo rústico con expresa autorización (aspecto urbanístico de la relación), es el resultado del ejercicio de la facultad de goce que corresponde al propietario del suelo; es la consecuencia, pues, de la materialización del *ius aedificandi* que potencialmente reside en el núcleo dominical mínimo. Y el propietario del suelo hace suya la obra directamente, *ex iure civile*, en virtud del principio de accesión inmobiliaria (arts. 358 y 359 CC). La ejecución material de la obra, **fundamentada** en un derecho preexistente, físicamente revela una alteración del contenido y estructura de la finca, con independencia de su carácter económico accesorio o principal en relación al suelo por razón del destino. La **edificación**, pues, es un hecho, y un hecho jurídico, en cuanto determina el grado de cumplimiento de una serie de obligaciones públicas y de responsabilidad patrimonial de su titular. Y como tal hecho

(201) Véanse ops. cit., M. IRIBARREN GOICOECHEANDÍA: *La calificación de solar como requisito de la edificación*; C. PAREJA LOZANO: *Régimen del suelo no urbanizable*; V. GONZÁLEZ COLOMINA: *Régimen jurídico del espacio rural*, y A. CARCELLER FERNÁNDEZ: *Manual de disciplina urbanística* (ed. Tecnos, Madrid, 1983).

(202) J. M. GARCÍA GARCÍA: *El Registro de la Propiedad y el Urbanismo*, cit., pág. 10.

físico de trascendencia **jurídico-real**, puede acceder al Registro de la Propiedad, lo que presupone su debida documentación. Es decir, esa realidad material debe expresarse formalmente para obtener un determinado reflejo planimétrico (Catastro) o tabular (Registro), bien directamente por su titular (declaración de obra nueva), bien mediatamente a través de una contienda judicial (sentencia) o de una actividad pública (levantamiento del plano catastral).

La ejecución de la obra, como hecho jurídico, producirá efectos, al margen o por consecuencia del ejercicio de una actividad legalmente limitada, al margen de su legitimidad. De ésta depende su subsistencia material, pero no su existencia física. Si se requiere a un Notario para que levante un acta de presencia, la realidad quedará plasmada en un documento público, sin perjuicio de su idoneidad y eficacia en función de la finalidad jurídica que persiga el requirente (203).

La validez civil del acto material de ejecución de la obra y su posible intrascendencia urbanística ha sido destacada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 16 de noviembre de 1981 (204). En cuanto al ámbito de las disposiciones administrativas, porque a pesar de que el artículo 76 de la Ley del Suelo "establece que en el ejercicio de las facultades dominicales el propietario habrá de acomodarse a lo ordenado en esta Ley teniendo en cuenta siempre la clasificación urbanística de los terrenos", distinguiendo entre suelo urbano, suelo urbanizable y suelo no urbanizable, según exista o no Plan General en el respectivo municipio, "ya que las normas de ordenación urbana, tanto si se entiende que constituyen el contenido normal de la propiedad urbana (art. 87 LS) como si se estiman simples limitaciones legales del dominio (arts. 348 CC, 57, 58 y 88 LS), es lo cierto que *en todo caso* se han de aplicar, por definición, solamente a la propiedad urbana, o sea, al suelo calificado de urbano o urbanizable programado, pero no al suelo calificado de urbanizable no programado o de no urbanizable que tiene un uso agrícola, forestal o ganadero". En cuanto al ámbito de la competencia,

(203) No obstante, las sanciones y la actuación —acción de restablecimiento del orden físico infringido: **demolición**— que correspondan, en principio, a efectos fiscales, la obra realizada tendrá carácter urbano en la fijación de la base liquidable —valor catastral— de los impuestos de bienes inmuebles, de patrimonio y de la renta de las personas físicas.

El artículo 25.2 de la Ley de Reforma prohíbe al Notario el otorgamiento de la escritura pública de declaración de obra nueva sin la simultánea presentación testimonio de la licencia en suelo urbano y urbanizable (v. *infra*). Nada se dice del acta. El Notario, a primera vista, no se podrá negar a su otorgamiento, aunque no trascienda registralmente (art. 25.2). Dificilmente apreciará fraude de Ley o negocio indirecto, habida cuenta de la excepcionalidad de la norma y su carácter penalizador, en cuanto restringe la libertad de las manifestaciones privadas y el acceso a un servicio público.

(204) AMORÓS Y PAU: *Jurisprudencia registral*, op. cit., págs. 419 y sigs.

porque "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 185 se previene la forma de actuar de la Administración a través de los 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 en contravención de las normas existentes"; y "al ser, pues, de *competencia exclusiva* de las autoridades municipales y urbanísticas el velar por el cumplimiento de las normas de edificación, no corresponde al Notario el autorizar las escrituras de declaración de obra nueva, ni tampoco al Registrador al ejercitar su función calificadoras el entrar en el examen de esta materia, ya que la *posible infracción se produce no por el hecho de otorgarse la declaración de obra nueva, sino porque la construcción no se adaptó a lo ordenado en el planeamiento*; y como además, del contenido de los artículos 57 y 88 de la Ley se infiere que las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en detalle, proyecto, normas y ordenanzas tienen *fuerza de Ley* y obligan a su cumplimiento a todos los adquirentes del inmueble, y de ahí, por tanto, su *naturaleza de limitaciones legales*, lo que origina que la *inscripción* en el Registro de la obra nueva *no perjudique u obstaculice la posible actuación sancionadora de la infracción urbanística*". "Y, por otro lado, hay que tener en cuenta que la constancia registral de haberse expedido la licencia puede originar en el tercero la *creencia de estar sanadas las posibles infracciones* que pudieran existir, lo que no es así dado el contenido del citado artículo 88 de la Ley del Suelo, que permite hacer efectivos en los sucesivos titulares de las fincas todos los deberes o imperativos derivados del planeamiento".

De esta Resolución extraigo la conclusión apuntada, validez civil del acto material de la construcción y posible ineficacia urbanística, por las siguientes razones:

1.^a El carácter sustantivo del planeamiento y su fuerza de Ley se imponen, incluso, aunque exista licencia. Es decir, el ejercicio del derecho de propiedad dentro del cauce de las normas urbanísticas, que presuponen el *ius aedificandi*, supone un uso proyectado en su forma, plazo e intensidad, por encima del contenido de la licencia. Aspecto éste que remarca su carácter declarativo. Declarativo y reglado: conformidad de la edificación con el planeamiento, tanto del proyecto —control previo: licencia— como de la ejecución —control ulterior: licencia de primera utilización de los edificios y cédula de habitabilidad— (205).

(205) Algunos autores defienden el carácter atributivo del planeamiento en orden a la concesión *ex novo* del derecho a edificar, pero *ninguno*, que yo sepa, puede defender el carácter constitutivo de la licencia, válida o nula en función de su conformidad al

2.^a La actuación administrativa, por razón de la competencia, ignora la situación civil, la realidad civil o física. La Administración evalúa la conformidad de la obra, incluso gradúa el cumplimiento de los deberes urbanísticos, con independencia de su titular (obligación *propter rem*). Este sólo aparece a efectos sancionadores (multa, expropiación-sanción, venta forzosa). La responsabilidad urbanística es fundamentalmente una responsabilidad objetiva.

3.^a Esta situación, la imperatividad *erga omnes* del planeamiento, frente al propietario, frente al tercero y frente a la propia Administración urbanística, genera inseguridad jurídica, ya que ni siquiera la licencia garantiza la permanencia de la obra. Y por ello se establece un plazo de prescripción de las acciones administrativas. La fortaleza de esa intervención está —y tiene que estar— limitada en el tiempo.

4.^a La constatación registral de la existencia o inexistencia de la licencia no confunde ni perjudica a tercero en la misma medida que exprese el alcance de la publicidad. Una cosa es la inscripción sin más, como venía ocurriendo hasta ahora, de la obra nueva, exista o no licencia, y otra bien distinta es que el asiento refleje la extensión de esa constatación.

5.^a La realidad sustantiva no se ve alterada por el artículo 25.2 de la Ley de Reforma. Esa conformidad o disconformidad con el planeamiento de la edificación o idoneidad según la clase del suelo y el uso a que se destina, sea urbano, urbanizable o rústico, es de tal trascendencia jurídica que, no obstante la naturaleza de 'limitación legal' que la Resolución de 1981 le reconoce, al propietario, al tercero y a la Administración no lo es indiferente.

De la existencia de la licencia, en caso de disconformidad con el planeamiento, deriva nada menos que la responsabilidad del Ayuntamiento. La inscripción, al hacer constar la existencia de la licencia, salvaguarda el contenido económico del derecho de propiedad.

De la inexistencia o insuficiencia de la licencia, en caso de conformidad con el planeamiento, deriva, por su parte, la imposición de sanciones urbanísticas —actuación ilegal—, y en caso de disconformidad, la posible demolición de la obra.

Si del Registro, pues, no resulta la existencia de la edificación y la forma en que ésta se ha realizado, su realidad física perturba la situación jurídica y régimen de responsabilidades. La publicidad, frente a la clandestinidad, de la irregularidad urbanística protege no al propietario, sino los intereses de la Administración y del consumidor o tercero, coadyuba

planeamiento, condición que está reñida con tal naturaleza, y más aún si la conectamos con la prescripción y el silencio administrativo positivo.

al restablecimiento de la legalidad. Colaboración que, aparte de la coordinación realidad física-realidad jurídica que se logra, no puede ser indiferente para la Administración, aunque cuente con los grandes medios y competencias que la Resolución de 1981 destaca.

Esa colaboración y coordinación, para nosotros, en un Estado moderno donde toda la actuación pública y privada está fuertemente tecnificada, es un imperativo de seguridad jurídica, y más aún cuando el principio de accesión **como** modo originario de adquisición del dominio sigue vigente. Accesión que si bien en su momento se incluyó en el Código Civil por razón del contenido positivo del derecho de propiedad, hoy debe permanecer por razón de su contenido negativo o de responsabilidad.

Por todo ello, si el acto sujeto a licencia después de la Ley de Reforma sigue siendo la ejecución material de la edificación, cabe entender que no se ha modificado ni a efectos civiles, ni siquiera urbanísticos, la naturaleza jurídica de la actividad; y en consecuencia, si pensamos en Registro como un medio de publicidad inmobiliaria y en el carácter voluntario de norma básica del artículo 25.2 de esa nueva Ley, los requisitos que deben acompañar al acto formal de manifestación o declaración de la obra nueva realizada deben justificarse en las nociones de colaboración expresadas y la posibilidad de la publicación de la irregularidad urbanística del artículo 15.2 de la LDU en las de coordinación de la realidad física con la realidad jurídica, en cuanto la medida protege los intereses superiores de la Administración y del consumidor o tercero. En este punto, pues, mi opinión no coincide con la de LASO MARTÍNEZ, y no lo hace por desestimar su razonamiento —**debe** privarse de la protección registral a los actos ilícitos o ilegales **urbanísticamente**—, sino por reafirmar su fundamentación. Dada la especial naturaleza y eficacia de las normas de ordenación de la propiedad urbana, el principio de seguridad jurídica requiere que la duplicidad de legislaciones, administrativa y civil, y corolario, notarial e hipotecaria no provoque la duplicidad de la publicidad inmobiliaria, ya que el conocimiento de la situación urbanística regular e irregular de las fincas es un dato de capital importancia para el consumidor que puede contar con la colaboración de la calificación registral para el conocimiento de la relación jurídica total en la medida que protege la legalidad y publica —o desprotege— la irregularidad, ilicitud e ilegalidad (206).

(206) LASO MARTÍNEZ: "La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 601/1990 (nov.-dic.), págs. 521 y sigs. En particular, págs. 526-527: "Con la exigencia de la licencia y la certificación, tanto para **inscribir** las obras nuevas en construcción como las ya terminadas, el Registro de la Propiedad asume un papel central en el fortalecimiento de la legalidad urbanística, ya que todo el proceso urbanístico desemboca como punto final de llegada en la construcción". "La razón es bien sencilla: la institución registral es parte de la estructura del

Señala LASO (207) que, a diferencia de lo que ocurre con las parcelaciones urbanísticas, en que "la venta resultante de una parcelación ilegal es un negocio jurídico que no ha sido tachado de civilmente nulo por el legislador" y, por tanto, cabe la inscripción dejando 'afecta' la finca por nota marginal a los efectos de esa actuación ilegal (208), esta interpretación —ilicitud a efectos urbanísticos— no es aplicable a la declaración de obra nueva, porque la obra nueva tiene por finalidad constatar un hecho que para acceder al sistema registral tiene que estar legitimado por la licencia". Indudablemente, la obra nueva es un hecho, y como tal no prejuzga su validez civil ni su eficacia administrativa.

El artículo 25.2, en consecuencia, a nuestro juicio, no altera la naturaleza y la trascendencia jurídicas del acto material de la realización de la obra nueva, y menos aún el de su declaración. La edificación estaba y está igualmente sujeta a licencia en virtud de los artículos 178 de la Ley del Suelo y 20 de la Ley de Reforma, por lo que si antes era inscribible la declaración, sin que fuera obstáculo los artículos 18 ó 33 de la Ley Hipotecaria, que hablan de la validez de los actos inscribibles (209), en la propia doctrina de la Dirección General (R. 1981), ahora la situación es la misma, desde el punto de vista sustantivo, en su aspecto civil y urbanístico, no obstante la oportunidad expresada de la disposición que el referido artículo 25.2 contiene y que se incardina, por su naturaleza básica, en el posible régimen de publicidad de la irregularidad urbanística como medio de coordinación de la realidad física y jurídica, dando especial fortaleza a la actuación administrativa y solucionando los graves problemas prácticos a que la formalidad de la norma puede llevar —licencias nulas, insuficien-

Estado de Derecho proclamado por la Constitución, del mismo modo que lo es institución notarial. Al formar parte ambas de la institución de un Estado de derecho, no es concebible que alcancen protección ante ellas actos que se aconsejan a su régimen si estos actos carecen de legitimidad en cualquiera de los ámbitos de que procedan, como lo es el urbanístico". Por esta razón, precisamente, entiendo que el Registro si publica la irregularidad extrae del sistema de protección registral el acto no obstante la validez civil y el principio de accesión inmobiliaria, evitando la clandestinidad.

(207) *Op. cit.* nota anterior, págs. 529-530 (nota 4).

(208) No sé si en su pensamiento la viabilidad de la aplicación del sistema de publicidad de la irregularidad urbanística —positivo o de la nota *marginal*— obedece exclusivamente a la existencia de un negocio jurídico bilateral cual es la compra-venta, y se desaconseja cuando el acto divisorio no va seguido de ese contrato o es un presupuesto de la finalidad de toda parcelación —transmitir las parcelas creando un núcleo ilegal de población— y por eso ignora el acto de administración, que aunque puede ser previo y puede acceder al Registro por separado, no puede desconectarse de esa finalidad cualificadora de la ilegalidad.

(209) Incluso el 18 de la validez de los actos dispositivos y no de los declarativos, como la obra nueva, a diferencia de los artículos 94 y 96.3 de la Ley del Suelo, que sí parece presuponer un acto final (v. *supra*) dispositivo en cuanto la creación de un nuevo núcleo de población encierra una pluralidad de propietario o usuarios.

tes, incongruentes, innecesariedad, declaraciones nuevas de obra vieja, prescripción, silencio positivo—. Sin hablar de las lógicas excepciones que hasta el Derecho italiano formula después de declarar la nulidad de pleno derecho del acto y con independencia de su forma, pública o privada, en favor de los derechos de garantía y servidumbre (*vid. supra*).

Si el deslinde validez civil e ilicitud urbanística puede predicarse respecto del artículo 94 de la Ley del Suelo, con mayor razón cabe en este caso, que ni siquiera se ha cuestionado jurisprudencialmente y revela un hecho jurídico y un modo —la *accesión*— de adquirir el dominio y la responsabilidad personal y patrimonial que *supone*, protegido o desprotegido del amparo registral en función de la aportación de licencia, pero siempre susceptible de publicidad.

En este punto cabría aplicar, con carácter general, lo que GONZÁLEZ PÉREZ refiere a licencias urbanísticas. "La irregularidad no determina la ineficacia del acto, sino la producción de otros efectos anormales. El acto irregular producirá todos sus efectos normales, aun cuando se constate el vicio o vicios en que haya incurrido. Los vicios darán lugar únicamente a otros efectos no normales". Entre ellos la restauración del orden físico y jurídico infringido —*demolición*— (210). Sería, a nuestro entender, inútil desconocer la existencia de una realidad material que, aunque irregular y 'clandestina' (211), puede provocar la producción de efectos anormales. Se publicaría, paradójicamente, los efectos del acto potencialmente ineficaz.

Y si el problema trasciende a las jurisprudencias civil e hipotecaria, que desconocen la ilicitud urbanística en las pretensiones de las partes, como prueban las Sentencias del Tribunal Supremo de 13-5-1980 y 5-4-1978, la Resolución de 16-11-1981 y el Auto del Presidente de la Audiencia de Sevilla de 30-6-1979 (212), la publicidad registral de la irregularidad

(210) Obsérvese que GONZÁLEZ PÉREZ al hablar del acto, como hemos destacado, se está refiriendo al acto administrativo de concesión de licencia (v. J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, ed. Abella, Madrid, 1991, pág. 104).

(211) El término 'clandestina' sólo puede aludir a su situación jurídica, ya que su realidad física, en la mayoría de los casos, es patente para la propia Administración urbanística.

(212) Véase J. L. LASO MARTÍNEZ: *Ilícitud administrativa y validez civil*, op. cit., págs. 1173 y sigs. La doctrina de la Sentencia de 13-5-1980 es la siguiente, según este autor: 1.º 'La indivisibilidad... de la cosa a dividir es *quaestio facti*, de la exclusiva competencia de la Sala'. 2.º La autonomía civil en la división de la cosa común, ya que 'los preceptos del Código Civil relativos a la división de la cosa común no están modificados o limitados por preceptos de carácter administrativo'. 3.º Los documentos o determinaciones administrativas 'en modo alguno pueden considerarse... vinculantes por los Tribunales civiles'. 4.º Irrelevancia de las disposiciones administrativas no planteadas en la litis al decir 'que en la instancia no se ha desatendido la legislación administrativa, sino que no se ha aplicado por referirse a cuestiones no planteadas en la fase alegatoria del pleito'.

urbanística inserta la norma urbanística en los principios hipotecarios y lleva al ámbito civil su campo de actuación.

Así pues, la finalidad, naturaleza básica y fundamento del artículo 25.2 en nada afecta al aspecto privado de ese hecho físico, a la imperatividad del Derecho urbanístico e, incluso, a la validez civil de la declaración unilateral de voluntad. La edificación, antes y ahora, es un acto sujeto a licencia. La declaración de obra nueva, sin embargo, no. Otra cosa bien distinta es que el ordenamiento, por razones de interés público, imponga un *deber* o una *prohibición* (213) dirigida a Notarios y Registradores en un determinado sentido, que restringe de hecho la libertad de contratación privada, limita el derecho de acceder a un servicio público, con independencia de la eficacia sustantiva del acto, y penaliza la falta de presentación de la licencia y la certificación técnica como medio de control de la actuación conforme a las normas urbanísticas. Es decir, la norma que regula, restringe o limita la intervención de Notarios y Registradores en el tráfico jurídico no es una norma sustantiva que presuponga la validez o invalidez del acto o de la licencia, la nulidad o anulabilidad de la actuación ilegal, la conformidad o disconformidad de la obra con el planeamiento; vamos, que una prohibición de este tipo no deroga el Código Civil, ni siquiera el Derecho urbanístico. Es una medida importante, nuestro planteamiento queda expuesto, tal vez, con excesiva reiteración en su favor; pero no una norma, evidentemente, de Derecho material. Es una disposición de coordinación, colaboración y control, regularidad administrativa de la activi-

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5-4-1978 señala que 'los preceptos de carácter administrativo, como son los que se mencionan, no son invocables para fundar en ellos la casación civil, pues el recurso debe referirse a la *materia* propia, que son las normas del Derecho privado, y no a preceptos de carácter administrativo municipal, en aras a la salvaguardia del principio de unidad de doctrina, como tampoco tienen viabilidad para la casación civil los preceptos reglamentarios de aquella índole, y así vienen a propugnarlo, entre otras que pudieran citarse, las Sentencias de 25 de marzo de 1940, 7 de mayo de 1955 y 9 de diciembre de 1939'.

El Auto de 1970 dice, en relación a la exigencia por el Registrador de la licencia a efectos del artículo 96 de la Ley del Suelo, que 'no pueden imponerse *a priori* a los interesados, restringiendo exageradamente la eficacia del título, su validez y la legalidad actual y su inscribibilidad, pues, en todo caso y teniendo en cuenta la no nulidad *ipso iure* del acto —según la Ley del Suelo—, las consecuencias y las sanciones derivadas de la Ley del Suelo se dirigirán únicamente a una edificación *ilegal*, no a la conclusión adoptada en sus aspectos civil y registral, sino tan sólo en cuanto a sus aspectos puramente urbanísticos' (pág. 1181).

La Resolución de 15-11-1981, como vimos, no sólo destaca la inoperancia civil e hipotecaria de la existencia o inexistencia de la licencia, sino también la fundamenta en la naturaleza jurídica de *limitación legal del dominio* que la legislación urbanística tiene, actuando *ope legis*.

(213) Véase *infra*, interpretación del término 'exigirán' del artículo 25.2. En principio el artículo 25.2 contiene un deber positivo y los artículos 14 y 15.1 de la Ley de Disciplina Urbanística una prohibición.

dad edificatoria susceptible de desarrollo dado su carácter básico específico (214) por las Comunidades Autónomas. Y ese carácter y ese desarrollo no puede obedecer y ser otro que el del artículo 15.2 de la LDU. Esto es, la extensión del sistema positivo de publicidad registral a la irregularidad urbanística, como medida de control preventivo, como la califica la LDU. Y la razón no puede ser distinta de la propia naturaleza penalizadora de la prohibición y de la competencia exclusiva del Estado en materia de regulación de la función notarial y registral. Es difícilmente comprensible que el Estado haya 'delegado' de modo indirecto, cuando recaba su competencia, la posibilidad de que las Comunidades Autónomas añadan nuevos requisitos al ejercicio de esa función. Una cosa es la utilización de un medio, y otra, su negación. Y si estamos de acuerdo en lo primero, no parece adecuado lo segundo, ni por fundamentos competenciales ni prácticos. El propio LASO, en el estudio citado (pág. 530), observa que en "todo caso la diversidad legislativa producida por las Comunidades Autónomas con *dudosas prohibiciones* de inscripción ha provocado una dispersión evidente de conceptos".

Otra interpretación requeriría el establecimiento no de una prohibición formal concreta dirigida a una actuación determinada, cual es el artículo 25.2, sino de la modificación sustantiva del Código Civil en materia de accesión y de la Ley del Suelo en materia de licencias, prescribiendo de manera clara y expresa el carácter constitutivo de la licencia de edificación —concesión administrativa—, la exclusión del instituto de la prescripción, la imposibilidad de aplicación del silencio positivo y la ausencia del *ius aedificandi* en el contenido, civil y urbanístico, del derecho de propiedad. Siendo de advertir, además, que ni siquiera el Derecho italiano, que sujeta el derecho a edificar a 'concesión' y declara la nulidad de los actos por los que se constituyen, transmiten o rescinden derechos reales sin manifestación expresa del transmitente sobre las circunstancias de la concesión edificatoria —edilicia o sanatoria—, ha desaparecido el *ius aedificandi*, ni la posibilidad de hacer —entiendo— la declaración de obra nueva con esa misma manifestación (215).

(214) Se rechazó la enmienda que solicitaba su naturaleza plena (v. LASO: *Inscripción...*, cit., pág. 527, nota 3).

(215) Artículo 17 de la Ley 47/1985, de 28 de febrero, "Nullità degli atti giuridici relativi ad edifici": "[1] Gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro partii, la cui costruzione è iniziata dopo l'entrata in vigore della presente legge, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della concessione ad edificare o della concessione in sanatoria rilasciata ai sensi dell'art. 13. Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù...[5] Le nullità di cui al presente articolo non si applicano agli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali" (*op. cit. supra*, pág. 1388).

Por otra parte, volviendo al tema estricto de la naturaleza de la declaración de obra nueva y su constancia registral, dice CHICO Y ORTIZ, siguiendo a ALBALADEJO, que "una vez indexada la finca en el Registro mediante la inmatriculación, y constando desde entonces en aquel a quien pertenece su propiedad, el papel (a) que dicho Registro está llamado es el de ir recogiendo las 'alteraciones' que puede sufrir la finca, así como las que puedan sufrir los derechos constituidos sobre ella". Y concretándonos a las primeras, señala este autor que discute "la doctrina si esos dos supuestos —obra nueva y exceso de cabida— son casos de inmatriculación o no; ROCA SASTRE mantiene que uno y otro crean un problema de carácter inmatriculador, pues en el fondo no suponen una inscripción de un acto de constitución, de reconocimiento, modificación o transmisión o extinción del dominio sobre bienes muebles o derechos reales impuestos sobre los mismos, sino únicamente tienen por objeto constatar en el Registro un cambio en las circunstancias materiales expresadas en la inscripción bajo la cual figura inmatriculada una finca".

RAMOS FOLQUÉS, "en contra de la opinión de ROCA SASTRE, entiende que la obra nueva afecta siempre a los derechos, se inscribe siempre el derecho de adquisición de la obra; la nueva descripción es como la inmatriculación del edificio u obra nueva, que va acompañada forzosamente de un derecho. En igual sentido se pronuncia MONET, quien estima que la declaración de obra nueva supone una manifestación o declaración de propiedad o dominio que patentiza una relación dominical sobre la obra nueva declarada, cuya propiedad resulta derivada de la legitimación básica que presta la titularidad del solar, con el juego de las presunciones legales y las manifestaciones del otorgante. Por eso tiene esencia y virtualidad constitutiva más que traslativa y la propiedad afirmada surge *ex novo* y en su alcance registral como esencia inmatriculadora. En las escrituras de obra nueva lo fundamental y básico no es dejar constancia de que se 'ha construido', sino declarar que 'ha surgido la propiedad'" (216).

Resultado de una larga evolución jurisprudencial, basada en la práctica notarial y registral, que expone de forma pormenorizada ROCA SASTRE, la legislación hipotecaria dedica dos disposiciones a esta materia: los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 del Reglamento Hipotecario (217).

Ai hablar este artículo de 'alienante', sin aludir al acto expreso de declaración de obra nueva, entiendo que ésta se puede hacer manifestando la existencia o inexistencia de la licencia. Ahora bien, tanto en este caso como en el de constitución, transmisión o resolución de un derecho real la nulidad deriva de la falta de declaración, no de su ausencia; al menos así resulta literalmente de su texto.

(216) J. M.^a CHICO Y ORTIZ: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, op. cit., págs. 577-589.

(217) R. M.^a ROCASASTRE: *Derecho hipotecario*, t. II, ed. Bosch, Barcelona, 1979, págs. 534 y ss.

Normas que, al tiempo que regulan los medios de acceso al Registro de la Propiedad de las obras nuevas, revelan la sustancia descriptiva y su esencia inmatriculadora en la concepción jurídica del legislador, y no precisamente como apuntó alguna Resolución de la Dirección General de los Registros (R. 20-5-1895), por simple 'voluntad o capricho' del titular dominical de la finca, sino como instrumento de coordinación de la realidad física con la realidad jurídica y de garantía, ya que si por un lado, se refleja en la inscripción el contenido económico particularizado del dominio a efectos de valoración y de potencialidad jurídica, completando la descripción de la finca más allá del simple deslinde negativo o limitativo del objeto jurídico inmatriculado que los cuatro puntos cardinales suponen a través de la definición positiva de éste, de tal suerte que se erige en nuevo objeto apto para otro tipo de contratación privada, cuantitativa y cualitativamente hablando —derecho de superficie, propiedad horizontal, hipoteca, servidumbre—. Pues si bien es cierto, como mantenía la doctrina jurisprudencial del pasado siglo, que la finca en su unidad o valor no se ve afectada por esta declaración, en cuanto en resultado de la concreta realidad física, que tercero aprecia directamente, no lo es menos que en la construcción jurídica de una moderna visión del Derecho ese unitarismo de la cosa no tiene por qué coincidir con el objeto jurídico en un momento dado, aunque su conexión interna sea permanente e indisoluble. Es decir, la coordinación de la realidad física con la tabular —publicidad y protección registrales— multiplica la potencialidad del objeto jurídico, la diversidad especificativa de un aprovechamiento económico singular, por encima y al margen de su unidad natural o material, donde el suelo se erige en soporte exclusivo de una determinada y compleja situación o relación jurídica (218).

De esta forma, pues, la inscripción de la obra nueva, tanto si se produce por un medio genérico, circunstancia descriptiva en un título que declare, reconozca, modifique o grave el dominio o los demás derechos reales (219),

(218) Véase L. M.^a CABELLO DE LOS COBOS y F. MANCHA: *Derecho de superficie: diversidad especificativa y régimen jurídico*, op. cit., págs. 402 y sigs.

(219) ROCA habla de cuatro medios: 1) Declaración de obra nueva inmersa en alguno de esos títulos del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, a excepción de los títulos extintivos o cancelatorios por inadecuación de objeto (ROCA, LA RICA y SANZ), ya que en cualquier caso la declaración tiene que hacerla el titular registral; y si se simultanea en uno de estos últimos títulos la cancelación partirá del acreedor o titular del derecho real limitativo del dominio —excluyéndose las actas cancelatorias de pago de cantidad pendiente—, debería hacerla con carácter expreso aquél y en escritura pública, por lo que el mismo instrumento contendría dos actos jurídicos, sin posibilidad de ingreso de la obra nueva por este medio indirecto, exclusivamente descriptivo. 2) Declaración de una obra nueva aislada constituida por sí sola de escritura pública. 3) Declaración de obra nueva aislada, en la que comparecen titular registral y contratista de la obra, para reconocer el pago del coste de la obra. 4) Declaración de obra nueva aislada, hecha por

como si tiene lugar por un medio específico, escritura de declaración de obra nueva, se acompañe o no de la intervención del contratista de la obra para aseverar el pago de la misma y de la certificación del arquitecto, publica el contenido concreto del dominio sobre una finca. En este aspecto, que es el propio de su tratamiento hipotecario, su naturaleza jurídica, según ROCA SASTRE, "es la propia de la variedad de actos registrables de *carácter inmatriculador*, por referirse directamente a la finca en sí misma considerada y a sus características físicas; de ahí que funcionan en sentido complementador de los pronunciamientos registrales en la materia. Desde luego la declaración de obra nueva no es un título inscribible de los enumerados en el artículo 2.º y complementarios de nuestra Ley Hipotecaria, y su razón de existencia es ser instrumento para lograr la inscripción de la obra nueva", que "en sí misma considerada sólo sirve de medio para llevar al Registro la noticia de la obra nueva a reseñar en él", sin perjuicio de su notable eficacia en cuanto a la potencialidad económica y jurídica de la finca, que hace de ella una, sino no lo más relevante, de las circunstancias definitorias del contenido del derecho de propiedad, y como tal una constatación imprescindible en la práctica, al margen de su estimación dogmática.

En esta interpretación clásica, incluso revestida la declaración de obra nueva del aparejo de derecho, subyace el ámbito estrictamente jurídico del sistema registral español. En el Registro se inscriben derechos y la finca como objeto jurídico sólo sirve de soporte a la inscripción de éstos. Ahora bien, si esto en principio es verdad, ello no supone una minusvaloración del contenido fáctico de los asientos registrales, sino más bien debe ser todo lo contrario. El Registro debe publicar, como hemos advertido reiteradamente, el objeto y el medio por el que la finca adquiere identidad. Antes dijimos que la finca registral, el folio real, el documento público, la sentencia judicial, el plano catastral y el planeamiento urbanístico reflejan, pero no contienen, como es lógico, la realidad física, dato que debe comprobar de manera directa el contratante. La finca, pues, en su tratamiento documental, es una finca formal. Lo que no deja de ser una perogrullada. Sin embargo, conviene tenerlo presente porque en esa misma medida es importante que la finca formal coincida con la finca material, ya que aunque su trascendencia práctica para el tercero, contratante o consumidor sea secundaria en cuanto el objeto físico de su derecho, el objeto jurídico le es plenamente conocido, la eficacia de la relación jurídica viene limitada por esa realidad tangible. Esto es, el valor económico concreto de la finca formal no es una circunstancia accesoria en cuanto de él dependen una

el titular registral y acompañada de certificación del Arquitecto director de la obra o del Arquitecto municipal (*op. cit.*, págs. 551 y sigs.).

serie de consecuencias jurídicas, públicas —**fiscales, urbanísticas**— y privadas —**protección** judicial, notarial y **registral**—. Y ese valor es resultado de su identidad con la finca material. El propietario de la finca debe provocar, en caso de discordancia o insuficiencia formal, la rectificación o su complemento, y el Registro es el medio más idóneo de coordinación de esa múltiple proyección formal, como continente de una sencilla, eficaz y única publicidad inmobiliaria. Del Registro pueden resultar los datos catastrales, urbanísticos, jurídicos y físicos de la finca formal, sin que ello suponga contener la realidad viva en un estrecho molde, sino abrir el cauce dinámico de la paulatina coordinación con ocasión de la declaración, reconocimiento, modificación, transmisión y gravamen de los derechos reales. Quiérase o no se quiera, es el momento adecuado y menos oneroso de producirse (220). El interesado podrá, de **forma** sucesiva, lograr la plena identidad, instrumental y física, con la distinta intensidad y permanencia que el cambio, mejora o destrucción produzca en el contenido del dominio; y la legislación provocará, a través de medidas concretas, esa identidad.

A esta interpretación clásica del tratamiento de la obra nueva, donde la posibilidad de la inscripción de ésta se abrió paso, no obstante su minusvaloración dogmática, debe añadirse la apertura del Registro a las circunstancias físicas, positivas, en cuanto a la extensión del derecho, como negativas, de estricta delimitación o deslinde del objeto jurídico, situación a la que puede llegar por los mismos medios conceptuales.

La "minusvaloración" dogmática advertida nace del carácter físico de la obra nueva, de la extensión *ope legis*, del dominio de ésta por el principio de accesión inmobiliaria, de la inscripción del continente, sin perjuicio del concreto contenido de la finca, de la naturaleza, pues, inmatriculadora de la inscripción registral o coordinadora de la realidad física y jurídica. Ahora bien, esa indiferencia sustantiva no priva al dato físico de una especial protección: la presunción '*iuris tantum* de exactitud e integridad del objeto jurídico sobre el que recae el derecho' (art. 38.1 LH). Como dice la Resolución de 3 de enero de 1928, "la declaración de existir un edificio en la finca inscrita pone en evidencia una de las inmediatas consecuencias del derecho de *accesión* y asegura una posesión jurídica o exterioriza en forma auténtica una manifestación de tal voluntad de efectos inmediatos contra terceros" (221).

(220) Si no ventanilla, sí al menos momento único y publicidad única (coordinación de funciones intercompetenciales).

(221) ROCA SASTRE: *Op. cit.*, pág. 553.

En la Resolución de 29-3-1965 se reconoce la posibilidad de inscribir una obra nueva otorgada por el antiguo titular registral, excepción al principio de tracto sucesivo en su aspecto sustantivo o de concatenación de titularidades, ya que si trata de inscribir

En definitiva, el sistema legal, recogido en los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 51 y 308 de su Reglamento, responde a la regulación civil de los modos de **adquirir** el dominio, donde la accesión como modo originario traduce el dato físico positivo de la realización de una mejora en la finca, consistente, en este caso, en la obra nueva; traduce, decimos, el dato físico en una circunstancia descriptiva de aquélla, complementaria o modificativa del contenido objetivo del asiento de inmatriculación. Es decir, de su expresión no depende la titularidad dominical de la obra nueva, sino la intensidad cuantitativa empleada en la individualización de la finca —descripción positiva y **negativa**— y la potencialidad cualitativa de la misma como objetivo jurídico, susceptible de división material o de uso. No olvidemos que la declaración de obra nueva, como manifestación unilateral o autoproclamación de la extensión o alteración objetiva de un derecho preexistente —**el dominio**—, bien se haga constar en una escritura independiente, bien con ocasión de otro otorgamiento, es 'innecesaria' desde un punto de vista sustantivo, ya que "inscrito lo principal se tiene por inscrito lo accesorio" (RR. 22 y 31 agosto 1863 y 20 mayo 1895) (222). La atribución, pues, de la titularidad no se cuestiona. Esta se produce a medida que se realiza la obra directamente. *La inscripción de la declaración de la obra no añade nada nuevo ni al contenido del dominio ni a su titularidad.*

cualquier derecho real o anotar un embargo sobre la obra nueva no inscrita, se plantea el problema de tracto sucesivo en sentido material u objetivo, al que se refiere el artículo 20.3.º de la Ley Hipotecaria, y no resuelve satisfactoriamente.

Esta cuestión la he tratado en otro lugar respecto de registración de resoluciones administrativas de derribo sin previa inscripción de la obra nueva y con referencia a la Ley de Disciplina Urbanística de Canarias, que hoy se puede extender a la de Reforma.

Por lo que se refiere a los embargos, aparte de la aplicación analógica del procedimiento del artículo 312 del Reglamento Hipotecario a los supuestos de embargo de fincas que se describen en el mandamiento con la obra nueva existente pero no inscrita y viceversa, mi postura, en base al principio de accesión, es favorable a la extensión del asiento de anotación preventiva, siempre —se sobrentiende— que no haya dudas sobre la identidad de la finca, haciéndose constar en el propio mandamiento, después de la nota al pie del título, la expresa advertencia de la situación descriptiva de la finca, de la que resulta o falta cualquier manifestación acerca de la obra nueva, y la necesaria subsanación de esta carencia en título ejecutivo que produzca, en su caso, la inscripción de la adjudicación, ya que sería absurdo que si de la descripción resulta una obra nueva no inscrita y embargada, al otorgar la escritura o expedir el testimonio del auto se omita ésta —por referencia directa, incluso, al propio asiento registral—; aunque teóricamente también cabría, dado el principio de accesión y el carácter voluntario de la inscripción, el principio de tracto sucesivo, y su reflejo en la anotación preventiva le obligaría a ello. En el caso contrario, cuando la obra consta inscrita, es evidente que el título traslativo debe ajustarse a la descripción registral o rectificar ésta en forma. Si es un solar, hay que hacer constar el **derribo** de la obra nueva, sea escritura o testimonio, diligencia o manifestación expresa o acta notarial de presencia (*op. cit.*, pág. 552, y *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, *op. cit.*, págs. 21-22).

(222) ROCA SASTRE: *Op. cit.*, pág. 539.

Cuando se declara la obra la adquisición ya se ha producido. Distinto es que su expresión registral sea de especial *relevancia* para el titular registral, para el tercero y para la Administración, que puede aprovechar esa necesidad práctica, derivada de los principios civiles e hipotecarios (223), para imponer un determinado control de la legalidad urbanística (arts. 25.2 LR y 14 LDU). Sólo si se reforma en profundidad y directamente el Derecho civil, el hipotecario y el urbanístico, privando al Derecho de propiedad del *ius aedificandi*, lo que originaría un daño irreparable al principio de seguridad jurídica inmobiliaria, puede alterarse esta realidad jurídica. Habría que modificar y derogar para ello el principio de accesión, los modos de adquirir el dominio, el derecho de propiedad en su extensión cuantitativa y cualitativa (224), la naturaleza inmatriculadora de los datos físicos de las fincas, la forma de expresión de las circunstancias de la finca en los procedimientos judiciales, la extensión objetiva de la hipoteca, el principio de tracto sucesivo, las normas fiscales de base catastral y las presunciones sobre el carácter urbano de determinadas fincas (225); el carácter declarativo de las licencias urbanísticas, su adquisición por silencio positivo, la prescripción de la acción administrativa y la consolidación de la actividad edificatoria al margen del planeamiento; la licencia convalidante, el sistema de incorporación patrimonial del valor de la edificación de la Ley de Reforma (226), el régimen jurídico de responsabilidad objetiva y patrimonial, el deber urbanístico de edificar (227) y el derecho de superficie, entre otras disposiciones, sin contar el sinfín de normas conexas (228).

(223) Principios hipotecarios de legitimación y tracto sucesivo material —objetivo o de carácter *inmatriculador*— y normas civiles en materia de constitución de derechos reales —desdoblamiento de la finca natural en una pluralidad de objetos jurídicos autónomos.

(224) El *ius aedificandi* como extensión cuantitativa está limitado cualitativamente en cuanto a su contenido y ejercicio por las disposiciones urbanísticas.

Como hemos visto con anterioridad, hoy día el principio de accesión se fundamenta no tanto en el carácter o naturaleza de cosa principal del suelo frente al vuelo, cuanto en la noción de seguridad y de responsabilidad patrimonial y objetiva.

(225) El Catastro y el Impuesto de Bienes Inmuebles no podría tener en cuenta la realidad física que la edificación supone sin que se acredite la licencia constitutiva y la conformidad de ésta con el planeamiento (v. CHICO Y ORTIZ: *Op. cit.*, pág. 582).

