

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

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA PEQUEÑA HISTORIA DE LOS PRECEPTOS REGISTRALES.—III. LAS APORTACIONES REGISTRALES MAS SIGNIFICATIVAS.—IV. LA INSCRIPCION DE LAS DECLARACIONES DE OBRA NUEVA: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. RANGO LEGAL DEL PRECEPTO. 3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY. 4. LA CERTIFICACIÓN DEL "TÉCNICO COMPETENTE". 5. LAS OBRAS NUEVAS TERMINADAS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY. 6. EL DOCUMENTO ACREDITATIVO DE LA LICENCIA. 7. EL CONTENIDO DE LA CERTIFICACIÓN. 8. LA FORMA DE LA CERTIFICACIÓN. 9. LAS LICENCIAS ALCANZADAS POR SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO. 10. EDIFICIO PROYECTADO, AUTORIZADO O CONSTRUIDO. 11. LA INEXACTITUD DE LA CERTIFICACIÓN Y LA INVALIDEZ DE LA LICENCIA: A) *Defectos debidos a la licencia. Las licencias indebidas.* B) *Defectos debidos a la construcción. Obras abusivas.* C) *Las licencias de contenido imposible y las llamadas resoluciones tardías.*

I. INTRODUCCION

A partir de una Ley, de contenido más que discutible, se han introducido normas de carácter registral reguladoras de diversos problemas suscitados por la acción urbanística.

Se había pedido en tantas ocasiones que esto se hiciera que, inicialmente, podría entenderse que la oportunidad de la nueva Ley significaba un punto importante en la apertura del sistema registral a un campo tan sugerente y propicio como es el del urbanismo.

Los fallidos intentos anteriores, incluidos la frustrada actualización preconizada por la Ley de Reforma de 1975, pasando por el intento de

regulación contenido en la reforma del Reglamento Hipotecario efectuada en 1982, y terminando con la política de Protocolos Urbanísticos firmados en diversas Comunidades Autónomas o incluso en alguna de sus Leyes respectivas (1) hacían pensar que con la recepción al más alto nivel formal del tratamiento registral del urbanismo se llegaría así a una situación deseada y conseguida.

La respuesta a este propósito ha de darla el examen de los preceptos contenidos en la Ley, su utilización práctica y, sobre todo, la regulación reglamentaria a la que se remite la propia disposición adicional décima en la que se contiene el grueso de la nueva normativa.

La oportunidad constitucional de la regulación registral, al menos en este punto, no plantea debate, a diferencia de otros preceptos de la propia Ley cuyo contenido la hacen discutible y que, a buen seguro, darán lugar al planteamiento de recursos de inconstitucionalidad.

Pero, en cualquier caso, nos encontramos ante el hecho significativo de que no sólo una Ley de contenido urbanístico acoge francamente el sistema registral, sino que, en una buena parte, las técnicas y soluciones que propone precisan necesariamente del Registro para ser operativas, de tal modo que en la medida en que la regulación hipotecaria consiga soluciones efectivas y conformes con todo el ordenamiento la Ley tendrá realidad.

II. LA PEQUEÑA HISTORIA DE LOS PRECEPTOS REGISTRALES

Si los precedentes legislativos son instrumentos hábiles para la interpretación de las normas, no estará de más señalar los que aquí han concurrido.

Su relato simple, pero íntegro, servirá quizá para explicar en parte el contenido del texto legal, sus deficiencias y sus omisiones. En todo caso, al menos, ha de servir de explicación por las eventuales imperfecciones que se detectan.

Al principio del verano de 1989 la Dirección General de los Registros sugirió que, en relación con el Proyecto de Ley —ya enviado en aquellas fechas al Congreso—, sería factible introducir por vía de enmienda algunos preceptos registrales, posibilidad que, al parecer, era admitida por el Gobierno y el partido que le apoyaba.

(1) De entre las últimas cabe citar la Ley de Canarias de Disciplina Urbanística y Territorial, de 14 de mayo de 1990, que ha recogido en el art. 16 los actos inscribibles y en los arts. 14 y 15 la exigencia de que para otorgar la escritura de declaración de obra nueva y conseguir la inscripción se incorpore a la matriz la licencia.

Creada una Comisión, que presidía el Letrado de la Dirección Juan José Pretel Serrano; se integró por los Registradores Rafael Arnaiz, Antonio Hueso, José Antonio Nortes y el que este trabajo suscribe, así como el Notario Gregorio Blanco Rivas. Celebrada la primera reunión a finales de julio se quedó en preparar los temas a regular, avanzar sobre su contenido y presentarlos a principios de septiembre.