(226) Lógicamente, si la licencia es constitutiva deberá contener la expresión responsable de su conformidad con el planeamiento para evitar el perjuicio económico y social derivado de su nulidad de pleno derecho (no se trata tanto de que se indemnice en dinero, sino con otra vivienda de idénticas características y situación).

(227) Sin la preexistencia del derecho a edificar, difícilmente se comprende, desde el plano constitucional, la imposición de un deber coercitivo.

(228) La excepción de la imprescriptibilidad de la acción cuando se trate de actos de uso del suelo de edificación contrarios al planeamiento, en zonas verdes o espacios libres (arts. 188 LS y 94.1 RDU), se extendería a todos los supuestos del uso del suelo sin licencia.

Y si a todo esto añadimos la actual descoordinación entre legislación y legislación urbanística en su aspecto jurisprudencial, y la trascendencia jurídica de la prohibición formal del artículo 25.2 de la Ley de Reforma y su posible desarrollo autonómico en la manera que lo hace el artículo 15.2 de la LDU, patentiza la validez civil de la declaración, mediata o inmediata, de obra nueva y la doctrina de la Resolución de 16-11-1981, que tiene sólidos precedentes en reiterados pronunciamientos sobre la virtualidad sustantiva del principio de accesión (229). Como decía LASO, para las parcelaciones, aunque parezca contradictorio una sentencia que recoja la obra nueva es directamente inscribible (230), y si el carácter excepcional y restrictivo o penalizador del artículo 25.2 se pondera, la prohibición que contiene sólo sería aplicable al otorgamiento de escrituras públicas que tengan por único objeto la declaración de obra nueva, y no a aquéllas en su materialidad física es un simple dato descriptivo, quedando, en terminología de ROCA, 'inmersa' en cualquier título inscribible, y entre ellos la escritura de constitución de hipoteca, como reconoce expresamente la Dirección General por Resolución de 6-2-1986 (231).

La necesidad y oportunidad de la inscripción de la declaración de obra nueva viene reforzada por dos condicionantes, uno de ellos ya advertido. Son los principios de tracto sucesivo material u objetivo y de fe pública registral (arts. 20.3 y 34 LH). La Disposición Adicional 10.1.º 3 y 4 de la Ley de Reforma y el artículo 16.1, a), d), e) y g) de la LDU chocarían con el principio de tracto sucesivo en su aspecto inmatriculativo, en cuanto podría hacerse constar en el Registro el derribo de una obra que no está inscrita, con la paradoja que supone el acceso a la publicidad registral de

No entramos en las consecuencias nocivas que la inseguridad genera en la financiación de la construcción como actividad empresarial, firmemente destacadas por la doctrina tras la nueva Ley de Reforma.

(229) Dice LA RICA que si bien es cierto que la declaración de obra nueva como declaración unilateral debe constar en escritura pública y no en acta, no lo es menos que *"hay que reconocer que esa declaración de voluntad no produce negocio jurídico de ninguna clase, sino simplemente una alteración descriptiva de las circunstancias descriptivas de la finca"* (libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal, t. I, *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1976, pág. 467).

(230) *Ilícitud administrativa y validez civil*, op. cit., pág. 1181.

(231) Es válida su mención en la parte expositiva de la escritura, aunque en el otorgamiento no se haga declaración expresa de obra nueva. Luego la inscripción de ese dato descriptivo, al amparo del artículo 208 de la Ley Hipotecaria, supone la inscripción misma de la obra nueva —el hecho impositivo, el acto sujeto se ha producido—, figure o no en el acta de inscripción; no obstante, en este caso, su conveniencia (debe hacerse constar la modificación de la descripción de la finca que supone) y *sensu contrario* el derribo supone su 'cancelación', la rectificación de ese dato físico, aunque ambas declaraciones se contengan en la parte expositiva del documento notarial. No dejan de ser datos descriptivos sustraídos de la protección de la fe pública registral.

la obra nueva carente de licencia por el medio indirecto de reflejar en el asiento respectivo la suspensión de la licencia de la obra comenzada o del derribo de la misma (al derribarla modificamos simultáneamente la descripción de la finca, haciendo constar su previa existencia) (232).

El segundo condicionante de la inscripción de un hecho físico lo constituye la falta de aplicación del principio de fe pública registral, que pone de manifiesto la intranscendencia sustantiva de la obra nueva en cuanto su inscripción no supone el derecho o negocio jurídico alguno, como decía LA RICA. SU existencia no depende ni se ve alterada por la inscripción. Es decir, sin mención expresa el dominio inscrito se extiende a ella. De ahí la importancia de su inscripción como medio de coordinación de la realidad física con la realidad jurídica, de protección registral a través del principio de legitimación —presunción de exactitud e integridad del contenido del asiento y presunción posesoria—, de control de la legalidad urbanística, de multiplicación potencial de su objeto y de garantía (233). La inscripción publica la accesión producida.

Así pues, lo mismo que la delimitación del contenido urbanístico del dominio se determina en el planeamiento *ope legis* gozando de una imperatividad y publicidad superior, con independencia del titular registral o del propietario (art. 88 LS), situación que hizo decir a la Dirección General en la Resolución de 16-11-1981 que son verdaderas limitaciones legales del dominio (234), la incorporación directa de la mejora artificial que la obra nueva supone, al margen de la publicidad registral, requieren del ordenamiento la articulación de los medios jurídicos necesarios para el puntual reflejo de la situación física en su dimensión urbanística —regular e irregular— y en atención a los intereses superiores de los terceros —consumidores—, que tienen derecho a un sistema de publicidad integral y trascendente. De nada servirá comprar una finca con la obra realizada en ella, adquiriendo su titularidad, activa y pasiva (arts. 88 LS y 1.911 CC), cuando del Registro resulte un solar o una finca rústica, sin que el propietario pueda hacer constar la realidad física por una pluralidad de medios no coercitivos, poniendo en manos del consumidor una información que

(232) *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, op. cit., págs. 21-22.

(233) Es el principio de tracto sucesivo objetivo el que impone la previa inscripción de la obra nueva para practicar la división horizontal, por ejemplo.

(234) Al menos así lo son desde la perspectiva del titular, aunque comporten a un tiempo una obligación de hacer que arrastra a este conglomerado de derechos, deberes y límites o limitaciones a la noción de obligación real o *propter rem*.

Desde la óptica del planeamiento o de la Administración, se trata de la definición del contenido normal del dominio. Pero, indudablemente, esa definición, al señalar un uso predeterminado y su intensidad, que puede ser incluso variable en el tiempo, comporta para el propietario una limitación de su capacidad de actuación, condicionando el ejercicio del derecho.

abarque toda la relación jurídica interdisciplinaria, expresada de forma sencilla y directa, desprovista del tecnicismo como ropaje de la inseguridad. En el Registro, pues, deben concurrir tres determinaciones básicas: la situación física, la situación jurídica y la situación fiscal.

La situación física por dos medios directos, la actuación del propietario titular registral y la coordinación paulatina con el Catastro, con ocasión de las operaciones registrales y sin intentar contener una materia viva en un documento formal, estático, sea un plano, sea un folio registral, sea una resolución judicial, sea una escritura pública. En este punto lo realmente importante, en orden a la seguridad inmobiliaria, es que del Registro resulte la vía empleada para hacer constar esas circunstancias objetivas: manifestación del vendedor, cédula catastral (235) y/o certificación urbanística.

La situación jurídica en su globalidad, en su aspecto civil y en su aspecto administrativo, con especial atención a la legislación sectorial (inversiones extranjeras, costas, montes, VPO, zonas militares). La intersección del Derecho público y del Derecho privado, como dos planos distintos de una misma relación, que llegan a confluir de una manera especial en el urbanismo, aconseja la aplicación del sistema de publicidad positiva como medida de garantía y salvaguarda de la seguridad en las adquisiciones inmobiliarias.

La situación fiscal en función de la garantía: hipotecas legales, tácitas y expresas, y afecciones. La situación física del plano catastral no deja de ser la base material de la imposición fiscal.

El legislador, en consecuencia, deberá tener presente, al ocuparse de esta materia, que de la publicidad registral de la regularidad e irregularidad urbanística como limitación legal de la naturaleza y rango superior a las disposiciones civiles, dependerá la seguridad del consumidor en las adquisiciones inmobiliarias. La publicidad, pues, de esos deberes, límites, obligaciones y limitaciones legales que gravan, con carácter oculto y en una cuantía económica indeterminada (236), su derecho.

Finalmente, y antes de dar paso al desarrollo pormenorizado de este apartado, sólo nos queda reseñar el contenido de los artículos 25.2 de la Ley de Reforma y 14 y 15 de la Ley de Disciplina Urbanística de Canarias.

(235) Indudablemente, lo escueto de la información catastral es un grave inconveniente. La cédula no contiene linderos. La referencia al Catastro se hará bajo aseveración de las partes, a menos que se trate de una finca urbana más fácil de identificar.

Más práctico sería el sistema, que expuse con anterioridad, de coordinación paulatina y que los funcionarios del Catastro identifiquen la finca una vez inscrita si existen dudas sobre la identidad entre la cédula y la escritura, y en todo caso para hacer constar el cambio de contribuyente.

(236) Mucho más allá de la noción jurídica de hipoteca legal tácita.

Dice el mencionado artículo 25: "1. La edificación concluida al amparo de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística queda *incorporada* al patrimonio de su titular.

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 la obra conforme al proyecto aprobado" (inciso 1.º).

"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 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 *certificación* de finalización de la obra antes mencionada" (inciso 2.º).

"Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán *testimoniarse* en las correspondientes escrituras" (inciso 3.º).

Este artículo contiene dos principios generales, uno sustantivo, a efectos urbanísticos, y otro formal, sobre medidas preventivas en materia de disciplina urbanística o control de la legalidad. El primero de ellos acusa la duplicidad de legislaciones que regulan una misma relación o situación jurídica, a la cual venimos haciendo referencia, y que puede interpretarse como norma general de naturaleza administrativa que atiende a la valoración del suelo en función del cumplimiento de los deberes urbanísticos a efectos de expropiación-sanción o venta forzosa. Norma, pues, que no deroga el principio de accesión inmobiliaria por el que el propietario hace suya paulatinamente —a medida que la realiza— la obra. A ello se refiere el término propietario que emplea este artículo en su número 2, inciso 2.º, y la posibilidad misma de la *inscripción a su nombre de la obra en construcción*, ya que todavía no se ha cumplido el presupuesto del artículo 25.1 (obra terminada con licencia y conforme al planeamiento). Esto es, resulta de la más leve interpretación sistemática del propio precepto (237).

El segundo principio, con carácter previo, plantea un importante problema. El derivado de la interpretación del término "exigirán". El decir, el de la forma de ejercicio de esa función de control, plenamente justificada en la necesaria colaboración y coordinación de ambas legislaciones, civil y administrativa, y, lo que es tan importante al menos, en la protección del

(237) Inscripción de un dato físico 'inmatriculador', que no un derecho adquirido *ex novo*; o al menos, si es nueva la mejora y en este sentido habla RAMOS FOLQUÉS, sólo se da publicidad y protección registral a la accesión previamente operada.

consumidor como desarrollo del principio de seguridad jurídica atiende, en fin, a intereses públicos y privados.

Una interpretación literal del precepto, conforme con su naturaleza de norma restrictiva de la libertad del tráfico jurídico y del derecho ciudadano a la protección de sus intereses privados a través de la función notarial y registral, conforme, pues, con su carácter 'penalizador', nos llevaría a ver en ese término 'exigirán' un deber positivo dirigido exclusivamente a Notarios y Registradores. Deber que no comporta ni una prohibición para éstos ni una obligación para el propietario. El artículo no dice que el propietario estará obligado a presentar ambos documentos con ocasión del otorgamiento de la escritura pública de declaración de obra nueva y de su ulterior inscripción registral ni prohíbe esta actividad, sino su exigencia —deber—, que aconseja, caso de no presentarse, la advertencia expresa en la escritura y en la inscripción de los efectos urbanísticos que la actuación ilegal conlleva. Ilegal e ilícita si no cumple el planeamiento; ilegal y 'válida' si es conforme a sus previsiones —licencia convalidante— (238). Prescindiendo del supuesto de actuación legal, pero nula —licencia ilegal.

Una interpretación teleológica, sin embargo, incluso por su identidad terminológica con el dictado del artículo 96.3 de la Ley del Suelo y la interpretación doctrinal subsiguiente podría hacer posible, no sin cierta incongruencia, la estimación de que el artículo 25.2 contiene una prohibición tajante y expresa o, al menos, una simple prohibición. Y decimos con cierta incongruencia porque o contiene una presunción 'odiosa' o es reiterativo. Esto es, bastaría con prohibir al Notario el otorgamiento de la escritura para que ésta, por no existir, no se inscribiese, ya que el precepto sólo se refiere a las escrituras y, dentro de ésta, a las de declaración de obra nueva. Con lo que su ámbito se restringe, sin incluir en él a las manifestaciones de obra nueva con ocasión del otorgamiento de otro título inscribible, de una resolución judicial —expediente de dominio, acción de rectificación del Registro, juicio declarativo, ejecutivo— o de un documento administrativo —certificación de dominio, procedimiento ejecutivo...

Así pues, para evitar esa reiteración o esa presunción improcedente, sería posible entender que el artículo 25.2 está aludiendo a la interpretación de la doble 'exigencia' como advertencia legal expresa y sucesiva. Interpretación que podría avalar la evolución legislativa producida en esta materia a raíz del propio artículo 96.3 de la Ley del Suelo, puesto que si allí también se contenía esa doble y reiterativa prohibición, ello no ha impedido, al margen de su fundamento dogmático —ilicitud urbanística, vali-

(238) Por seguir utilizando los conceptos que anticipamos con ocasión de las parcelaciones, siguiendo a LASO.

dez civil—, su desarrollo autonómico en el sentido expuesto —advertencia y nota marginal.

No obstante, y sin que obstaculice cualquier interpretación legal ulterior si al término "exigirán" añadimos el verbo "poder", implícito en la frase —**para: para poder**— la prohibición, con independencia de su extensión objetiva, será inevitable, pero no absoluta (ni por razón de naturaleza formal dentro de la estructura del Estado —**norma básica**—, ni por su propia literalidad). "Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para *poder* autorizar o *inscribir*..."

A continuación, el artículo 25.2 establece los requisitos en función de la situación de la ejecución de la obra: a) Obra nueva terminada: acreditar la concesión de la licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto **elaborado**. b) Obra nueva en construcción: aportar la licencia de edificación acompañada de una 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. c) Inscrita la obra nueva en construcción, el propietario deberá hacer constar en el Registro la terminación de la obra en el plazo de tres meses a partir de ésta, mediante acta notarial que incorpore la certificación de finalización de la obra antes mencionada.

Por último, el inciso 3.º del citado artículo señala la obligación del Notario de incorporar de las expresadas certificaciones a las correspondientes escrituras, planteando el problema del ámbito de la exigencia. Según su tenor literal, el testimonio sólo sería preceptivo para las certificaciones técnicas en las escrituras, pero como el inciso 2.º lo extiende al acta notarial directamente, el problema se restringe a la necesidad o no de testimoniar el documento acreditativo de la obtención de licencia, en el caso de que resulte de una certificación, y a la distinción entre testimonio e incorporación, que incide en la entrega y archivo del documento original o de una copia.

La Ley de Disciplina Urbanística y Territorial de Canarias, por su parte, contando con el precedente del artículo 12 de la Ley 12/1986, de 20 de diciembre, de medidas para la protección de la legalidad urbanística en la región de Murcia (239), prescribe las siguientes disposiciones:

(239) Dice el artículo 12: "1. Toda instalación u obra de edificación que se pretenda realizar en cualquier clase de suelo, sea de nueva planta, reforma, ampliación, acondicionamiento de locales para el desarrollo de cualquier actividad comercial o industrial o de cualquier otro título precisará obtener la correspondiente licencia municipal, que también se exigirá para la demolición de las edificaciones salvo o en los casos o supuestos de declaración de ruina inminente. Se entenderá asimismo como edificaciones las casas prefabricadas o instalaciones similares, provisionales o permanentes."

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 la 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" (párr. 1.º).

"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 éste es el caso, *el volumen* autorizado, dando publicidad frente a tercero de la imposibilidad de realizar cualquier obra sobre el resto de la parcela no edificada y su *afección al uso* a que urbanísticamente se destina" (párr. 2.º).

Artículo 15: "1. Presentadas las escrituras en el Registro de la Propiedad, si no se aportaren los documentos expresados en el artículo anterior el Registrador *denegará* la inscripción, que no podrá efectuarse hasta la aportación de 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 la normativa contenida en las disposiciones legales aplicables, y en especial esta Ley, dando publicidad frente a tercero de la trascendencia jurídica de esa carencia en la forma que determina el artículo 17. La situación urbanística se hará constar expresamente en la nota al pie del *título inscrito* y en las

2. En el otorgamiento de escrituras de declaración de obra nueva el Notario autorizante advertirá a los otorgantes sobre la necesidad de obtención de dicha licencia, que incorporará a la matriz y testimoniará en las copias que expida en su caso. Si no se acredita la obtención de licencia, el Notario hará las advertencias pertinentes sobre las responsabilidades de todo tipo en que puede incurrir dicho otorgamiento por carecer de dicha licencia.

3. Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, el Registrador, si se aporta la licencia hará la *inscripción*. Si no se aportare la licencia o no se ajustase a ella las nuevas fincas —o la nueva finca registral si no hay división material u horizontal, debe entenderse—, se pondrá nota al margen de la inscripción haciendo constar una u otra circunstancia. Esta nota será cancelada por aportación de la licencia, y siempre por caducidad, cuando hayan transcurrido cuatro años desde la fecha en que se practicó".

V. *Legislación del Suelo*, cit., ed. Tecnos, págs. 1022 y 1023.

certificaciones que de la finca afectada se expidan. Esta nota sólo podrá *cancelarse* por la presentación en el Registro de la Propiedad de la licencia oportuna o por su caducidad.

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

El sistema preventivo de la Ley de Disciplina Urbanística, como expresamos en otro lugar (240), se articula en base a una regla general y dos excepciones. En principio, para el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva y su inscripción sin limitación alguna, deberá presentarse con carácter previo un documento que acredite la obtención de la licencia, y si de éste resulta su particular contenido, podrá reflejarse en el Registro el volumen edificable y el uso urbanístico de la finca. Por ello el artículo 14 habla de documento acreditativo —no de licencia— que se incorporará al protocolo notarial —escritura matriz— y se testimoniará en las copias que se expidan. En el caso de que no se aporte el documento acreditativo de la obtención de la licencia, esto es, conforme al artículo 13.2, la certificación del acuerdo municipal de concesión (241), en sentido estricto, o cualquier otra certificación municipal al respecto o la propia licencia original (242), en general, el Notario advertirá en el propio otorgamiento de la trascendencia jurídica de su carencia lo que aconseja su expresión escrita *en* el instrumento, particularmente la imposibilidad de inscribir el documento *sin* limitación alguna (*ex art.* 15.2). Imposibilidad que reitera, por un lado, y excepciona, por otro, el mismo artículo 15.

(240) Véase *Régimen jurídico del suelo en Canarias*.

(241) La copia del plano parcelario viene referido a las divisiones, segregaciones y agrupaciones.

La analogía resulta de la aplicación genérica del artículo 15.2 a todos los supuestos de este Título, del artículo 18 y de la necesidad de que se trate de una certificación, único medio documental de acreditar con eficacia la existencia de la licencia.

(242) Cuando se trate del documento original de la licencia, hemos de entender que bastará incorporar a la matriz una copia autenticada por el propio Notario autorizante para no privar al propietario de ese documento, que necesitará, en virtud de distintas disposiciones administrativas, presentar en otras instancias (cédulas de habitabilidad, por ejemplo).

Aunque —*luego lo veremos*— la licencia es un acto administrativo que se produce dentro de la esfera municipal y allí queda reflejado —acuerdo de concesión de licencia—, denominamos original de la licencia a la copia expedida al efecto, que en cierta forma se identifica con el propio acto. Sucede, pues, algo parecido a lo que ocurre con la distinción entre escritura pública —matriz— y copia autorizada, que curiosamente recoge el artículo 14, párrafo 1.º, con notable precisión terminológica, lo que hace pensar en la alta *cualificación* profesional del redactor del texto.

Reitera en cuanto prohíbe la inscripción (243), y excepciona en cuanto admite la inscripción con nota marginal cuando no se aporte la licencia y, sin ella, cuando se acredite la prescripción de la infracción urbanística (244).

La Ley de Reforma, promulgada con posterioridad a la Ley de Disciplina, obliga a un tratamiento jurídico unitario e integrador de ambas disposiciones, salvando las posibles contradicciones. Y de ello resultará, a nuestro entender, el siguiente régimen jurídico de carácter general:

I. Acto material de edificación o ejecución de la obra:

— Suelo urbano edificable: licencia urbanística de edificación previa (art. 4.1 LDU, en relación y por remisión expresa a los arts. 178 LS y 1 del RDU o precepto que los sustituya en el futuro Texto Refundido).

— Suelo rústico: autorización previa por resolución expresa del Director general de Urbanismo, conforme al procedimiento establecido en el artículo 11 de la LOUSR y licencia municipal de edificación con carácter igualmente previo [arts. 9 y 11.1.e) y 2.e) LOUSR].

— Suelo de uso industrial: será de aplicación el artículo 4.1 de la Ley de Disciplina Urbanística, licencia de edificación, previa licencia de apertura o actividad (en relación a los arts. 178 LS, 1 RDU, 9 LOUSR, 9.1.º RSCL).

— Centros de interés turístico: la concesión de licencia requiere informe previo y favorable de la Consejería competente en materia turística (art. 4.3 LDU).

II. Escritura pública de declaración de obra nueva:

— Suelo urbano edificable: licencia de edificación —previa o ulterior— y certificación de finalización de la obra, expedida por técnico competente, en la que conste su conformidad con el proyecto elaborado por el Ayuntamiento, que dio lugar a la concesión de esa licencia (arts. 14 LDU y 25.2 LR). Si la obra se declara en construcción, a la licencia

(243) El artículo 15.1 al emplear el término 'denegará' lo hace impropriamente, debería decir 'suspenderá' —se aprecia aquí esta deficiencia técnica que contrasta con el art. 14—, dejando a un lado la manifiesta incompetencia autonómica para regular la forma de practicar los asientos registrales —v. la Instrucción de 1984— y que, a efectos de la legislación hipotecaria, en concreto del artículo 18 de la Ley, debe tenerse por no puesto, entendiéndose que lo dispuesto no es más que una prohibición de inscribir sin limitación alguna.

(244) Esta fórmula —la del art. 15.2, párr. 2.º— contiene, a nuestro juicio, la imposibilidad de apreciar de oficio, por parte del Registrador, la prescripción de acciones, siguiendo la regla sustantiva, característica del Derecho civil, de que si bien la prescripción se produce *ipso iure*, su reconocimiento corresponderá a los Tribunales.

Luego trataremos de la diferencia entre caducidad y prescripción.

—previa o ulterior— se acompañará certificación técnica de que la obra declarada se ajusta a la licencia concedida, esto es, al proyecto aprobado. Transcurridos tres meses desde la terminación de la obra, deberá hacerse constar en el Registro por acta notarial que incorpore la certificación de finalización de obra esta circunstancia.

— Suelo rústico: licencia de edificación (art. 14 LDU), ya que la Ley no distingue el distinto tratamiento que corresponde aplicar según la clase de suelo y la LOUSR otorga al suelo rústico la misma categoría y rango que al suelo urbano y urbanizable, integrado en un mismo proceso de ordenación territorial del municipio, debiendo constar positivamente en el planeamiento correspondiente la subclasificación de éste; y el artículo 11.2.g) de esta última Ley señala expresamente que "los proyectos aprobados en la forma regulada de esta artículo integrarán la ordenación urbanística del territorio a que se refieren", con la particularidad de que si se trata de construcciones de tipo residencial, en su punto 3 prescribe que como "trámite previo a la licencia municipal de construcciones de carácter residencial a que se refiere el apartado 2.d) del artículo 9.º requerirán la inscripción registral en el mismo asiento de la superficie suficiente, vinculada a la edificación autorizada".

De esta forma, la omisión del artículo 4.1 de la Ley de Disciplina Urbanística no puede interpretarse como una exclusión del ámbito de su artículo 14, sino todo lo contrario, en prueba de ello sujeta a este requisito de localización de casas prefabricadas e instalaciones similares provisionales o permanentes; y en su letra f) asimismo, a pesar de su localización en disposición de otro sujeto, se sujeta a licencia "cualquier tipo de obras o usos que afecten a la configuración del territorio".

Más problemática es la cuestión de la aplicación del segundo requisito del artículo 25.2, esto es, la certificación técnica, de cuya posible aplicación analógica luego trataremos. El artículo 12 de la LOUSR abre un cauce favorable, al menos, cuando señala que la petición de la autorización irá acompañada de una descripción técnica de la obra, aunque si tenemos en cuenta la ubicación del precepto de Ley de Reforma y el contenido de su artículo 6, parece obvio que el requisito sería inexigible por razón de su naturaleza restrictiva e, incluso, por la posibilidad de que en algunas zonas no sea preceptiva la intervención de un técnico competente —autoconstrucción—. En cualquier caso, con la exigencia de lo preceptuado en el artículo 14 de la Ley de Disciplina Urbanística la acreditación de la licencia municipal presupone la resolución favorable del Director general de urbanismo y la adecuación técnica del proyecto. Lo único que se podría obstar a la inscripción es el cumplimiento del artículo 11.3, la necesidad de hacer constar la vinculación de la edificación a la superficie de suelo correspondiente. No cabría interpretar que si no se hizo fue por

no ser necesario. Los términos del artículo 11.3 son suficientemente claros, aunque el ámbito de calificación registral no se extienda ni deba extenderse al fondo de la licencia, como resulta del artículo 13.2 de la Ley de Disciplina Urbanística, que estima suficiente la certificación de que se ha concedido la licencia (245). Bastaría, pues, la advertencia explícita, según se aprecie la existencia de una construcción residencial por la propia descripción de la obra.

— Suelo de uso industrial: licencia previa (art. 14 LDU).

III. Publicidad de la irregularidad urbanística en suelo rústico, urbano e industrial: si no se acredita la obtención de licencia y, en su caso, la certificación técnica correspondiente, se practicará la inscripción, extendiendo simultáneamente y de oficio la nota marginal que regule el artículo 15.2 de la Ley de Disciplina urbanística.

Este régimen general, sin embargo, trae consigo la consecuencia de ultimar su desarrollo con un estudio más pormenorizado de sus peculiares características e incidencias. Y así:

A) LICENCIA DE OBRAS

El artículo 1 de la Ley 10/1990, de 23 de octubre, de disciplina urbanística de Baleares (246) recoge la definición legal de las licencias municipales en materia de urbanismo —o licencias urbanísticas—, con la particularidad y especial interés de que se pronuncia tras la publicación de la Ley de Reforma, interpretando, pues, a través de norma de carácter superior —Ley autonómica—, en el ámbito de una competencia exclusiva de la Comunidad —art. 27.2 del Estatuto—, la naturaleza jurídica de licencia en el marco del ordenamiento total. Dice así: "La licencia es el *acto administrativo* mediante el cual *adquieren efectividad las posibilidades* de parcelación, edificación, demolición, ocupación, aprovechamiento o uso relativo a un suelo o inmueble determinado, *previa concreción* de lo establecido al respecto en las Leyes, los Planes de Ordenación y el resto de la Normativa Urbanística".

Entre las líneas de este precepto, puede leerse la concepción del legislador balear favorable al mantenimiento de la tradicional naturaleza de las licencias urbanísticas, en general, y de la licencia de edificación, en

(245) También podría entenderse que no se ha vinculado el suelo por no tratarse de construcción residencial y, en consecuencia, no solicitar el cumplimiento del artículo 11.3 de la LOUSR.

(246) *Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de las islas Baleares*, núm. 141, de 17-11-1990 ("Avance", BCNR, núm. 12/1990).

concreto. Su naturaleza de acto administrativo declarativo de un derecho preexistente, la propiedad, y en el contenido de ésta, el *ius aedificandi*, como posibilidad o potencialidad de una facultad, cuyo ejercicio condiciona y concreta el planeamiento, en cuanto programa anticipadamente el uso del suelo. La licencia, pues, verifica la adecuación del proyecto al uso determinado que concreta la legislación urbanística, en su extensión cuantitativa y cualitativa. El radicalismo terminológico del artículo 20 de la Ley de Reforma, que no excede de un trascendente sistema de valoraciones, se ve mitigado en su aplicación conceptual práctica. "El otorgamiento de la licencia determinará la adquisición del derecho a edificar, siempre que el proyecto presentado fuera conforme con la ordenación urbanística", a efectos de la valoración de las facultades urbanísticas patrimonializadas en caso de expropiación-sanción o venta forzosa, por incumplimiento de la función social de la propiedad (art. 82.3 de la citada Ley).

Y curiosamente, el artículo 1.1 de la Ley balear reproduce casi textualmente el artículo 1.1 de la Ley 3/1987, de 8 de abril, de disciplina urbanística de Asturias (247), dictada con anterioridad, pues, a la Ley de Reforma y confirma que para el legislador autonómico nada ha cambiado en este aspecto. GONZÁLEZ PÉREZ, por su parte, señala cómo ambas leyes se ajustan a la concepción tradicional, que corrobora abundante y reciente jurisprudencia (STS 8-7-89). "No se habla aquí de adquirir —destaca— ningún derecho (el derecho a edificar como algo distinto del derecho de propiedad), sino de adquirir *posibilidades* (esto es, facultades —de ejercicio, se sobreentiende— del derecho de propiedad) de 'parcelación, edificación, ocupación, aprovechamiento o uso relativo a un suelo determinado'". El derecho a edificar "preexiste al otorgamiento de la licencia" (248).

(247) *Legislación del suelo*, ed. Tecnos, cit., pág. 961. La Ley de Baleares añade al término suelo el de inmueble.

(248) Véase *supra* GONZÁLEZ PÉREZ: *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, cit., págs. 87-90, y *Comentarios a la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo*, cit., págs. 64-68.

GONZÁLEZ PÉREZ, al analizar la nueva Ley, impugna el sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas, y en concreto del *ius aedificandi*, como contraria a la concepción constitucional del derecho de propiedad. Ello nos obliga a entender, salvando la eficacia de la norma, que las facultades urbanísticas adquiridas conforme al planeamiento y en la forma que la Ley establece no hacen sino condicionar el ejercicio de otras facultades distintas, las facultades civiles del propietario. Y condicionar su ejercicio. En este aspecto, la nueva Ley profundiza en la quiebra de la unidad ordinamental, y si la unidad es imposible y no deseada por la duplicidad funcional existente entre legislación civil y legislación urbanística, al menos profundiza en la falta de coherencia totalizadora, pues no establece disposiciones claras de articulación y coordinación de las relaciones que J. M. GARCÍA GARCÍA denomina interdisciplinarias (v. *supra*).

Las facultades urbanísticas, en definitiva, no pasan de ser las facultades de ejercicio del derecho de propiedad, con notable repercusión a efectos valorativos, que antes y

Consideración ésta que si bien la comparten otros autores como ya vimos, entre ellos BARNÉS VÁZQUEZ y LLISSET BORRELL, no dejan de impugnarla otros, incluso antes de la nueva Ley. Así, MARTÍN BLANCO y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ (249).

Por lo que se refiere ahora a la licencia de obras o de edificación, conviene recordar las palabras del profesor MENÉNDEZ REXACH en las Jornadas de Urbanismo de Maspalomas aludidas: a efectos prácticos, el dilucidar entre si la licencia condiciona la adquisición del derecho a edificar o su ejercicio es irrelevante. La situación es la misma, aunque, a su juicio, la desvinculación de las facultades urbanísticas del derecho de propiedad no se produce. Son inherentes al mismo y condicionan su ejercicio. Lo que nos lleva a la conclusión advertida: la adquisición gradual de facultades urbanísticas, desde la perspectiva de la nueva Ley, obedece a la fijación de un sistema de valoraciones en la dinámica del incumplimiento de los correlativos deberes urbanísticos. Esto es, en cuanto opere la expropiación-sanción o la venta forzosa.

GONZÁLEZ PÉREZ, al estudiar los efectos de las licencias, como hemos visto, distingue entre efectos legitimadores normales y efectos anormales. Dentro de los primeros, encuadra los efectos típicamente legitimadores de la actividad y, en su caso, la adquisición de la facultad de edificar y los efectos secundarios, cuales son la posibilidad de contratación con las empresas suministradoras de los servicios de energía eléctrica, agua, gas y telefonía, y la elección de la licencia como requisito de la inscripción registral. Dentro de los segundos, son, respecto del administrado, la obligación de dar cumplimiento a los términos de la licencia, el resarcimiento de daños y la sanción administrativa, y respecto a la Administración Pública, la indemnización de los daños y perjuicios causados (250).

Consecuencia de ello es la insuficiencia de la licencia en sí misma considerada para producir 'la adquisición del derecho a edificar' y del 'derecho a la edificación', utilizando la terminología de la propia Ley de

ahora estaba fuertemente intervenido por razones de interés general, llegando a ser un ejercicio variable en función de las alteraciones del planeamiento y pormenorizadamente reglado.

(249) F. LLISSET BORRELL: *Nuevo régimen urbanístico*, cit., pág. 114; J. S. MARTÍN BLANCO: *Estudios sobre la Ley 8/1990 de reforma del régimen urbanístico*, op. cit., págs. 101 y sigs.; T. R. FERNÁNDEZ: Apéndice a la 8.^a edición del *Manual de Derecho urbanístico*, op. cit., pág. 13; B. VÁZQUEZ: *La propiedad constitucional*, op. cit., pág. 358 (entre otras).

Para la naturaleza jurídica de la licencia urbanística en general, y para la licencia de edificación en particular, puede verse el apartado 1.3.º.2 de este estudio correspondiente a su concepto.

(250) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Nuevo régimen de la licencia de urbanismo*, op. cit., págs. 245-250.

Reforma (arts. 20 y 25.1). Es necesario cumplir con los extremos de una licencia legitimadora de la actividad, con su contenido. Son los límites que denomina GONZÁLEZ PÉREZ subjetivos, objetivos y temporales (251). Y además, para adquirir el derecho a edificar se requiere la conformidad de la licencia con el planeamiento, y para patrimonializar la edificación, la conformación de ésta con la licencia válida conforme.

A los efectos secundarios se refieren los artículos 6.2 y 3 de la Ley de Disciplina Urbanística de Canarias, el 18 de la Ley de Disciplina de Madrid, el 12.4 de la Ley de Protección de la Legalidad de Murcia y el 9 de la Ley de Disciplina de Baleares para las empresas de suministro; el artículo 48 de la Ley del Suelo de Galicia para las entidades financieras, que podrán exigir la presentación de la licencia, y en el caso de urbanizaciones privadas deberán exigir la acreditación de que el Plan Parcial ha sido aprobado (252); y los artículos 96.3 de la Ley del Suelo y 25.2 de la Ley de Reforma sobre otorgamiento de escritura pública y publicidad registral, sin perjuicio del abundante número de disposiciones autonómicas a que hemos aludido.

Finalmente, dentro de los efectos anormales, la Administración puede compeler al propietario al cumplimiento de los términos estrictos de la licencia adoptando las medidas oportunas, conforme a los artículos 52 del Reglamento de Disciplina y 5.3 de la Ley de Disciplina Urbanística, entre ellas la inclusión del terreno en el Registro Público de Solares de Edificación Forzosa y el dictado de una Orden de ejecución, acompañando ésta de multas coercitivas, periódicas en función del plazo impuesto para la terminación de la obra de cuantía igual al 10 por 100 del presupuesto de

(251) *Op. cit.*, págs. 251 y sigs.

(252) Como dice DÍAZ LEMA en su obra citada, *Derecho urbanístico de Galicia*, "es dudoso que el Estado o la Comunidad Autónoma puedan condicionar la actividad de las entidades financieras para estos fines" de protección de la legalidad urbanística. Así lo prueba el artículo 48, que no prevé ninguna sanción al incumplimiento, ya que "es difícil admitir ni que las entidades financieras aseguren la legalidad urbanística ni que el Estado pueda imponerles esta obligación" (pág. 263).

Ahora bien, tras la promulgación de la Ley de Reforma, tengan esas entidades la facultad y/u obligación o no, las entidades financieras se guardarán mucho de prestar dinero sin exigir la aportación de la licencia en prevención de la expropiación-sanción o venta forzosa e, incluso, entregarán el dinero para evitar su caducidad, según el grado de ejecución de la obra y la valoración de ésta, sin evaluar la plusvalía empresarial de la edificación hasta que ésta concluya en plazo. Este es uno de los aspectos más discutibles de la reforma, la distorsión del crédito privado, sin perjuicio de que exijan por cautela, lógicamente, la licencia, sea ésta o pueda ser válida o nula, ya que si es nula será el propio Ayuntamiento quien deberá indemnizarles (v. *Régimen jurídico del suelo en Canarias*).

Tal vez, por otro lado, lo que predica DÍAZ LEMA sobre entidades financieras sea aplicable asimismo a las disposiciones sobre empresas de suministro, y por las mismas razones.

la edificación no ejecutada". Posibilidad ésta a la que debe añadirse, con carácter alternativo, no obstante la imperatividad de la Ley de Reforma (253), la declaración formal de caducidad de la licencia, que lleva aparejada la extinción del derecho a edificar —o su ejercicio— y la subsiguiente expropiación o venta forzosa (arts. 23.1 y 24).

Efectos a lo que cabe añadir, con GONZÁLEZ PÉREZ, el resarcimiento de los daños y perjuicios causados tanto a los terceros —**adquirentes** de viviendas sobre plano, entidades financieras, **colindantes**— como a la propia Administración por la infracción urbanística, según el artículo 229 de la Ley del Suelo y la sanción administrativa por la infracción de la licencia [arts. 226 LS y 53.2.c) RD].

Y en caso de otorgamiento de licencia o denegación improcedente, la Administración deberá resarcir de los daños y perjuicios ocasionados, salvo dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado (arts. 21 LR, 232 LS y 39 RD). Aspecto éste que debe comprender a cualquier perjudicado directa o mediatamente. Es decir, al propietario de la obra, al promotor, al constructor, al subcontratista, al adquirente de viviendas sobre plano y a la entidad financiera. Por lo que esa imputabilidad deberá referirse a cada uno de ellos individualmente **considerado**. La persistencia de la situación de mero hecho que la edificación realizada supone —de ahí la importancia de su reflejo registral—, excluida del ámbito del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la posible demolición y a la material existencia, sin embargo, sí se ve amparada por la protección registral frente a tercero, en cuanto realidad física contrastada, legitimando al titular frente a la Administración para reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios en el supuesto del artículo 21 de la Ley de Reforma.

En este punto vuelve a tomar actualidad el problema de la duplicidad de legislaciones aplicables a la relación o situación jurídica total, ya que el otorgamiento de licencias siempre se hace, conforme al artículo 12 del Reglamento de Servicios, "*sin perjuicio de tercero y salvo el derecho de propiedad*", y "*no alterarán las situaciones jurídicas privadas entre el propietario y las demás personas*" (art. 10 RS). Esto es, si la licencia 'atribuye facultades urbanísticas' en la medida que legitima y condiciona el ejercicio del derecho de propiedad, declarando la posibilidad legal de realizar determinada actividad privada, sin prejuzgar el derecho de propiedad ni las relaciones jurídico-privadas, dado el "*neutralismo* de la Administración en orden a los derechos civiles", como dice la Sentencia del

(253) La finalidad de la Ley de Reforma es evitar la especulación del suelo y fomentar la construcción, por lo que entendemos que al menos en esta Comunidad la Administración podrá optar entre lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Ley de Disciplina Urbanística y 23.2 de la Ley de Reforma a efectos del artículo 24 de la misma —expropiación o venta forzosa.

Tribunal Supremo de 11-11-1975, y esa salvedad condiciona legalmente el propio otorgamiento (S. 26-6-84), su naturaleza constitutiva a efectos civiles es inviable. Y da la impresión que la contraposición interpretativa entre los distintos autores no obedece sino a la parcialidad de la estimación de las disposiciones concurrentes, puesto que la existencia de dos órdenes jurídicos superpuestos sólo confluyen en la viabilidad del objeto jurídico único y, desde la óptica civil, la relación o situación jurídica subsistirá en la medida que persista el objeto, sin que ello suponga nulidad, sino ineficacia sobrevenida.

Así pues, cuando se habla de licencia declarativa o constitutiva no se está, ni se puede estar, hablando del dominio, sino de la facultad urbanística de su ejercicio, de la legitimación administrativa, ya que la actuación municipal no prejuzga ni la titularidad ni las relaciones con terceros. ¿Cómo va a otorgar el Ayuntamiento un derecho a edificar *a non domino*? ¿Qué ordenamiento jurídico admitiría que con independencia de una causa determinada fuera graciable la atribución del contenido ordinario de la propiedad urbana, sin previa expropiación y sin competencia objetiva para dirimir si esa atribución se está haciendo al verdadero propietario? ¿Cómo podemos configurar la constitución abstracta de un derecho a favor de un simple peticionario? ¿Cómo puede desconocerse al propietario del suelo? Las denominadas facultades urbanísticas, la legitimación administrativa, entonces, se produce al margen de la legitimación civil, donde reside el derecho privado de propiedad, en cuyo contenido residen una serie de facultades y de responsabilidades civiles, sin perjuicio de los deberes y facultades urbanísticas que legitiman y condicionan su eficaz —no válido— ejercicio. La Administración en sus actos reconoce el orden jurídico-público, "con independencia absoluta de la definición de los derechos que en el orden privado civil pueden corresponder a las partes" (S. 6-6-70).

"La *licencia urbanística* —declara la STS 9-10-90— es un acto administrativo de naturaleza reglada mediante el cual la Administración actúa con un control preventivo sobre la actividad de los administrados para asegurar que el aprovechamiento de los terrenos que se pretende llevar a cabo se ajusta a la ordenación urbanística. Queda, pues, claro que el ejercicio a través de la licencia es un control de legalidad, pero *no de la legalidad en general, sino exclusivamente de la urbanística*. Así deriva de la expresada dicción de los artículos 178.2 del Texto Refundido y 3.º.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística". "La normativa urbanística y no otra es la que la Administración municipal ha de tener en cuenta al decidir sobre el otorgamiento de una licencia. Justamente por ellos el artículo 178.1 del Texto Refundido advierte que la licencia que prevé opera 'a los efectos de esta Ley'". "De aquí ya deriva una consecuencia clara: *no*

corresponde a la Administración controlar a través de la licencia la titularidad dominical del terreno sobre el que se pretende construir. No es la licencia instrumento adecuado para verificar situaciones jurídico-privadas, cuya definición, por otra parte, no habría de corresponder a la Administración, sino a los Tribunales civiles. Todo ello se traduce en la operatividad de la cláusula de "salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero" que aparece recogida en el artículo 12.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales" —SS. 17 julio 1987, 2 mayo y 31 julio 1989, etc.— (254).

Estas conclusiones resultan de la propia Ley de Reforma: si el artículo 20 deroga el artículo 9 del Reglamento de Servicios y no quedan a salvo el derecho de propiedad y su eficacia frente a tercero, el Ayuntamiento, antes de conceder la licencia deberá conocer quién es el propietario civil del terreno, y no bastará la instancia de cualquier parte (no se va a hacer depender las sanciones por incumplimiento del plazo de actuación oficiosa de una persona que no es titular dominical) (255) bajo la responsabilidad patrimonial del organismo autorizante; y, además, aun siendo el propietario legítimo el solicitante, el incumplimiento del plazo provocaría la ruptura entre el derecho a edificar y el derecho a la edificación, en clara contradicción normativa, ya que si, por un lado, el derecho a edificar se extingue por caducidad mediante declaración formal (art. 23.2), la titularidad de la edificación aparece indefinida —no olvidemos la responsabilidad civil y administrativa del propietario— en el momento de ésta por razón de su causa —licencia constitutiva— y por razón del mismo sistema de patrimonialización, aunque la caducidad no haya sido declarada, pues el artículo 25.1 hace depender la incorporación patrimonial de la vigencia de la licencia y de la conformidad con el planeamiento —planeamiento constitutivo, licencia declarativa— y no de su declaración formal. Es decir, aunque no se haya extinguido el derecho a edificar por falta de declaración expresa (art. 23.2), la licencia habrá caducado, impidiendo la patrimonialización —derecho a la edificación—. Y, por otro lado, en abierta contradicción con este planteamiento, el artículo 25.2 permite la inscripción de la titularidad dominical de la edificación, tanto si la licencia está caducada sin declaración formal como si caducada con declaración formal que no se ha hecho constar en el Registro; vigente pero contraria al planeamiento, y vigente pero no concluida la obra, e indemniza al 'propietario' de la edificación no incorporada patrimonial por el coste de la obra, sin expresar otra causa que la propiedad que esta interpretación se le niega. O sea, el

(254) RDU, núm. 120/1990, págs. 177-178.

(255) Bastaría presentar un proyecto, obtener licencia y dejar caducar el plazo para privar a un tercero de su derecho de propiedad. Lo cual es tan absurdo, ilegal e injusto que no merece comentario.

propietario es a la vez dos personas distintas al mismo tiempo y bajo un mismo aspecto: es titular del derecho a edificar y titular de la indemnización, pero no lo es de la edificación o no es titular de la edificación —caducidad y/o disconformidad con el planeamiento— ni del derecho a edificar, pero sí de la indemnización. Sin embargo, eso es indudable, será responsable a efecto de sanción como propietario de una edificación de la que no es propietario. En fin, este galimatías sólo tiene una salida, y es la expresada: una cosa es la facultad urbanística, legitimadora de la actividad privada frente a la Administración, su forma de adquisición y plazo, condicionante del ejercicio legal del derecho de propiedad, en la dinámica del régimen **sancionador** —multas, expropiación, venta forzosa—, y otra bien distinta es la titularidad civil, activa y pasiva (256).

Obviamente, esto no quiere decir que la actuación y control administrativo sean indiferentes para el orden civil, sino todo lo contrario. La Administración urbanística actúa sobre el objeto y en consecuencia su actuación repercute directamente en el contenido de las relaciones jurídico-privadas, por afectar a uno de sus elementos —el objeto—. De esta forma, esa relación trilateral, pública y privada, se reúne en torno a la finca en su dimensión material o física, siendo de destacar la enorme trascendencia de la legislación urbanística en orden a la transformación de este objeto, al margen o con independencia de los derechos civiles que se constituyan sobre el mismo. Así, dependiendo del Derecho civil constituido, la legalidad urbanística determinará, en distinta medida, su eficacia. Esto es, si se constituye un derecho de sobreelevación y la ordenanza municipal o el planeamiento no permite alzar más plantas, su eficacia estará pendiente de la subsistencia de esa limitación. Pudiendo instar una de las partes la resolución del contrato, conforme al artículo 1.124 del Código Civil, y según los términos del mismo; pero su validez será incuestionable. Habría que hablar de validez civil e ineficacia administrativa. La alteración de las normas de planeamiento —cosa frecuente— podrá dar contenido a ese derecho, permitiendo su ejercicio.

Y si tenemos en cuenta que el Registro de la Propiedad es un registro de derechos inmobiliarios, se comprenderá la postura de la Dirección General de los Registros en el tratamiento de las disposiciones administra-

(256) Si una cuestión es insostenible en la nueva Ley es que la edificación expropiada o vendida forzosamente se valore por el coste de ejecución o reposición cuando la Ley siempre habla de sanción con referencia exclusiva al suelo, por incumplimiento de la función social de la propiedad y el Ayuntamiento se lucre de la infracción, pudiendo adquirir o vender la obra por el valor de mercado. Se trata de un enriquecimiento sin causa. Es imposible calcular el coste de ejecución dentro de la cadena de personas y **empresarios** que intervienen en la construcción sin incorporar en él la plusvalía o sobreprecio de la transformación del 'producto'. Esto sin atención al valor añadido, incluso gravado por un impuesto.

tivas. Los derechos son inscribibles. Otra cosa es su eficacia urbanística. Por ello es por lo que hemos destacado a lo largo de esta exposición la importancia que para la Administración y para los terceros o consumidores tiene la publicidad registral, punto de intersección de disposiciones de distinta naturaleza y de coordinación interdisciplinaria. El Registro es un registro de derechos, pero en cuanto esos derechos recaen sobre fincas concretas activa su utilidad la constancia de la realidad física en su dimensión civil y urbanística (257). Es un problema de valoración suficientemente destacado.

1. *Presupuesto: la condición de solar*

Presupuesto de la concesión de la licencia de edificación es la condición de solar, previamente adquirida o simultáneamente garantizada. La condición de solar, en virtud del principio de legalidad, como enseña el profesor GONZÁLEZ PÉREZ, es un concepto legal objetivo y, en consecuencia, el otorgamiento de la licencia urbanística, conforme al planeamiento definitorio del aprovechamiento o uso del terreno, es una obligación reglada del Ayuntamiento o de la Administración actuante, cuyo incumplimiento dará lugar al resarcimiento advertido, y la aplicación, en su caso, de las normas de silencio administrativo positivo y de prescripción de acciones respecto de aquella parte de la ejecución que se aparte del planeamiento por negligencia administrativa en la aplicación de su potestad de control.

(257) Véase J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, cit., págs. 251-253. La Sentencia de 9 de noviembre de 1979 (Ponente: DÍAZ EIMIL) dice que: "... el otorgamiento de la licencia no prejuzga derechos civiles ni priva a los interesados de todo el dispositivo de defensa a fin de plantear al Juez civil —por los cauces oportunos— el tema de la reivindicación y, en su caso, el de la determinación del ámbito físico de la propiedad".

La Sentencia de 26 de junio de 1984 (Ponente: MARTÍN MARTÍN) reitera la doctrina jurisprudencial en los siguientes términos:

"Las cuestiones relativas a las situaciones jurídicas privadas del peticionario de la licencia y de éste en relación con cualesquiera otras personas quedan fuera de la competencia del órgano administrativo en punto a la resolución a adoptar en respuesta a la solicitud de autorización para edificar, y por ello la cláusula de *salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero* puesta como condición legal en las licencias urbanísticas, de conformidad con los preceptos de los artículos 10 y 12.1 RS".

En definitiva, aunque sea en cierta forma distorsionante del principio de legalidad desde el punto de vista terminológico y lo refuerce desde el ámbito sustantivo, puede afirmarse que cuando la Ley de Reforma dice 'facultad urbanística' está expresando literalmente el campo de su propia eficacia como facultad jurídico-pública de ejercicio de un derecho privado, determinante de la legitimación de la actividad por razones de orden público y por ello susceptible de publicidad registral protectora y disuasoria en torno a la regularidad o irregularidad urbanística que trasciende de su documentación pública.

Sin embargo, la calificación de solar no es un condicionante de la función registral y del otorgamiento de la escritura pública. Es un presupuesto interno dirigido de manera exclusiva a la actuación de la Administración urbanística. Sea cual fuere la naturaleza de la finca —rústica o urbana— y la clasificación del suelo que en su caso conste en el Registro (arts. 9 LH y 51 RH), si se aporta la licencia de edificación la escritura será inscribible sin limitación alguna (art. 25.2 LRRU). Situación ésta que no supone una minusvaloración del preciso señalamiento en el folio registral de esa naturaleza, clasificación y calificación e, incluso, del medio por el que accedió tal información al Registro (*vid. supra*), sino más bien lo contrario, la conveniencia no impeditiva de su constatación.

Conveniencia que ha sido potenciada, y en cierta medida impuesta, por disposiciones estatales y autonómicas, cuales son el artículo 29.2 de la LRRU y los artículos 13.3 y 14.2.º de la LDU. Dice el primero de ellos que "los Ayuntamientos remitirán obligación al Registro de la Propiedad que corresponda *copia de las certificaciones acreditativas del cumplimiento de deberes urbanísticos* a que se refiere el artículo 15 a fin de que se tome nota marginal en las inscripciones de las fincas respectivas". Precepto que abre una doble vía de coordinación, bien de oficio, bien a instancia del particular o interesado (arts. 63 LS y 29.1 LRRU). La falta de sanción del incumplimiento por parte del Ayuntamiento de esta obligación legal no puede ser impeditiva de la constancia en virtud de solicitud del propietario. A ello atiende el artículo 13.3 de la LDU, que prevé la constancia por nota marginal de la calificación urbanística de las fincas resultantes de toda división, segregación o agrupación, y el volumen en el supuesto de licencia de edificación (art. 14.2.º) si el documento acreditativo de la obtención de ésta así resulta. La prescripción, ciertamente práctica, adolece de cierta timidez, en cuanto no le da carácter general a la regulación, cuestión a que atenderá el Reglamento Hipotecario; pero debe entenderse como un paso previo en pro de la coordinación que pone en manos de la Administración la posibilidad efectiva de su cumplimiento al redactar los documentos acreditativos de la obtención de licencia (de su extensión dependerá el grado de coordinación registral). Si se limita que el acto goza de licencia, poco añadirá; pero si expresa la clasificación, calificación y volumen, según el caso concreto, la eficacia de la prevención será mayor, ofreciendo el Registro a la Administración y al consumidor un nuevo servicio, ya que el Registrador advertirá, o podrá advertir, de la congruencia o incongruencia de la licencia según la naturaleza del suelo sobre el que se actúa, instando la coordinación, y sin que deba ni pueda, por la presunción de validez de los actos administrativos, hacer tacha de nulidad. Bastará con la advertencia. Se trata de un pronunciamiento no impeditivo, excluido del ámbito del principio de tracto sucesivo.

La lógica del sistema impone a cargo de la Administración el deber de hacer coincidir el artículo 13.2 con el contenido del artículo 11 de la Ley de Disciplina Urbanística, o al menos sus datos básicos, a efectos de los artículos 13.3 y 14.2.º de la misma, pues si bien ésta nada dice de la forma en materia de licencias de edificación, son tan estrechas las posibilidades que de hecho así lo aconseja.

1.1. Suelo urbano

En suelo urbano o urbanizable la condición de solar será, en definitiva, un requisito a apreciar por la Administración urbanística, y desde la perspectiva registral la escritura deberá incorporar por testimonio, en principio, la licencia de edificación y la certificación técnica (arts. 25.2 LRRU, 14 y 15 LDU).

El problema, señalado por LASO, de la posibilidad de la aplicación de la Ley con carácter general a determinados municipios, donde ni se exija licencia ni exista técnico competente, no obstante, plantea en nuestra Comunidad la cuestión de las viviendas autoconstruidas que gozan de protección pública (arts. 21-24 de la Ley 11/1989, de 13 de julio, de viviendas para Canarias).

El propio término, autoconstrucción, comporta una *excepción* al régimen del artículo 25.2 de la Ley de Reforma, norma como sabemos de carácter básico y que hemos de entender desarrollada por la Comunidad en el sentido de estar excluido en este caso el requisito de la certificación técnica, en tanto de la aplicación del artículo 24 no resulte otra cosa (convenios de colaboración con los Colegios profesionales). En estos casos bastará la aplicación de los artículos 14 y 15 de la Ley de Disciplina Urbanística sobre el presupuesto de la exigibilidad de la licencia y de la apreciación por el Ayuntamiento del concepto de solar a que alude el artículo 21 (dónde ubicarse en terrenos calificados de suelo urbano edificable —solar— y destinados por el planeamiento al efecto).

Otra interpretación nos llevaría a la imposibilidad legal de aplicación de la Ley 11/1989, y no existen razones sustantivas para ello. El artículo 25.2 no deja de ser una norma general de naturaleza básica, susceptible de excepciones, bien por la innecesariedad de la licencia o del proyecto, bien por disposición legal en contra fundada en razones de protección social que no hace sino atender a la finalidad de la propia Ley de Reforma.

Por ello puede entenderse que los requisitos del artículo 25.2 son inaplicables a aquellos casos en que el Ayuntamiento certifique de la innecesariedad de la licencia, conforme a las normas de planeamiento, o una disposición legal exima de uno de sus requisitos como es la certifica-

ción técnica, con lo que puede solucionarse el problema advertido por Laso en orden a la virtualidad práctica de la Ley en determinadas zonas (258).

La segunda excepción canaria a la Ley general viene determinada por el carácter rústico del suelo de los asentamientos rurales y de las viviendas unifamiliares aisladas, agrícolas y residenciales, a que aluden, respectivamente, los artículos 8.e) y 9.2.d) de la LOUSR, y que sujeta la construcción a los requisitos generales de los artículos 14 y 15 de la Ley de Disciplina Urbanística, y seguramente excluye la aplicación de la certificación técnica a que se refiere el artículo 25.2. En este supuesto, pues, la condición de solar no es presupuesto de la edificación.

1.2. Suelo rústico

En suelo rústico o no urbanizable y en suelo urbanizable no programado, la calificación **registral**, dada la omisión del artículo 25.2, puede prestar una importante colaboración, sin acudir a su aplicación analógica, a través de los datos descriptivos de la obra y de la configuración jurídica del régimen aplicable. Pues si revelan una edificación propia de núcleos urbanos o se divide horizontalmente o se adscribe su uso, la exigencia de la licencia vendría **impuesta**, con independencia de la manifestación escrituraria sobre la naturaleza del suelo, sujetándose el acto al ámbito del artículo 25.2.

1.2.1. Legislación general

La situación sistemática del artículo 25.2, como hemos señalado, responde en su concepción literal a que su aplicabilidad se restringe al suelo urbano y suelo urbanizable, habida cuenta de la exclusión de su ámbito del suelo no urbanizable y de la falta de regulación del suelo urbanizable no programado, objeto simplemente de limitaciones de uso —arts. 85 y 86 LS— que viene a equipararse a aquél. Interpretación que está reñida con el carácter excepcional de las construcciones en suelo rústico que impone un requisito previo a la licencia, la autorización, pero que se hace inevitable, en sentido estricto, si relacionamos el artículo 25.2 con el 6 de la propia Ley.

En la doctrina se ha criticado por GONZÁLEZ COLOMINA, con carácter general, la oportunidad perdida de dedicar mayor atención en la Ley al

(258) *Op. cit. infra*, pág. 530.

suelo no urbanizable, en la línea de la LOUSR canaria, que positiviza su contenido urbanístico (259). Y en ese capítulo de omisiones puede incardinar la falta de referencia del artículo 25.2 a las edificaciones en suelo rústico. Situación ésta que lleva a algunos autores, como GARCÍA GARCÍA, cuando se ocupan del estudio de su ámbito espacial, a entender que, conforme a la Disposición Adicional 1.^a.3, su aplicación se extiende a todos los municipios, por un lado, y tanto al suelo rústico como al urbano, por otro, ya que sería absurdo exigir menos requisitos en un tipo de suelo en el que "no cabe en principio o como norma general" el derecho a edificar, por lo que en este caso la declaración de obra nueva estará sujeta al triple requisito de la autorización de la Comisión correspondiente, de la licencia municipal y de la certificación técnica (260).

CHICO Y ORTIZ, siguiendo la pauta fijada en el Seminario celebrado en Madrid (octubre 1990) sobre la incidencia registral de la Ley de Reforma, entiende aplicable el artículo 25.2 al suelo no urbanizable y urbanizable no programado, como recogen CARBONELL SERRANO y GÓMEZ FABRA en la recensión del mismo. Otros autores, sin embargo, optan por la negativa. Así, RAMOS BLANES y ACEDO-RICO HENNING en sus comentarios al artículo 25.2 con ocasión del mismo Seminario, mostrándose favorables a aplicar directamente la doctrina que emana de la Resolución de 16-11-1981. MÉNDEZ GONZÁLEZ, por su parte, extrae de los términos literales de la Disposición Adicional 6.^a un importante argumento en favor de la inaplicabilidad del artículo 25.2 al suelo no urbanizable. Esta disposición se refiere expresamente al suelo urbano y urbanizable, por lo que no cuestiona, siquiera, el régimen transitorio de patrimonialización en suelo no urbanizable. La falta de unanimidad, pues, en su aplicación se ha puesto de manifiesto en distintas ocasiones. En este sentido, las notas de PASCUAL MAIQUES (261).

(259) *Op. cit.* (v. *supra*).

(260) J. M. GARCÍA GARCÍA: "Estudio sobre la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo" (*Boletín del CEH de Cataluña*, núm. 19/1990, noviembre, y *Avance del BCNR*, núm. 14).

(261) J. M.^a CHICO Y ORTIZ: "La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 602, enero-febrero 1991, pág. 167; A. RAMOS BLANES y F. ACEDO-RICO HENNING: "Comentarios al artículo 25.2 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990" (según el coloquio celebrado en el Colegio de Registradores el 2 de octubre de 1990, siendo ponentes JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, RAFAEL ARNÁIZ EGUREN y ANTONIO HUESO GALLO), en *Avance del BCNR*, núm. 10/1990; V. CARBONELL SERRANO y J. L. GÓMEZ FABRA: "Nota-resumen de los criterios adoptados en la reunión de Madrid sobre la incidencia registral de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo", en la revista *Lunes 430* (octubre 1990) y en el *Avance del BCNR*, núm. 11/1990; F. MÉNDEZ GONZÁLEZ: "Derecho transitorio del artículo 25.2 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del

LASO MARTÍNEZ, por su parte, mantiene que "dada la nominación del capítulo —régimen del suelo urbano y urbanizable—, precedido por el relativo al suelo no urbanizable, determina que en éste no es exigible la licencia para inscribir la obra nueva. El argumento no procede sólo de la sistemática legal, sino también del hecho de que la consolidación patrimonial de las facultades urbanísticas es contemplada en función del cumplimiento de los deberes del mismo orden. Por ello, como en el suelo urbanizable no existen más que prohibiciones, pero no deberes positivos de orden urbanístico, las facultades derivadas de su desarrollo ni son urbanísticas ni condicionan su consolidación patrimonial". "A ello ha de añadirse que las 'facultades urbanísticas' que según el artículo 1.º delimitan la función social del dominio comprenden, según el artículo 2.º, 'su urbanización y edificación'".

"Esta interpretación, deducida del sistema legal y del emplazamiento de los preceptos comentados, no equivale, naturalmente, a que todo es inscribible en el suelo no urbanizable, ya que para él priman los preceptos imperativos y prohibitivos de los artículos 85, 86 y 94 y siguientes de la Ley".

A continuación, LASO observa que, no obstante el papel medidor o clarificador que le corresponderá al Reglamento Hipotecario, no puede desconocerse la imposibilidad práctica, que califica de utopía, de aplicar los requisitos del artículo 25.2 en determinadas poblaciones y, sobre todo, la exigencia de la certificación técnica (262).

Aunque ambas opiniones son respetables y su argumentación de peso, una basada en la finalidad de la Ley y otra en su ámbito urbanístico, su consideración sugiere optar por la no extensión de los requisitos del artículo 25.2 a las declaraciones de obra nueva en suelo rústico, lo que comporta la estimación de naturaleza punitiva del precepto en cuanto restringe la libertad civil del tráfico jurídico, la persistencia del principio de accesión y la apreciación de su analogía no con el supuesto del suelo urbano o urbanizable, sino con la prohibición en idéntico sentido contenida en el artículo 96.3, que es sólo aplicable a las 'parcelaciones urbanísticas' en

suelo". Conferencia pronunciada en el Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, en *Boletín* de éste, núm. 19/1990, y en el *Avance*, núm. 14, del BCNR; PASCUAL MAIQUES: "Cuestiones acerca de la Ley 8/1990", resultado de la reunión celebrada entre éste y MONTERO-RÍOS GIL, CARBONELL y GÓMEZ-PAVÓN en la citada revista *Lunes* 4.30 (octubre 1990) y en el *Avance* del BCNR, núm. 11/1990.

(262) J. L. LASO MARTÍNEZ: *La inscripción de declaraciones de obra nueva...*, cit., págs. 529-530.

El artículo 9.1.1.º del Reglamento de Servicios, sin embargo, exige en todo caso para la concesión de las licencias urbanísticas *proyecto técnico* ("con ejemplares para cada uno de los organismos que hubieren de informar la petición": v. Rep. Aranzadi, 1956, mg. 85, pág. 133).

sentido propio y no cualquier división, al tiempo que de las disposiciones urbanísticas se puede extraer una importante presunción que complementa la advertida al principio de este apartado. Y es la necesidad de acreditar el carácter rústico del terreno en virtud de certificación municipal o cédula urbanística, puesto que si la edificación en suelo no urbanizable y urbanizable no programado está sujeta a las limitaciones del artículo 85 de la Ley del Suelo, su carácter excepcional justifica, como medida preventiva, la previa acreditación de la naturaleza del suelo sobre el que se construye, ofreciéndonos, tal vez, un sólido argumento favorable al carácter presuntivamente urbano de determinadas edificaciones por razón de identidad física o situación geográfica.

En materia de informe, notificaciones y autorizaciones pertinentes (arts. 85.1.2.^a LS, 11 LOUSR y 4.3 y 10 LDU), obligación específica de los entes públicos actuantes, entendemos que en la licencia y su presunción de validez como acto administrativo queda subsumida su exigibilidad, fuera, en consecuencia, del ámbito de la calificación registral. Y más aún si observamos que el artículo 25.2 sólo requiere que se acredite la concesión de la licencia, no que se presente ésta, siendo variable su contenido e imposible, pues la posibilidad de calificar la regularidad del procedimiento emisor, material y competencialmente, en base a la presunción de validez del acto administrativo. La extensión de la función calificadora en esta materia, dice GONZÁLEZ PÉREZ, viene limitada por la presunción de legalidad de los actos administrativos. Bastará "con verificar que la licencia se refiere al acto —o al hecho, podemos añadir— que es objeto de inscripción para que ésta sea procedente, siempre que no existan obstáculos que deriven de los propios libros del Registro" (263).

Desde el punto de vista tributario, hemos de tener en cuenta que el artículo 63 de la Ley 39/1988 de Haciendas Locales considera bienes inmuebles de naturaleza rústica a las "construcciones de naturaleza rústica, entendiendo por tales los *edificios e instalaciones de carácter agrario* que situados en los terrenos de naturaleza rústica sean indispensables para el desarrollo de las explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales" (264).

(263) *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, op. cit., pág. 337.

(264) Véase L. M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA: "Protección del consumidor en materia de vivienda. Curso de derecho del consumo y protección del consumidor" (Universidad de Extremadura, 1990-1991, en prensa), en *BCNR*, núm. 251, pág. 2579, y T. COBO OLVERA: "Obras, construcciones e instalaciones en suelo no urbanizable y urbanizable no programado", *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 119/1990, pág. 65.

La distinción genérica finca urbana-finca rústica, que mantiene el Reglamento Hipotecario y que no impide hacer constar en el Registro la clasificación urbanística del suelo, es la misma que sostiene la jurisprudencia civil y las disposiciones fiscales reguladoras del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, que, como sabemos, actúa sobre la base catastral y supone esta catalogación a efectos valorativos. La Ley de Reforma, en

Disposición que puede arrojar luz sobre la materia que ahora tratamos sustrayendo de la aplicación del artículo 25.2, con carácter general, las 'construcciones destinadas a explotaciones agrícolas', como hace el artículo 85.1.2.^a de la Ley del Suelo y mantiene el artículo 6 de la Ley de Reforma. Naturaleza que podrá resultar acreditada por la cédula catastral. En este supuesto, la legislación urbanística general se remite a la legislación agraria y no establece el requisito de la *autorización*, provincial o insular, con carácter previo a la licencia de edificación.

1.2.2. Legislación autonómica

En Canarias, integrado el suelo rústico en el planeamiento urbanístico y territorial, la aplicación de los artículos 14 y 15 de la Ley de Disciplina Urbanística se extiende directamente a las edificaciones en suelo rústico, por correlación de éstos con el artículo 9 de la LOUSR, con las excepciones señaladas, en cuanto a la no exigibilidad del segundo requisito que introdujo la Ley de Reforma, la certificación técnica, a las viviendas auto-construidas, a las construcciones en suelo rústico de asentamiento rural y a las declaraciones de obra nueva en este tipo de suelo, con la perentoria —por la configuración geográfica de la islas y su población diseminada— y prudencial virtualidad de esa tácita presunción de edificación urbana que requiere la presentación de la certificación municipal de su innecesariedad si de las circunstancias descriptivas de la obra por la omisión de los datos que dan contenido a la licencia en el documento acreditativo de su obtención (art. 13.2 LDU) resulta o se advierte la existencia de una edificación urbana. Y ello porque del artículo 11 de la LOUSR no se deduce que el proyecto presentado debe necesariamente —como lo será por lógica— estar realizado por técnico competente, y aunque lo esté, del artículo 25.2 no resulta su exigencia, sin que obste a la conveniente solicitud de la certificación municipal sobre la clase de suelo sobre la que se asienta de no resultar, decimos, de la licencia (265).

materia de valoraciones, ha querido hacer incidir en esta materia determinando la forma de establecer la base imponible en caso de fincas urbanas por razón de la adquisición de las facultades urbanísticas.

(265) Por no coincidir el documento acreditativo con la propia licencia, que deberá contener, entre otras circunstancias, la calificación del suelo, conforme al artículo 11 de la Ley de Disciplina Urbanística.

El artículo 1.9.e) de la Ley de Disciplina Urbanística de Baleares añade un nuevo requisito al contenido de la licencia; cuando se trate de suelo no urbanizable deberá constar la fecha del acuerdo de la Comisión Insular de Urbanismo o indicación de las normas por las que se fundamenta la exclusión de este trámite. Sin embargo, como no contiene precepto alguno de coordinación registral, el argumento sustantivo no se traduce necesariamente en argumento para la exigibilidad del artículo 25.2.

Planteamiento que, a efectos registrales, se ve reforzado por la exigencia del artículo 11.3 de la LOUSR. Si del Registro no resulta tal vinculación superficial a la edificación y estamos ante una construcción residencial, la presunción de obra urbana, sujeta íntegramente al artículo 25.2 se impone.

2. Forma intrínseca

Según resulta de lo que antecede, una cosa es la licencia urbanística de obra o edificación a que se refieren los artículos 20 y 25.1 de la nueva Ley, y otra distinta la forma de acreditar su obtención, que es el supuesto contemplado por el artículo 25.2 de la misma. Asimismo, la licencia como acto administrativo por el que se resuelve en procedimiento al efecto la solicitud del interesado tiene su expresión formal en un documento municipal que expresa las condiciones de ejercicio de la actividad aprobada por ese acto en virtud del proyecto técnico presentado y que no es más que el traslado de la resolución administrativa positiva.

De esta manera, dice GONZÁLEZ PÉREZ que el "acto concediendo o denegando una licencia de urbanismo, como los que integran el procedimiento administrativo en que se adopta la resolución, están sujetos al régimen general de los acuerdos municipales. Por lo que deberán realizarse, en principio, en el lugar en que tenga su sede el órgano en cada caso competente" (266). Y añade que no "se exige requisito formal específico. Interpretando a *contrario sensu* el artículo 179.2 de la Ley del Suelo, es incuestionable que no exige motivación ni ningún requisito de forma. El acto será válido cualquiera que sea la forma de manifestarse". "No obstante, el artículo 3.2 RDis. exige la motivación para toda solución '*que otorgue o deniegue licencia*'" (267).

La Ley 7/1985 de bases de régimen local, por su parte, atribuye al Alcalde la competencia para otorgar las licencias cuando así lo dispongan las Ordenanzas (art. 22.1.11), y, en general, las Corporaciones Locales "podrán intervenir la actividad de los ciudadanos" sometiendo ésta a previa licencia como acto de control preventivo [art. 84.1.b)]. Por lo tanto, se estará a lo que dispongan las Ordenanzas municipales en cuanto al órgano concedente (normalmente resulta de un acuerdo del pleno de la Corporación) (268).

(266) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, op. cit., pág. 161.

(267) *Op. cit.*, pág. 175. La Ley de Disciplina Urbanística de Baleares contiene disposiciones concretas sobre este punto en sus artículos 1 a 9.

(268) *Régimen local*, ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 38 y 64.

Los artículos 4.1, 7.9 y 8 y 11 de las Leyes de Disciplina Urbanística de Asturias, Baleares y Canarias, respectivamente y en análogo sentido, por su parte, establecen el *contenido mínimo* del acto por el que se concede la licencia, siendo de destacar los siguientes, que se extraen de la Ley canaria: 1.º La naturaleza urbanística del suelo objeto de la actuación (en relación al art. 13.3). 2.º Finalidad de la misma y uso al que se destinará (su reflejo registral se establece en el artículo 14.2). 3.º Altura, superficie y volumen edificable, número de habitantes, ocupación y retranqueos permitidos por la licencia en la parcela (dato susceptible de publicidad registral, conforme al citado art. 14.2). 4.º Cantidad en que se presupuestan las obras (figuraba en el proyecto de Ley, pero ha sido suprimido del texto de la Ley). 5.º Fecha de caducidad de la licencia (extremo de notable importancia para el tercero a efectos del art. 25.1 LR y que se podrá hacer constar en la inscripción si resulta del documento). 6.º "En el *escrito* por el que se comunique al solicitante la concesión de la licencia contendrá el texto íntegro de la misma y la indicación de la fecha de la notificación a que se refiere el artículo 10" (que dice: "1. Los actos de tramitación de cualquier figura del planeamiento urbanístico, así como la concesión de licencias de parcelación y edificación, serán notificados de modo fehaciente al cabildo insular correspondiente en el plazo de los quince días siguientes a la fecha del acuerdo").

Ahora bien, esta prevención legal del artículo 11.2 de la Ley de Disciplina Urbanística sobre la forma intrínseca de la licencia no tendrá reflejo externo en el Registro de la Propiedad al regularse un medio distinto de justificación de la licencia, la certificación del acuerdo municipal de concesión, expedido por el Secretario del Ayuntamiento, ya que si es cierto que sobre la licencia de obras no se contiene precepto alguno, la aplicación analógica del artículo 13.2 y la directa del artículo 18 (que aunque habla de 'anotaciones' hemos de entender nota marginal e inscripción) lo corroboran (269). Por lo que la identidad absoluta entre el acto administrativo

(269) El artículo 18 dice expresamente: "Será título para la práctica de las anotaciones a que se refieren los artículos anteriores la certificación de acuerdo o resolución respectiva expedida por la autoridad u organismo que la hubiera adoptado". En un principio, parece que al hablar de 'título' se está refiriendo a título inscribible fuera del ámbito del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, a menos que se entienda incluido en su número 2, en cuanto a los actos administrativos que recoge el artículo 16, que modifican, con carácter real, el alcance o contenido del derecho inscrito. Sin embargo, a continuación incluye una referencia a todos los artículos de este capítulo, donde la palabra 'título' debe entenderse como 'título complementario' de la inscripción de las escrituras de división, segregación o agrupación de terrenos o de declaración de obra nueva (arts. 13 y 14), en atención a la posibilidad de su aportación separada o a su constancia por testimonio y a la regulación del título idóneo —título *inscribible*— para la cancelación de la nota marginal del artículo 15.2. La única objeción a esta interpretación podría extraerse del requisito que impone el artículo 18 al señalar que la certificación se

de concesión de licencia y la notificación al interesado quiebra por razón de la forma (en un caso se habla de 'escrito', y en otro, de 'certificación') y por razón de contenido, sin perjuicio de que la práctica imponga su coincidencia. Cuestión que suscita la necesidad de la expedición de dos documentos formales: el escrito de comunicación de la concesión de la licencia y la certificación municipal, que bien podían haber tenido, a efectos prácticos de simplificación de trámites burocráticos, carácter alternativo, como lo es el plano diligenciado respecto de las parcelaciones (artículo 13.2).

3. *Forma extrínseca*

De la problemática aludida puede deducirse que si bien la forma intrínseca de la licencia y su comunicación al interesado no entran dentro del ámbito de la calificación registral, la forma de acreditar la misma frente al Notario y al Registrador de la Propiedad, la forma extrínseca, tiene que ser una forma fehaciente y, como tal, la certificación del Secretario del Ayuntamiento, entrando dentro de ese ámbito, en cuanto a su congruencia con la edificación de que se trate y a la competencia del certificador, sin que sea necesario, aunque sí conveniente —a efectos de los artículos 13.3 y 14.2 LDU— que su contenido no se limite a decir que la edificación, plenamente identificada con la que resulta de la escritura, cuenta con licencia. Las demás especificaciones resultarán de la certificación técnica. En todo caso, la extensión de la función calificadora no puede ser distinta de la de cualquier documento administrativo (art. 99 RH), teniendo en cuenta, además, que éste es complementario y hace innecesaria la referencia al procedimiento, sin olvidar el artículo 18 de la Ley de Disciplina Urbanística. Bastaría en principio que dijera que el edificio sito en tal calle cuenta con licencia, según la resolución o el acuerdo municipal de que resulte (270).

expedirá por la autoridad u organismo que adoptó la resolución o acuerdo, que parece restringir su ámbito al artículo 16; sin embargo, si tenemos en cuenta que la palabra "expedida" está en singular y que la competencia de certificar en caso de licencia no corresponde a la autoridad u organismos que la concede, sino al Secretario municipal, cabe concluir que aquel requisito se refiere exclusivamente a la resolución administrativa del artículo 16 y no a los demás casos, como la licencia de obra.

(270) LASO señala que la plena coordinación obra nueva declarada y licencia resultará del certificado técnico. Aunque una fórmula tan escueta resulta inadecuada, será el Ayuntamiento quien deba regular su expresión formal.

Indudablemente, las dudas de identidad obligarán a imponer un contenido lógico: acuerdo o resolución, número de plantas, plazo de caducidad, situación, autoridad concedente y certificador.

Sin embargo, en nuestra Comunidad el artículo 18 requiere que la certificación lo sea del acuerdo o resolución, expedido por la autoridad u organismo que los hubiere adoptado, o del Secretario (*ex art.* 13.2); y en esa medida su contenido se podrá reflejar en la inscripción, según prescriben los artículos 13.3 y 14.2 de la citada Ley y el punto 4 del número 1.º de la propia Disposición Adicional 10 de la LRRU, que prevé la inscripción de las condiciones especiales de las licencias (*vid. infra*). En la Comunidad de Murcia, los artículos 5.3 y 6 de la Ley de Protección de la Legalidad Urbanística también establecen la certificación del acuerdo municipal como medio acreditativo de la obtención de la licencia (271).

La naturaleza complementaria de este documento acreditativo hace decir a LASO MARTÍNEZ y a CHICO Y ORTIZ que las circunstancias consignables en la inscripción se reducen a las propias de los de esta clase (lugar, fecha y autoridad que la concedió y persona que la expide, constancia de su testimonio). GARCÍA GARCÍA observa que, a falta de desarrollo reglamentario, habría que hacer constar la fecha, plazo de edificación, número de plantas y expediente a que se refiere (272).

La certificación del Secretario —fe pública municipal—, única forma que revela con eficacia y responsabilidad la concesión de la licencia, y su testimonio en la escritura obvian el problema de la legitimación de firmas. El artículo 70.3 de la Ley 7/1985 de bases del régimen local reconoce el derecho de los ciudadanos a obtener certificación acreditativa de los acuerdos municipales, y el artículo 923.a) atribuye a los Secretarios la fe pública municipal, declaración que reitera el artículo 162.1.b) del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986 (273). El visto bueno del Alcalde, en principio y salvo disposición en contra, no será exigible, aunque en la práctica suela consignarse. La autonomía e independencia de la función del Secretario, que la Ley impone, es contraria al mismo, pues supondría un requisito condicionante de su actuación (art. 92.2 de la citada Ley 7/1985).

La necesidad de que ese documento acreditativo de la licencia a que alude el artículo 25.2 de la Ley de Reforma sea una certificación del Secretario es una exigencia general impuesta por el artículo 9.3 del Reglamento de Servicios, que dice textualmente, omitiendo cualquier referencia al visto bueno del Alcalde: "Los documentos en que se formalicen las

(271) GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, págs. 331-332.

(272) LASO, *Op. cit.*, habla de constancia de su testimonio en el título, fecha de otorgamiento y autoridad que la concedió, pág. 534; CHICO, *op. cit.*, de fecha, vigencia y funcionario autorizante, pág. 164; J. M. GARCÍA GARCÍA: *Op. cit.*

El Reglamento Hipotecario difícilmente podrá imponer requisitos en contra de las disposiciones de régimen local.

(273) *Op. cit.*, págs. 60, 67 y 134.

licencias y sus posibles transmisiones serán expedidos por el Secretario de la Corporación" (274).

Ahora bien, merece especial atención el estudio de las distintas posibilidades de justificar la concesión de la licencia frente al Registro de la Propiedad. El medio ordinario será el testimonio (art. 25.2; *in fine*). Pero como el supuesto legal contempla un sistema de doble control y la obligación establecida se extiende a las funciones de los Notarios y Registradores de forma alternativa y concurrente, los medios serán los de testimonio, incorporación y aportación. Mayores problemas, como luego veremos, plantea, sin embargo, la certificación técnica.

3.1. Aportación

Si de la calificación registral resulta la necesidad de la aportación de la licencia, no obstante la apreciación contraria del Notario por distintas razones, entre ellas la propia legislación autonómica (arts. 15.2 y 12.2 y 3 de la Ley murciana antes mencionada), la calificación urbanística que resulte del Registro o su verificación a efectos de la aplicabilidad del artículo 25.2 a las obras en suelo rústico o urbanizable no programado, según sus datos descriptivos, la simple apreciación del régimen transitorio de la Disposición Adicional 6.^a de la Ley de Reforma o la falta de identificación de la obra, la necesidad de su aportación, decimos, reviste la forma de certificación del Secretario municipal del acuerdo de concesión o de que la obra a que se requiere determinada escritura goza de ella. Evidentemente, cuando la escritura ha sido otorgada con anterioridad a esa certificación, la finalidad de la Ley, en orden a la concordancia licencia-obra, materia de calificación registral, se cumple, con la sola consignación de que la obra descrita goza de licencia e, incluso, podría hacer innecesaria la aportación de la certificación técnica de terminación de la obra si de ella resulta que se ha realizado conforme al proyecto aprobado, ya que la certificación técnica no constituye un requisito autónomo, sino instrumental para salvaguardar la adecuación de la obra a la licencia, y de ésta —por presunción— al planeamiento (275).

(274) Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17-6-1955 (BOE, núm. 15, 15-1-56), repertorio de Aranzadi, núm. marginal 85, págs. 132 y sigs.