Así se hizo efectivamente por los reunidos, comenzándose la discusión a mediados del mes de septiembre. Pronto, sin embargo, se produjo el hecho presentido de la disolución de las Cortes por el Presidente del Gobierno, lo que suponía automáticamente que quedaban sin efecto la tramitación de los Proyectos de Ley presentados y pendientes de aprobar.

Esta circunstancia influyó decisivamente en el curso de las reuniones las cuales, aunque se celebraron, menos en todo caso de las previstas, quedaban decididamente afectadas por la incertidumbre de si el trabajo iba a tener siquiera utilidad práctica. Situación ésta de indefinición que fue ganando terreno hasta el punto de que las reuniones dejaron de celebrarse, aun sin haber terminado el trabajo.

Resuelta la mayoría gobernante quedaba igualmente por determinar si el Gobierno sería el mismo y si persistiría el propósito de mantener un proyecto que habiendo nacido en período de euforia del proceso inmobiliario iba a ser aplicado cuando ya la política económica apuntaba hacia objetivos de restricción de la expansión para detener la inflación creciente.

La paralización efectiva del trabajo, desde el propio año 1989, se produjo indefinida y definitivamente, aun después de repetirse el envío del Proyecto por el Gobierno al Congreso, quizá por entender la Dirección que no cabía introducir la reforma pensada en el trámite de enmiendas del Congreso.

De esta manera, convenido sólo parcialmente el contenido que se consideraba de interés, con sólo un primer borrador de la parte discutida y sin haber entrado siquiera a discutir el resto, quedó el trabajo elaborado, como tantos otros realizados en los últimos años, como expresión de una gimnasia dialéctica frustrada y falta de resultados prácticos, sólo inteligibles por la ilusión mantenida en tantas ocasiones y por la ocasión de disfrutar ante las permanentes y deportivas discusiones mantenidas entre los miembros.

En base a esta situación en el mes de mayo se suscita con urgencia la posibilidad de que se incorpore de nuevo la regulación legislativa al Proyecto como enmienda en el Senado, de tal modo que sin que llegara a producir una nueva reunión, al menos por lo que a mí respecta, se concluye el texto parcialmente elaborado y se envía al Senado, al parecer previa consulta con los técnicos del Ministerio de Obras Públicas que confeccio-

naron el Proyecto, los cuales, con alguna rectificación, dan su visto bueno al borrador remitido y así se incorpora a la Ley aprobada.

Este es escuetamente el proceso seguido, lo que no puede menos de provocar una inevitable desazón si se piensa que con tan ligeros mimbres se puede hacer un texto serio y coherente de tanta trascendencia como el que resulta de aplicar sus soluciones a las instituciones de más solera en el país y con tan grandes intereses puestos en juego.

III. LAS APORTACIONES REGISTRALES MAS SIGNIFICATIVAS

Expuesto lo que antecede y antes de entrar en el detalle de la regulación registral contenida en la Ley, parece de interés señalar cuáles son las aportaciones más relevantes contenidas en ella.

Tres son, a nuestro juicio, las novedades más destacables deducidas de la Ley, con incidencias registrales directas, y aun puede aludirse a una cuarta medida que, aun no teniendo un origen registral, tiene inequívoca trascendencia en el ámbito del Derecho privado, cual es el de la extensión objetiva del dominio sobre las edificaciones carentes de cobertura urbanística y su repercusión además sobre los derechos reales que les afectan, en especial las hipotecas, aunque también puede afectar al derecho de superficie, hoy ya con experiencia práctica, a la propiedad horizontal y más teóricamente que en la práctica a otros derechos reales como el de habitación.

Las medidas, a nuestro juicio, más importantes son las correspondientes a la exigencia de licencia y certificación de acomodarse la obra al proyecto autorizado para las inscripciones de las declaraciones de obra nueva; la admisión por primera vez en el ordenamiento español de la anotación preventiva de demanda en el proceso contencioso-administrativo, aunque reducida, con un léxico poco feliz, a las que tengan por objeto "la anulación de instrumentos de planeamiento, de instrumentos de ejecución del mismo o de licencias", según el número 6 del apartado primero de la adicional décima y la inscripción separada del aprovechamiento urbanístico.