(275) Esto será intrascendente para el técnico competente, ya que en todo caso la certificación de terminación de la obra es necesaria para cumplir con otras disposiciones: licencia de primera utilización de los edificios, cédula de habitabilidad, licencia de apertura, cédula de calificación definitiva... Se trata de agilizar el tráfico cumpliendo la Ley de la forma menos onerosa para el consumidor y sin menoscabo de la disciplina urbanística.

3.2. Incorporación

El artículo 25.2, cuando dice que tanto "la licencia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras", no aclara si el Notario debe incorporar un testimonio a la matriz —de escritura **habla**— o el original de la licencia y expedir testimonio de él en las copias que autorice. Seguramente, dada la finalidad de la norma, el supuesto será de incorporación del testimonio del documento acreditativo a la matriz. Desde el punto de vista registral (cualquier fórmula es válida), la obligación va dirigida exclusivamente al Notario y él le dará debido cumplimiento conforme a la legislación aplicable.

3.3. Testimonio

El testimonio del documento original en la propia escritura es la fórmula más útil y práctica para el interesado, o al menos así lo entiendo, ya que evita la necesidad de disociar licencia y documento acreditativo, siempre que aquella vaya en forma —nos referimos a la comunicación de su obtención: certificación del acuerdo— y que aquél tenga que solicitar del Ayuntamiento otra certificación, a efectos de la necesidad de acreditar su obtención ante la propia Administración —cédula de habitabilidad, licencia de primera utilización de los edificios, cédula de calificación provisional o definitiva de **VPO**— o ante el propio consumidor, conforme al artículo 5.1.1 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril (276).

4. Titularidad

Por otra parte, debe tenerse presente que el artículo 25.2, en relación a los artículos 178.1 de la Ley del Suelo y 1 del Reglamento de Disciplina Urbanística requiere licencia de edificación con consciente omisión de la persona que la solicite, sea el propietario actual de la finca, sea el propietario pretérito de la misma, sea el representante legal, voluntario, oficioso o inoficioso de cualquiera de ellos. Y es que la adscripción real de la autorización al terreno es de tal naturaleza que obvia la referencia al que insta el procedimiento. En caso de transmitirse la finca, el artículo 88 de la Ley del Suelo operará la subrogación real. Se presume, me atrevería a

(276) L. M. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA: *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, ed. Civitas, Madrid, 1990, págs. 34-38. *Boletín del Colegio de Registradores (BCNR)*, núm. 256, mayo 1989, págs. 1093-1094.

decir, *iuris et de iure*, en consecuencia que el titular de la licencia es el titular de la obra (277). Lo importante, pues, a efectos de calificación registral, será que la obra cuente con licencia, al margen de la persona que figure en ella como solicitante. "Es irrelevante —apunta GONZÁLEZ PÉREZ— a efectos registrales que la licencia se hubiese otorgado a favor de persona distinta a la que hace la declaración de obra nueva. Siempre que la obra se levante en el solar que figura inscrito en el Registro a nombre del que hace la declaración de obra nueva procederá la inscripción" (278). Así lo entienden también otros autores, como CHICO Y ORTIZ y GARCÍA GARCÍA (279). El primero de ellos señala que la cuestión está resuelta por los artículos 12 y 13.1 del Reglamento de Servicios, que recogen la transmisibilidad de las licencias. El segundo destaca la posibilidad de cesión de las licencias y la intrascendencia de quién sea el titular, "siempre que se identifique adecuadamente la finca".

De esta manera, "así como en las licencias de actividades personales adquiere especial relevancia el titular (arts. 13.2 y 15.2 RS), en las relativas a condiciones de obras e instalaciones —como son, por lo general, las licencias de urbanismo— no ocurre así: lo esencial es la consideración objetiva de la actividad, abstracción hecha de su titular (art. 13.1 RS). De aquí que no se exijan, en principio, condiciones especiales para ser titular de una licencia de urbanismo. El ordenamiento jurídico no establece la necesidad de que el sujeto al que se concede la licencia reúna determinados

(277) La transmisibilidad de la licencia, que prevé y regula el artículo 13.1 del Reglamento de Servicios, sin requisito de forma alguno, salvo la comunicación no obstativa a la Corporación municipal y la imposibilidad de retener la licencia sin ser propietario del suelo, esto es, de disociar titularidad del suelo/responsabilidad patrimonial, conforme al artículo 88 de la Ley del Suelo y 20 y siguientes de la Ley de Reforma, impone, desde el aspecto formal, la presunción de que el propietario del suelo es el titular de la licencia, y poco importa decir que esta presunción es *iuris tantum* o *iuris et de iure*, porque si la transmisión del suelo excluye la licencia de edificación o prevé un precio específico para ésta y no se ha satisfecho o se condiciona su adquisición, al margen de la posible validez civil de los pactos personales, parece claro que siendo la facultad de edificar un deber coercitivo sujeto a un plazo preclusivo de caducidad, una vez transmitida la titularidad del suelo, es imposible retener la licencia que supondría tanto como hacer gravitar el cumplimiento de ese deber de la nueva solicitud de licencia del adquirente, suspendiendo los plazos legales de orden público —derecho necesario—, o provocar la sanción, posibilidad a todas luces contraria a la Ley.

Esta interpretación se ve reforzada por el contenido del artículo 13.1 del Reglamento de Servicios, que en caso de que no se comunique la transmisión de la licencia "ambos sujetos —el titular originario y el adquirente— quedarán sujetos a todas las responsabilidades que se deriven para el titular (art. 13.1 RS). Luego al ser responsables ambos es porque la licencia produce efectos, con independencia de la persona que realice la actividad" (GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, págs. 253-254).

(278) *Op. cit.*, pág. 342.

(279) *Ops. cit.*, pág. 167, para CHICO Y ORTIZ. El estudio de GARCÍA GARCÍA está sin paginar.

requisitos. No existen requisitos subjetivos **especiales**". "Por tanto, la capacidad y legitimación para solicitar y para obtener una licencia de las que enumera el artículo 178 de la Ley del Suelo serán las que se exigen, en general, para incoar un procedimiento **administrativo**". La capacidad general de obrar no "exige como requisito de legitimación acreditar la propiedad del suelo sobre el que no hubiesen de realizarse las obras", ya que la licencia no altera "las situaciones jurídicas privadas (art. 10 RS)"; y cuando actúe un representante del interesado "se presume la representación", que sólo deberá acreditarse en caso de reclamación, desestimiento o renuncia (280).

5. *Contenido*

Con independencia de esa identidad antes advertida entre acto administrativo o licencia propiamente dicha, comunicación de la concesión de la licencia o forma extrínseca y documento acreditativo de la misma o certificación municipal, la relación de causalidad entre la licencia y la obra nueva realizada en su adecuación al planeamiento urbanístico y a la obra nueva declarada, y no obstante la prevención de control que el certificado técnico supone, planteamos ahora el problema de la congruencia entre el contenido del documento **administrativo** que justifica **fehacientemente** su obtención con la escritura de declaración de obra nueva. Y en este sentido podemos ocuparnos de la congruencia o incongruencia, suficiencia o insuficiencia e ilicitud de la **licencia** con su expresión documental.

Según hemos tenido ocasión de ver, el acto sujeto a licencia es la realización material de la obra y no su declaración, en cuanto ésta sólo revela un hecho físico al que se extiende la titularidad del propietario del suelo a través de un modo originario de adquirir: la accesión. Por ello, si se pretende la plena coordinación entre realidad física-realidad jurídica dentro del campo de la disciplina urbanística, la declaración por sí no es suficiente, aunque se acompañe de la licencia de obras, puesto que esa coordinación requiere, con carácter previo e imprescindible de la declaración complementaria, que se reconozca la plena identidad entre la legalidad urbanística —licencia conforme al planeamiento—, la expresión formal —escritura pública— y la realidad material o física; y a ello atiende la certificación técnica, que se erige en *medio de correlación documental* de un hecho objetivo de eficacia jurídica. Así pues, la coordinación catastral aparece como una necesidad al margen de la documentación sustantiva, presupuesta de la previa coordinación Catastro-Ayuntamiento, como hace

(280) GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, págs. 116-120.

la Ley 47/1985 de disciplina urbanística italiana de 28 de febrero en preservación de los efectos fiscales, de carácter general y municipal (281). Situación que obliga asimismo al Catastro a conocer la realidad física, no a través de su documentación —plano—, sino en función de una relación departamental sobre la base de la certificación técnica.

Así pues, si esa efectiva correlación documental no depende de la licencia, que aunque ésta contuviese todas las determinaciones del artículo 11 de la Ley de Disciplina Urbanística sería insuficiente para conocer cuál es la realidad física (282) en función del grado de ejecución de la obra, la calificación **registral** se restringirá a comprobar la congruencia entre la licencia, la obra declarada y la obra realizada, según la certificación técnica.

5.1. Insuficiencia

Insuficiencia formal.—Y si de los términos de la licencia no se deduce su relación directa con la obra que se declara y esta falta no se subsana por la certificación técnica al no expresar que la obra realizada coincide con el proyecto aprobado por el órgano municipal competente en virtud de esa licencia determinada, sólo queda recabar del propio Ayuntamiento una nueva certificación que aclare las dudas sobre la identidad de la obra ejecutada con la autorizada.

Insuficiencia sustantiva.—Por otra parte, la insuficiencia puede devenir del incumplimiento de sus propios términos. Es decir, que autorice tres plantas —o alturas— y la obra declarada tenga seis, tres sobre el suelo y tres subterráneas, amparándose en que el volumen ocupado es el mismo o en la certificación técnica de conformidad en este supuesto de insuficiencia sustantiva. Claramente, en este caso, se requiere un nuevo pronunciamiento municipal de adecuación, sin entrar, como luego haremos, en la posible

(281) Sorprende saber por los medios de comunicación de la cantidad desmesurada de fincas urbanas que no están dadas de alta en el Catastro cuando es el propio Ayuntamiento el interesado por razón del Impuesto de Bienes Inmuebles, y en él reside la competencia de otorgar la licencia de edificación, la vigilancia de la legalidad urbanística y la obligación de exigir al interesado el alta catastral de la vivienda para poder conceder la cédula de habitabilidad (v. CHICO Y ORTIZ: *Estudios de Derecho hipotecario*, op. cit., t. I, pág. 582).

(282) Aunque la certificación técnica no deja de ser un documento, y como tal puede no coincidir con la realidad, ello es consecuencia, según apuntábamos con anterioridad, del inevitable imperativo del tratamiento jurídico de los bienes inmobiliarios, común a los conceptos de finca registral, finca catastral, finca reflejada en la escritura, finca litigiosa...

acreditación alternativa de la legalidad de la obra-licencia de primera utilización del eficio.

5.2. Incongruencia

Incongruencia formal.—La incongruencia formal puede resultar por razón del objeto —se autoriza una nave industrial y se declara la obra un edificio de viviendas, oficina, garajes o locales—, por razón del sujeto —se autoriza una obra pública y se construye una edificación privada— o por falta de relación de causalidad —se fundamenta la obra en una licencia y se certifica por el técnico de otra, o se utiliza una licencia de parcelación, o cualquier otro tipo de licencia, urbanística o no.

Obviamente, en estos supuestos, la situación es la misma que si no se aportara la licencia. Tampoco bastará una certificación genérica de que la licencia es innecesaria sin una motivación expresa y conforme a una disposición legal (283).

Incongruencia sustantiva.—La incongruencia sustantiva surgirá de un pronunciamiento *contra legem*, a pesar de la presunción de validez del acto administrativo. Es decir, si del documento acreditativo de la licencia resulta que se está autorizando a construir en zona verde o espacio libre o un edificio de nítidas características urbanas en suelo no urbanizable.

Son los casos de nulidad absoluta de la licencia, cualificados por resultar ésta de sus propios términos. Situación que justifica tachar de incongruente la licencia y de incumplimiento del artículo 25.2. La presunción de validez no puede sostenerse cuando la transgresión se contiene explícitamente en el mismo acto administrativo.

Por otro lado, se planteará la cuestión de la incongruencia de la licencia autorizante de tres plantas de viviendas y una de locales y la declaración de cuatro plantas de viviendas. Incongruencia que puede no ser obstativa si se tiene en cuenta el artículo 8 del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, que permite la transformación de viviendas en locales, salvo disposición contraria de los estatutos de la comunidad de propietarios, aunque la alteración privada del uso no es indiferente desde la perspectiva del planeamiento urbanístico, que diseña la ciudad teniendo en cuenta las zonas comerciales, pudiendo, pues, provocar la transformación un desajuste urbano.

(283) Aunque son hipótesis de 'laboratorio', la realidad será más rica e inimaginable, sobre todo cuando se aporte la licencia de forma independiente, sin testimonio notarial. La actuación previa del Notario es la única garantía de que la incongruencia no tenga lugar.

Podrá decirse que ese artículo se refiere exclusivamente a las viviendas preexistentes, pero también es verdad que la obra puede declarar la construcción de viviendas y luego alterar el uso o destino de todo el edificio. En este caso, el control municipal vendrá vía licencia de primera utilización y licencia de apertura. Lo que plantea registralmente es si es posible ese cambio de transformación, con independencia de la obtención de ulteriores licencias. En principio parece que no y la negativa es una simple consecuencia del procedimiento de obtención de la licencia, puesto que siendo ésta el acto administrativo por el que se aprueba el proyecto presentado y se autoriza la edificación la modificación del destino o uso en cuanto implica modificación del proyecto de ejecución aprobado (284).

Ahora bien, una vez inscrita la obra, si la alteración se produce con posterioridad, quedaría fuera del ámbito de la calificación registral cuando los estatutos privados no lo impidan, porque el Real Decreto-Ley tendrá clara aplicación. Sin embargo, tal vez, estas consideraciones excedan de la finalidad de la Ley, limitándose nuestra actuación al cumplimiento de ese doble requisito, salvo que la alteración sea flagrante, provocando la disconformidad con el planeamiento —edificio destinado a garaje que se convierte en edificio de viviendas o en un centro comercial.

Tiene relación esta cuestión, como ha señalado LASO, con los efectos de la división del edificio en régimen de propiedad horizontal, ya que el número de viviendas por razón de superficie y volumen es una determinación del Plan. "No obstante —dice LASO—, si en la inscripción de la obra nueva se especificó el número de viviendas en congruencia con la licencia, en la posterior división horizontal no sería inscribible la ampliación a menos que se justifique que, conforme al nuevo planeamiento aplicable, hubieran cambiado las dimensiones mínimas de las viviendas. Hecho éste muy frecuente en la práctica con motivo de las revisiones o modificaciones de los Planes en que se autoriza un mayor número de viviendas". "La creación de entidades registrales independientes para despachos u oficinas quedaría sujeta a la misma interpretación, pero partiendo en todo caso de si la licencia no marca un máximo tampoco está vinculado el promotor". "Por tanto, al menos hasta la publicación de la reforma del Reglamento Hipotecario, parece bastar con que en el asiento se consigne que esté testimoniada en el título la licencia concedida sin referencia a su contenido". Si, por el contrario, consta en el Registro, el número de viviendas puede ser un obstáculo de simple coherencia, como el caso de otorgamiento simultáneo de la obra nueva y de la división horizontal (285).

(284) En este sentido, la licencia va más allá de un simple juicio urbanístico, adentrándose también en la adecuación del edificio al uso a que se destina.

(285) *Op. cit.*, pág. 535.

En definitiva, puede concluirse, a la vista de los artículos 178 de la Ley del Suelo, 1 del Reglamento de Disciplina Urbanística y 25.2 de la Ley de Reforma: 1.º Que habiéndose estipulado, como requisito del otorgamiento de las escrituras de declaración de obra nueva y de su inscripción registral la aportación de la licencia de edificación, la modificación objetiva del uso queda fuera del ámbito del artículo 25.2, por la razón fundamental de que estando sujeta a licencia urbanística tanto la obra de nueva planta como la primera utilización de los edificios y las alteraciones de su uso —‘modificaciones objetivas de uso’—, hemos de entender que cuando el legislador habla de licencia de edificación emplea el término con propiedad, y más siendo un precepto prohibitivo y restrictivo; y si hubiera querido referirse a la licencia de modificación objetiva del uso o de la edificación lo hubiera dicho expresamente. Así lo señala GARCÍA GARCÍA, "puesto que los cambios de destino no requieren en la legislación civil e hipotecaria ningún requisito administrativo" (286). 2.º Que por razones de coherencia la única alteración sujeta al artículo 25.2 es la que suponga un cambio de volumen autorizado o del número de viviendas —modificación objetiva de la edificación. 3.º Que a la modificación de la obra declarada e inscrita, en principio no se refiere el artículo 25.2, con independencia del requisito de la licencia que prescribe el artículo 178 de la Ley del Suelo. Evidentemente, a ello apunta el verdadero sentido —entendemos— del artículo 25.2, que prescribe el control de la edificación de nueva planta —DA 6.ª— e, incluso, previene al tercero de la extrema demolición, situación que en este caso no va a darse (287). El límite debemos hallarlo en la trascendencia objetiva de la modificación, en función de *que implique o no* la declaración de obra nueva sobre determinados elementos no reflejados en el Registro con anterioridad —añadir una planta— o una verdadera obra nueva encubierta en la obra inscrita preexistente. Los supuestos de redistribución interior quedarán fuera de su ámbito. Además, a efectos de calificación, el criterio distintivo resulta del propio artículo 178 de la Ley del Suelo en relación al 1 (puntos 2 a 7) del Reglamento de Disciplina Urbanística, que permite referirnos, como señala GONZÁLEZ PÉREZ, a obras consistentes en la modificación de la estructura, a obras de ampliación de edificios e instalaciones y a obras menores (art. 8 LDU) (288). Y de estos tres supuestos sólo plantea la duda de la aplicabilidad del artículo 25.2 las obras de ampliación de edificios, que aunque da lugar a una obra nueva, no supone una obra nueva de planta en cuanto

(286) *Op. cit.*

(287) Su viabilidad dependerá de que afecte o no su demolición a la subsistencia de la edificación previa. Si no afecta, cabría demoler el exceso de volumen si va contra el planeamiento y no ha prescrito la acción.

(288) *Op. cit.*, págs. 74-75.

la edificación ya existía. Por ello me inclino por la no exigibilidad en base a los artículos 178.1 de la Ley del Suelo, 1.1 y 1.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística y 25.2 de la Ley de Reforma. Este artículo emplea los términos 'licencia de edificación' para la declaración de *obra nueva*, el 178.1, los de 'licencia de actos de edificación' y 'obras de nueva planta', como si se tratase a actos distintos —incluye, pues, los de modificación del edificio— y el artículo 1 del Reglamento de Disciplina Urbanística, interpretando la Ley del Suelo, habla de 'obras de construcción de edificaciones e instalaciones de todas clases de *nueva planta*' y 'obras de *ampliación* de edificios e instalaciones de todas clases existentes', por lo que puede entenderse que está dando sentido a los términos de la Ley al excluir de las obras de nueva planta las obras de ampliación. Sin embargo, persiste la duda si entendemos que los términos del artículo 25.2 son más amplios, porque no habla de obras de nueva planta —*término estricto*— y sí de obra nueva —*término genérico*—, siendo la modificación civilmente obra nueva sobre la planta del edificio alzado.

5.3. Ilícitud

Distingue GONZÁLEZ PÉREZ, dentro de las licencias ilegales, entre licencias nulas de pleno derecho y licencias anulables. La nulidad de pleno derecho puede derivarse, conforme al artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de la incompetencia manifiesta del órgano concedente, del propio contenido del acto —actos de contenido imposible o constitutivo de delito—, de la ausencia del procedimiento o de seguirse otro distinto y de la infracción de las reglas esenciales al dictar el acto para la formación de la voluntad de los órganos colegiados —convocatoria, composición, orden del día, deliberación y votación—. Asimismo, procederá apreciar nulidad absoluta cuando, conforme a la legislación urbanística, las licencias supusieran una reserva de dispensación (art. 57.3 LS), se otorgasen con infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres o con inobservancia de los trámites de información pública y aprobación de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio cuando así se hubiere prescrito —como en el caso de Asturias—. Los supuestos de anulabilidad, por su parte, estarán integrados por aquellos casos en que la licencia infrinja el ordenamiento jurídico administrativo y urbanístico, sin que la infracción comporte nulidad absoluta. Es decir, se delimitan *sensu contrario* (289).

Ahora bien, con referencia al artículo 25.2 de la Ley de Reforma, la

(289) *Op. cit.*, págs. 351-367.

presunción de validez del acto administrativo que refleja el documento donde se hace constar la existencia de la licencia de edificación traerá como consecuencia necesaria el que, fuera de los supuestos de insuficiencia e incongruencia obstativa, la calificación registral, como es lógico, no se adentre en el terreno de la nulidad o anulabilidad de la licencia (arts. 18 LH y 99 RH). El tercero deberá conformarse con esa presunción que da pie a la inscripción, con la garantía no deseñable de la responsabilidad administrativa, de los efectos de la prescripción de acciones y de lo prevenido en el artículo 28.2 de la misma Ley por su titular.

Este artículo 28, no obstante, diferencia entre aprovechamiento real y aprovechamiento susceptible de apropiación por su titular, de un lado, y exceso de volumen construido, por otro. Y excluye de la responsabilidad del tercero hipotecario (art. 34 LH), por encima del principio de subrogación real que sanciona el artículo 88 de la Ley del Suelo; sólo los excesos de aprovechamiento privativos, es decir, dentro del aprovechamiento real de la parcela, pero no los excesos de volumen edificable, cuyos efectos físicos pueden anularse por incumplimiento del planeamiento y no son susceptibles de patrimonialización —demolición—, al menos hasta que transcurran cuatro años, siempre que no se hayan materializado sobre zona verde o espacio libre.

El exceso de volumen, aunque lo recoja la licencia, sería ilegal, y la Administración, responsable. Responsabilidad en la que puede verse la inacción y parsimonia de ésta cuando se trata de licencias ilegales.

El derecho de la edificación es buena prueba de la falta de incidencia civil de las disposiciones urbanísticas en la atribución del *ius aedificandi* y de su secuela, la titularidad de la obra. El régimen que establecen los artículos 25 a 28 así lo demuestran.

— El artículo 25.1 dice que la edificación para quedar incorporada al patrimonio de su titular —es decir, de su propietario— (290) requiere que esté amparada en licencia no caducada conforme con la ordenación urbanística.

— El artículo 25.2 reconoce la propiedad de la edificación al titular del suelo (principio de accesión).

— El artículo 26.1 restringe la demolición sin indemnización a la edificación sin licencia o extralimitada de ésta, incompatible con el planeamiento vigente; esto es, excluye de esta sanción a la edificación sin licencia conforme con éste que deberá regularizarse —licencia convalidante— o expropiación o venta forzosa.

— El artículo 26.2 sanciona la propiedad adquirida en ejercicio del

(290) Reconocimiento explícito de la propiedad de la edificación. No dice del titular del suelo, sino del titular de la edificación.

derecho civil a edificar cuando la edificación realizada —¿terminada?— sea conforme al planeamiento y se solicite licencia ulterior en plazo.

— El artículo 27.1 señala que la edificación amparada en licencia ilegal no queda incorporada patrimonialmente, si bien con múltiples matizaciones. Si el propietario hubiera adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico, deberá solicitar nueva licencia y la Administración deberá, aunque no lo diga, indemnizar los perjuicios causados. Indemnización igualmente procedente si, en caso contrario, se expropia o vende forzosamente el suelo. El valor de la obra va aparte, en reconocimiento de la titularidad dominical del propietario del suelo, aunque se trate de un exceso de volumen reconocido en la licencia ilegal.

— El artículo 28 deroga el principio de subrogación real del artículo 88 de la Ley del Suelo respecto del exceso de aprovechamiento urbanístico, que el tercero hipotecario adquiere en virtud del principio de fe pública —Derecho civil— y el propietario, aunque lo tiene que satisfacer en dinero —valor urbanístico—, lo ha adquirido —principio civil de accesión—, a pesar de la ilegalidad de la licencia que le reconoció mayor aprovechamiento, que puede llegar a neutralizar la responsabilidad pecuniaria del propietario originario, ya que la Administración responde frente a él por razón del acto administrativo de concesión, salvo "si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado" (art. 21).

La consecuencia de todo este complejo sistema es determinante si la expropiación-sanción o venta forzosa operará, cuando por haber transcurrido el plazo de adquisición del derecho a edificar o haberse éste extinguido (arts. 23.2, 25.1 y 26.3), concluida la edificación conforme al planeamiento, ésta esté en poder de terceros adquirentes. Es decir, si tendrá sentido aplicar la sanción cuando la obra esté acabada. Entendemos que no, sin perjuicio de la infracción imputable económicamente al propietario.

Dice MARTÍN BLANCO que resulta "chocante e innecesaria esta declaración del artículo 25 de la Ley. La atribución al propietario —incorporación al patrimonio— de la edificación no tiene por qué hacerla esta Ley, ni menos en los términos sibilinos en que la formula. La edificación pertenece a su propietario en virtud de otros preceptos del ordenamiento jurídico común aplicables a este sujeto y no es solamente que 'queda incorporada al patrimonio de su titular' con cuya expresión se deja en duda el título y efectos de tal atribución que, por el contrario, debe ser contrario y pleno: derecho de propiedad". La supresión del adverbio 'definitivamente', que incluía el proyecto de Ley, "debilita la atribución de propiedad". "La adquisición de la propiedad de la edificación (en cuya ejecución se han cumplido los requisitos legales) no es ya un efecto de la

legislación urbanística, a pesar del artículo 25, sino de las normas jurídicas privadas comunes, y esa incorporación patrimonial se produce por título de propiedad definitiva. Y en ese sentido entendemos no derogados por la Ley y, por tanto vigentes, los artículos 350, 353 y concordantes del Código Civil".

Puede destacarse que esta interpretación se conjuga con la que el citado autor hace del derecho a edificar: la "licencia legitima el ejercicio de este derecho, al propio tiempo que lo concede como acto atributivo *ex lege* de la *facultas aedificandi*" (291). Y la razón la encontramos en que si para MARTÍN BLANCO la licencia es constitutiva, no se compadece con este carácter la fórmula legal de incorporación de la edificación. Lo que no entiendo, en mi modesto criterio, es cómo si el derecho a edificar lo otorga constitutivamente la licencia en virtud del Derecho urbanístico, la patrimonialización de la edificación se produzca en virtud del Derecho civil, previo cumplimiento de los requisitos legales que impone aquella legislación. La ruptura ordinamental del modo de adquirir que supone la disociación entre derecho a edificar y derecho a la edificación. O estos derechos se adquieren *ex iure civile* ambos —relación de causalidad— o por el Derecho urbanístico la derogación selectiva de la legislación civil —aparte de la inseguridad que genera la falta de derogación expresa—, que arrastraría el cambio del sistema de responsabilidad patrimonial (art. 1.911 CC). Es por ello que el planteamiento de MARTÍN BLANCO, para nosotros, no hace sino corroborar la distinción apuntada entre facultades dominicales inscritas en el Derecho de propiedad y facultades urbanísticas o facultades legitimadoras de su ejercicio, no de su adquisición. En otro caso, si el acto legitimador y atributivo del derecho a edificar se produce por la licencia, la adquisición de la edificación tiene lugar por la misma vía como resultado de su ejercicio. La aparente contradicción entre los artículos 20 y 25, en consecuencia, no es tal, ya que quien limita el ejercicio y concreta el aprovechamiento o uso, en su forma e intensidad, no es la licencia, sino el planeamiento. Y en este sentido sí puede hablarse que éste atribuye algo nuevo. Pero atribuye en cuanto al especificar el uso excluye otra manera de ejercitar el dominio. Delimita la propiedad. No expropia y atribuye (no puede concebirse la atribución sin la expropiación). Así, en esta concepción el planeamiento delimita el uso y la licencia atribuye la facultad de ejercicio del derecho de propiedad en su aspecto formal como legitimación administrativa (atribuye la legitimación administrativa de ejercer la actividad) y declara el derecho preexistente del propietario, al tiempo que no puede autorizar un uso distinto del determinado previamente por el planeamiento, de tal suerte que la licencia, a su vez, está

(291) *Op. cit.*, págs. 102, 103 y 105.

intrínsecamente limitada a reconocer un derecho anterior, la propiedad, y un uso señalado por razones de interés público que se fundamenta en la función social de la propiedad, única justificación constitucional de la limitación activa que esa delimitación supone al reducir el ámbito material o potencial del propietario (arts. 20 y 25). Por eso, con independencia del régimen sancionador, la extinción del derecho a edificar no supone la extinción del derecho a la edificación, y la licencia no atribuye ni el derecho a edificar ni la edificación donde no lo hubiera —sino el planeamiento—, que serían las consecuencias más lógicas. Si desaparece la atribución, desaparecen sus efectos. La propia declaración formal de caducidad responde a la naturaleza no constitutiva de la licencia. En otro caso, la licencia caducada no legitimaría proseguir las obras hasta la declaración formal. ¿Cómo un derecho atribuido por la licencia no se extingue cuando ésta caduca? ¿Cómo va a depender la adquisición del dominio del acto discrecional de declarar su caducidad? Del artículo 23.2 parece derivarse que la licencia no caduca por transcurso del plazo, sino por su declaración expresa una vez transcurrido éste. ¿Debemos interpretar el artículo 25.1 cuando habla de licencia no caducada como licencia no declarada caducada? ¿Gravita la caducidad de la declaración formal discrecional? Si la caducidad no se produce *ipso iure*, ¿cómo puede denominarse caducidad? No estamos ante un supuesto de caducidad si el derecho no se extingue automáticamente por el transcurso de un plazo preclusivo. ¿No querrá decir la Ley la legitimación del propietario, *ex iure civile*, subsiste frente a la Administración hasta la declaración formal de caducidad, y mientras tanto puede seguir ejercitando su derecho a edificar condicionado por la licencia? ¿No se tratará más bien de una prórroga tácita la ausencia de declaración formal o que el incumplimiento del plazo no extingue por sí mismo la legitimación administrativa, ya que los efectos de la declaración formal no se retrotraen al momento del vencimiento del plazo o caducidad de la licencia? (292).

6. Plazo

La especial importancia del plazo en esta materia sugiere una serie de matizaciones dentro de lo que denominamos legitimación administrativa

(292) No deja de ser una sutileza el texto del artículo 23.2 cuando dice que el derecho a edificar se extingue por incumplimiento de los plazos fijados *mediante su declaración formal*. O la causa es una, la caducidad de la licencia, y otra, la declaración formal de caducidad. Y si opera la extinción por la declaración formal fundada en el incumplimiento de los plazos en expediente tramitado con audiencia del interesado, susceptible, pues, de recurso, ello significa que la declaración formal debe estar motivada en ese único fundamento y que en consecuencia la declaración formal y no el incumplimiento de los plazos provoca la extinción del derecho a edificar.

para el ejercicio del derecho de propiedad. La fórmula utilizada por el legislador para dar cumplimiento a la finalidad de la Ley de Reforma —evitar la especulación y distribuir las plusvalías— ha consistido en el establecimiento de un complejo sistema de plazos, que puede dar paso a una actuación administrativa discrecional o graciable; en cuanto el hecho final, la imposición de las sanciones dependerá de su diligencia.

Fundamentalmente, son tres los plazos de especial trascendencia jurídica y dan lugar a otras tantas 'categorías' de licencias de obras. El plazo para solicitar la licencia de edificación o plazo obligatorio para cumplir el deber de adquirir la facultad de edificar (arts. 18, 19 y 20). El plazo para realizar la obra o plazo preclusivo de caducidad de la licencia y de extinción de la facultad o derecho a edificar (art. 23), que incluye en sí mismo tres plazos distintos: el plazo de iniciación, el plazo máximo de interrupción y el plazo de finalización de las obras. Y, finalmente, el plazo para la imposición de las sanciones administrativas, derivadas o no del incumplimiento de cualesquiera de los otros plazos (arts. 185.1 LS y 9 del RD 16/1981, de 16 de octubre) (293).

Estos tres genéricos tipos de plazos, decíamos, dan lugar a otras tantas clases de licencias o situaciones urbanísticas en que pueda encontrarse una edificación determinada: la licencia previa, obtenida en plazo o fuera de él; la licencia convalidante, en el supuesto de obras iniciadas sin licencias que se legalizan posteriormente mediante su concesión dentro de los plazos fijados en los artículos 18 y 19 o con posterioridad a éstos (294); y la licencia tácita, que alude a la obtenida por el silencio administrativo positivo o por prescripción de acciones. A su vez, puede hablarse asimismo de licencia caducada cuando la obra concluye con incumplimiento de los plazos fijados en la misma, y de licencia condicionada si además del plazo resultan otros extremos de obligado cumplimiento que se erigen en presupuesto de la concesión.

(293) Algunas Comunidades han alterado estos plazos de prescripción de la acción administrativa y su excepción. Así, la balear, que en los artículos 73 y 74 de la Ley de Disciplina Urbanística señala un plazo de ocho años y excluye las infracciones urbanísticas realizadas en zonas verdes, espacios libres públicos, sistemas generales, viales, equipamientos públicos, espacios naturales especialmente protegidos, monumentos histórico-artísticos y edificios y conjuntos catalogados.

Por otro lado, la Disposición Final 1.^a 1 de la Ley de Disciplina Urbanística balear ha dejado fuera de aplicación —ha desplazado— al Reglamento de Disciplina Urbanística que desarrolla la Ley del Suelo.

(294) La rigidez de la Ley es tal que parece que esta última posibilidad no puede darse. Es decir, que si se solicita licencia después de los plazos de los artículos 18 y 19 procederá la expropiación-sanción o la venta forzosa. Pero no obstante el artículo 26.3, entendemos que si el Ayuntamiento concede la licencia ésta convalidaría la obra a pesar de la ilegalidad, que dará lugar a actuaciones distintas de las expresadas.

6.1. Licencia previa

El deber urbanístico de adquirir el derecho a edificar está sujeto a un plazo determinado, preclusivo del cumplimiento normal de la obligación, con la limitación indicada de la necesaria actuación administrativa subsiguiente. Transcurrido dicho plazo, el artículo 26.3, en principio, sólo deja a la Administración la opción entre la expropiación y venta forzosa. Sin embargo, si la edificación está terminada conforme al planeamiento, la desproporción es notable y sugiere otro tipo de sanciones, ya que la legitimidad de la actuación administrativa habrá desaparecido por el cumplimiento de la función social de la propiedad, que es lo que se pretende.

El artículo 18 de la Ley de Reforma dispone que el derecho al aprovechamiento urbanístico adquirido por el cumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización en los plazos señalados por el planeamiento, y en su defecto en el de cuatro años (art. 15), se reducirá en un 50 por 100 si no se solicita la licencia de edificación en el plazo establecido, a su vez, por el planeamiento o por la legislación urbanística aplicable, y en otro caso, en el plazo de un año desde su adquisición. Este plazo supletorio se amplía a dos años desde la fecha de aprobación definitiva del planeamiento correspondiente cuando se trate de suelo urbano no incluido en unidad de ejecución, salvo disposición expresa en contra.

Así pues, los plazos para solicitar la licencia de edificación son de dos años o de uno, según se adquiera o no el aprovechamiento urbanístico directamente de la aprobación del planeamiento urbanístico preciso en cada caso (295). Y transcurridos éstos, no podrá solicitarse.

Concedida la licencia, por su parte, en el acto de otorgamiento deberán constar los plazos de iniciación, interrupción y finalización de las obras (art. 23.1.) como un requisito procedimental inexcusable. A efectos registrales, todo dependerá del contenido el documento acreditativo de su concesión, puesto que si omite toda referencia al plazo, según vimos, se privará al tercero de esa sustancial información.

En definitiva, en relación al artículo 25.2 de la Ley, la distinción entre los distintos tipos de licencias —previa o convalidante— por razón del momento en que se solicita es inoperante. Si la licencia se aporta, la presunción de validez arroja cualquier efecto derivado de la solicitud dentro o fuera de plazo. Y esto a pesar de que el dato no es indiferente, sino sustantivo. Si la licencia se expide una vez caducado el plazo de solicitud, la licencia se convierte en licencia ilegal. Pero el problema de su

(295) Es de notar la adquisición de la certificación de cumplimiento de los deberes urbanísticos por silencio administrativo positivo, lo que supone el incumplimiento sistemático del deber impuesto en el artículo 29.2, ya que si no expide certificación difícilmente remitirá al Registro su copia.

legalidad, licitud e incluso validez, salvo lo **expuesto**, no afectará a la **inscribibilidad** de la escritura de declaración de obra nueva, y seguramente, una vez finalizada la obra, tampoco **afectará** a tercero. La sanción por incumplimiento no podrá dar lugar a la expropiación o venta forzosa por negligencia administrativa.

6.2. Licencia convalidante

El artículo 26.2 reconoce la posibilidad de adquirir la licencia *a posteriori*, dentro de los plazos de los artículos 18 y 19, para las obras sin licencia o ajustar las obras a la licencia concedida. Es la licencia convalidante de la actuación ilegal o licencia, en terminología del legislador italiano, *sanatorial* (*concessione in sanatoria*).

Como hemos señalado, el artículo 25.2 ni siquiera requiere que el documento acreditativo exprese la concesión de la licencia en plazo, por lo que, registralmente, la circunstancia será indiferente. A la escritura se acompañará la licencia y la certificación técnica, dando cumplimiento al citado artículo.

Y la licencia podrá otorgarse incluso "después de haberse iniciado el procedimiento acreditativo del incumplimiento del deber urbanístico (art. 77.3 LRRU) y previo el procedimiento reglamentario", siendo en este caso la licencia anulable (296). Supuesto que replantea el tema de la actuación registral según se haya hecho constar en el **Registro**, a instancia de la Administración actuante, o no la instrucción de ese procedimiento, conforme a la Disposición Adicional 10 y al artículo 16 de la Ley de Disciplina Urbanística en su caso.

Si se hizo constar el procedimiento, la presunción de validez de la licencia posibilita la inscripción en los términos del artículo 25.2, al margen de la lógica registral, que exigirá la previa cancelación del asiento que publica la incoación para evitar la incongruencia de una doble publicidad contradictoria. También, sin embargo, puede entenderse que, concedida con posterioridad la licencia, ha de presumirse la extinción del procedimiento. Pero a efectos hipotecarios, valorada la publicidad en un sentido amplio que abarque a un tiempo la regularidad y la irregularidad urbanística, para el tercero o consumidor es capital el doble pronunciamiento del Registro, ya que si contrata en base a la licencia, de acuerdo con el Real Decreto 515/1989, no puede impedirse el 'plus' de protección registral que el reflejo de la situación jurídica total conlleva, habida cuenta que tendrá que defender sus intereses frente al propietario originario y frente a la

(296) GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, pág. 165.

Administración. Desde esta perspectiva, que se fundamenta en la duplicidad o paralelismo legislativo, el grado de coordinación Registro-realidad física no puede limitarse por razones de índole administrativa, habida cuenta que el sentido de las constataciones registrales de la legalidad urbanística no reside en la naturaleza constitutiva y protectora de la institución, sino en la necesidad de dar publicidad a la actuación imperativa de la legislación urbanística. Si la publicidad registral, como vehículo de la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario, no condiciona a la Administración (arts. 32 y 34 LH), aquélla no puede limitarse, para poder extraer el principio hipotecario de que lo inscrito perjudica a tercero (297) y vincula a la Administración, en cuanto el principio constitucional de tutela judicial efectiva obliga a que el procedimiento judicial se extienda con el titular registral y, por extensión, el procedimiento administrativo (298).

Evidentemente, por otro lado, si la incoación del procedimiento no consta en el Registro, la licencia convalidante concedida producirá como efecto la inscripción de la declaración de la obra nueva en los términos del artículo 25.2.

6.3. Licencia tácita

Más problemática es la cuestión de las licencias tácitas y en particular, dentro de ellas, de las licencias adquiridas por silencio administrativo positivo, ya que si el Ayuntamiento no actúa y el propietario o interesado la solicitó en forma y plazo y denunció la mora, no va a verse privado éste de su derecho a declarar la obra nueva en escritura pública y obtener su inscripción registral por falta de diligencia administrativa, diga lo que diga el texto literal del artículo 25.2. Otra cosa es cómo acreditarlo.

La razón es muy sencilla. "El silencio administrativo positivo es un hecho jurídico al que la Ley atribuye el efecto de dar lugar al nacimiento de un acto administrativo". No "constituye una ficción legal a efectos procesales, sino que determina la producción de un acto administrativo", "constituye una técnica para conferir la autorización o aprobación cuando no se produce expresamente" (299).

(297) Decíamos con anterioridad que si ese procedimiento tiene por objeto la demolición de lo edificado se produciría la paradoja de reflejar registralmente la obra nueva cuando se extingue simultáneamente.

(298) La STC de 20-4-1988 señala, en base a ese principio, que constando en el Registro de la Propiedad el domicilio del demandado no basta la notificación por edictos.

(299) GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, págs. 218 y sigs. Para la cita, pág. 218. En este sentido puede verse la Sentencia de 22-2-1985 que recoge el mismo autor.

Con carácter general puede consultarse la obra de E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA: *El silencio administrativo en el Derecho español*, ed. Civitas, Madrid, 1990.

El ámbito excepcional del silencio administrativo positivo, siguiendo a GONZÁLEZ PÉREZ, se extiende a las licencias urbanísticas reguladas en el artículo 9 del Reglamento de Servicios conforme a la remisión del artículo 178.3 de la Ley del Suelo. Y la legislación autonómica lo corrobora en lo que se refiere a "las licencias para actos de edificación y uso del suelo urbano" en Navarra (art. 5.º LF 7/1989, de 8 de junio, de medidas de intervención en materia del suelo y vivienda) y, en general, en Baleares (art. 7.1 LDU) y Canarias (art. 8.1, *in fine*, LDU).

Los requisitos del silencio administrativo, por su parte, son dos. Uno genérico, la conformidad de la licencia así obtenida con el ordenamiento urbanístico aplicable (arts. 178.3 LS, 133.3 RP, DA 4.ª LRRU y 8.1 LDU canaria) (300). Requisito, pues, común a las licencias expresas y tácitas. Y el otro, específico, que afecta entre otras a las licencias de parcelación y edificación [arts. 9. y 1.ª RS], la denuncia de la mora ante la Comisión Provincial o Insular de Urbanismo u organismo que la sustituya, que no deja de tener excepciones, cual es el recogido en el artículo 5.1 de la citada Ley navarra (301).

Evidentemente, este régimen tiene un doble presupuesto de aplicación. La petición de licencia y el transcurso de los plazos señalados en el artículo 9.5.º del Reglamento de Servicios, sin que se haya notificado resolución expresa. El plazo, en caso de licencia de parcelación, será de un mes, y de edificación, de dos meses, computables de fecha a fecha y a partir de la de ingreso de la solicitud en el Registro general de entrada (art. 9.1.5 RS) o de la presentación en la respectiva Oficina de Correos (arts. 66 LPA y 205 del RS de Correos). Este plazo, no obstante, podrá interrumpirse si, conforme al artículo 9.1.4 del Reglamento de Servicios, "resultaren deficiencias subsanables", notificando al peticionario su existencia antes de su expiración para que proceda a su subsanación en el término de quince días hábiles a partir de dicha notificación (302).

Denunciada la mora y subrogada por su intermedio la citada Comisión en las competencias municipales, si ésta "deja transcurrir un mes sin notificar al interesado acuerdo expreso, queda otorgada la licencia por silencio administrativo positivo (STS 20-12-85). Este nuevo plazo se interrumpe de idéntica forma que el anterior, y el mes se computa entre la fecha en que se denunció y el día del acuerdo expreso. No basta cualquier notifica-

(300) Artículos 1.4 de la Ley de Disciplina Urbanística de Asturias y 7.1 de la Ley de Disciplina Urbanística de Baleares. Véase GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, pág. 225. La Disposición Adicional 4.ª de la Ley de Reforma tiene carácter de legislación básica (DF 1.ª.1).

(301) *Op. cit.*, pág. 227.

(302) *Op. cit.*, págs. 166-171.

ción o comunicación para interrumpirlo. Es necesaria la resolución expresa sobre la petición deducida (SSTS 16-5-79 y 3-6-85) (303).

En consecuencia, a efectos del artículo 25.2, debe adoptarse una postura clara en esta materia problemática. La presunción debe ser favorable a la veracidad de lo manifestado por el propietario de la escritura pública sujeto a la pena de falsedad en documento público, ya que, en otro caso, se produciría indefensión ante la falta de actividad administrativa. Sus derechos no podrían protegerse registralmente. Para evitar la *probado diabolica* que supondría tener que demostrar la falta de interrupción del plazo o la no denegación de la licencia solicitada, la solución debe ser pareja a la que adopta el ordenamiento en otros supuestos especiales en que el interés protegido es igualmente un interés público superior de notable —si no más— trascendencia social. Esto es, en los casos de los arrendamientos rústicos y urbanos y de la vivienda habitual, donde basta la manifestación de que la finca no está arrendada o que no es vivienda habitual. El principio de buena fe debe imponerse también para apreciar, documental y registralmente, la concesión de licencia por silencio administrativo positivo. Bastará, pues, la presentación de la solicitud de licencia y del escrito de denuncia de la mora con el sello y número del respectivo registro de entrada y la manifestación de que los respectivos plazos no han sido interrumpidos ni se ha notificado la denegación de la licencia. Por mera coherencia con la normativa vigente, deberá haber transcurrido el plazo de dos meses naturales para las licencias de parcelación y dos para las de edificación, refiriendo el cómputo al último mes a partir del día de entrada de la denuncia de la mora en el registro de la Comisión Provincial o Insular u organismo que haya asumido su competencia (en el caso de Madrid el Consejero de Ordenación del Territorio, Medio Ambiente y Vivienda: art. 19.1 RDU autonómico).

Asimismo, en las Comunidades de Murcia y Canarias, si esta interpretación ofrece alguna duda, podrá acompañarse la inscripción de la nota marginal de advertencia de la irregularidad (art. 15.2 LDU). En todo caso, el tercero sabrá que la licencia se ha obtenido tácitamente y podrá comprobar ante el organismo competente la situación administrativa de la finca o edificación. Explícita advertencia ésta que también puede obligar, si así lo entiende, al propietario a que acompañe certificación municipal que revele la falta de denegación de la licencia. Con una particularidad, esta certificación no puede erigirse en requisito de la inscripción, porque si el Ayuntamiento no ha contestado al propietario en plazo sobre la concesión o denegación de la licencia, menos aún certificará de su falta de diligencia.

(303) *Op. cit.*, pág. 229. En el mismo sentido las Sentencias de 17 de febrero de 1984 y 12 de junio de 1985.

En definitiva, el tercero cuenta con la posibilidad de solicitar la información respectiva, conforme al artículo 29.1 de la Ley de Reforma, y el propietario, si quiere documentar más aún su manifestación, podrá aportar la licencia de primera utilización de los edificios, que presupone, como veremos, la previa concesión de la licencia de edificación. En este caso, el tercero sabe que la Administración urbanística responderá de lo contrario con la indemnización de daños y perjuicios. El Ayuntamiento, por su parte, cuenta con la posibilidad —deber— de hacer constar en el Registro la incoación de los expedientes sancionadores y en concreto de la demolición de la obra, y obtener información sobre la regularidad o irregularidad urbanística de éste (art. 27.1 y DA 10 LRU).

En la doctrina, GARCÍA GARCÍA se muestra cauteloso a la hora de admitir la inscripción con la presentación de ambos requisitos, petición de licencia y denuncia de la mora, planteando *ex lege ferenda* la articulación de un sistema de comunicación del Registrador al Ayuntamiento de presentación de una escritura dónde se basa la ausencia de licencia expresa en su adquisición por silencio administrativo positivo —licencia tácita—, de tal suerte que si el Ayuntamiento no contestase en un plazo determinado —propone treinta días— que había denegado la licencia, se practicará la inscripción. LASO MARTÍNEZ, por su parte, se muestra favorable a ésta una vez denunciada la mora, sin perjuicio de que el futuro Reglamento obligue a comunicar al Ayuntamiento, periódicamente, las licencias tácitas alegadas. Y CHICO Y ORTIZ, de otro lado, interpreta que la Ley de Reforma ha derogado el Reglamento de Servicios y en consecuencia no caben licencias tácitas, pues la nueva Ley parte del principio de no admisión del silencio administrativo (a excepción del art. 15 y de la DA 4.^a) (304). Indudablemente, se refiere este autor al texto literal de la Disposición Adicional 4.^a, que señala que: "En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas en contra de lo dispuesto en esta Ley o en la legislación o planeamiento urbanístico aplicables". Sin embargo, a pesar de la rigidez de la nueva Ley y del contenido del artículo 20, que habla de adquisición del derecho a edificar mediante la oportuna licencia, salvando su eficacia por razones de seguridad jurídica y en base a la interpretación jurisprudencial, y de GONZÁLEZ PÉREZ expuestas; y como quiera que en caso de silencio también existe licencia, hemos de entender que no se ha derogado el artículo 9 del Reglamento de Servicios y que la citada disposición no hace sino reproducir, casi literalmente, el contenido de los artículos 178.3 de la Ley del Suelo y 5.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística (305).

(304) GARCÍA GARCÍA, LASO MARTÍNEZ y CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, págs. 538-539, y 546 (LASO) y 165 (CHICO).

(305) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de Reforma...*, *op. cit.*, 485-496.

LISET BORRELL, por su parte, sin cuestionar la subsistencia del silencio administrativo positivo, sí duda de su virtualidad práctica, ya que de la generalidad de los términos de la Disposición Adicional se deduce que "difícilmente ningún particular se atreverá a realizar cuantiosas inversiones en obra urbanizadora o edificatoria" ante la posibilidad de que la "Administración, con uno u otro pretexto", decrete "la suspensión de las obras por no ajustadas al ordenamiento urbanístico, con daños a veces irreparables cualquiera que sea el resultado del proceso contencioso-administrativo al que el particular puede verse abocado" (306).

6.4. Licencia caducada

El artículo 25.2 de la Ley de Reforma, al establecer el requisito de la licencia, omite cualquier referencia a la vigencia o caducidad de ésta. Sin embargo, si la licencia otorga el derecho a edificar, esto es, la legitimación administrativa para ejercitar el *ius aedificandi* preexistente, y la caducidad de aquélla determina su extinción mediante su declaración formal (arts. 20 y 23 LRRU), hemos de analizar si el término 'licencia' se refiere exclusivamente a 'licencia vigente' o a 'licencia' sin matizaciones, puesto que la caducidad de la licencia, en principio, equivale a su inexistencia. Esta situación, por otra parte, se complica con el texto literal de los artículos 25.1 y 26.2. Según el primero de ellos, la patrimonialización de la edificación depende de la vigencia de la licencia —no dice nada de la declaración formal— y de su conformidad con el planeamiento; y el segundo va mucho más allá, incluso en contra de la jurisprudencia en materia de demolición, ya que sujeta a ésta y sin indemnización a la edificación que se ajuste a las condiciones de la licencia, entre las que destaca con especial trascendencia el propio plazo. Luego se puede llegar al absurdo de demoler una edificación sin declaración formal de extinción del derecho a edificar, que entendemos como declaración de caducidad. Parece que no basta la expropiación y la venta forzosa y hay que ir más allá. Pero esto ni es ni puede ser así. La demolición requiere, además, la incompatibilidad con el planeamiento, y esta incompatibilidad no puede ser formal —plazo—, sino sustantiva (art. 26.1). Ahora bien, si la demolición no procede, tampoco procederá la sanción por incumplimiento de la función social de la propiedad que establecen los artículos 24.2 y 26.3. Existe un límite a esa facultad o deber administrativa (307), que no es otro que la conclusión de la obra. Si la obra ha terminado, es indiferente el cumplimiento del plazo de la

(306) *Nuevo régimen urbanístico*, op. cit., pág. 275.

(307) Decimos facultad porque no se sanciona el incumplimiento del deber administrativo, añadiendo una peligrosa nota de discrecionalidad a la actuación municipal.

licencia —caducidad—. La Administración debe actuar con diligencia. No será admisible el lucro resultante de su moroso control de la legalidad urbanística.

En principio, pues, si se acredita la obtención de licencia, el requisito del artículo 25.2 estaría cumplido; otra cosa es que del documento presentado resulte la presunta caducidad, en cuyo caso deberá hacerse constar en la inscripción el plazo de ejercicio de la licencia (308). Es decir, de la certificación municipal y del momento de su expedición —nada impide que ésta se expida mucho antes de otorgar la escritura— pueden resultar una serie de elementos que si bien no son impeditivos de la inscripción, sí nos parecen de necesaria constatación registral por su trascendencia para tercero, sin que ello suponga, por supuesto, juicio de valor alguno sobre la subsistencia del derecho a edificar o acerca de la titularidad de la edificación.

En este punto, en definitiva, nos interesa estudiar la distinta situación urbanística de las edificaciones con ocasión del vencimiento plazo fijado en la licencia, según se haya producido o no la declaración formal de extinción del derecho urbanístico de edificar y, en distinta medida, por virtud de la constatación registral de la incoación del expediente o de su resolución (309), puesto que la aportación de la licencia comporta una doble presunción de validez y de eficacia o vigencia. La licencia se presume vigente mientras no se declare expresamente su caducidad. Esta no opera *ipso iure* (310). Y a la doble presunción debe añadirse un presupuesto destacado por GONZÁLEZ PÉREZ: la necesidad de que las ordenanzas mu-

(308) Es dato por su importancia siempre constatable, ya que no deja de ser una condición de eficacia real. Me refiero a la presunta caducidad por si el planeamiento admite prórrogas y en ese documento no consta. Si está caducada al momento de expedir la certificación, deberá hacer constar el Ayuntamiento esa circunstancia, haya hecho o no la declaración formal de caducidad (por la disociación caducidad/extinción del derecho a edificar que el art. 23.2 potencia). Lo más probable, no obstante, es que si ha precedido declaración formal o se niegue el documento o se haga constar este extremo.

(309) La incidencia del urbanismo en el objeto jurídico de la contratación civil se produce de distinta manera según la naturaleza del Derecho privado constituido. Es decir, si el edificio se demole, el contrato de arrendamiento se extingue, y si se reedifica, renace, puesto que puede tener el arrendatario derecho de retorno. A menos que la causa de la demolición sea la imposibilidad de construir sobre ese suelo. Y si se trata de un contrato de compraventa de un piso en régimen de propiedad horizontal, la demolición provoca la cotitularidad de los partícipes sobre el solar, por ejemplo. Traigo esto a colación para destacar la subsistencia de la relación civil en algunos casos, al margen de la disciplina urbanística y en el ámbito de actuación de los artículos 62 y 88 de la Ley del Suelo y 1.483 del Código Civil.

(310) Véase *infra*. En este sentido se pronuncia GONZÁLEZ PÉREZ con fundamento en la jurisprudencia, en el principio de buena fe, en la equidad y en el propio artículo 77.3 de la Ley de Reforma.

nicipales contengan una previsión expresa y la licencia contenga esa previsión. En el primer caso, no deja de haber jurisprudencia contradictoria. Y en el segundo, si la licencia incumple ese requisito impuesto por las ordenanzas, la licencia será anulable y en tanto la acción no se ejercite el acto administrativo producirá plenos efectos (art. 45 LPA). No obstante, en nuestra Comunidad deberá estarse a lo dispuesto en los artículos 5 y 11 de la Ley de Disciplina Urbanística, que establece un plazo de seis meses para iniciar las obras, una interrupción máxima de otros seis, la prórroga de la iniciación de las obras por causa justificada de un período igual al señalado —seis meses—, el plazo para la terminación de las obras y la constancia expresa del plazo de caducidad en el acto administrativo de concesión de la licencia (311). Asimismo y a pesar de la dicción literal del artículo 5.3 que prescribe la 'caducidad automática de las licencias', ese automatismo debe entenderse matizado, en cuanto la caducidad requiere en virtud del artículo 23.2 la declaración formal para provocar la extinción del derecho a edificar, y el punto 3 del artículo 5 señala como efectos de esa caducidad automática la compulsión al propietario para acabar la edificación u obra mediante la inclusión del solar en el Registro Municipal de Solares de Edificación Forzosa o, alternativamente, el dictado de una Orden de ejecución acompañada "de multas coercitivas periódicas en función del plazo impuesto para la terminación de la obra, de cuantía igual al 10 por 100 del presupuesto de la edificación no ejecutada". El carácter básico del precepto (DF 1.^a.1) no impide esta interpretación en cuanto produce la disociación entre la extinción del derecho a edificar (art. 23.2) y adopción de medidas tendentes a la finalización de la obra (art. 5.3 LDU), que dejando a un lado la "legalidad" de la caducidad automática modera el formalismo temporal de la Ley de Reforma de una forma bastante equitativa" (312). Forma que puede establecer una equilibrada pauta de actuación: vencido el plazo, la Administración conmina al propietario a que finalice la obra a través de la inclusión del solar en el Registro de Solares o de la Orden de ejecución compulsiva (art. 5.3); y si aquél no actúa en consecuencia, procederá a declarar, en expediente instruido al efecto conforme al artículo 23.2, la extinción del derecho a edificar, dando paso a lo previsto en el artículo 24.1 y 2 (paralización de las obras, expropiación o venta forzosa). En Canarias, al menos, el sistema a seguir parece que no es otro.

(311) GONZÁLEZ PÉREZ: *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, op. cit., págs. 474-475, y *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, op. cit., págs. 144 y 146, donde se recoge el texto legal.

(312) Siempre que el Ayuntamiento adopte las medidas del artículo 5.3 deberá declararla previamente, y en caso contrario, a pesar del automatismo de la caducidad, la obra proseguirá su curso tácitamente prorrogada, sin perjuicio de las sanciones que correspondan.

El Reglamento de Edificación Forzosa lo entendemos vigente en cuanto no contradice la nueva Ley. Lo que plantea la interesante cuestión de las remisiones autonómicas a la legislación del Estado. Esto es, si la Ley de Disciplina Urbanística se apoya en ese Reglamento, no parece lógico que su derogación por el Estado modifique una Ley autonómica, al dejar a ésta sin cobertura. No sé si será una barbaridad, pero me da la sensación de que la remisión autonómica deberá entenderse hecha a la Ley estatal vigente en el momento de la aprobación de aquella Ley, aplicando *sensu contrario* la doctrina de la validez y eficacia de las normas estatales, según la cual la Ley autonómica no deroga a la Ley estatal, sino la desplaza y queda en ese territorio privada de eficacia, no de validez. En otro caso, las Comunidades se tienen que apresurar a legislar para cubrir el vacío que la derogación estatal va a provocar, evitando que la modificación del Derecho supletorio —**competencia estatal**— desplace o haga ineficaz de hecho la legislación autonómica que lo tomó de cobertura. Es decir, el ordenamiento jurídico total aplicable a una situación o relación jurídica se integraría por la legislación directamente aplicable y por la supletoria, y así podría hablarse de que el Reglamento de Edificación Forzosa forma parte del ordenamiento jurídico canario —está integrado en nuestra legislación— y como tal queda amparado por la competencia autonómica exclusiva que le otorga el artículo 29.11 del Estatuto. Y sólo la propia Comunidad puede producir el cambio legislativo o desintegración para evitar el efecto reflejo de las normas estatales que pueden alterar por esa vía indirecta partes sustantivas del derecho autonómico. El desplazamiento de esa norma debe hacerlo la Comunidad **formalmente**.

6.4.1. Expediente instruido

La declaración formal de extinción del derecho a edificar en expediente tramitado con audiencia del interesado (art. 23.2) sólo puede incidir, a efectos del artículo 25.2, en el alcance de la publicidad registral. Esto es, si se presenta la escritura con la licencia y la certificación técnica, el documento es inscribible siempre, y en principio sin limitaciones (313), con la especial particularidad de que la constancia en el Registro de la Propiedad de la incoación del expediente o de la declaración formal de extinción del derecho a edificar será una circunstancia a consignar con el título inscrito para advertir al tercero y obligará a la Administración a tener en cuenta al adquirente en sus actuaciones tendentes al restablecimiento de la legalidad urbanística o a la imposición de las sanciones que corresponda; en concreto, la expropiación o venta forzosa. Esta obligación

(313) En Canarias no se aplicaría el artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística.

supone además para la Administración la ventaja de valorar en el procedimiento si la obra está terminada o a punto de ello, la idoneidad e imputabilidad de la sanción en función de una graduación que se atiene a las circunstancias, conforme unánimemente interpreta la doctrina, y la improcedencia de la expropiación o venta forzosa.

La imputabilidad al titular de la licencia —propietario— del incumplimiento del plazo es uno de los requisitos de la declaración formal. "No puede declararse la caducidad cuando la inactividad no es imputable al titular, bien porque exista una causa de fuerza mayor (S. 3 mayo 1961), bien porque se deba a imposición de la Administración (SS. 16-9-77, 16-6-80, 21-12-84, 21-5-85 y 7-6-86) "o una decisión jurisdiccional como la suspensión de la ejecución que hubiese adoptado el órgano judicial al amparo del artículo 122 LJ en proceso administrativo o en proceso distinto". Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22-3-1988 se refiere al interdicto de la obra nueva como causa ajena a la voluntad del titular de la licencia (314). Se requiere, pues, "*La inequívoca voluntad* del interesado de abandonar el proyecto", como dice la Sentencia de 14-3-1990, que recoge GONZÁLEZ PÉREZ. Y añade este autor que aunque "el artículo 23 no alude al requisito de la imputabilidad, es incuestionable la exigencia de esta circunstancia".

La naturaleza jurídica de la caducidad de la licencia, por otro lado, destaca GONZÁLEZ PÉREZ, "impone distinguir entre el hecho determinante de la caducidad y la declaración formal, declaración ésta que se considera requisito esencial para que la extinción se produzca", ya que, conforme a la Sentencia de 22-3-1988, la caducidad no opera de modo automático, para su declaración no basta la simple inactividad del titular y es un 'instituto' que debe acogerse con cautela, como reitera la Sentencia de 14-3-1990(315).

De estas palabras de GONZÁLEZ PÉREZ claramente se extrae otro argumento en favor de la inscribibilidad por el carácter no obstativo de la caducidad a estos efectos. A pesar de la literalidad de la Ley de Reforma, no estamos ante un plazo preclusivo de ejercicio de derecho alguno. Ni para ejercitar el derecho —deber— a tener derecho —deber— a edificar ni para extinguir éste. La cuestión es más compleja de lo que pudiera parecer a simple vista (316). Y es que está en juego la seguridad jurídica, base del Estado social de Derecho.

(314) GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de Reforma...*, op. cit., pág. 226.

(315) *Op. cit.*, págs. 222-223.

(316) A lo largo de este estudio hemos aludido a la preclusión del plazo como argumento en favor de la subsistencia del *ius aedificandi* civil. Precisamente ahora puede decirse que éste preexiste y subsiste en base precisamente a la interpretación jurisprudencial del "instituto de la caducidad de las licencias municipales" (S. 22-3-88).

6.4.1.1. Anotado en el Registro

Lógicamente, la Administración que ha expedido la licencia de edificación es la primera interesada en que la declaración formal de caducidad conste en el Registro. La realidad muestra cómo la acción administrativa se ve de hecho paralizada en no pocas ocasiones por la trascendencia socioeconómica de su ejercicio. La valoración del cumplimiento de la función social de la propiedad, esto es, la terminación física de la obra y su transmisión a una pluralidad de adquirentes, le impone el actuar con diligencia, en la medida que la obra no se ejecuta, y con equidad, cuando la declaración de caducidad de la edificación terminada fuera de plazo no atiende a esa función social. La expropiación o venta forzosa carecería de causa jurídica y de sentido una vez concluida la obra, aunque pueda interpretarse que ésta no está legalmente acabada por la falta de un elemento cualificador secundario.

Así, la celeridad en su actuación viene establecida en la práctica por razones *metajurídicas*, y esa celeridad, si quiere ser operativa, debe buscar publicidad disuasoria a través del Registro de la Propiedad. Hecha constar, pues, en éste la declaración formal, el consumidor obviará la contratación.

Ahora bien, ¿en qué medida puede o debe impedir la inscripción de la escritura de declaración de obra nueva que se acompaña de los requisitos del artículo 25.2? La declaración, primero, no produce el cierre registral, si no obtiene y en ese sentido adquiere publicidad. La declaración, segundo, produce sus efectos sustantivos al margen del Registro. En consecuencia, entender la constatación de la misma como un obstáculo registral sería aplicar analógicamente unos principios que no le son propios fuera de la previsión legislativa y supondría al tiempo incumplir los términos de una disposición sancionadora de interpretación, por excepcional, restrictiva: el artículo 25.2. Luego no sólo no encuentro fundamento alguno para negar el acceso al Registro de la escritura citada, sino que entiendo inviable jurídicamente tal impedimento. Si el Reglamento dijera otra cosa, rayaría en la ilegalidad al extralimitarse de los postulados de la propia Ley.

La excepcionalidad del sistema, no obstante, y es argumento a favor de la inscripción, permite que la Administración por autorización u orden de ejecución expresa legitime al propietario a proseguir las obras. Obviamente, si consecuencia de ésta es la terminación de la edificación fuera de plazo, la Administración por simple lógica no procederá ni a la demolición ni a la expropiación o venta forzosa. Es absurdo pensar que se permita continuar la obra para privar de ella al propietario. Este no tendrá interés en la finalización de la misma si advierte que toda inversión que realice no será suficientemente indemnizada al imponer la sanción. Así pues, si se autoriza su continuación, la ‘patrimonialización’, aun en contra de su

dicción literal de la Ley, será evidente. En otro supuesto se estaría manipulando el derecho del propietario.

En definitiva, este complejo sistema está o puede estar discrecionalmente excepcionado. De nada sirve declarar la caducidad si el Ayuntamiento está legalmente facultado para hacer ineficaz tal declaración (art. 24.1). La Administración tiene en su mano la facultad de hacer subsistir un derecho extinguido. Facultad que demuestra la íntegra subsistencia del *ius aedificandi* en el contenido del dominio, ya que si la licencia lo otorgase, una vez extinguido, por la imperatividad de la Ley nunca podría renacer. Y ahora sólo se hace gravitar su ejercicio no del nuevo otorgamiento de una licencia —licencia convalidante o sanatoria, que en principio no cabe fuera del estrecho ámbito del artículo 26.2—, sino de una autorización u orden de ejecución formulada como algo graciable y, sin embargo, según las circunstancias —habrá que estar a las ordenanzas— será vía útil para flexibilizar la rigidez de la Ley.

Hablo de ordenanzas porque no es deseable la discrecionalidad administrativa, y menos cuando está en juego en la concepción urbanística del dominio su propio contenido. Sería una peligrosa quiebra del principio de legalidad.

6.4.1.2. Sin anotar en el Registro

Consecuencia de lo anterior es la inscripción sin limitación o advertencia alguna de la escritura de declaración de obra que cumpla los requisitos del artículo 25.2. Ello no impide, como es obvio, la actuación disciplinaria de la Administración. La declaración formal, por otro lado, provoca la interrupción de las obras. A partir de ese momento sólo están permitidas las estrictamente necesarias para garantizar la seguridad de las personas y de los bienes y el valor de la edificación ya realizada, salvo, como hemos destacado, autorización u orden de ejecución en contra (art. 24.1).

La conservación del valor de la obra y la seguridad de la edificación son manifestaciones, asimismo, de la titularidad dominical de la edificación. Según hemos expuesto, difícilmente el propietario estará interesado en seguir invirtiendo para que el Ayuntamiento le expropie la finca o la enajene, valorando la obra por el coste de ejecución o de reposición que no incluya realmente el valor objetivo de la edificación. Es decir, que la Administración, después de equidistribuida la plusvalía del suelo, justificada en que el incremento de valor está producido por su actuación —planeamiento— expropie aquélla sin tener en cuenta la plusvalía del empresario, esto es, su beneficio empresarial; no es que esto sea injusto, es que se trata de un caso de enriquecimiento sin causa o torticero, porque

está generada por la cadena de producción y abarca desde la plusvalía de la mano de obra a la plusvalía de los materiales que el empresario ha satisfecho a un tercero —contratista, subcontratista— y que repercute en el precio final, incremento ya soportado por el adquirente de viviendas sobre plano y por el acreedor hipotecario. Situación ésta por la que me atrevo a decir que si se expropia o vende forzosamente, el valor será el de mercado. Obsérvese que en esta materia la Ley habla siempre de expropiar el suelo no del vuelo. La expropiación de la edificación, pues, es resultado del principio de accesión, que sigue vigente.

Y si el principio de accesión opera, la Administración no puede desconocer los derechos de los terceros, debiendo indemnizarles por el justiprecio, no por el coste de ejecución y por causa de un incumplimiento que le es ajeno. La cadena de imputabilidad aquí se rompe, la expropiación o la venta forzosa deberá respetar el derecho dominical del adquirente sobre plano, subrogándose la Administración o el comprador —venta forzosa— en la posición del incumplidor frente al adquirente sobre plano y frente al acreedor hipotecario, que vendrá obligado a satisfacer el precio aplazado o la cantidad aplazada sobre el capital contra certificación de obra (317).

Indudablemente, esta interpretación necesaria no deja de plantear múltiples problemas. Pero si la adquisición de la finca está supeditada a su materialidad —compraventa de cosa futura— o la Administración o el comprador asume la entrega de la cosa o satisface el precio satisfecho que repercutió en la edificación levantada. La judicialización del urbanismo, como apuntó RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE en las Jornadas de Maspalomas, será inexcusable (318).

Así, en este caso, será la Administración la directamente interesada en la constatación registral para que el tercero conozca la situación urbanística, sin que surjan terceros que hacen poco viable su actuación sancionadora, en el sentido de desconocer su derecho. La inscripción, pues, de la escritura, si en el supuesto anterior era oportuna, ahora es inevitable.

6.4.2. Sin instrucción de expediente

Al no haber establecido la Ley un plazo para la instrucción del expediente de declaración formal de la caducidad de la licencia, éste podrá incoarse, señala GONZÁLEZ PÉREZ, en cualquier momento. "No obstante, si habiéndose producido los hechos determinantes de la caducidad el titular

(317) La hipoteca, en este caso, sobre la que opera la subrogación deberá ser la que financia la obra. Los restantes acreedores harán efectivo su crédito sobre el valor de la edificación.

(318) I Jornadas sobre Urbanismo de Maspalomas, cit. *supra*.

de la licencia reanuda las obras interrumpidas y siguen su curso normal, ¿procederá la declaración de caducidad? Evidentemente, como hemos apuntado, no. Y las razones de GONZÁLEZ PÉREZ se fundamentan en la jurisprudencia sobre el carácter excepcional de la caducidad y la cautela en su apreciación en el principio de buena fe y en la equidad. "A pesar de los términos literales del artículo 24.1 de la LRRU, deben interpretarse de acuerdo con los principios generales señalados y admitirse la continuidad de la vigencia de la licencia. Y a tenor del artículo 77.3 de la LRRU, es incuestionable que la reanudación de las obras antes de haberse notificado el acuerdo de incoación del procedimiento sobre incumplimiento de los deberes urbanísticos impide la declaración de caducidad" (319).

De esta forma, puede concluirse que si la caducidad no está legalmente declarada, la licencia sigue *vigente*, aun después de darse ese 'hecho determinante' de la procedencia de la declaración de caducidad, esto es, el vencimiento del plazo. La caducidad sólo existe si se declara, y sólo se reflejará en el título de la declaración de obra nueva si se ha hecho constar en el Registro su existencia.

6.5. Licencia condicionada

Todas las circunstancias que integran la licencia, incluido el plazo, condicionan su ejercicio. No obstante, cabe separar las condiciones genéricas de las específicas o, si se quiere, las ordinarias de las extraordinarias. El titular, el plazo, la ejecución del proyecto aprobado —y no de otro— y el uso a que se destina son condiciones genéricas o comunes; entre ellas, como parte del proyecto, la altura, la superficie, el volumen edificable, el número de habitantes, la ocupación y los retranqueos reconocidos por la licencia en la parcela (art. 11 LDU). Y las que excedan de éstas serán específicas. En la construcción de viviendas en suelo rústico la vinculación de la superficie al volumen, conforme al artículo 11.3 de la LOUSR, será condición general de la autorización y de la subsiguiente licencia municipal.

Pero tanto unas como otras tienen trascendencia real, pues la licencia, cada licencia, delimita el 'ámbito objetivo' y 'temporal' de la legitimación de su titular, en terminología de GONZÁLEZ PÉREZ (320). La ejecución tiene, en definitiva, el presupuesto de que la actividad no se va a apartar de la licencia ni por exceso ni por defecto. Actividad sujeta al control y vigilancia de la Administración que puede dar lugar a la adopción de las

(319) *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, op. cit., págs. 477-478.

(320) *Op. cit.*, págs. 256-258 y 258-262.

medidas disciplinarias y sancionadoras dipuestas en el ordenamiento urbanístico.

Desde la perspectiva registral, las circunstancias —o condiciones— de la misma son susceptibles de publicidad, aunque en la actualidad, salvo las disposiciones contenidas en los artículos 13.3 y 14.2 de la Ley de Disciplina Urbanística, no existe normativa específica al respecto, pudiendo aplicarse el tratamiento de la documentación complementaria —con la salvedad advertida— a las licencias. Lo que no significa que no podamos, en base a la legislación hipotecaria, reseñar otros extremos. Su importancia lo aconseja: aunque no se trate de condiciones resolutorias de naturaleza civil en el ámbito administrativo —limitaciones legales—, sujetan la finca con especial fortaleza.

En la doctrina, LASO MARTÍNEZ estima la procedencia de su constatación registral a través de la reforma del Reglamento Hipotecario. GARCÍA GARCÍA se muestra en idéntico sentido, a pesar de la falta de desarrollo reglamentario. Y CHICO ORTIZ reconoce que "prácticamente tienen trascendencia real todas las condiciones de la licencia que legitimará la obra nueva", en cuanto pueden determinar su extinción (art. 16 RS y STS 2-2-90) (321).

En consecuencia, aludir a este tipo especial de licencia sin desdeñar la necesidad de su estudio dentro del contenido de las licencias es, por indiferente, perfectamente excusable. Ahora bien, tratándose de "*condiciones especiales* de concesión de licencias", su acceso registral está previsto en el punto 4 de la Disposición Adicional 10.1 de la Ley de Reforma. Obviamente, el medio podrá ser, bien la remisión directa del traslado de la resolución aprobatoria donde esas condiciones especiales se establecen, bien con ocasión de lo preceptuado en el artículo 25.2. Aspecto éste que permite una interpretación restrictiva o extensiva, según se entiendan los términos '*condiciones especiales*' como alusivas a las condiciones no generales —comunes— de la licencia, distintas, por ejemplo, de las señaladas en los artículos 5 y 11 de la Ley de Disciplina Urbanística o a las condiciones concretas de cada licencia, sin distingos entre condiciones generales y especiales, criterio éste no desdeñable, ya que si como hemos visto el incumplimiento de cualquier condición de la licencia provoca la anulabilidad de lo actuado en cuanto excede de la autorización, ninguna circunstancia de una licencia determinada dejará de ser especial y, así, publicable. El límite de su operatividad, según expusimos, depende de la forma extrínseca de la licencia y de los extremos del documento acreditativo, por lo que gravita sobre el Ayuntamiento la ejecución de una norma que parece imperativa. La Disposición Adicional 10 dice '*serán inscribibles*'.

(321) *Op. cit.*, págs. 165, nota 18 (CHICO), y 535 (LASO).

6.6. Suspensión de licencias

La Ley del Suelo, en esta materia, se refiere a dos supuestos distintos. Esto es, a la suspensión del otorgamiento de las licencias (arts. 27, 98 y 133 LS y 117-122 RP), por un lado, y a la suspensión de sus efectos (arts. 186 LS y 34-39 RDU), por otro.

6.6.1. Suspensión del otorgamiento

El primero de ellos se fundamenta en razones preventivas: Dice el artículo 27.1 que: "Los Organos competentes para la aprobación inicial y provisional de los Planes Generales Municipales, Parciales o Especiales o Estudios de Detalle podrán *acordar, por el plazo máximo de un año*, la suspensión del otorgamiento de licencias de parcelación y edificación en sectores comprendidos en una *zona* determinada con el *fin de estudiar el Plan o su reforma*. Dicho acuerdo habrá de publicarse en los *Boletines Oficiales* de la provincia o provincias afectadas y en uno de los *diarios* de mayor difusión de cada una de ellas". Este plazo podrá ser prorrogado un año más con idéntico sistema de publicidad, sin quedar acordadas nuevas suspensiones para la misma zona hasta pasados cinco años desde la última suspensión (art. 27.2). "Los peticionarios de licencias solicitadas con anterioridad a la publicación de la suspensión tendrán derecho a ser indemnizados del coste oficial de los proyectos y de la devolución, en su caso, de las tasas municipales" (art. 27.4).

La extinción del plazo de suspensión trae como consecuencia, respecto de las licencias solicitadas con anterioridad, el problema de si los propietarios deben solicitar nueva licencia u operará el silencio administrativo una vez aprobado el Plan. El artículo 27.4 parece responder a la necesidad de la nueva solicitud, puesto que si se indemniza el proyecto es porque, una vez aprobado el planeamiento, deberá realizarse otro o reajustarse el presentado. Aunque todo depende de la medida en que afecte el nuevo planeamiento al proyecto concreto, siendo el Ayuntamiento el obligado a comunicar su aprobación o la notificación de los defectos subsanables. El artículo 121.4 del Reglamento de Planeamiento, por su parte, suspende el derecho a la indemnización hasta el momento que por la aprobación del nuevo planeamiento se demuestre la incompatibilidad del proyecto con sus determinaciones, salvo que el propietario o interesado reitere su solicitud, por lo que la vía del silencio depende, pues, de esa reiteración, que supone el abandono del proyecto o dejación de la solicitud. No obstante, podrán otorgarse licencias acordes con el planeamiento vigente al tiempo de la solicitud "siempre que se respeten las determinaciones del nuevo planeamiento" inicialmente aprobado (art. 120.1 RP).

En principio, pues, durante el período de suspensión del otorgamiento de licencias quedan imposibilitados de hecho los otorgamientos de escrituras de **declaración** de obra nueva, con la excepción recogida en el artículo 120.1 del RP. El artículo 25-2 de la Ley de Reforma no podrá tener debido cumplimiento. El tráfico jurídico documentado públicamente queda paralizado. Por razones de seguridad, convendría que el Ayuntamiento remitiese al Registro los planos referentes a la zona afectada o la descripción del perímetro de la misma, de tal forma que si la obra nueva se **autoriza** en base al artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística, aparte de la nota marginal que recoge se haga constar en el título y en el Registro que la edificación en cuestión está afectada por la suspensión de licencias para que la realidad física obtenga en su reflejo registral el alcance urbanístico concreto que le corresponda y disuada al consumidor de la contratación sobre plano y en documento privado (fundamento propio del art. 15.2 LDU). Evidentemente, si a pesar de constar la suspensión en el Registro se concede una licencia, previa o convalidante, no habrá obstáculo alguno para practicar la inscripción conforme al artículo 25.2, sin perjuicio de que se refleje en el asiento y en el título que la fija que está incluida en el área de suspensión.

Respecto de los municipios sin planeamiento adaptado a la vigente Ley del Suelo, el artículo 8 del Real Decreto-Ley 16/1981 ha unificado su tratamiento con el que deriva de ésta, concepción que ha hecho cuestionar su constitucionalidad en cuanto afecta al contenido del derecho de propiedad. Para el profesor FERNANDO PABLO, el juicio de constitucionalidad queda salvado. "En la línea de perfeccionamiento de la institución, el artículo 8 del Real Decreto-Ley 16/1981 unificó en un solo proceso los dos tipos anteriores, aclarando las relaciones entre ambos, al mismo tiempo que fijaba **un** plazo máximo de dos años, prescindiendo de la posibilidad de la prórroga de la suspensión previa, cuyo sentido fue puesto en duda al no considerarse la diferencia de efectos entre ambos tipos, precisamente asentada en la posibilidad o no de obtener licencia en las zonas afectadas, compatibilizando las determinaciones del planeamiento en vigor y las del proyecto en trámite".

Y como quiera que el "punto de mayor conflictividad de la suspensión es el que se refiere a los efectos de la misma", añade este autor, "la vigencia de una medida de suspensión, al menos con posterioridad a la aprobación inicial, *no implica ni la imposibilidad de solicitar licencia en las zonas afectadas ni la de legalizar obras anteriores, ni la imposibilidad de obtener licencias en ejecución de sentencia*. Por el contrario, debe afirmarse la posibilidad de solicitar y obtener licencias que, respetando el planeamiento

vigente, no vulneren las determinaciones del futuro Plan, siempre que sea posible, obviamente, compatibilizarlas" (322).

6.6.2. Suspensión de efectos

El segundo supuesto es el de la suspensión de los efectos de la licencia, que si lo conectamos con el artículo 25.2 de la Ley de Reforma pone de manifiesto la especial trascendencia de la publicidad registral en materia de urbanismo. Así, cumplidos los requisitos del artículo 25.2 la escritura es siempre inscribible, sin perjuicio de que con anterioridad, o a continuación, conste en el mismo Registro la suspensión de los efectos de la licencia u orden de ejecución y la paralización de las obras, dando paso a la plena coordinación realidad física-realidad jurídica [art. 16.1.b) LDU]. Interpretación que tiene expreso fundamento en el ámbito de la eficacia de la publicidad registral de la situación urbanística que establece el artículo 17 de la Ley de Disciplina Urbanística, cerrando el paso a cualquier especulación *ex iure civile*. Sin que ofrezca duda, y por esta misma razón, la extensión de la inscripción o nota marginal que hace constar la terminación de la obra en base al acta notarial que incorpore la certificación técnica de finalización de la edificación (323), porque el contenido de ésta, si es administrativamente contradictorio al no regir el principio de tracto sucesivo, presume, bajo la responsabilidad del técnico, que la paralización de la obra puede haberse levantado sin que la Administración lo haya hecho constar. Aspecto éste que obliga al interesado, para que no refleje el acta inscrita la suspensión —irregularidad presunta—, a la coordinación, aportando el traslado de ese levantamiento —sentencia—, bajo la previa advertencia expresa del Registrador. La suspensión, como prescribe el artículo 34.5 del Reglamento de Disciplina urbanística, sólo procede, por mera coherencia, cuando las obras se están realizando. No dejaría de ser paradójico y contradictorio paralizar una obra terminada.