A ello se une la cuestión de grueso calado resultante de la enfática declaración legal del artículo 25.1 de que sólo la edificación concluida "al amparo de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística queda incorporada al patrimonio de su titular", declaración acorde con la intención dominante de toda la Ley, según resulta de los artículos 11 y siguientes y apartados III y IV de la exposición de motivos, la cual está sumiendo ya en la perplejidad al sector inmobiliario y, de manera

especial, a las entidades financieras dedicadas al mercado hipotecario que para la concesión de crédito aseguran la imposibilidad real de acudir a los criterios tradicionales de valoración, los cuales serán rebajados hasta el valor catastral de tal manera que sólo podrán aumentarlos mediante fianzas personales de los promotores, lo que supondría la inutilidad de las formas de responsabilidad limitada de las sociedades.

Aquí, y para este trabajo, hemos elegido la primera cuestión, por ser la que nos ha parecido más perentoria para la vida registral y porque, respecto de las demás, será fundamental conocer cuál ha de ser el desarrollo reglamentario (2).

No obstante, me parece de interés aludir brevemente a la anotación referida. En múltiples ocasiones había abogado para ello y son testimonios de esta actitud las conclusiones del Congreso de Derecho Registral de Madrid último y las deliberaciones de la Asamblea de Registradores de Barcelona.

También se debatió el tema con ocasión de la Ley en Comisión. Pero debe resaltarse que, dada su trascendencia y aun a pesar de la opinión unánime a su favor, la Comisión entendió que su implantación debía dejarse a la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por lo cual no se contuvo en la propuesta.

La sorpresa es que después salió en la Ley, aunque con redacción poco afortunada, como lo demuestra el hecho de que mientras la anotación debe decretarse judicialmente, su prórroga, dice el apartado tercero, se efectuará "a instancia del órgano urbanístico actuante", lo que no parece coherente, puesto que la prórroga siempre ha de ser judicial, ya que también la anotación tan sólo puede decretarse judicialmente.

Tales son las líneas básicas de la reforma sin perjuicio de las restantes materias sobre inscripción de los proyectos de reparcelación o compensación, clases de asiento, su duración y eficacia, etc.

De todo ello se deduce un hecho importante, y es la recepción amplia del Registro en el proceso urbanístico, con independencia de la mayor o menor fortuna de sus preceptos, al haberse hecho uso de unos trabajos provisionalmente redactados.

Afortunadamente queda la defensa de la redacción del Reglamento, refugio socorrido de todas las Leyes y más cuando son tan complejas como ésta.

Pero aún más. Con independencia de los preceptos registrales de la nueva Ley, hay que decir también algo muy importante. La Ley ha instau-

(2) Su expresión se corresponde con el debate suscitado en la reunión celebrada en el Colegio de Registradores el 2 de octubre, del que se han recogido, para añadirlas al texto, diversas cuestiones planteadas.

rado un sistema complejo de transferencias de aprovechamiento a espaldas de que su operatividad, si quiere ser eficaz y no dar al traste con todo el entramado del tráfico jurídico inmobiliario, tiene que fundarse en el registro. De otro modo no podrá aplicarse.

Por eso bien puede decirse que el futuro Reglamento Hipotecario es imprescindible para que gran parte de las previsiones legales sean operativas sin mengua de la seguridad jurídica. Si el Reglamento no lo hace, la Ley, al menos en este punto, será papel mojado. No es que el Reglamento trate de enmendar a la Ley, sobre todo en las materias que le son ajenas, sino que todas aquellas que incidan sobre el ámbito del Derecho Privado es imprescindible que permita la traducción del esquema legal en términos civiles inteligibles.

IV. LA INSCRIPCION DE LAS DECLARACIONES DE OBRA NUEVA

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La exigencia para la inscripción de las declaraciones de obra nueva de que el título testimonie la licencia concedida y la certificación del técnico competente acreditativa de que aquella se ha ejecutado "conforme al Proyecto aprobado", según dice el artículo 25.2 de la Ley, al que se asigna el carácter de legislación básica en el número 1 de la disposición final primera, constituye una novedad de gran importancia y consecuencias prácticas evidentes.

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 medida arbitrada por la Ley hay que recordar que fue uno de los puntos sugeridos por la Asamblea de Registradores celebrada en Barcelona en diciembre de 1988.

Puede ser que para la opinión de algunos se atribuya al Registro una posición beligerante en el control y policía de la edificación, por ser éste un cometido de las Administraciones Públicas y no de una institución tan ajena a ella y tan singular como la del Registro de la Propiedad.