Conforme al artículo 186 de la Ley del Suelo, el efecto de la suspensión será la paralización de las obras y la comunicación de ésta a la Sala de lo

(322) M. FERNANDO PABLO: *Suspensión del otorgamiento de licencias urbanísticas*, ed. Montecorvo, Madrid, 1987, págs. 105-106 y 185-186.

(323) Lo mismo que ocurre con la calificación definitiva de VPO, en este caso el asiento procedente parece ser la nota marginal modificativa de derechos, aunque tampoco existen obstáculos objetivos para la extensión de una inscripción, si bien, habitualmente, los hechos que constan en acta notarial se hacen constar por nota.

Por otro lado, conviene recordar que la viabilidad del artículo 15.2 y su posible incorporación a la reforma del Reglamento Hipotecario parte de esa misma idea: la eficacia de mera publicidad —no impeditiva— que le otorga el artículo 17 de la Ley de Disciplina Urbanística.

Contencioso-Administrativo para que dicte sentencia, único medio de alzar la suspensión según el artículo 35.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística, salvo anulación del acto que la acuerda o desistimiento (324). Y son requisitos objetivos del acuerdo de suspensión, siguiendo a GONZÁLEZ PÉREZ, que el objeto de la suspensión sea una licencia u orden de ejecución y que el contenido del acto suspendido constituya una infracción urbanística grave y manifiesta. Evidentemente, ello no priva al propietario o interesado de la indemnización de daños y perjuicios, donde puede incluirse los derivados, por ejemplo, de un contrato civil a término o bajo condición resolutoria, cual es el de cesión de suelo por vuelo.

Por otro lado, procederá asimismo la constancia registral de la "suspensión de los actos de edificación o de uso del suelo efectuados sin licencia u orden de ejecución o bien sin ajustarse a las condiciones que se establezcan" [art. 16.1.a) LDU], supuesto éste —extralimitación de la licencia— que reitera lo que acabamos de exponer para los supuestos de nulidad o anulabilidad de la licencia concedida. El procedimiento para la instrucción de los expedientes de suspensión de actuaciones y de suspensión y anulación de actos administrativos, es decir, en uno u otro caso [art. 16.1.a) y b) LDU], viene regulado por los artículos 21-23 de ese mismo cuerpo legal, con referencia expresa a los artículos 184 y 186 de la Ley del Suelo.

6.7. Prescripción

En la teoría general del Derecho se diferencia la caducidad de la prescripción en que mientras la primera responde a la idea de que el plazo establecido es el plazo de ejercicio válido de un derecho subjetivo, la segunda obedece a la fijación de un plazo para adquirir o extinguir un derecho o acción.

Las diferencias entre prescripción extintiva y caducidad han sido puestas de manifiesto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7-5-1981. Y son las siguientes: "a) La prescripción descansa no sólo en la necesidad de poner término a la incertidumbre en los derechos, sino en la presunción de abandono por su titular, mientras la caducidad se basa sólo en lo primero, operando así por el mero lapso de tiempo; b) La prescripción ha de alegarse, mientras la caducidad puede apreciarla de oficio el Tribunal, y c) La prescripción es susceptible de interrupción por el perjudicado; lo que no se admite en modo alguno es la caducidad", para la que "sólo el juicio contencioso impide el efecto preclusivo de su fatal fenecimiento". En idén-

(324) GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, págs. 381 y sigs.

tico sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25-9-1950. La Sentencia de 22-5-1965, por su parte, declara que la "caducidad de la acción o decadencia de derechos es una institución jurídica todavía poco precisa, lo mismo en el Derecho positivo que en la doctrina científica, que tiene lugar cuando la Ley o la voluntad de los particulares señalan un plazo fijo para la duración de un derecho, de tal modo que, transcurrido, no puede ser ejercitado, ya que aun cuando no existan criterios muy definidos para diferenciarlos de la prescripción extintiva, se admite que aquélla, por término general, no es susceptible de interrupción, y que para evitarla hay que ejercitar en el plazo concedido la acción correspondiente, cuya extinción se produce de modo automático, sin que tenga que ser impetrada por aquellos a quien beneficia". Así lo entiende, en parecidos términos, la Resolución de 16-3-1959.

La distinción es capital en esta materia, ya que conforme a la jurisprudencia hipotecaria, la caducidad del derecho que contiene el asiento registral dará lugar a su cancelación de oficio (art. 353 RH), mientras la prescripción escapa del ámbito de la calificación del Registrador, como declaran, entre otras, las Resoluciones de 13-7-1933, 3-12-1938 y 8-11-1951 (325).

Dentro de las licencias tácitas, nos referimos con anterioridad a las licencias obtenidas por prescripción de la acción administrativa de restablecimiento de la legalidad urbanística correspondiente. "Acto tácito de legalización de la obra" lo denomina el artículo 27 de la Ley 9/1981 catalana. Ahora bien, ya que la susceptibilidad de la interrupción del plazo separa la caducidad de la prescripción, parece claro que estamos ante un supuesto de prescripción y no de caducidad. Y ello obliga, desde la perspectiva registral, a que no sea apreciable de oficio ni a instancia de parte interesada. La prescripción deberá declararse por la autoridad municipal o judicial correspondiente, como recoge el artículo 15.2, párrafo final, de la Ley de Disciplina Urbanística. En otro caso la nota marginal de presunta irregularidad urbanística será inevitable en aquellos supuestos en que no se dé cumplimiento al artículo 25.2 de la Ley de Reforma y se alegue prescripción e, incluso, si se cumple este artículo y de los términos de la licencia se aprecia, no obstante la certificación técnica, el incumplimiento de sus condiciones.

El régimen jurídico de esta materia, con carácter general, sigue siendo, tras la Ley de Reforma y a pesar de que el artículo 26 no contiene una previsión idéntica a la del artículo 28, según apunta GONZÁLEZ PÉREZ, el contenido en los artículos 185 de la Ley del Suelo, 31 y 32 del Reglamento

(325) B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *índices de la RCDI*, op. cit., t. II, págs. 1162-1163 y 1516; y t. I, pág. 852.

de Disciplina Urbanística y 9 del Real Decreto-Ley 16/1981, que fija el plazo de *cuatro años* para la prescripción de las acciones de restablecimiento de la legalidad para los actos de edificación "sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones señaladas en las mismas", con la sola excepción de las que se hayan realizado en zona verde o espacio libre, en que la facultad de ejercicio de esa acción es imprescriptible, conforme al artículo 188.1 de la Ley del Suelo, plazo ahora coincidente con el señalado para los actos de revisión administrativa de las licencias otorgadas (art. 187 LS) (326).

Este régimen general es asimismo el mantenido por la mayor parte de las Comunidades Autónomas (art. 26.1 LDU), si bien en algún caso como el balear el plazo se ha ampliado a ocho años (art. 73 LDU 10/1990).

En cuanto a los efectos del vencimiento del plazo de prescripción, dice GONZÁLEZ PÉREZ que estamos "ante un plazo cuya naturaleza impide la actuación válida una vez transcurrido el mismo. Sólo podrá formularse el requerimiento previsto en el artículo 185.1 de la Ley del Suelo e incoarse válidamente las actuaciones en él previstas dentro de los cuatro años siguientes a la total terminación de las obras", como reconoce la jurisprudencia (STS 24-5-83) (327).

6.7.1. Usucapión de facultades

La Ley de Reforma viene a suscitar la posibilidad o imposibilidad de la usucapión extraordinaria que introduce por vía de hecho si se estima que el derecho a edificar, y su secuela el derecho a la edificación, tanto civil como urbanísticamente los conceden licencia y planeamiento, dero-

(326) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, op. cit., t. II, págs. 1855 y sigs.; *Comentarios a la Ley de Reforma...*, op. cit., pág. 239, y *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, op. cit., págs. 290 y sigs.

(327) A pesar de lo dicho, la distinción entre **prescripción** extintiva y caducidad es bastante difícil de establecer. Alguna STS, como la de 27-5-1983 (*op. cit.*, pág. 297), habla de caducidad. La razón de su estimación como plazo de prescripción que, por ejemplo, el artículo 73 de la LDU balear recoge expresamente, puede extraerse del componente fáctico en la apreciación de la terminación de las obras y de la necesidad de su prueba (SS. 27-5-83 y 3 y 31-1-84), aparte del supuesto del artículo 32 del RDU (que introduce un criterio **diferenciador** favorable a la caducidad, si bien no debe romperse la unicidad de su naturaleza jurídica), en la cuestión inapreciable para el Registrador de la conformidad con el planeamiento (*op. cit.*, págs. 301 y sigs.) y, fundamentalmente, en la posibilidad de su interrupción mediante el requerimiento al propietario para que solicite licencia en los supuestos de los artículos 184 y 185 de la Ley del Suelo —obra no terminada y **terminada**—, criterio éste, aunque formal, distintivo (*op. cit.*, págs. 299, 312 y sigs.). Ahora bien, la interrupción opera sólo por medio de ese requerimiento contemplado en el citado artículo 185.1. El motivo de este único medio de interrupción podemos hallarlo en el principio de seguridad jurídica.

gado tácitamente el Código Civil y las disposiciones estatales y autonómicas sobre prescripción de la acción administrativa, particularmente la Ley de Disciplina Urbanística balear que se aprobó con posterioridad a su vigencia. Es evidente que estas consecuencias arrastrarían a la nueva Ley a una manifiesta inconstitucionalidad, tanto si se admite como si no se admite la usucapión. Esto es, si las normas sobre prescripción están derogadas, la edificación carecerá de propietario *sine die* en virtud de los artículos 20 y 25-1 de la misma Ley, esté terminada o no, a la espera de la actuación administrativa. La inconstitucionalidad es manifiesta. Se ha privado al propietario del suelo y del vuelo sin indemnización (328). Y si las normas sobre prescripción de acciones, por el contrario, siguen vigentes, como entendió la citada Ley autonómica tras la promulgación de la Ley de Reforma, la adquisición de los derechos a edificar y a la edificación se habrá producido en virtud de su usucapión extraordinaria, reverso de la prescripción extintiva de esos cuatro u ocho años (arts. 9 RDU 16/1981, 26.1 LDU y 73 LDU de Baleares). La inconstitucionalidad será también manifiesta. No puede derogarse el régimen de la prescripción adquisitiva de los derechos reales que recoge el Código Civil y sustituirse por una norma excepcional extraída 'a contrario' de una disposición administrativa sin que de manera expresa así se prescriba. El artículo 9.3 de la Constitución es un poderoso límite a esta actuación. Primero, se desprové al dominio de su contenido típico —*ius aedificandi*—, y luego, se admite la usucapión de sus facultades como única explicación de la inatacabilidad de la actividad privada en contra de los postulados de la propia Ley — licencia y conformidad con el planeamiento—. Y si puede usucapirse el 'contenido' del dominio en contra del planeamiento cuando no proceda la demolición, que es excepcional como reconoce la jurisprudencia en cuanto atentatoria de la riqueza nacional, su sentido atributivo *ex novo* se desvanece; y lo más sorprendente es que se produce por una norma no formulada en la legislación urbanística, cuya legalidad y anticonstitucionalidad presenta la duda de su propia existencia (¿derogación tácita del Código Civil en virtud de una norma no formulada?).

6.7.2. Demolición

La prescripción de la acción de restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada, por razones de seguridad jurídica y según la Sentencia del Tribunal Supremo de 24-5-1985, "comporta la

(328) Difícilmente se entenderá cuál sea su derecho si el planeamiento todo lo atribuye y él ha edificado sin adquirir los derechos al aprovechamiento urbanístico, a edificar y a la edificación.

legalización de la obra, sin posibilidad de imponerse al interesado nueva legislación o la demolición" (S. 11-5-82), "computándose el plazo desde la terminación total de la obra" (SS. 15-4, 23-9 y 19-10-81). "Ahora bien, por los efectos legalizadores del transcurso del plazo, la jurisprudencia ha exigido con rigor la prueba" de éste, y la doctrina plantea, por su parte, el problema del ámbito de esa legalización, ya que si en materia de silencio administrativo positivo la conformidad con el planeamiento urbanístico limita la extensión de la licencia tácita, ¿cómo va a enervarse este límite en el supuesto excepcional de la prescripción? (329).

Para GONZÁLEZ PÉREZ el artículo 185.1, sin olvidar la excepción del artículo 188, es un claro límite a la actuación administrativa y observa que cuando "se está consumando un atentado al ordenamiento urbanístico —y se está consumando con toda publicidad—, la Administración Pública y cualquiera —la acción es *pública*— puede reaccionar frente a aquel atentado para impedir que se consume". Pues bien, si ha transcurrido todo el tiempo que dura la ejecución de la obra —que son varios años— y además cuatro años "desde su total terminación sin que los órganos públicos y todos y cada uno de los vecinos y no vecinos del municipio hayan hecho nada, la responsabilidad del atentado urbanístico no es sólo del propietario de la obra o del técnico que la ha dirigido. La responsabilidad es de todos. De la abstención, de la pasividad, de la falta de civismo, del mal funcionamiento —cuando no exista algo peor— de la Administración Pública".

"Si la destrucción de la obra atenta contra la riqueza nacional, no es extraño, por tanto, que el ordenamiento haya limitado en el tiempo la posibilidad de llegar a tan drástica medida. De aquí el precepto del artículo 185.1 de la Ley del Suelo en su redacción primitiva". "La demolición, por tanto, sólo será admisible 'cuando proceda'" (art. 187 LS). "Y no procedería —ni por tanto la revisión de la licencia anulable— cuando hubiesen transcurrido cuatro años desde la total terminación de las obras". "Una Sentencia de 19 de mayo de 1980 (Ponente: Medina Balmaseda) dice que no puede admitirse la falta de límite temporal en la demolición, 'ya que con ello quebraría el principio de seguridad jurídica'" (330).

La demolición, por otro lado, puede llevarse a cabo por el propietario de la obra, y estando también sujeta su realización a licencia urbanística (art. 1.14 LDU) patentiza como argumento 'a contrario' la utilidad del artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística, norma de desarrollo del artículo 25.2 de la Ley de Reforma que establece dos requisitos para

(329) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, op. cit., t. II, pág. 1865.

(330) *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, op. cit., págs. 303-306.

Como puede observarse, la acción pública ejercitable frente al 'atentado urbanístico' es análoga a la que prescribían las Partidas (v. *supra*).

inscribir la escritura de declaración de obra nueva (licencia y certificación técnica), sin que su concurrencia prejuzgue la legalidad sustantiva de la edificación —conformidad con el planeamiento y ajuste efectivo a las condiciones de la licencia— en cuanto el acto administrativo puede revisarse en el plazo de cuatro años fuera de los supuestos de nulidad absoluta. Así, postulábamos por la coordinación con la realidad física publicando la regularidad o irregularidad urbanística en la medida en que esa realidad es incontestable. El edificio existe. Pues bien, si la norma contenida en el artículo 25.2 no fuera una prohibición y estimásemos que es susceptible de aplicación analógica, podría llegarse al absurdo de que, demolida físicamente la obra, no podría otorgarse la escritura de declaración de la demolición de la obra nueva y cancelarse su inscripción sin la aportación del documento acreditativo de la obtención de la licencia respectiva y de la certificación técnica de demolición, publicando el Registro una realidad inexistente que distorsionaría su propia eficacia. En este caso, como quiera que puede obligarse al propietario a reedificar la obra demolida, lo lógico sería hacer constar en el Registro la realidad física sin perjuicio de la irregularidad urbanística, para advertir al tercero de los efectos de la acción administrativa de restauración de la situación precedente. Todo medio impeditivo de que un hecho material y físico no pueda documentarse es germen de inseguridad. Las vías de coordinación no pueden cerrarse. Si el plano catastral, la escritura pública, la sentencia judicial y la inscripción reconocen la existencia de una edificación, una vez que ésta sea demolida, aunque persista esa realidad formal, la realidad física será otra. El ordenamiento jurídico no puede amparar, al margen de la legalidad administrativa, un pronunciamiento estrictamente formal. La forma es sólo la apariencia externa de la existencia material. Y la forma documental de la realidad física preexistente.

6.7.3. Imprescriptibilidad singular

Este régimen general encuentra su excepción en el artículo 188 de la Ley del Suelo, que excluye de la prescripción a los actos de edificación o uso del suelo en zonas verdes o espacios libres, lo que demuestra que tanto en el caso de licencias nulas como de ausencia de éstas es el único supuesto en que no se aplica el artículo 185 de la misma Ley, "cualquiera que sea la infracción urbanística en que se hubiera incurrido" (331).

(331) GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, págs. 309-311. Así, la Sentencia de 8-6-1980. La Ley de Disciplina Urbanística balear, por su parte, como tuvimos ocasión de ver, amplía o especifica los supuestos excepcionales en su artículo 65 en relación al 74.

7. *Inscripción*

El nuevo sistema de constatación registral del hecho físico que la obra nueva supone suscita una serie de cuestiones **incidentales**. A partir de la vigencia de la Ley de Reforma los conceptos de obra terminada y obra en construcción no son simples manifestaciones del titular registral, sino conceptos técnico-jurídicos que extienden su ámbito a cualesquiera escrituras o títulos inscribibles de donde resulte una alteración descriptiva de la finca consistente en la declaración de una nueva obra o edificación, referido el adjetivo '**nueva**' al precedente contenido del asiento registral, sin perjuicio del régimen transitorio aplicable a cada supuesto y conforme a los artículos 208 y 308 de la Ley y Reglamento Hipotecarios en relación, con carácter general, al artículo 25.2 de la expresada Ley de Reforma y de forma específica para esta Comunidad a los artículos 14 y 15 de la Ley de Disciplina Urbanística.

"Escrituras de declaración de obra nueva" serán todas aquellas en que de manera directa y exclusiva se proceda a su declaración con ocasión de otro otorgamiento, siendo la persona legitimada para hacerla el titular registral y la capacidad requerida la de los actos de administración de riguroso dominio. Hemos de entender con la doctrina, según el sentido teleológico de la norma, que cuando la Ley dice "**declaración** de obra nueva" no restringe su ámbito a las escrituras con este contenido único, y que cuando habla de "escrituras" alude al título idóneo para la alteración de los datos descriptivos de la finca, por lo que parece inadecuado cualquier otro título como la certificación de dominio o la sentencia" (332). Y por "obra nueva" debe entenderse toda obra o construcción de nueva planta sobre suelo urbano o urbanizable, con las particularidades advertidas sobre suelo no urbanizable o rústico.

Por otra parte, la extraordinaria importancia de los plazos en la Ley de Reforma no ha sido suficientemente valorada por el legislador a estos efectos y los requisitos que el artículo 25.2 se impone se contraen a la

(332) Cuando no tenga por exclusivo objeto el reconocimiento del dominio de la obra nueva sujeto a contienda y la descripción sea consecuencia de la solicitud de la demanda. En Canarias el artículo 15-2 abre la vía de su inscripción con la advertencia expresa que la nota marginal supone.

Evidentemente, la doctrina de la Dirección General sobre certificaciones de dominio, como título insuficiente o inadecuado para practicar segregaciones o declarar excesos de cabida, debe extenderse a las declaraciones de obra nueva (RR. 20 y **23-11-1972**).

Tradicionalmente se ha mantenido que la declaración debe constar en escritura y no en acta, y que las escrituras cancelatorias o extintivas de derechos reales inscritos no son procedentes para esa declaración, salvo que el instrumento tenga ese doble objeto: cancelar y declarar.

Por otro lado, si restringimos la interpretación del artículo 25.2 a sus términos literales, se verá fácilmente defraudada la finalidad de la norma, quedando inoperante.

existencia de la licencia y a la declaración y ejecución de la obra conforme al proyecto aprobado, destacando el aspecto físico del contenido de la autorización municipal, ya que el certificado técnico de conformidad con ese proyecto no destaca suficientemente la realización material de la obra en plazo. Esto es, la finalización de la obra dentro del plazo de vigencia de la licencia, mención no comprendida en el concepto preexistente de "certificado de terminación de obra". Exclusión harto significativa, pues supone el implícito reconocimiento, como hemos señalado anteriormente, de la subsistencia civil del *ius aedificandi* y del derecho a la edificación, cualificado por la expresión "propietario" que el mismo artículo emplea cuando le obliga a hacer constar la finalización de la obra en construcción inscrita (333).

7.1. Obras terminadas

El artículo 25.2 obliga, creemos, a que el titular registral al realizar la manifestación correspondiente aclare si se trata de una obra terminada o no, con la presunción, extraída de la acepción lingüística, de que si se dice al describir la finca edificio, casa, nave o construcción, la obra estará terminada. Dato éste que resultará de la certificación técnica en el caso de que el requisito sea exigible y por la presunción aludida cuando no sea de aplicación (334).

El artículo 32 del Reglamento de Disciplina Urbanística, por su parte, sí establece una serie de presunciones legales a efectos del artículo 185 de la Ley del Suelo, extralimitándole de ésta, según GONZÁLEZ PÉREZ, en cuanto reduce los medios de acreditar la terminación de obra (335), y al menos, en vista de la jurisprudencia, puede entenderse como enumeración en principio no taxativa, ya que no comprende la prueba de esa situación de hecho por otros medios. Y más aún: cuando el problema se potencia en los supuestos de edificación u obra sin licencia y el artículo 32 se refiere exclusivamente a las que están 'amparadas en licencia'.

Dice el artículo 32: "1. A los efectos del presente Reglamento se considera que unas obras amparadas por licencia están totalmente terminadas:

(333) El propietario lo será de la edificación, con independencia de que lo sea, cual es lo habitual, del suelo, ya que si se ha constituido un derecho de superficie difícilmente será éste, por falta de legitimación, el obligado a hacer constar la finalización de la obra.

(334) Salvo supuestos excepcionales, como la autoconstrucción de viviendas en Canarias, en que el dato del ajuste de la obra al proyecto técnico (art. 9.1.1.º RS) podrá ofrecerlo la propia Dirección General de Urbanismo (v. *infra*).

(335) *Op. cit.*, pág. 229, y *Comentarios a la Ley del Suelo*, op. cit., t. II, pág. 1866.

a) Cuando sean de *nueva planta*, a partir de la fecha de la expedición del *certificado final de obras*, suscrito por el facultativo o facultativos competentes; y a falta de este documento, desde la fecha de la notificación de la *licencia de ocupación o de la cédula de habitabilidad*.

b) En los *demás casos*, a partir de la fecha de expedición del certificado final de obras en las condiciones del apartado anterior o, a falta de éste, desde que el titular de la licencia *comunique al Ayuntamiento* la finalización de las obras.

2. En defecto de los citados documentos se tomará a todos los efectos como fecha de la terminación la que resulte de cualquier *comprobación* de esta situación por parte de la Administración *municipal*".

A estos medios debe añadirse la *cédula de calificación definitiva* de VPO, que de acuerdo con el artículo 103.2 del Reglamento de VPO, aprobado por Decreto 2114/1968, de 24 de julio, cuya vigencia en aquello que no resulte contradictorio ha sido expresamente recogida en la Disposición Final 1.^a del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de la vivienda. Dice el artículo 103, párrafo 2.º: "Las viviendas de protección oficial calificadas definitivamente no precisarán cédula de habitabilidad para la primera ocupación, que se exigirá, sin embargo, para la segunda y sucesivas" (336). Previsión ésta última que debe obedecer a la presunta necesidad de comprobación municipal de la subsistencia de las condiciones objetivas que hacen a la vivienda habitable.

En cuanto a la supresión del requisito de la cédula de habitabilidad, puede obedecer a un reparto de competencias, hoy difícilmente mantenible salvo por transferencia de la misma a la Comunidad Autónoma, y a la directa supervisión del Gobierno de Canarias de las circunstancias que hacen a la vivienda idónea para el uso a que se destina (arts. 16.2 y 17 de la Ley 11/1989, de 13 de julio, de viviendas para Canarias) (337).

La obtención de la cédula de calificación definitiva presupone la concurrencia de varios requisitos, entre ellos la aportación de la licencia municipal de obras, del proyecto de ejecución final visado por el Colegio Oficial de Arquitectos la justificación de haberse inscrito en el Registro de la Propiedad la escritura de declaración de obra nueva comenzada (338) y el certificado del Arquitecto-Director de finalización de la obra, de la

(336) F. HIPÓLITO y L. R. LANDROVE: *Legislación de viviendas de protección oficial*, ed. MOPU, Madrid, 1982, págs. 67 y 372.

(337) *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, pág. 135.

(338) Que como indica GARCÍA GARCÍA, SU incumplimiento a efectos de calificación registral no impide la inscripción directa de la escritura de declaración de obra nueva terminada (*Código de Legislación Hipotecaria...*, op. cit., pág. 499, nota 16).

urbanización y servicios accesorios, de su conformidad con el proyecto de ejecución y del ajuste de la misma a las normas de calidad y diseño establecidas para este tipo de viviendas (art. 17, párr. 4, RD 3148/78).

La concurrencia de esa pluralidad de documentos de control aconseja, por simple economía de medios, aplicar la teoría de la subsunción de requisitos; esto es, excepcionar el artículo 25.2 de la Ley de Reforma en un doble sentido. Si la obra nueva se inscribe en construcción, conforme al citado artículo 17, bastará aportar la cédula de calificación provisional, haciendo constar expresamente que el régimen singular de VPO está pendiente de su definitiva constitución y, luego, para hacer constar la terminación de obra, la definitiva. Si la calificación definitiva le es negada y se cancela la calificación provisional, se hará constar en el Registro por nota marginal la posible situación de irregularidad urbanística en que queda la finca (ex art. 15.2 LDU).

Podrá decirse que el artículo 25.2 no prevé o admite excepciones, pero los presupuestos de su aplicación no excluyen su existencia, como ocurre con las viviendas autoconstruidas en Canarias. La cédula de calificación provisional, por su parte, conforme al artículo 16 del Real Decreto 3148/1978, no requiere la preexistencia de licencia municipal y proyecto técnico, no obstaculiza, puede aducirse, el cumplimiento del artículo 25.2 a efectos del artículo 17 de ese Real Decreto. Sólo se trata de dar validez al tráfico si se valora positivamente. En cualquier caso, aun exigiendo ambos requisitos para las viviendas en construcción, podría obviarse el certificado de final de obras con la cédula de calificación definitiva.

Ahora bien, a esta excepción debe añadirse otra. La excepción de la excepción, referida a la plena aplicación del artículo 25.2 cuando en el mismo edificio se reúnan viviendas protegidas con locales libres, ya que entonces el control preventivo es absolutamente necesario en cuanto los locales pueden exceder de los términos de la licencia y del proyecto aprobado.

Finalmente, cabe observar que los medios de acreditar la terminación de la obra de los artículos 32 del Reglamento de Disciplina Urbanística y 17 del Real Decreto 3148/1978 nos ofrecen una importante solución desde la óptica del derecho transitorio a efectos de la Disposición Adicional 6.^a, como luego veremos.

7.2. Obras en construcción

El segundo inciso del artículo 25.2 de la Ley de Reforma debe ser recibido con todo tipo de elogios, puesto que de otra forma, de haberse prescrito exclusivamente lo que dispone el primero, el crédito inmobiliario hubiera sufrido un duro golpe, y en consecuencia la construcción que de

él depende. En lo único que no ha pensado el legislador, que congruentemente exige que la obra declarada sea la proyectada y aprobada, es en su articulación práctica, que tampoco es grave obstáculo, aunque dificulta la simultaneidad de su cumplimiento.

¿Presupone el artículo 25.2 la presencia del arquitecto en el acto del otorgamiento de la escritura? ¿Cómo va a certificar si no simultáneamente que la descripción de la escritura se ajusta al proyecto? ¿Significa que se puede otorgar la escritura a reservas de esa certificación? Parece que sí, que no se puede obligar al técnico a estar presente ni la remisión del borrador previo a la escritura tampoco significa nada, salvo que lo firme el técnico y lo archive el Notario. Es curioso observar cómo la práctica complica las previsiones legales. El legislador, por razonable lógica —es una materia *conexa*—, no ha reparado que la aplicación de este precepto y en este punto concreto puede llevar a la ineficacia del mismo. Nadie puede obligar al técnico a que simultáneamente esté presente, y al propietario a no poder otorgar el instrumento y prestar su declaración por aquel que no comparezca. La certificación, en sentido estricto, será previa si se acredita que el borrador y la escritura tienen el mismo contenido; simultánea, si el técnico está presente, o posterior —con lo cual debe otorgarse la escritura—, en otro caso (339). Cualquier fórmula es válida, a nuestro juicio, con tal de que su contenido se contraiga a esa licencia y a esa obra declarada.

Si es previa deberá contener los extremos mínimos de cada elemento o de la obra en su conjunto con relación a la licencia y proyecto aprobado: superficie, número de viviendas, locales, anejos y plantas como mínimo; y según el texto, variable según cada Ayuntamiento o Comunidad, de la licencia. Tampoco es onerosa su constatación habida cuenta que, con independencia de la forma intrínseca de la licencia, el proyecto aprobado contendrá estas *circunstancias*. admitamos o no que el único certificador será el proyectista o director de la obra, cosa que la Ley no exige y que la propia realidad de los hechos puede hacer inviable (340).

(339) La complejidad del cumplimiento de esta disposición por el Notario podría haber dado lugar a otra prohibición: el Notario no expedirá primera copia de la escritura de declaración de obra nueva hasta que se presente la certificación del técnico competente en que se acredite la coincidencia entre la obra declarada y la proyectada. Otorga y no entrega. Con todo, mejor solución, creemos, que la del otorgamiento simultáneo, con la futilidad sustantiva de la utilización de este medio indirecto de forzar al propietario.

Evidentemente, el sistema positivo de publicidad registral (art. 15.2 LDU) resuelve razonablemente tan sofisticado problema, no por ello exento —*eso sí*— de trascendencia para la seguridad jurídica. Y mejor está que el artículo 25.2 diga lo que dice que no dijera nada.

(340) Puede encargarse el proyecto a una persona y la dirección de la obra a otra.

La imposibilidad accidental del técnico tampoco puede negar el ejercicio del derecho del propietario a documentar públicamente la obra y obtener su inscripción.

Si es simultánea, el supuesto no planteará dudas, aunque todavía se podría complicar la cuestión exigiendo la certificación que expresamente concibe el artículo 25.2.2.º y la manifestación escrituraria de conformidad, en una muestra de lujo en el derroche de ese bien limitado y perecedero que es el tiempo, que incluso para algunas personas tiene valor económico.

Si es posterior, tampoco habrá problemas para la inscripción y el incumplimiento del tenor literal del artículo 25.2.3.º —testimonio de la certificación— será consecuencia de los propios términos de la disposición, que si se atiende a su sustancia o finalidad debe desdeñarse la forma.

También provoca la disquisición teórica el concepto mismo de 'obra en construcción', para cuya solución aconsejamos el sistemático empleo de esas mismas palabras. El momento del inicio de las obras, trascendente a efectos hipotecarios (art. 8.4.º LH), se ha fijado por un sector doctrinal —CÁMARA y LASO— en el momento de la existencia de un proyecto técnico aprobado por la oportuna licencia municipal. Para otros, como GARCÍA GARCÍA, sin embargo y con independencia de la fijación de ese momento, no basta el consignar en la escritura que la obra está 'proyectada', debiendo exigirse que conste expresamente la declaración de que está en construcción comenzada. "Además —observa este autor—, el que conste esta declaración es importante, teniendo en cuenta que hay un plazo de iniciación de las obras, sin perjuicio de que las comprobaciones pertinentes correspondan al Ayuntamiento y no al Registrador de la Propiedad que se base preceptivamente en la 'declaración del dueño'".

Con carácter general, dice LASO MARTÍNEZ "que si el edificio estaba meramente proyectado en el régimen común no era inscribible, pero sería inscribible si se hallara técnicamente en construcción, lo que ocurriría, según CÁMARA, si estaba definido y aprobado". "El régimen actual refuerza esta interpretación. No puede entenderse que está en construcción un edificio si no está autorizado, pero sí si ha sido proyectado y está autorizado, ya que con ello debe entenderse que está en construcción y facilitar su inscripción".

DE LA CÁMARA distingue, por su parte, en esta materia entre construcción comenzada en sentido material y en sentido jurídico; y dada la dificultad práctica de fijar un criterio material unívoco y teniendo en cuenta el término 'proyectados' que emplea el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, se muestra favorable a seguir dicho criterio en sentido jurídico. Y así, "edificio definido —proyecto aprobado— equivale a edificio comenzado". Criterio éste aceptado por el I Simposio sobre Propiedad Horizontal, que se celebró en Valencia en el año 1972 (341).

(341) LASO MARTÍNEZ: *Op. cit.*, págs. 539-540; GARCÍA GARCÍA: *Op. cit.*; M. de la CÁMARA ALVAREZ: *Estudios de Derecho civil*, ed. Montecorvo, Madrid, 1985, págs. 292-293.

7.3. Terminación de obras

El artículo 25.2 en su tercer inciso complementa lo dispuesto sobre obra en construcción diciendo: "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 certificación de finalización de la obra antes mencionada". De esta forma, se establece una obligación que, como tantas otras, carece de sanción; y si bien responde a la lógica del principio hipotecario de tracto sucesivo objetivo y al cumplimiento de uno de los requisitos de la perfección del contrato de compraventa, la entrega de la cosa o tradición seguirá el curso ordinario de los artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil, con la particularidad de que en el supuesto de venta de viviendas sobre plano el consumidor puede exigir el cumplimiento de lo prevenido en la Ley 57/1968, de 28 de julio, como recoge expresamente el Real Decreto 515/1989 y la constancia registral de la terminación de la obra a efectos de que la tradición instrumental pueda tener debido reflejo en la inscripción (342).

Como decía ROCA SASTRE, la concurrencia del título y del modo debe consumarse antes de la inscripción registral. Y si el contrato de compraventa se refiere al local o vivienda obviamente terminados, la presentación en el Registro de la escritura con carácter previo al acta de finalización de la obra puede plantear, bien la necesidad de que se cumpla el principio de tracto sucesivo solicitándose la constancia de la terminación de la obra, bien, si no se estima requisito obstativo, la práctica de la inscripción de la compraventa, haciendo especial advertencia en el título y en la inscripción de que la vivienda o el local está en construcción.

La importancia extraordinaria, dentro de nuestro sistema legal de la registración del acta final de obra, de la que depende la coordinación a efectos formales y sustantivos; la coordinación entre el Derecho civil y el Derecho administrativo a través de la publicidad del cumplimiento de las condiciones de licencia a efectos de los artículos 25-1 y 26 de la Ley de Reforma, muestra la importancia de la forma de extender el asiento en uno u otro caso. Por un lado, la publicidad de la regularidad urbanística que requiere el cumplimiento del artículo 25.2.3.º. Por otro, la protección del consumidor en cuanto al incumplimiento de esa disposición no puede impedir la inscripción, sino la publicidad de la posible irregularidad urbanística, conforme al artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística en tanto éste compele al propietario para que cumpla aquella norma o hacerla por sí y como tal nuevo propietario el adquirente.

(342) Véase *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, op. cit., pág. 37.

Sin embargo, en la doctrina, GARCÍA GARCÍA, conocedor de la suma trascendencia jurídica de este extremo, postula por la imposibilidad de la inscripción que nosotros matizamos en el sentido expuesto: imposibilidad de inscripción sin hacer constar esa salvedad por nota marginal en el ámbito del artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística, en el de la regla general sobre inscripción de alteraciones de los datos descriptivos de la finca o en el futuro Reglamento Hipotecario (343).

El derecho del consumidor, por razones de seguridad en el tráfico jurídico, deberá registrarse, para que su titularidad civil no quede desamparada ante la negativa o imposibilidad del vendedor o del arquitecto para cumplir con el artículo 25.2.3.º y para que la Administración, en su caso, entienda el procedimiento sancionador con el verdadera y directamente interesado, delimitando los distintos ámbitos de responsabilidad en función de la imputabilidad del incumplimiento, ya que si el antiguo propietario —si es una sociedad puede hasta haberse liquidado y extinguido— (344) transmitió todo el edificio su interés patrimonial será muy secundario.

En definitiva, aparte de los medios indirectos de acreditar la terminación de la obra que luego veremos, el adquirente o tercero, como propietario o acreedor, estará habilitado a hacer constar en el Registro ese hecho físico, sin que proceda la aplicación del principio de tracto sucesivo en su aspecto subjetivo, y la certificación técnica podrá expedirse por cualquier técnico, siendo particularmente idóneo el Arquitecto municipal u otro técnico municipal por razón de la competencia para certificar de la terminación de obra conforme al proyecto aprobado. En otro caso, la certificación del Secretario acerca de ese mismo extremo, según los propios archivos, expedientes y comprobaciones administrativas podría sustituir esta carencia, sin perjuicio del otorgamiento del acta.

Por otro lado, la exigencia literal de que la certificación de la finalización de la obra se incorpore al acta puede dar lugar, de una parte, a presumir que la Ley distingue entre el certificado de final de obra, que expide el Arquitecto-Director de la misma, otro Arquitecto o el técnico competente, en su caso, a efectos de la licencia de primera utilización de los edificios o de la cédula de calificación de VPO, por ejemplo, y la

(343) *Op. cit.* Actualmente, si, por ejemplo, de la descripción del titular resulta una alteración de la cabida y no se solicita la reducción o la ampliación o exceso de la inscrita, conforme a las prescripciones legales, cabe hacer la inscripción del derecho sobre la finca registral, denegando por falta de previa inscripción o por no solicitarse el exceso o la reducción, según el caso.

(344) En principio no va a obligarse al comprador a que inste un procedimiento judicial para que la sociedad 'reviva' y haga constar la terminación de la obra aunque fuera factible.

"certificación de finalización de la obra" en la que conste que ésta se ajusta al proyecto aprobado por la licencia, que debe incorporarse al protocolo notarial; y de otra, a la posibilidad de la incorporación de su testimonio de cualquiera de ellas reconociéndole un carácter alternativo expreso.

Ahora bien, dado el contenido específico del acta notarial, como es obvio, ésta sólo puede otorgarse mediante la simultánea incorporación de esa certificación o documento que la sustituya si se valora positivamente la admisión de otros medios de acreditación de carácter administrativo, siempre que resulte de éstos que la obra se ejecutó conforme al proyecto aprobado por la licencia. Medios excepcionales que no *són* del todo oficiosos.

7.3.1. Dentro de plazo

El artículo 25.2.3.º establece, según hemos señalado, que "el propietario deberá hacer constar la terminación en el plazo de tres meses a partir de ésta". Obligación y plazo que si se ponen en conexión con el supuesto de hecho del inciso 1.º pueden dar lugar a conclusiones distintas a las apuntadas. Esto es, cabría interpretar que la regla general teórica en esta materia es de carácter restrictivo y penalizador (345) para el cumplimiento de la finalidad de la norma, la del otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva e inscripción registral mediante la aportación de la licencia de obras y la certificación de su finalización acorde al proyecto aprobado por aquélla, vía prohibición legal de intervención de Notarios y Registradores (art. 25.2.1.º). La excepción vendrá, en consecuencia, recogida como medida transitoria en la posibilidad de otorgar esa escritura y de su inscripción cuando la obra esté en construcción, para no limitar la potencialidad crediticia del propietario (art. 25.2.2.º). Así, la publicidad que ofrece el Registro a la obra en construcción revela la provisionalidad de su regularidad urbanística, y aunque el tratamiento civil no se vea afectado, el objeto, el inmueble, no estará urbanísticamente coordinado. La excepción, pues, está llamada a convertirse en regla general (art. 25.2.3.º), trascendiendo del ámbito urbanístico al civil, en cuanto se entienda que ese plazo y esa obligación es inexcusable para salvar la propia eficacia de la previsión legal, pudiendo extraer el tercero la conclusión cautelar de que si no se hizo esa constatación es porque la obra se ha extralimitado de la autorización y que la firmeza del asiento registral, por lo que se refiere a

(345) Véase *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, págs. 33-34 y 60; J. E. MARTÍN BLANCO: *Estudios sobre la Ley 8/1990 de Reforma del Régimen Urbanístico*, op. cit., pág. 109.

la obra nueva, depende de la terminación de la obra, que obsta por virtud del principio de tracto sucesivo, cualquier inscripción ulterior que se restrinja o no, objetivamente, a la obra en construcción. Sin embargo, razones superiores de seguridad jurídica, que extiende su ámbito al propio carácter no constitutivo de la existencia física de la obra y de su trascendencia jurídica sustantiva —principio de accesión—, al margen del carácter legal de las limitaciones urbanísticas, sea cual fuere la construcción doctrinal, apuntan por la necesidad de que el Registro no se cierre precisamente al tráfico jurídico en garantía de la difusión de ese derecho constitucional a la propiedad de las viviendas de fomento de la construcción, sin perjuicio de que esta institución publique la situación realmente acreditada como vehículo de la plena coordinación entre la realidad física y la realidad urbanística.

El complemento normativo, pues, de ese deber y de ese plazo, carentes de sanción, debe hallarse en la posibilidad de que el adquirente, el tercero, esto es, el nuevo propietario y el acreedor hipotecario (art. 110 LH) puedan hacer constar, a su propia instancia, en el Registro la terminación de obra (ex art. 88 LS).

7.3.2. Fuera de plazo

De lo que antecede resulta la inoperancia registral de la constatación de la finalización de la obra fuera del plazo de los tres meses, que se coordina con el principio de inscripción voluntaria, baluarte de la libertad civil y de la seguridad jurídica. O en este caso obligatoria, pero no constitutiva o 'estimulada' (346).

La inoperancia se produce, primero, por la falta de constancia previa en el Registro de la fecha exacta de la terminación, dato de puro hecho, tan sólo acreditable documentalmente por los medios del artículo 32 del Reglamento de Disciplina Urbanística —requisito que no se establece—, y segundo, por no ser uno de los extremos a los que debe contraerse ni el acta notarial ni el certificado técnico. El acta supone sólo el requerimiento de la incorporación; si debiera contener una manifestación o declaración obligatoria —la fecha de la terminación de las obras—, quizás debería hacerse en escritura pública, pero su justificación no se alcanza fácilmente.

Por otro lado, el señalamiento del plazo sólo puede obedecer a que su omisión afecte a la resolución contractual, en relación a los artículos 62 y

(346) Como denomina GARCÍA GARCÍA a la inscripción del artículo 17.c) del Real Decreto 3148/1978 (*Código de Legislación Hipotecaria...*, op. cit. *supra*, pág. 499, nota 16).

88 de la Ley del Suelo, 1.124 y 1.483 del Código Civil o a la imposición de las sanciones que prevé el Real Decreto 515/1989 de desarrollo de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios en materia de vivienda y, en concreto, en el artículo 35 de ésta y artículos 6-8 del Real Decreto 1945/1983 (347).

No obstante, la naturaleza básica del precepto deja vía libre a la legislación autonómica para su desarrollo, pudiendo establecerse este plazo como requisito necesario frente a la Administración, a efectos, por ejemplo, de la licencia de primera utilización de los edificios o de la cédula de habitabilidad.

Por otro lado, la constancia registral de la terminación de obras brinda un importante servicio como medio de prueba en los supuestos —a los que ya nos referimos con anterioridad— de los artículos 184, 185 y 188 de la Ley del Suelo y 32 del Reglamento de Disciplina Urbanística.

7.4. Modificación

El nuevo tratamiento jurídico de las declaraciones de obra nueva suscita el importante de su ámbito de actuación (*vid. supra*). La amplitud de la terminología utilizada podrá decirse, abarca cualquier declaración de obra nueva, en su sentido civil —incorporación artificial—, que, como veíamos, en su sentido urbanístico, puede identificarse con las obras de nueva planta del artículo 178.1 de la Ley del Suelo y con las obras de construcción de edificaciones e instalaciones de todas clases de nueva planta del artículo 1.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística sujetas a licencia municipal. Y la duda surgía en el caso de modificaciones de las obras nuevas preexistentes, cualificadas por el concepto de *ampliación* (art. 12 RDU), ya que las obras "de modificación o reforma que afecten a la estructura de los edificios e instalaciones de todas clases existentes, "de modificación del aspecto exterior" o de su "disposición interior", así como las de "modificación del uso de los edificios e instalaciones en general, si bien requieren asimismo de licencia previa (art. 1.3, 4, 5 y 13), entendemos no comportan obra nueva o de nueva planta. De esta forma, podemos decir:

7.4.1. Obra nueva

Las modificaciones de la obra nueva declarada e inscrita, o declarada y pendiente de inscripción (que hayan cumplido con los requisitos del art.

(347) Véase *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, op. cit., pág. 38.

25.2), que consistan en la *ampliación objetiva de la edificación o construcción*, por razón del volumen y/o de la superficie, estarán, a su vez, sujetas al cumplimiento del repetido artículo 25.2 de la Ley de Reforma.

7.4.2. Propiedad horizontal

Igualmente, la constitución del régimen de propiedad horizontal o su modificación en ningún caso dará lugar a la alteración de las condiciones de la licencia inscrita, en cuanto a la superficie y volumen de la construcción preexistente, respecto de la que se acreditó la autorización previa —licencia— y la conformidad de su ejecución con ésta —certificación—. Si la descripción resultante de la declaración de obra nueva se ve alterada objetivamente, será necesario aportar de nuevo los documentos a que alude el artículo 25.2. Necesidad en extremo alguno onerosa si se tiene en cuenta que esa alteración está sujeta a licencia, proyecto técnico y certificado de finalización de obra. La ampliación, pues, tiene la consideración de obra nueva, cual es la construcción de una nueva planta sobre el suelo o sobre la cubierta del edificio preexistente. La ampliación, en definitiva, traducida a los términos de la LPH, complementa de forma material o física la descripción del edificio, sin que de ella resulte una modificación exclusiva del volumen preexistente, sino más bien su alteración, por lo que es indiferente que se califique de modificación o de nueva obra, como es en realidad, o se revista de un especial régimen jurídico.

7.4.3. Destino

Una de las previsiones, y sustancialmente la más importante, del planeamiento es la atribución de distintos usos al suelo: suelo residencial, zona verde, espacio libre...; y dentro de este uso general, una vez acreditada la procedencia del asignado al edificio inscrito, por la licencia y la certificación técnica, el uso específico puede verse alterado. Hablamos entonces de cumplimiento del uso general asignado en el planeamiento —uso residencial— y del uso especial que contempló el proyecto técnico aprobado por la licencia municipal.

Y como quiera que dentro del respeto al uso general caben distintos usos específicos que se tuvieron también en cuenta para otorgar la licencia de obras y las licencias precedentes y subsiguientes —cédula de habitabilidad, licencia de apertura, licencia de primera utilización...—, podríamos preguntarnos si la modificación del uso general o especial puede hacerse constar en la escritura pública correspondiente o en la inscripción registral

oportuna. Y en este punto, puede decirse que el control de la alteración del uso general queda fuera de nuestro campo de actuación —sería instalación de industria en antiguo edificio de viviendas—, en tanto puede ser una realidad encubierta y la licencia que lo autoriza no se incluye en el artículo 25.2, al tiempo que la modificación del uso específico —local, vivienda, garaje— también se escapa de nuestra actividad, ya que conforme al artículo 8 del Real Decreto-Ley 2/1985 la transformación de viviendas en locales está permitida y tan sólo limitada por los estatutos de la propiedad horizontal y por la naturaleza de la actividad a desarrollar, que también se sustraen de la calificación registral (348).

B) CERTIFICACIÓN TÉCNICA

Derivada precisamente de la amplitud del ámbito del concepto de obra nueva, la distinta naturaleza de la construcción, edificación o instalación dispone una diferente aptitud profesional. Son obras nuevas desde el alzamiento de una nave industrial, agrícola, forestal o ganadera la instalación de invernaderos, hasta el supuesto que seguramente absorbió la visión del legislador de los edificios públicos y privados destinados a locales de negocios, oficinas, garajes, hoteles, viviendas unifamiliares o comunitarias libres y de protección pública. El legislador ha mirado al edificio urbano. Por lo que la discusión doctrinal acerca de qué tipo de suelo está incluido en el régimen de las declaraciones de obra nueva no es indiferente. Y quizás por ello el artículo 25.2 se incluye en el capítulo III del Título II, régimen del suelo urbano y urbanizable (349).

La dirección que tomemos va a ser especialmente trascendente, puesto que si referimos las exigencias del artículo 25.2 al suelo urbano y urbanizable el técnico competente será siempre y en principio el *Arquitecto Superior*, único que proyecta las edificaciones características de estos espacios, sin perjuicio de que su intervención se simultanee con la de otros técnicos, puesto que la obra civil es la que incluye exclusivamente aquel precepto.

Pasemos a continuación a tratar de fundamentar esta afirmación sobre la base de que la idoneidad de la certificación surge por razón de la competencia para proyectar y por la dirección material de la obra (350).

(348) El artículo 25.2 no incluye limitación urbanística alguna en su referencia a la contratación civil.

(349) Véase *supra*.

(350) No entendemos posible que el que no pudo proyectar la obra declarada pueda certificar de su realización conforme a la licencia o proyecto aprobado. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 9-10-1990, la "licencia urbanística es, por regla general, un acto 'en blanco' cuyo contenido se integra por remisión a un proyecto" (RDU 120/1990, pág. 174, por GARCÍA-RAMOS).

1. Calificación de la competencia

La regla general se extrae de la delimitación positiva de la competencia de los Arquitectos Superiores. Es decir, de momento sabemos que éstos son competentes. Dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 20-7-1990: "Es indiscutible la competencia de los Arquitectos Superiores para proyectar toda clase de edificaciones, así como la reforma o instalación de las mismas" (351). Cualquier Arquitecto Superior, pues, puede certificar, sea o no el que dirigió la obra.

La duda surge respecto de los Arquitectos Técnicos y Aparejadores: ¿Pueden éstos proyectar y certificar el final de las obras ajustadas al proyecto aprobado? A ello, al deslinde o positivación de sus competencias, atiende la Ley 12/1986, de 1 de abril, de atribuciones de los profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos, que en su artículo 2.2 dice lo siguiente: "Corresponden a los *Arquitectos Técnicos* todas las atribuciones profesionales descritas en el apartado primero de este artículo en relación a su especialidad de ejecución de obras, con sujeción a las prescripciones de la legislación del sector de la edificación". "La facultad de elaborar proyectos descrita en el párrafo a) se requiere a los de toda clase de obras y construcciones, que con arreglo a la expresada legislación no precisen de *proyecto arquitectónico*, a los de intervenciones parciales en edificios construidos que no alteren su configuración arquitectónica, a los de demolición y a los de organización, seguridad, control y economía de obras de edificación de cualquier naturaleza". Y señala el apartado 1, letra a), que: "Corresponden a los *Ingenieros Técnicos*, dentro de su respectiva especialidad, las siguientes atribuciones profesionales: a) La redacción y firma de proyectos que tengan por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación, demolición, fabricación, instalación, montaje o explotación de bienes muebles o inmuebles en sus respectivos casos, tanto con carácter principal como accesorio, siempre que queden comprendidos por su naturaleza y características en la técnica propia de cada titulación".

La interpretación jurisprudencial y doctrinal de este precepto, con referencia al concepto jurídico indeterminado de 'proyecto arquitectónico', como criterio delimitador del ámbito de las competencias de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos, no deja de ser, en cierta forma, contradictoria, si bien toma por base la complejidad fáctica, la dimensión de la obra, su cuantía y destino.

Pozo GÓMEZ, por un lado, entiende que los Aparejadores y Arquitectos

(351) *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 119/1990, pág. 198 de este tomo, Sentencias del Tribunal Supremo (*Anotaciones y concordancias*), por J. GARCÍA-RAMOS ITURRALDE.

tos Técnicos no tienen, con arreglo a la Ley 12/1986 y a la jurisprudencia, competencia para proyectar: obras de nueva planta, obras que afecten a elementos estructurales o a su configuración, proyectos de planeamiento y obras de urbanización. La citada Ley, para este autor y conforme a su Preámbulo, no tiene por finalidad la ampliación de las facultades profesionales de esos técnicos, sino el reconocimiento de las que le son propias, y menos aún su equiparación a los técnicos superiores. Así, el dictamen del Consejo de Estado de 27-10-1988 señala: "Frente a una interpretación tendente a la equiparación se alza el articulado legal, que reconoce la plenitud profesional tan sólo para lo que son las especialidades concretas del Reglamento de 1969". Y en consecuencia, siguiendo el pronunciamiento de la jurisprudencia, reconoce que, en relación al artículo 2.2 de la Ley, "el *proyecto arquitectónico* exige su aplicación exclusiva a las obras y construcciones de *nueva planta* o implantación, en cuanto supone la *transformación de los usos naturales del suelo*, atribuyendo nuevos contenidos al uso mediante actos de *edificación*, modificando sus elementos naturales y agregando otros producto de la técnica y del trabajo, cuya máxima potestad transformadora se reserva en su cuidado técnico de análisis, previsión y diseño a los denominados técnicos superiores". El concepto de *configuración arquitectónica*, por su parte, como segundo límite de la actividad de los técnicos medios, alude, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 19-7-1989, a la "disposición de las partes de una cosa que le dan su peculiar figura" en cuanto a "su forma", a la "cuantía de ocupación del espacio" y a "los rasgos que contribuyan a singularizarlo".

Ahora bien, la *competencia* indelegable para fiscalizar la aptitud del técnico redactor del proyecto aprobado por la licencia corresponde a los *Ayuntamientos* como órganos capacitados para el otorgamiento de la licencia (art. 9.1.1.º RS, STS 25-1-88 y SSAT de Valladolid 20-3-84, de Zaragoza 27-10-87 y de Cáceres 23-1-88). Competencia que sugiere, en relación a la calificación registral, una importante consecuencia: *si el Registrador debe entender competente, por regla general, a cualquier Arquitecto Superior para una obra civil de edificación, sin embargo, cuando la certificación la expida otro profesional, deberá acompañarse ésta de un documento municipal —certificación— que acredite que la obra la proyectó el que certifica u otro técnico de igual grado y especialidad* (352).

FERNÁNDEZ PASTRANA, por otro lado, llega a conclusiones distintas en su amplitud, en su interpretación de la legislación y de la jurisprudencia, distinguiendo entre los distintos tipos de obras de nueva planta. Y entiende

(352) El problema no se restringe exclusivamente al deslinde entre las competencias de los Arquitectos y los Técnicos medios, Arquitectos e Ingenieros Técnicos, sino también entre éstos.

que sólo requieren de proyecto arquitectónico "aquellas edificaciones relativas a *viviendas urbanas y edificios públicos* para uso del público en general, cuya proyección corresponde, de forma exclusiva, a los Arquitectos Superiores". Y a la 'vivienda humana', como destino que necesita de proyecto arquitectónico, se refieren distintas Sentencias del Tribunal Supremo: 8-7-1981, 21-10-1987, 27-5-1980 y 1-4-1985. "Con este criterio —añade—, desde luego *no* requieren 'proyecto arquitectónico' las edificaciones de carácter *industrial, agrícola, pecuario, ganadero u otras similares*. No lo requiere la construcción de una nave industrial, ni un edificio de almacenamiento de mercancías o materiales, ni la construcción de una piscina, granja o establo (SSTSJ de Madrid 19-2, 26-3 y 2-4-90). No obstante, conviene tener presente, como hace FERNÁNDEZ PASTRANA, que los fallos jurisprudenciales son contradictorios. De esta forma, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10-4-1990 declara que el proyecto arquitectónico es necesario para la construcción de 'henil'. Y por tal —proyecto arquitectónico— entiende la Sentencia del Tribunal Supremo de 2-3-1990 el 'proyecto de obras de nueva planta, salvo que se trate de obras auxiliares de obras de arquitectura y obras menores'.

En definitiva, el criterio jurisprudencial hace depender la competencia de unos u otros técnicos de la cuantía o envergadura de la obra y de la especialidad. Dato fáctico que se escapa a la evaluación teórica al no ser susceptible de fijación cualitativa y cuantitativa. Sólo cabe una estimación previa por la configuración de la obra. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1-9-1990 considera competente al Arquitecto Técnico para "proyectar nueva dependencia en el corral de una vivienda agrícola para matanza y almacenamiento de los productos resultantes de la misma de 27,34 metros cuadrados. Aunque se trata de una obra con movimiento de tierra, cimentación, colocación de forjados, etc., atendiendo a la 'escasa entidad de la obra y la falta de complejidad técnica'" (353).

(353) J. P. Pozo GÓMEZ: "La Ley 12/1986, de 1 de abril, de atribuciones profesionales de los arquitectos e ingenieros técnicos. Su alcance, contenido y breve sinopsis jurisprudencial", *RDU*, núm. 119, págs. 125 y sigs.; J. FERNÁNDEZ PASTRANA: "Las facultades de proyección de los técnicos titulados tras la Ley 12/1986", *RDU*, núm. 120, págs. 57 y sigs.

Dice el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 29-9-1990, que "la nueva legislación (Ley 12/1986) no ha resuelto de manera definitiva la cuestión de deslinde de competencias—, lo que explica la diversidad de criterios doctrinales y judiciales sobre la materia. Ante ello, esta Sala, a partir de su Sentencia 58/1990, de 19 de febrero, ha procurado establecer, a la vista de los dictámenes emitidos en el recurso en que fue dictada, unas directrices generales, sin perjuicio de las singularidades de cada caso. Así, hemos afirmado que es razonable apreciar, en principio, matices de diferenciación entre 'edificación' y 'arquitectura' reservando para ésta el 'proyecto arquitectónico'; pero tal posibilidad no agota los criterios interpretativos, por lo que *ante la singularidad de cada caso puede concluirse que las soluciones son de mera casuística*,

De todo ello puede derivarse que, a efectos del artículo 25.2 de la Ley de Reforma, la calificación de la competencia del técnico escapa, en principio, de nuestra función, sin perjuicio de la necesaria congruencia entre licencia, proyecto y certificación, que nos lleva a la formulación de una regla general y de una excepción. La regla general será que los Arquitectos Superiores son competentes para proyectar y certificar sobre la construcción de todo tipo de edificaciones (STS 20-7-90). La excepción, por otro lado, consistirá en acreditar que el técnico certificador, distinto de aquél, es competente según el Ayuntamiento, en base al proyecto presentado y aprobado, bien sea el que lo redactó, bien otro de igual graduación y especialidad (art. 9.1.1.º RS), sin perjuicio de que pueda admitirse la declaración expresa del certificador en relación a este extremo —proyecto aprobado—, ya que la autocalificación de competencia, según hemos visto, se revela como insuficiente (354).

2. Visado colegial

La expedición en forma de la certificación técnica, aunque no suponga la necesaria, pero sí lógica intervención del Arquitecto-Director de la obra, parece que, en cuanto la facultad de certificar está reglamentada, exige el visado. Será necesario si la normativa aplicable así lo requiere. Pero ¿qué normativa, la urbanística o la del Colegio? Podemos estimar al respecto que si para ejercer la función legalmente en determinado territorio se establece la colegiación en el instituto correspondiente, este extremo y el del visado de estar previsto en norma expresa, en principio, serán de obligado cumplimiento por remisión de la legislación urbanística a la normativa colegial.

Seguramente, la clave resida en el concepto mismo de visado y su oportunidad en los casos de proyecto técnico y de certificado de final de obras, resultado de la tipicidad de éste.

De la naturaleza del requisito introducido por el artículo 25.2 no se deduce la preexistencia de un documento unívoco de acreditación del final de obra, aunque ello sólo se fundamente en que si es un mismo título, difícilmente podrá el propietario entregarlo al Notario y éste incorporarlo

pues es evidente que una misma obra, reforma de un local comercial, puede ser apreciada diversamente según su intensidad y los elementos de la construcción a los que afecte. A la postre, como ha señalado con otras palabras el Tribunal Supremo (Sala 3.ª, Sección 1.ª) en su Sentencia de 19 de julio de 1989, en cada caso es necesario determinar si las obras previstas en el proyecto litigioso, por su alcance, deben ser objeto de un 'proyecto arquitectónico' (RDU, núm. 120/1990, págs. 207-208).

(354) RDU, núm. 119/1990, pág. 198.

a la escritura cuando necesita de él para obtener, entre otras cosas, la licencia de primera ocupación de los edificios. Así procedería la expedición de varias copias de un mismo certificado de terminación de obras. Y si además esto se conecta a lo expresado, la capacidad de cualquier técnico no director de la obra para certificar, el requisito del visado se obvia por imprevisión en un nuevo supuesto. Pero ¿qué es el 'visado'?

Pozo GÓMEZ, en el estudio citado, al ocuparse de la competencia municipal exclusiva para decidir sobre la aptitud del técnico para la redacción del proyecto presentado a aprobación mediante licencia, observa que "las intervenciones de otros organismos administrativos, tanto si se producen previamente al trámite de la licencia, cual es el caso de los Colegios Profesionales a través del visado, como en su tramitación, cual ocurre con los informes higiénico-sanitarios de la Administración autonómica, no desvirtúa ni limita la plena competencia municipal en el control de su legalidad".

"En efecto, el visado, en cuanto revisión de aprobación colegial del trabajo profesional, expresa una función de control corporativo sobre la actividad profesional de los colegiados que, entre otros aspectos, debe extenderse al contenido formal del proyecto y, a partir de la Ley de Reforma de la Ley del Suelo, a extremos diversos de la disciplina urbanística preventiva", sin merma de aquella exclusiva competencia (355).

"El visado corresponde al ámbito interior de la profesión y en ningún caso afecta a la delimitación de la competencia profesional respecto a terceros. Supone, en su alcance urbanístico, un informe preceptivo y no vinculante, pero una limitación de la competencia material de los órganos urbanísticos por naturaleza" (356).

En nuestra Comunidad Autónoma, el visado restringe su ámbito a los aspectos internos no urbanísticos, como resulta del análisis comparativo de los puntos 1 y 2 del artículo 9 de la Ley de Disciplina Urbanística, que alude al visado con ocasión del proyecto técnico —'redactado por profesional competente y visado por el correspondiente Colegio profesional'— como control de la aptitud del técnico, pero suprime su naturaleza urbanística, ya que suprime la posibilidad o eficacia frente a la Administración de la denegación del visado por infracción de la normativa urbanística (arts. 228.3 y 226.2 LS).

Ahora bien, de su oportunidad con ocasión del certificado técnico de control de la aptitud— no podemos dudar. Según comunicación expresa del Colegio Oficial de Arquitectos de Canarias de 10-4-1991 por la que se

(355) El visado urbanístico del artículo 228.3 de la Ley del Suelo, no exigible en Canarias por disposición expresa del artículo 9.2 de la Ley de Disciplina Urbanística.

(356) *Op. cit.*, págs. 128-130 (SSAT de Valladolid 20-3-84, de Zaragoza 27-10-87 y de Cáceres 23-1-88).

da traslado de la nota informativa interna 64/1990, en virtud de lo preceptuado en el artículo 25.2 de la Ley de Reforma, "el Consejo Superior —debe ser de los Colegios Oficiales de Arquitectos— ha iniciado gestiones cerca de la Dirección General de Registros y Notariado para que se regule en detalle la aplicación del referido precepto", y "entre tanto es recomendación del Pleno del Consejo que se incorpore la descripción de la obra nueva proporcionada por el Notario al certificado que se someta al preceptivo trámite del visado". Recomendación que parte del presupuesto, pues, de que la certificación es ulterior al otorgamiento de la escritura y que modaliza los términos expuestos de la Ley, que dice 'incorporación' y testimonio' y, como tal, certificación previa. De la comunicación, por su parte, parece deducirse que el Colegio Oficial de Arquitectos de Canarias interpreta el precepto en el sentido de que es pertinente la certificación "de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado", en los términos que reglamentariamente se prescribe la necesidad de que el Arquitecto expida el 'certificado de final de obra'.

En la doctrina se ha apuntado la idoneidad del visado y de la legitimación notarial de la firma del técnico, por MARTÍN BLANCO (357); que la "firma del técnico no requerirá legitimación independiente cuando cuente con el visado del Colegio al que pertenece quien lo expide", y su necesidad, en caso contrario, por "carecer del visado o no estar colegiado quien lo expide por no existir Colegio profesional", por LASO MARTÍNEZ (358); la oportunidad del visado cuando el Arquitecto certificante no sea el Director de la obra, por GARCÍA GARCÍA (359); la remisión al texto reglamentario que valorará esas circunstancias —visado y legitimación—, por CHICO Y ORTIZ (360), y la posibilidad de que certifique el técnico municipal y la innecesariedad del visado, por CARBONELL y GÓMEZ-PAVÓN (361).

En definitiva, hoy por hoy, en base al texto del artículo 25.2, la certificación puede ser expedida por cualquier técnico competente, calificada esa competencia por el propio Ayuntamiento, lo que permite concluir que podrá expedirla el técnico municipal, el técnico director de la obra u otro de ellos, con referencia al proyecto aprobado, siendo conveniente, al menos, que conste el visado del Colegio Oficial respectivo como única garantía de la identidad y competencia del certificante, ya que la Ley de Reforma incluye ésta en el propio supuesto de hecho, con la particularidad de que si certifica quien no redactó el proyecto aprobado —proyecto de ejecu-

(357) *Op. cit.*, pág. 109.

(358) *Op. cit.*, pág. 537.

(359) *Op. cit.*

(360) *Op. cit.*, págs. 165-166.

(361) Notas de PASCUAL MAIQUES: *Op. cit.*

ción— (362) deberá hacerlo constar así y acompañar el visado, sobre todo si el técnico lo es de grado medio, según veíamos, pues la calificación de competencia que corresponde al Ayuntamiento se desconecta o no ampara al del certificador, entrando de lleno dentro del ámbito de la calificación registral. Y si el que certifica es el propio director de la obra y aporta una copia original del certificado del final de obra, la exigencia del visado le vendrá impuesta por las disposiciones reglamentarias que le son de aplicación, como destaca la comunicación reseñada del Colegio de Arquitectos de Canarias. Por lo que la conclusión parece clara: salvo que certifique el técnico municipal, el visado será en uno u otro caso necesario, y más cuando se certifique que la obra declarada en construcción coincide con la proyectada y aprobada por la licencia, para que se garantice la competencia del técnico si es Arquitecto Superior, debiendo aportarse, en otro caso, certificación municipal complementaria o declaración expresa del mismo sobre la cualificación profesional del proyectista (363).

3. Contenido

El contenido de la certificación técnica, tanto de adecuación de la obra declarada a la obra proyectada o ejecutada y finalizada, debe contraerse a dos circunstancias mínimas: la conformidad de lo declarado y ejecutado con el proyecto aprobado mediante la licencia y, según el caso, la relación del certificador con la obra. Es decir, la conexión entre la descripción de la edificación, la obra material —en construcción o terminada— y la licencia (364), por un lado, y la personalidad y competencia del que expide la certificación, con el visado colegial oportuno, y en caso de tratarse de un técnico medio, la declaración —documentada o no— de que el proyecto aprobado lo realizó él u otro técnico de idéntica cualificación, por razones de responsabilidad y congruencia. El que certifique debe hacerlo de la

(362) Se distingue este proyecto básico y proyecto de ejecución, siendo necesario éste para iniciar las obras, según GONZÁLEZ PÉREZ (CHICO Y ORTIZ: *Op. cit.*, pág. 168); y en definitiva, de él dependerá el contenido de la licencia. El artículo 9 de la Ley de Disciplina Urbanística exige, además, que se aporte la Memoria urbanística.

(363) Obviamente, la certificación descriptiva puede hacerla cualquier técnico, y si no se trata del proyectista o director de la obra en el momento de expedirla —éste puede cambiar—, la competencia resultará del visado, con la prevención de que se exprese qué titulación tenía quien proyectó. Pues la autocalificación de competencia del técnico certificador y del Colegio respectivo, cuando se trate de la excepción que hemos expuesto —técnico medio—, dependerá de la que haya realizado el propio Ayuntamiento dada la jurisprudencia advertida y la naturaleza de la licencia urbanística.

(364) Sentencia del Tribunal Supremo de 9-10-1990: "La licencia urbanística es, por regla general, un '*acto en blanco*' cuyo contenido se integra por remisión a un proyecto" (v. *supra*).

ejecución de un proyecto —en curso o finalizado—, y para poder emitir ese juicio de valor debe tenerla misma preparación, titulación o cualificación profesional que para redactarlo, en cuanto actúa un importante límite derivado de la disciplina urbanística y de la naturaleza intrínsecamente condicionada de toda licencia previa, la obra realizada debe ser aprobada, sin que ello suponga, claro está, como es evidente, una minusvaloración por parte del legislador de la capacidad de otros profesionales —Arquitectos e Ingenieros Técnicos—, sino un juicio de congruencia, en tanto su especialidad es distinta de la de los técnicos superiores y no de menor importancia, en base a lo que FERNÁNDEZ PASTRANA denomina principios de equivalencia, generalidad y especialidad (365).

C) IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

El artículo 9.3 de la Constitución dispone que esta norma “garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la *irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales*, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Artículo que hemos de poner en relación con el 2.3 del Código Civil, que dice: “Las Leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario”. Y si tenemos presente el contenido de la nueva Ley de Reforma, de su predicado resulta un doble condicionamiento, el derecho de propiedad como derecho individual no puede ser delimitado restringiendo su ámbito objetivo, y los preceptos sancionadores tampoco pueden tener ese mismo carácter. Postulado de plena aplicación al *ius aedificandi* y al derecho individual de obtener la protección jurídica que, en desarrollo del principio de seguridad, la documentación pública y la inscripción registral ofrecen a los ciudadanos, por lo que la prohibición que prescribe el artículo 25.2 no puede afectar a las declaraciones de obras realizadas con anterioridad a su vigencia, bien se hayan formalizado o se formalicen con anterioridad o posterioridad a la fecha de su entrada en vigor. Es decir, el hecho sustantivo de la terminación de la obra fija el ámbito de aplicación del citado artículo 25.2 por razón de su fecha. Problema distinto es, pues, el de la forma de acreditarlo.

Ahora bien, a la luz de la jurisprudencia constitucional el principio de irretroactividad de las leyes no es un principio autónomo, sino accesorio de otro principal, el de seguridad jurídica. Así, entre las conclusiones que extrae de esa jurisprudencia la doctora GAYA SICILIA, dos son fundamen-

(365) *Op. cit.*, pág. 73.

tales a los efectos de la materia que nos ocupa (366): la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables sólo alcanzan a las disposiciones penales y administrativas de esta naturaleza —sancionadora o restrictiva—, con exclusión de las estableci-

(366) R. GAYA SICILIA: *La irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, ed. Montecorvo, Madrid, 1987, págs. 321 y sigs.: "De entre todos los principios que el artículo 9.3 recoge, el de seguridad jurídica aparece como el eje o punto de referencia constante alrededor del cual giran los demás. Este resulta ser, de una parte, suma de los restantes (la 'irretroactividad de lo no favorable' es, por tanto, uno de los sumandos' y, de otra, no se agota en una mera adición, pues de ser así no hubiera precisado de una formulación expresa (S. 27/1981)": "Sin embargo, cuando el Tribunal Constitucional examina el principio de seguridad jurídica en conexión con el de irretroactividad, considera el primero sólo en su aspecto más externo y formal en su nivel más elemental, concluyendo así que la norma cuestionada no lo vulnera porque se trata de una norma 'cierta, precisa y formalmente publicada' (S. 27/1981)". "En consecuencia, el principio de seguridad jurídica, considerado en sí mismo, no llega a operar como límite a la retroactividad material de las normas, es decir, como límite a la retroactividad que entrañan aquellas disposiciones que, encaradas formalmente hacia el porvenir y modificando, sólo en apariencia, los efectos futuros de situaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior, inciden también sobre estas situaciones vaciándolas de contenido o modificando su contenido originario (SS. 6/1983, 41/1983 y 51/1983)". "Las Sentencias 27/1981, 6/1983, 41/1983, 51/1983 y 42/1986 ponen de manifiesto que el Tribunal Constitucional asume la tesis de ROUBIER. ASÍ, el concepto de retroactividad que el artículo 9.3 entraña va referido sólo a la 'acción hacia atrás' de las normas, no siendo relevante, desde el punto de vista del juicio de constitucionalidad, la afectación de la nueva norma a los efectos futuros de la situación jurídica existente al tiempo del cambio legislativo". "Además, el Tribunal acoge —ya lo había hecho en la S. 9/1981— la categoría de las 'leyes consuntivas' como leyes tácitamente retroactivas y el propio concepto de retroactividad tácita (S. 27/1981)".

Por otro lado, "no cabe hablar de la existencia de un derecho fundamental a la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables (S. 68/1982) ni de un derecho fundamental a la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables (S. 15/1981)". "El juego de los artículos 1.1 y 9.2 hizo al Tribunal referir la expresión 'derechos individuales' del artículo 9.3 a los 'derechos fundamentales del Título I' (SS. 27/1981, 6/1983, 41/1983 y 51/1983)". Sin embargo, tras la Sentencia 42/1986, "el Tribunal —asumiendo en su totalidad la tesis de LÓPEZ MENUDO— equipara los 'derechos individuales' a los derechos fundamentales y libertades públicas, es decir, a los derechos comprendidos en la sección 1.ª del capítulo segundo del Título I del texto fundamental", y no a los de la sección 2.ª, entre los que se incluye el derecho de propiedad. "En consecuencia, el principio de Estado social (arts. 1.1 y 9.2) despliega ya sin obstáculos todas sus virtualidades".

"En virtud de una interpretación 'a contrario' del artículo 9.3, el Tribunal Constitucional considera que la Constitución extiende su garantía a la retroactividad de la Ley penal favorable (S. 8/1981). En resoluciones posteriores matiza su inicial afirmación. Así, la garantía constitucional cubre no ya sólo a la Ley penal, sino, más en general, la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables, incluyendo de este modo las disposiciones administrativas (S. 15/1981)", y "quedan excluidas de su ámbito las disposiciones que establecen sanciones civiles".

En definitiva, "y salvando el principio de irretroactividad en materia punitiva donde el criterio del Tribunal es estricto", "prácticamente toda acción legislativa sobre el pasado es constitucional. El límite constitucional se reduce, y con él el ámbito material

das en normas civiles y procesales o adjetivas (367). Conclusiones que nos permiten establecer un claro criterio interpretativo sobre el ámbito temporal de aplicación del artículo 25.2 de la Ley de Reforma, de la misma forma que, en nuestra Comunidad, el artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística era susceptible de aplicación retroactiva a los supuestos sujetos al artículo 6 de la LOUSR (368). Postulado que ratifica y no condiciona la Disposición Adicional 6.^a de aquella Ley. Ratifica en cuanto reconoce, a efectos de los artículos 25 y siguientes de la misma, el carácter irretroactivo de los mismos. Y no condiciona al tratarse de una disposición sustantiva, a diferencia del artículo 25.2 que es de naturaleza administrativa, formal y sancionadora —contiene una prohibición de la que deriva una restricción o sanción—, como hemos visto.

Dice la mencionada disposición en su punto 1: "Las edificaciones existentes a la entrada en vigor de esta Ley, situadas en suelos urbanos o urbanizables de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no proceda actuar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular". Lo que hace presuponer, en principio, que se está refiriendo a edificaciones terminadas y no en construcción, por un lado, y que excluye las edificaciones en suelo rústico del ámbito del artículo 25.2, por otro (369). Aunque, a efectos de la Disposición Transitoria 6.^a, "es indiferente que estén en suelo no urbanizable, apunta GONZÁLEZ PERÉZ. LO único importante es que hubiesen transcurrido los plazos para poder adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición" (370).

Así pues, y en cuanto al tema que ahora nos ocupa (371), la aplicabilidad del artículo 25.2 resulta condicionada a la concurrencia de un doble presupuesto legal de hecho. Primero, que la declaración de obra nueva se realice a partir de la entrada en vigor de la Ley de Reforma (372). Y

protegido por la garantía de la Constitución. La intervención estatal retroactiva en materia social y económica queda así legitimada, sea cual sea su extensión y profundidad".

(367) Sobre retro actividad de las normas sancionadoras favorables, véase J. BONET CORREA: *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, ed. Civitas, Madrid, 1984, t. I, págs. 122-123 (STC 7-5-81 y SSTs 10-2 y 5-3-82).

(368) *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, op. cit., págs. 33-34.

(369) Véase *supra*.

(370) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de Reforma*, op. cit., pág. 534.

(371) Con carácter general, véase MERELO ABELA: *Op. cit.*, págs. 241 y sigs.

(372) En *contra*. MÉNDEZ GONZÁLEZ: *Op. cit.*, que entiende exigible a las obras nuevas declaradas con anterioridad a la Ley de Reforma el cumplimiento del artículo 25.2, cuando —claro está— se presenta a inscripción con posterioridad a la vigencia de la misma. Para este autor lo realmente determinante es la efectiva incorporación patrimonial (v. *infra*).

segundo, que aunque la declaración se haga con posterioridad a su vigencia, la obra no se haya realizado con anterioridad a la misma. Punto éste que no deja de ser problemático, ya que supone la intersección entre el derecho sustantivo a la subsistencia de la obra realizada y a la incorporación patrimonial de su valor a efectos sancionadores, de un lado, y la prohibición formal de declarar esa misma obra, sin la concurrencia de los dos requisitos señalados en el artículo 25.2 y sin perjuicio de la nulidad o anulabilidad de la licencia. Esto es, bajo la presunción de conformidad de lo actuado con el planeamiento urbanístico.

La dicotomía, pues, entre la ejecución de la edificación sujeta a licencia y la declaración de la obra realizada no sujeta a licencia, sino a la prohibición de su instrumentalización pública sigue siendo determinante en cuanto aquélla es la causa o presupuesto de ésta, a pesar de la distinción señalada entre facultades civiles y facultades urbanísticas. Lo que no está claro es si la calificación registral debe extenderse o no a la prueba de la patrimonialización de la obra. Es decir, si en base a la Disposición Transitoria 6.^a es necesario o no acreditar no ya la fecha de la terminación de la obra como criterio determinante de la aplicabilidad del artículo 25.2, sino la incorporación material. Nosotros entendemos que no. La titularidad civil de la obra es incuestionable y no podemos aplicar un precepto sancionador (art. 25.2) con carácter retroactivo, por las razones expuestas (arts. 9.3 CE y 2.3. CC), a situaciones que han producido sus efectos jurídicos al amparo de la antigua Ley. El presupuesto de aplicación, pues, del artículo 25.2 no será la fecha de la declaración de la obra nueva ni la efectiva incorporación patrimonial de su valor (DA 6.^a), sino la de la terminación de la obra, proceda o no la instrucción del correspondiente expediente o la demolición de la obra, que puede tener lugar incluso existiendo licencia municipal. Este es el verdadero sentido de la supresión de la Disposición Transitoria 8.^a Según MERELO ABELA, la causa no fue otra que supresión de un plazo intermedio de retroactividad del artículo 25.2. Decía la Disposición Transitoria 8.^a: "Lo dispuesto en el artículo 25.2 no será aplicable a las declaraciones de obra nueva finalizada al menos cuatro años antes de la entrada en vigor de la presente Ley". En consecuencia, ahora, lo dispuesto en el artículo 25.2 no será aplicable a las declaraciones de obra nueva finalizada antes de la entrada en vigor de la nueva Ley. Aparte de la irretroactividad de un precepto sancionador, el fundamento sustantivo puede hallarse en la situación precedente, donde la declaración de obra nueva no estaba sujeta a requisito alguno, mientras la exigibilidad de la licencia y el plazo de prescripción de la acción administrativa eran los mismos. Y no estaba sujeta porque esta acción administrativa depende de dos circunstancias alternativas o concurrentes, al margen

de la titularidad dominical: la conformidad con el planeamiento —exista o no licencia— y, en su defecto, la prescripción (373).

No obstante, la doctrina emplea como criterio diferenciador la antigüedad de la obra cualificada por la inexistencia de un procedimiento administrativo de demolición, que hemos de entender supeditado a la falta de cumplimiento del propio artículo 25.2 (374). Criterio lógico desde la perspectiva de la presunta firmeza de la adquisición. Y decimos presunta por lo expresado sobre licencias ilegales e *imprescriptibilidad* singular de la acción administrativa.

GARCÍA GARCÍA, por su parte, deduce de la Disposición Transitoria 6.^a dos requisitos o presupuestos para su aplicabilidad: 1.º La acreditación que la obra se terminó con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley a través de acta de notoriedad, certificación municipal, cédula de habitabilidad o documento catastral... 2.º Tanto si ha transcurrido el plazo de cuatro años desde su terminación o no, es conveniente la presentación de un documento municipal que acredite la inexistencia de "expediente de demolición de la edificación en cuestión" (375). Postura que no comparte PASCUAL MÁIQUÉZ en cuanto bastaría acreditar que la obra se inició con anterioridad a la vigencia de la Ley de Reforma para que ésta sea inaplicable (376). LASO MARTÍNEZ, por otro lado, destaca que de la supresión de la Disposición Transitoria 8.^a podría deducirse la exigibilidad de los requisitos del artículo 25.2 a todas las "declaraciones de obras nuevas no inscritas, aunque se trate de obras ya terminadas a la entrada en vigor de la Ley", sin perjuicio de las dificultades de su aplicación a las obras concluidas hace tiempo, en que ni siquiera el técnico estará dispuesto a certificar. Para las edificaciones que cuenten con más de cuatro años de antigüedad se inclina por la innecesariedad de la licencia (377).

MARTÍN BLANCO emplea, al ocuparse de este tema, como criterio diferenciador la fecha de la terminación de la obra. Si ésta se terminó antes de

(373) Congruentemente con el contenido de los artículos 10 y 12 del Reglamento de Servicios, las licencias "no alterarán las situaciones jurídicas privadas" y se entenderán concedidas "sin perjuicio de tercero y salvo el derecho de propiedad" (v. *supra*).

Y además, por otro lado, "las licencias quedarán sin efecto si se incumpliesen las condiciones a que estuviesen subordinadas" (art. 16 RS). De este aspecto, y en su consideración de *conditio iuris*, se ocupa P. MARTÍN HERNÁNDEZ: "Licencias urbanísticas", en *Manual del Alcalde*, ed. Banco de Crédito Local de España, Madrid, 1985, págs. 16 y sigs.

(374) Evidentemente, si se aporta la licencia y la certificación técnica, sea cual fuere la fecha de la **terminación** de la obra, la publicidad registral operará frente a tercero en favor de la plena **seguridad** jurídica (para la licencia legal nos remitimos a lo expuesto).

(375) *Op. cit.*

(376) CARBONELL y GÓMEZ-PAVÓN abogan por la aplicación estricta del plazo de los cuatro años (*op. cit.*).

(377) *Op. cit.*, págs. 532 y sigs.

entrar en vigor la nueva Ley, una 'interpretación lógica' nos llevará a entender que el artículo 25.2 'no es aplicable a estas situaciones', ya que una 'medida adoptada y adoptable frente a la edificación realizada sin licencia es la de su calificación como infracción urbanística y su estimación legal de edificio fuera de ordenación. Pero algo muy distinto es impedir su inscripción en el Registro de la Propiedad que viene a ser como una *pena o sanción* añadida sin concurrir los requisitos legales necesarios para su imposición'. El "cumplimiento a rajatabla del precepto puede conducir a graves repercusiones jurídicas y económicas al dejar fuera del Registro a dichas edificaciones, produciendo una situación que por regresiva y desconocedora del valor jurídico de lo *fáctico urbanístico* puede calificarse de entorpecedora e injusta". Y como solución más viable propone, en caso que se estimen estas consideraciones, la suficiencia de la certificación técnica visada por el Colegio respectivo y legitimada la firma notarialmente, 'en la que se haga constar la fecha de la finalización de las obras y que ésta se ajusta al proyecto visado por el propio Colegio Oficial' (378).

MÉNDEZ GONZÁLEZ, finalmente, se muestra favorable a la acreditación documental —documento administrativo— de que la incorporación patrimonial se ha producido, y ello porque el presupuesto de la aplicabilidad del artículo 25.2 es el 25.1 y la propia Disposición Transitoria 6.^a, y el Registrador no puede calificar por sí mismo la incorporación patrimonial, ya que sólo 'se le atribuye un control formal, pero no sustantivo o de fondo de la legalidad urbanística' (379).

En cualquier caso, el planteamiento doctrinal es el que razonablemente podría provocar una Ley que cuestiona, al menos a primera vista, la propia titularidad dominical. Y aquí se pone de manifiesto, es preciso advertirlo, la virtualidad jurídico-práctica del artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística, y por tres razones fundamentales que se encuentran implícita y explícitamente en las opiniones apuntadas con anterioridad y en este punto: 1.^a El carácter irretroactivo de una norma sancionadora. La prohibición dirigida a Notarios y Registradores es de naturaleza formal. 2.^a La intrascendencia de la licencia respecto al derecho de propiedad, y más aún en las obras que se levantaron amparadas en licencia que no prejuzgaban la titularidad (art. 12 RS). 3.^a La imposibilidad de apreciar de oficio el cumplimiento de la legalidad urbanística —incluso aunque haya licencia— y de la prescripción, ya que aunque hayan pasado cuatro o diez años la edificación puede haberse levantado sobre zona verde o puede haberse asimismo interrumpido el plazo. Y de estas razones derivan otras

(378) *Op. cit.*, págs. 108-109.

(379) No sin excepciones, como el acta de notoriedad de la antigüedad de la obra superior a cuatro años (*op. cit.*).

tantas consecuencias: lo 'fáctico urbanístico' y lo 'fáctico civil', esto es, la existencia de la edificación, no obstante su hipotética demolición, es una realidad física difícilmente cuestionable, se autorice o no la escritura, se inscriba o no el documento. Lo importante en el control instrumental de la regularidad urbanística no reside tanto en la existencia de la licencia y en su propia legalidad, sino en la publicidad registral de la situación urbanística que se desprende del documento. En ningún caso la inscripción va a impedir la demolición de una obra ilegal —aun amparada en licencia—, ni debe hacerlo. Lo que sí publicará es la regularidad o irregularidad de la edificación y el medio documental que la acredita, determinando un preciso régimen de responsabilidad, privada y pública. En definitiva, pues, la demolición operará sobre el objeto jurídico directamente y sólo mediatamente sobre la titularidad, que permanece intrínsecamente estabilizada. Si de derruye el edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, por ejemplo, la titularidad permanece sobre el solar, transformándose esa comunidad especial en una comunidad ordinaria. Lo importante, a nuestro juicio, es, como hemos dicho, la publicidad de la situación urbanística en aras de la seguridad jurídica, sin perjuicio de trascendencia jurídico-administrativa. De la inscripción resultará un 'plus' de garantía y de responsabilidad, pero nunca un impedimento frente a la acción administrativa de restablecimiento de la legalidad urbanística (380).

En conclusión, podemos decir que la fecha y la disposición a tener en cuenta a efectos de la aplicación de la nueva Ley son el 16-8-1990 y el artículo 25.2, desconectado desde la óptica registral de su fundamentación segunda (art. 25.1 y DT 6.^a). El carácter irretroactivo de la misma se impone. Ahora bien, ello no evita el siguiente planteamiento:

1. Declaración nueva de "obra vieja "

El primer punto de colisión en orden a la aplicación retroactiva o irretroactiva del artículo 25.2 es el del propio tratamiento jurídico, sustantivo y formal de la declaración de obra nueva. Como hemos señalado

(380) Tampoco se puede hacer depender la protección registral de los derechos de que el Ayuntamiento certifique de que se ha operado la prescripción o se ha consumado la adquisición de una licencia por silencio positivo. Lógicamente, no tenderá a reconocer por certificación su falta de diligencia en materia tan delicada como la disciplina urbanística.

Todas estas disquisiciones, por otro lado, revelan la necesidad que tiene el intérprete del Derecho de reducir a un ordenamiento unitario disposiciones civiles y administrativas donde la titularidad dominical chirría frente al fundamento urbanístico del sistema de incorporaciones patrimoniales de la Ley de Reforma; y buscando la seguridad que el Registro presta, se intenta por todos los medios que la situación jurídica que publica sea lo más firme posible en cuanto a su inalterabilidad del objeto.

reiteradamente, el acto sujeto a licencia es la realización de la obra, con independencia de quién sea su titular (381) antes y después de la nueva Ley. Esto es, desde el aspecto sustantivo la obra no estará sujeta a esta Ley. Sin embargo, a primera vista, ello no impedirá la aplicación del artículo 25.2 dado su carácter formal, ya que la exigencia material es la misma y no se trata de un nuevo requisito urbanístico. Se trata, pues, de un requisito cuya novedad se restringe al ámbito privado de las declaraciones de voluntad en instrumento público. La irretroactividad no se plantearía respecto de las declaraciones nuevas de obra realizada con anterioridad, puesto que cuando esta declaración se formaliza la nueva Ley está vigente y la seguridad jurídica se refuerza en virtud de la inmediata correlación o coordinación legislativa. Luego lo lógico, en principio, es postular por su aplicación formal, con independencia del juego de las incorporaciones patrimoniales de la Ley de Reforma, civilmente intrascendentes, a nuestro juicio, en cuanto no cuestionan la titularidad, aunque sí la subsistencia del objeto (382). Entonces, ¿de dónde resulta su posible inaplicabilidad o irretroactividad? Pues bien, ésta surge de la propia naturaleza jurídica de la prohibición que contiene el mencionado artículo, que al penalizar o restringir los derechos individuales desaconseja la retroactividad a situaciones jurídicas que produjeron o van a producir sus efectos sustantivos bajo el amparo de otra Ley. Es decir, la formalidad de la disposición se vería privada de todo fundamento sustantivo, y más aún si se tiene en cuenta que la licencia se otorgó sin perjuicio del derecho de propiedad. Por ello, la doctrina cuestiona su aplicabilidad en relación a la Disposición Adicional 6.^a, produciéndose la paradoja de que bien podría haberse promulgado la Ley de Reforma y en los mismos términos, sin incluir el precepto que contiene el artículo 25.2, su finalidad es otra.

Así pues, si nos mostramos contrarios a la retroactividad de esta disposición es por una única razón: su naturaleza penalizadora (383). Ninguno

(381) La licencia, según MARTÍN HERNÁNDEZ, tiene 'carácter real, en el sentido de que se prescinde de los aspectos subjetivos del peticionario de licencia y que toda la comprobación administrativa se centra en la actuación a realizar y su encaje en el ordenamiento urbanístico' (*op. cit.*, págs. 15-16 y 70-72).

Asimismo, aparte de GONZÁLEZ PÉREZ (V. *supra*), en la misma dirección se expresa 3. MIGALLÓN RUBERT: *Manual de régimen local y Derecho urbanístico*, ed. Colegio de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Alicante, Alicante, 1990, pág. 397 ('su único punto de mira es el objeto sobre el que recae, abstracción hecha de las circunstancias del sujeto que la pide, de forma que un eventual cambio de las personas resulta del todo irrelevante').

(382) Con las importantes matizaciones destacadas con anterioridad.

(383) La Ley no repara en el momento de realizarse la obra sujeta a licencia, sino en la de la simple declaración formal. Y tampoco su instrumentación pública cuestiona ni la titularidad dominical ni el derecho urbanístico a la edificación a que se refieren el artículo 25.1 y la propia Disposición Transitoria 6.^a.

na otra razón aboga por su inconveniencia, salvo las que deriven de la dificultad material de su cumplimiento —licencia y certificación técnica—, que podrían salvarse con un documento administrativo supletorio indicando la innecesariedad de la licencia al tiempo de la construcción o la prescripción de la acción administrativa (art. 15.2, *in fine*, LDU).

No obstante, si simplificamos la interpretación de la aplicabilidad del artículo 25.2 en los términos expuestos, el problema subsiste en cuanto al ámbito de la irretroactividad. ¿Se extiende a todas las obras iniciadas con anterioridad o sólo a las finalizadas al tiempo de la entrada en vigor de la nueva Ley? Las declaraciones realizadas con anterioridad a ésta se excluyen por no haber sido presupuesto de su otorgamiento ni razón de su no inscripción el propio artículo 25.2, y su retroactividad no se ha recogido expresamente en la Ley; pero ¿y las iniciadas o terminadas y no declaradas?

La Disposición Transitoria 6.^a, desde el aspecto sustantivo, si recurrimos a ella, plantea cuatro situaciones fuera de la patrimonialización operada: 1.^a Obras nuevas terminadas hace más de cuatro años respecto de las que no se hayan iniciado expedientes o medidas de disciplina urbanísticas. 2.^a Obras nuevas terminadas (384) hace más de cuatro años, frente a las que se esté actuando con medidas de restablecimiento de la legalidad. 3.^a Obras nuevas terminadas hace más de cuatro años en zona verde o espacio libre. 4.^a Obras nuevas terminadas hace menos de cuatro años, se haya iniciado o no acción administrativa en contra. Lo que no nos lleva a conclusión ninguna, ya que en principio la demolición sería la única medida —y es jurisprudencialmente una medida no excepcional, pero sí extrema— (385) que podría incidir directamente en la extensión objetiva del derecho inscrito, no de la titularidad; y la certificación administrativa, el único medio de salvar con ciertas garantías —el transcurso del plazo de prescripción es sólo un indicio— el obstáculo del artículo 25.2.

Otro criterio podría extraerse de la posibilidad o imposibilidad de aplicar la Disposición Transitoria 6.^a, 'a contrario' y en relación al artículo 26. ¿Podrá demolerse, expropiarse o venderse forzosamente la obra ex artículo 26? Obviamente, los medios del artículo 26 no pueden imponerse, tácitamente y con carácter retroactivo, por los cauces de la Ley de Reforma, aunque la obra esté sólo iniciada o no hayan pasado los cuatro años —con la excepción aludida— y el término 'edificaciones existentes' de la

(384) Como hemos visto, civilmente, la novedad de la obra no alude a la fecha de su realización, sino al momento de su declaración.

(385) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, op. cit., pág. 282, y *Comentarios a la Ley del Suelo*, op. cit., págs. 1856 y sigs.

Si la obra no se derruye, su materialidad estará reñida con la imposibilidad de su instrumentación pública.

Transitoria 6.^a lo interpretemos como terminadas por simple coherencia con el texto que sigue y por la forma de realizar el cómputo del artículo 32 del Reglamento de Disciplina Urbanística. Luego si esta norma sustantiva no es aplicable, ¿cómo lo va a ser otra adjetiva, como el artículo 25.2? Volvemos, pues, al punto de partida: el criterio de la patrimonialización de la obra no es el determinante.

La solución sigue estando en el sistema canario de publicidad registral o de plena coordinación situación física-situación jurídica. Y la pauta de actuación sería, con carácter general, exigir los requisitos del artículo 25.2 y, en caso de su imposible acreditación, aplicar el artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística, haciendo constar por nota marginal la irregularidad urbanística, cancelable por caducidad o mediante la aportación de la documentación oportuna, distinguiendo entre obras en construcción y obras terminadas.

2, *Obras en construcción y obras terminadas*

Si la obra en construcción está previamente inscrita, parece inevitable inscribir sin restricción alguna la terminación de la edificación, sin que sea de aplicación el artículo 25.2. Y no ya por su antigüedad, sino por propia coherencia del nuevo sistema. Ello revela la intrascendencia formal de la fecha de su inicio, puesto que la obra en construcción constará inscrita al margen de la acción administrativa; y si negamos el acceso al registro de la terminación —hecho físico—, la vida jurídica del edificio seguirá su curso a pesar de esta omisión perturbadora. Por otro lado, si postulamos la irretroactividad genérica del artículo 25.2 sería contradictorio exigir un nuevo requisito en la terminación de obra —certificación técnica en sentido estricto— sin que se haya aportado la licencia sin el cumplimiento del presupuesto de hecho total de ese precepto (retroactividad parcial).

Esta situación, sin embargo, sí aclara algunas dudas sobre este tema: el carácter formal de la disposición está reñido con cualquier tratamiento sustantivo de la cuestión. Esa obra inscrita puede demolerse y puede ser ilícita, urbanísticamente hablando. Lo que priva a la patrimonialización de su pretendida virtualidad a efectos de la extracción de un criterio sobre retroactividad legal.

En segundo término, si la obra en construcción no está inscrita, lo prudente será, fuera de cualquier condicionamiento urbanístico derivado de la fecha de su inicio, exigir el cumplimiento del artículo 25.2 y, en otro caso, aplicar el artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística. Esta postura, con carácter general, la defiende MARTÍN BLANCO cuando después de inclinarse por el carácter irretroactivo de la Ley respecto de obras

terminadas antes de su vigencia señala la plena aplicación del artículo 25.2 a 'la obra no terminada a la entrada en vigor de la Ley o que se comience con posterioridad' (386).

La obra nueva terminada, en tercer lugar, con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley —extremo que tiene que acreditarse—, entendemos que no está sujeta a los requisitos del artículo 25.2, aunque se declare con posterioridad a ésta. Otra cosa es que como medida de prevención o coordinación y pensando en el tercero le exijamos la aportación de los documentos que cita, sin perjuicio de lo dispuesto, en nuestro caso, por los artículos 14 y 15 de la Ley de Disciplina Urbanística.

Aunque responda a una simple cuestión terminológica, si el artículo 25.2 se incardina plenamente en la nueva Ley, no será de aplicación a las *declaraciones nuevas de obra vieja*. Hemos de entender que el artículo 25.2 al hablar de 'declaraciones de obra nueva' se está refiriendo a las nuevas obras que se realicen a partir de su entrada en vigor por carecer el precepto de efecto retroactivo. La distinción, pues, se establece en función del presupuesto de hecho del propio artículo que recoge la prohibición. No es lo mismo, de esta forma, una obra nueva que una nueva obra (387).

(386) *Op. cit.*, pág. 109.

Es curioso observar cómo MARTÍN BLANCO, en su condición de administrativista, al tratar de la irretroactividad del artículo 25.2 no alude a la Disposición Transitoria 6.^a. Esto es, no se plantea la patrimonialización como circunstancia o presupuesto de ese carácter, igual que entiende que la adquisición de la propiedad de la edificación 'no es ya un efecto de la legislación urbanística, a pesar del artículo 25, sino de las normas jurídicas privadas comunes, y esa incorporación patrimonial se produce por título de propiedad definitiva' (pág. 105, v. *supra*).

Dice este autor, contrariamente a la interpretación de LASO (V. *supra*), que la supresión de la Transitoria 8.^a responde al carácter irretroactivo del artículo 25.2, puesto que ésta suponía la retroactividad a las obras terminadas durante los últimos cuatro años.

(387) *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, op. cit., págs. 33-34 y 47.

De esta forma, la obra en construcción estará o no sujeta a la nueva Ley en la misma medida que lo esté la edificación en sí misma considerada, por lo que trasciende al precepto formal la disposición sustantiva vía supuesto de hecho y sin perjuicio del carácter cautelar —coordinación— que tiene frente a tercero solicitar, en todo caso, del presentante la documentación que establece el artículo 25.2, 'no como exigencia impeditiva y sí como circunstancia trascendente (art. 51 RH).

MERELO ABELA señala que la Ley no tiene efectos retroactivos respecto del aprovechamiento urbanístico autorizado por la licencia otorgada o solicitada con anterioridad a su entrada en vigor, conforme a la normativa urbanística aplicable (*op. cit.*, págs. 249-250). Observación que plantea, en relación a la Disposición Transitoria 6.^a, la incorporación patrimonial de las obras en construcción una vez terminadas sin atención al régimen de la nueva Ley y a pesar del tenor literal de dicha disposición, que se restringe a las edificaciones existentes y realizadas conforme a la legislación anterior aplicable. Por lo que parece que no existe fundamento sustantivo —a efectos del supuesto de hecho del art. 25.2— que sustente la exigibilidad de ese doble requisito —licencia y certificación técnica—, ya que si la obra se regirá por la legislación precedente, el control formal deberá seguir ese mismo régimen.

Y en este sentido cobra vigencia la fijación del momento en que la obra se considera

Este criterio distintivo, en definitiva, parece, a un tiempo, el más simple, el que más fácilmente encaja en la naturaleza restrictiva o penalizadora del precepto y el que mejor garantiza los intereses dignos de protección registral, sin que le sea indiferente el tratamiento sustantivo de la situación jurídica.

En resumen, pues, el ámbito temporal de aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley de Disciplina Urbanística y en la Ley de Reforma sería el siguiente:

- Por razón de la antigüedad de la obra como presupuesto material de hecho del control formal (arts. 14 y 15 LDU y 25 LRRU) (388).
- Obras nuevas terminadas antes del 11-6-1990: irre tro actividad de ambas leyes.
- Obras nuevas terminadas después del 11-6-1990 y antes del 16-8-1990: aplicación de los artículos 14 y 15 de la Ley de Disciplina Urbanística (licencia) e irretroactividad del artículo 25.2 de la Ley de Reforma (licencia y certificación).
- Obras nuevas terminadas después del 16-8-1990: están sujetas a lo dispuesto en los artículos citados, sin perjuicio, en su caso, de lo prevenido en el artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística.
- Por razón del momento en que se realiza la declaración de obra nueva:

'en construcción', que expusimos con anterioridad (tesis de CÁMARA, LASO O GARCÍA GARCÍA), y que parece conveniente dada la irretroactividad aludida (MERELO) señalarlo en el momento de la *solicitud de la licencia*, habida cuenta, además, de que es criterio jurisprudencial, a efectos indemnizatorios por anulación o revocación de licencias, el abono de los honorarios del proyecto, punto de partida para la relación de gastos a satisfacer y que ese momento de la solicitud —mediante la presentación del proyecto técnico— es determinante para el cómputo de los plazos de adquisición de una facultad urbanística tan decisiva como el derecho a edificar, por lo que puede decirse que la obra está 'en construcción' a partir de la mencionada solicitud (MERELO: *Op. cit.*, pág. 172).

No obstante, si esto es verdad, como argumento sustantivo de naturaleza urbanística respecto de las edificaciones realizadas con licencia, puede jugar en contra en el caso de edificaciones que carecen de licencia o incumplen sus condiciones —caducidad entre ellas—, entrando de lleno dentro de la nueva Ley, en cuanto se inste la regularización de su situación legal. Perspectiva que nos lleva al mismo punto de partida; la fecha del inicio de la obra es decisiva —irretroactividad—, pero no evita que se requiera del interesado la presentación de la licencia y, en su caso, de la certificación técnica como documentación complementaria no impeditiva, a menos que se acredite por otros medios (v. *infra*) la antigüedad de la obra, lo que afectaría sólo a las edificaciones terminadas y no en construcción. Antigüedad que puede hacer presumir *iuris tantum* la prescripción de la acción administrativa y que el Reglamento Hipotecario tendría que contemplar, sin perjuicio de la plena eficacia de ésta en supuestos concretos —imprescriptibilidad o interrupción del plazo.

(388) Se toma la fecha de la terminación de la obra como momento determinante de la aplicación de las nuevas leyes, que no tienen efecto retroactivo expreso ni material ni formal.

- Declaraciones de obra nueva anteriores al 11-6-1990: irretroactividad de ambas leyes (389).
- Declaraciones de obra nueva posteriores al 11-6-1990 y anteriores al 16-8-1990: aplicabilidad de los artículos 14 y 15 de la Ley de Disciplina Urbanística por razón de la fecha de la terminación de la obra.
- Declaraciones posteriores al 16-8-1990: quedarán sujetas a los requisitos de los citados artículos si la obra se terminó con posterioridad a esa fecha.

Este doble régimen jurídico, en orden al ámbito temporal de ambas leyes, pone de manifiesto la intrascendencia formal del plazo de prescripción de acciones, ya que la intervención administrativa, por razones de disciplina urbanística, tendrá lugar en todo caso y conforme a la Ley sustantiva aplicable en cada momento (LS, RDU, LDU, LRRU). Exista o no licencia. Exista o no certificación técnica. Sea licencia válida o ilícita. Sea prescriptible o imprescriptible la infracción.

Situación que se patentiza, por otro lado, si la declaración de obra nueva se realizó con anterioridad a la entrada en vigor de cualquiera de esos dos cuerpos legales, al margen de la patrimonialización de la edificación y del plazo de cuatro años para la prescripción de las acciones prescriptibles —y valga la aparente contradicción terminológica—. Puesto que si en este caso la escritura es inscribible sin ulterior requisito, la antigüedad sustantiva —prescripción, patrimonialización— de la obra no aporta nada nuevo a su específico tratamiento jurídico-registral.

3. *Medios de acreditar la antigüedad de la obra*

En definitiva, y cualquiera que sea el criterio interpretativo, el estudio de los medios de acreditar la antigüedad de la obra sería inevitable.

(389) Desde el punto de vista del control instrumental, este supuesto revela la trascendencia formal de los preceptos citados, ya que, en otro caso, si la aportación de la licencia o de la certificación técnica, en su caso, no fue presupuesto del otorgamiento de la escritura, difícilmente puede tener lugar la concatenación de los requisitos, escritura e inscripción, y más aún si se tiene en cuenta que ambos documentos, según el artículo 25.2, deben testimoniarse en las respectivas escrituras. En otro caso sería exigible la aportación de esos documentos con carácter autónomo y, por tanto, el momento de su aplicabilidad vendría determinado por la presentación en el Registro (retroactividad de hecho por razón del presupuesto legal).

3.1. Manifestación en documento público

En principio, podría estimarse suficiente la manifestación del interesado bajo pena de falsedad en documento público, que en otros preceptos relativos a materias de no menor importancia y trascendencia social —arrendamientos, vivienda familiar— se contempla, puesto que la manifestación aquí tampoco impide la acción de quien tenga derecho a ello. Es una importante pero simple norma de seguridad jurídica registral, no impeditiva del ejercicio sustantivo de esa acción, que se reserva, en todo caso, por razones de orden público. Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa no presenta gran utilidad, dada la pluralidad de medios de que el propietario dispone para acreditar este extremo —desde el recibo catastral hasta la cédula de habitabilidad— (390). Y además, su solicitud es una forma de colaboración con las distintas Administraciones públicas a efectos de control de la realidad física.

En nuestra Comunidad, donde queda abierta vía para este medio, la manifestación dará lugar a la publicidad registral de la posible infracción urbanística, conforme al artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística, lo que activa el interés del propietario para hacer constar en el Registro la legalidad urbanística en cualquier momento ulterior.

3.2. Certificación municipal

La certificación municipal, por su parte, se presenta como el medio más adecuado para este tipo de prueba, ya que es la propia autoridad urbanística la que expide el documento, con lo que los problemas de disciplina quedarán patentizados por la sola solicitud, al margen de la irretroactividad formal del artículo 25.2 o, en su caso de los artículos 14 y 15 de la Ley de Disciplina Urbanística.

Obviamente, por analogía con los artículos 13 y 18 de la Ley de Disciplina Urbanística y punto 2.º de la Disposición Adicional 10, el Secretario de la corporación municipal —o del órgano urbanístico, como dice la nueva Ley— será la persona capacitada para certificar.

3.3. Certificación catastral

Dependiendo del caso concreto y del extremo a que se contraiga la certificación catastral o el recibo del impuesto municipal sobre bienes

(390) En último término se cuenta con el acta de notoriedad si no existe reflejo documental, lo cual no deja de ser impensable aunque la obra sea clandestina.

inmuebles, aparecen estos dos medios como idóneos para acreditar la antigüedad de la edificación. Seguramente el simple duplicado del alta catastral no bastará, ya que se fundamenta en la simple declaración unilateral del contribuyente, sin comprobación administrativa alguna.

Lo más adecuado sería que la certificación, en virtud de la solicitud privada, se refiriese a esa edificación en concreto, no sea que el derribo de la preexistente ampare la nueva construcción.

Tanto en este supuesto como en el que precede y sigue, la relación entre la obra declarada y aquella a que se contrae la certificación debe ser indubitada (391).

3.4. Certificación técnica

La certificación técnica y, mejor aún, la certificación de terminación de obra visada por el Colegio oportuno, obviamente, es un medio riguroso de acreditación del momento en que se inició o finalizó la edificación. La propia Ley en el tan repetido artículo 25.2 lo emplea.

Este documento tiene la ventaja de que puede recoger —al menos en la terminación de obra— el que ésta se realizó conforme al proyecto aprobado por la licencia, como explícitamente recoge el impreso oficial.

3.5. Cédula urbanística

Si la voluntariedad de los Ayuntamientos ha condenado al fracaso a este tipo de documento urbanístico, como hemos visto, el artículo 29 de la Ley de Reforma abre un nuevo camino para su establecimiento al recoger el deber concreto de información por parte de aquéllos (392). Y así, conjuntamente con la certificación municipal, la cédula o información suministrada por la Administración puede hacer referencia a ese punto concreto: la antigüedad de la obra. Todo ello sin perjuicio de que previamente en el propio Registro puede constar su existencia por el nuevo cauce del citado artículo 29, punto 2.

(391) En nuestra Comunidad las certificaciones municipales relacionan expresamente la licencia de segregación o innecesariedad, por ejemplo, con el documento notarial que contiene la descripción de la finca.

(392) Véase *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, págs. 62 y sigs.

Para el estudio de esta cédula, véase GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, op. cit., t. I, págs. 710 y sigs., (comentarios al art. 63 LS).

3.6. Cédula de habitabilidad

Por Decretos de 23-11-1940 y 24-2-1972, modificados en parte por Real Decreto de 10-5-1979, se establece el régimen jurídico de la cédula de habitabilidad, que atiende fundamentalmente, como su nombre expresa, al control de las circunstancias objetivas de las viviendas en relación a sus condiciones higiénicas, sanitarias y de aptitud para que en ellas pueda fijarse una residencia individual o familiar, entre las que se incluyen desde la superficie de los dormitorios a la idoneidad de las escaleras de acceso. Es, pues, una licencia o autorización distinta de la licencia de edificación, de la licencia de primera ocupación de los edificios y de la licencia de apertura e, incluso, compatible con ésta (393). Su orden cronológico general, como indica MARTÍN HERNÁNDEZ (394), sería: 1.º Licencia de obra o edificación. 2.º Licencia de primera utilización u ocupación del edificio o de adecuación del uso. 3.º Licencia de apertura cuando se pretenda implantar establecimientos industriales o mercantiles o —puede añadirse— cédula de habitabilidad.

La licencia de apertura es independiente y puede ser previa a la licencia de edificación sin que ésta presuponga aquélla, ya que en su concesión pueden intervenir organismos distintos del propio Ayuntamiento para verificar la adecuación técnica y medioambiental del proyecto industrial o establecimiento mercantil de determinadas características (art. 22.1 y 3 RS). Su independencia o interdependencia ha sido puesta de manifiesto recientemente por el Tribunal Supremo (S. 17-4-90): 'No obstante la conexión o interrelación entre la licencia de obras y la actividad', 'hay que estar siempre a que es la licencia de construcción la que se condiciona por la de apertura, y no esta última la que se subordina a la de obras'; 'y que teniendo la licencia de apertura su propia autonomía y singularidad, la misma no puede depender de que la obra del edificio en que la actividad se hubiese dado' sea ilegal, 'porque las cuestiones de edificación ilegal por falta de licencia o por contravenir la otorgada tiene su específica regulación', 'y no se puede aprovechar el trámite de la licencia de instalación o de apertura para tratar de solucionar los problemas de ilegalidad o de falta de legalización', 'que tiene su propio camino y tratamiento', pues las licencias de primera utilización de los edificios, al igual que las de apertura e instalación, han de otorgarse o denegarse con carácter tan reglado que la autoridad correspondiente está obligada a resolverlas dentro de los límites previstos en la normativa urbanística aplicable y no pueden plan-

(393) Ya que si se trata de un establecimiento mercantil o industrial difícilmente estará dotado de cédula de habitabilidad. El uso de ese espacio es distinto (v. *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, págs. 58 y sigs.).

(394) *Op. cit.*, págs. 50 y sigs. Sobre la conveniencia de su unificación, pág. 52.

tearse temas que desborden su propio ámbito, cual es 'si el uso es admisible en el lugar según el Plan u Ordenanzas si el proyecto cumple las condiciones técnicas de seguridad' 'y si en su caso no se dan las circunstancias previstas en el artículo 10.3' del RGU, 'no pudiendo', pues, 'utilizarse la licencia de instalación para regularizar las obras' (395).

Ahora bien, ello no quiere decir que la existencia de la cédula de habitabilidad sea urbanística y registralmente intrascendente. De momento la otorga un *órgano administrativo*, por lo que, por simple coherencia interna, si la concede —como la de apertura— no puede alegar que desconoce la existencia de la edificación (396). Por otro lado, acredita la antigüedad de la obra, por lo que la terminación de ésta será siempre anterior a su obtención, *presuponiendo* —es requisito inexcusable— la aportación del certificado técnico de terminación de obras ajustadas al proyecto aprobado por la licencia y visado por el Colegio profesional oportuno (art. 2 del D. 24-2-72) (397). Y como medio de control la utiliza la propia Administración urbanística. Así, el artículo 6 de la Ley de Disciplina Urbanística impone a las empresas de suministro de energía eléctrica, agua, gas y electricidad que sólo contraten definitivamente con los propietarios de las viviendas dotadas de cédulas de habitabilidad, calificación definitiva de VPO o licencia de primera utilización de edificaciones no residenciales, con la única exclusión de las viviendas autoconstruidas

(395) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, op. cit., págs. 72-73 y 611 y sigs. (*Licencia para el ejercicio de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas*).

Sobre licencia de primera ocupación como medio de controlar la efectiva ejecución del proyecto aprobado por la licencia de obras, puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 4-11-1985 (*Régimen jurídico del suelo en Canarias*, op. cit., pág. 58).

(396) Debe referirse a las viviendas autoconstruidas iniciadas con anterioridad a la referida Ley porque ésta califica a aquéllas de VPO, y el Real Decreto de 10-5-1979 que modifica el artículo 3.3.º del Decreto 469/1972 sobre cédula de habitabilidad exime de este requisito a la primera ocupación de VPO, entre otras.

Por su parte, el Decreto 29/1991, de 21 de febrero (BOC 1-3-91), desarrolla las condiciones de aplicación de los apartados 3 y 4 del citado artículo 6 de la Ley de Disciplina Urbanística, señalando en su artículo 1 los requisitos que deben reunir para considerarse Viviendas autoconstruidas o crecederas' (*autopromoción*, *autoconstrucción*, unifamiliares, anteriores a la Ley 11/1989, domicilio habitual y *permanente*, servicios mínimos y demás condiciones de higiene y habitabilidad). Circunstancias que, conforme al artículo 2.2, deben acreditarse mediante certificación municipal.

(397) P. MARTÍN HERNÁNDEZ: *Op. cit.*, págs. 51-52. Recoge, por otra parte, la Sentencia de 5-10-1969, según la cual 'la licencia de instalación, que regula el Reglamento de Actividades Clasificadas, absorbe y unifica la de obras y apertura', si bien la evolución jurisprudencial no apunta por este camino.

Sobre su carácter reglado y su idoneidad por adecuación de la edificación de la licencia de obras; puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 15-11-1983 (F. PERA VERDAGUER: *La Administración local en la jurisprudencia*, ed. Abella, Madrid, 1984, pág. 399).

iniciadas con anterioridad a la Ley de 27-7-1989 de viviendas para Canarias que reúnan determinadas condiciones de habitabilidad apreciables por el Ayuntamiento y de las que exceptúe expresamente la Consejería competente por razones de 'extrema necesidad social' (398).

3.7. Licencia de primera ocupación

A pesar de los amplios términos en que se concibió la licencia de primera utilización u ocupación de los edificios, como complementaria de la licencia de obras o edificación, en cuanto verifica la efectiva ejecución del proyecto y la adecuación del uso, dedicándose a la misma los artículos 21 y 22 del Reglamento de Servicios, 178 de la Ley del Suelo y 1 del Reglamento de Disciplina Urbanística, en práctica, dice MARTÍN HERNÁNDEZ, vive esta licencia subsumida en otras, particularmente en la de apertura, como lo prueba la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 17-1-1990 antes aludida. Dice este autor que el 'control de uso', en todo caso, debe ser previo a la propia licencia de obra', siendo lógico, por tanto, que se subsuma 'en la licencia de obras', debiéndose 'encomendar a la licencia de primera utilización u ocupación un control *a posteriori* sobre el cumplimiento de los compromisos adquiridos, en su caso, por el constructor y las determinaciones de la propia licencia de obras, conectando, además, todo el proceso de autorizaciones a actos simultáneos o a un acto único aunque se produzca en fases sucesivas para evitar al administrado la incomodidad de repetir sus instancias ante la Administración con aportación reiterada de idénticos documentos (399).

En cualquier caso, lo que sí está claro es que esta licencia es el medio idóneo para acreditar la antigüedad de la obra y supone la verificación de la adecuación de la obra al proyecto aprobado, ya que según el artículo 2\2.2.d) para su concesión debe examinarse tanto el ajuste de la obra al planeamiento —y licencia— como la adecuación al uso a que se destina el edificio, según la zona en que se ubica y sus condiciones de seguridad y

(398) En razón inversa a ésta. A más antigüedad, mayor idoneidad.

(399) Podrá decirse que esa ampliación objetiva está sujeta al artículo 1.2 del RGU, pero hasta ahora no encuentro diferencia alguna entre ambos, salvo la relativa a ampliaciones que no impliquen una nueva planta sobre el suelo o sobre el vuelo, es decir, la agrupación de edificios colindantes.

La distinción debe aludir a un dato técnico-arquitectónico. La necesidad o innecesidad del establecimiento de unos nuevos cimientos —nueva planta— que haría posible la ampliación objetiva sin nueva planta si los preexistentes resisten ésta.

Podríamos presumir que siempre que hay ampliación objetiva, haya o no nueva cimentación, hay obra nueva. Y en consecuencia, se incluya o no el punto 2, la situación será la misma.

salubridad, así como el cumplimiento por el constructor del compromiso de urbanizar simultáneamente.

3.8. Acta de notoriedad

Si seguimos el criterio advertido de irretroactividad de la nueva Ley a las obras iniciadas o terminadas antes de su entrada en vigor, el acta de notoriedad se reconoce por la doctrina como medio idóneo para acreditar la antigüedad de la obra, sin perjuicio de su carácter residual, pues parece lógico, en aras de la seguridad jurídica, instar la acreditación a través de un documento administrativo preferentemente municipal la regularidad urbanística de la obra, en cuanto de la publicidad registral va a resultar el medio utilizado. Es decir, el acta es perfectamente aconsejable para acreditar la antigüedad, sobre todo en determinados casos (400); pero si a un tiempo puede complementarse la escritura de declaración de obra nueva con otros documentos —licencia, certificación municipal...—, aún mejor. La colaboración y coordinación urbanística será más completa.

4. *Modificación*

Directamente relacionado con el apartado en que nos ocupábamos de las modificaciones objetivas de las declaraciones de obra nueva realizadas a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley se encuentra éste. Y como allí decíamos, el problema empieza por delimitar el propio concepto de 'declaración de obra nueva' que emplea el artículo 25.2, que no se corresponde con los términos utilizados por la legislación urbanística y que plantea si lo que se ha seguido es la práctica técnica civil, con lo que se incluye en la 'obra nueva' la declaración nueva de 'obra vieja' que excluye su modificación objetiva y sólo alcanza a la sustitución de una edificación por otra, o por el contrario, al tratarse de un precepto urbanístico —como entendemos que debe interpretarse— hemos de ampliar su ámbito a toda 'nueva obra' sujeta a licencia por simple coherencia con la legislación sustantiva en que se integra el artículo 25.2. De tal suerte que puede producirse de hecho la quiebra de la legalidad administrativa que de un edificio civilmente unitario predica el régimen jurídico de los 'excesos de edificación' a que alude directamente el artículo 28, sea o no demolible, según su dimensión, y afecte o no al tercero hipotecario (art. 28.2).

Y desde esta perspectiva, toda modificación de la obra nueva declarada

(400) Véase *supra*.

y realizada con anterioridad a la vigencia de la Ley de Reforma quedará excluida de su ámbito aunque se documente públicamente —se declare la modificación— con posterioridad a ésta, admitiéndose, respecto de la nueva construcción y para acreditar su fecha, cualquier medio de prueba expuesto con anterioridad. Obviamente, si se declaró la modificación con anterioridad a dicha Ley, hayan o no pasado cuatro años, sería inscribible sin más.

4.1. Obra nueva

La cuestión primordial se cifrará en esta materia en la adecuación interpretativa del concepto 'nueva obra' al de licencia de edificación, que puede restringirse al de 'obra de nueva planta' sobre el suelo o sobre el vuelo de la construcción preexistente concretamente, pues hemos de referirlo al punto 1 del artículo 1 del RDU ('Las obras de construcción de edificaciones o instalaciones de todas clases de nueva planta') o, incluso, al 2. Como decíamos en el otro apartado precedente sobre esta misma materia, deberá tratarse de una ampliación objetiva de la edificación o construcción por razón de la superficie de suelo ocupada o volumen edificado, y en consecuencia debemos excluir cualquier otra modificación no sujeta a este número 1 —y 2— del artículo 1, en orden a la aplicabilidad de la Ley y del régimen transitorio. Situación o novedad que hemos de extraer directamente de los datos descriptivos y, en su defecto, de la certificación municipal o técnica, porque teniendo en cuenta que la obra nueva es registralmente un dato descriptivo de la finca, sólo hemos de tener en cuenta aquella modificación que afecte a la superficie construida o volumen edificado, por lo que el concepto 'nueva planta' no lo referimos a la necesidad de nueva cimentación.

4.2. Propiedad horizontal

Siendo el régimen de propiedad horizontal un régimen jurídico de uso o aprovechamiento del suelo y del volumen edificado o, si se quiere, el régimen jurídico de una comunidad especial, puede claramente extraerse la genérica conclusión de que su establecimiento o modificación no tiene nada que ver con el artículo 25.2 de la Ley de Reforma. Su establecimiento, en cuanto al ser acorde con la obra declarada y ésta con la licencia, no crea ninguna realidad física nueva. La redistribución interior, si bien está sujeta a licencia (art. 15 RDU), no se encuentra entre los presupuestos de aplicación del mencionado artículo. Su modificación, si no va precedida de la

simultánea ampliación de la obra nueva declarada, que equivale a una nueva declaración de obra nueva, tampoco estará sujeta a la licencia y certificación técnica correspondiente.

Todo ello, claro está, si no consta en el propio Registro y por razón de la licencia concedida un número limitado de elementos privativos, como señalaba LASO. Dependerá entonces del propio contenido de la licencia, aunque no parece pensable que de la redistribución física y jurídica del edificio se vaya a seguir la resolución de la licencia por incumplimiento de sus condiciones. Más bien procederá su cumplimiento forzoso.

4.3. Destino

Aunque el destino de la obra, en la medida que cumple con el uso predeterminado en el planeamiento, es un concepto urbanístico capital donde reside el núcleo central de la intervención administrativa, aquel uso según destino no deja de ser un requisito genérico. O si se quiere, una cosa es el uso genérico, zona comercial, zona residencial, que controla la licencia, y otra distinta el uso específico o 'civil' de la construcción, que sin carecer de indudable trascendencia —industrial, establecimientos mercantiles, locales— no trasciende, en principio, al mundo de los derechos reales en cuanto su reflejo registral es un mero dato descriptivo y, generalmente, una situación de hecho, y sólo podría vincular al titular a través del específico pacto estatutario seguido de una constatación pormenorizada en la escritura del uso prohibido. El destino, pues, no pasa de ser un dato fáctico en la mayoría de los supuestos.

LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS MANCHA

Registrador de la Propiedad