La objeción, sin embargo, no es difícil de desmontar, sin perjuicio de la legitimidad corporativa alcanzada por el acuerdo de la Asamblea de Barcelona, si es que aquella sugiera en sedes registrales.

La razón es bien sencilla: la institución registral es parte integrante de la estructura del Estado de Derecho proclamado por la Constitución, del mismo modo que lo es la institución notarial. Al formar parte ambas de las instituciones de un Estado de Derecho, no es concebible que alcancen protección ante ellas actos que se acojan a su régimen si estos actos carecen de legitimidad; en cualquiera de los ámbitos de que procedan, como es el urbanístico.

Pretender que el Notario o el Registrador actúen respecto de ellas dándoles la tónica función a sus instituciones de zonas exentas no es hoy concebible cuando la ordenación y el uso y el suelo han alcanzado la categoría de funciones públicas sólo protegibles en sus efectos si éstos son conformes con el planteamiento o con los actos de la Administración interviniente, por lo que, en última instancia, su intervención es pura consecuencia de la aplicación del principio de legalidad.

2. RANGO LEGAL DEL PRECEPTO

Según hemos indicado la disposición final primera incluye al artículo 25 dentro de los preceptos a los que da el carácter de legislación básica, conforme al artículo 149, 1, 1.^a, 13, 18 y 23 de la Constitución, sin especificar concretamente en qué apartado se funda cada catalogación de precepto de carácter básico.

Sin entrar en el más que espinoso problema de la competencia del Estado para dictar la Ley que comentamos, lo que sí puede decirse es que las normas básicas, normas que han de tener rango formal de Ley, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular la Sentencia de 21 de diciembre de 1989, son normas a desarrollar por la legislación autonómica de acuerdo con los Estatutos, según la competencia asumida y sujetas al contenido de mayor rango formulado (3).

(3) Otra Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1989 recuerda que para el Tribunal Constitucional, desde la de 28 de julio de 1981, la legislación básica se refiere a la "que corresponde al Estado y la legislación o normación de desarrollo a cada Comunidad Autónoma". Confrontar los trabajos de Antonio JIMÉNEZ BLANCO: "De nuevo en torno a las Leyes Orgánicas, las bases y la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas", en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 53, y el de MARTÍNEZ SOSPEDÁN en la *Revista General de Derecho*, núm. 513, pág. 309, bajo el título "La legislación básica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". La fragilidad de la Ley en todos los campos de conexión con la legislación autonómica es notoria. En el registral, que es competencia del Estado, no se ha atrevido a decir, como proponía la enmienda, que es de aplicación directa, considerándola como básica, siendo así que, por el contrario, el ámbito urbanístico es competencia exclusiva de las Comunidades. A la vista de ello, y dada la perplejidad del precepto, parece que

Inicialmente, por tanto, quiere decirse que el precepto aludido puede ser completado por el legislador autonómico.

Pero con ello se produce la anómala consecuencia de que justamente en el orden registral la competencia del Estado es exclusiva, según el artículo 149.1.8.^a de la Constitución, lo que no parece ser coherente con el hecho de que el precepto actual esté integrado en la legislación básica que es lo que ocurre con los epígrafes 13, 18 y 23 del número 1 del artículo 149 que aluden a la regulación de las bases de distintas materias, lo que no ocurre en la regla 8.^a

3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

LEYENDO las disposiciones adicionales se advierte el complejo mecanismo de extensión territorial al que se aplica la Ley. Esta, en principio, sólo es de aplicación a los municipios capital de provincia o de más de 25.000 habitantes. Pero las Comunidades Autónomas pueden incluir en su ámbito los municipios comprendidos en los entornos metropolitanos, excluir municipios que no sean capital de provincia o tengan más de 50.000 habitantes o incluso hacer que sea aplicable en municipios de menos de 25.000 habitantes aunque no formen parte de entornos metropolitanos.

¿TIENE alguna trascendencia en la aplicación del precepto este complejo mecanismo? Es decir, ¿no es de aplicación la medida en los municipios que sean menores de 25.000 habitantes?

SEGÚN entendemos, el artículo 25 es aplicable a todo el territorio nacional desde la entrada en vigor de la Ley. La razón estriba en que el número 3 de la adicional primera hace de aplicación directa a la Ley "en los municipios en que no se aplique... con carácter general" en diversas materias, dentro de las cuales está la referida a la "adquisición gradual de facultades urbanísticas".

El precepto no contiene mayores especificaciones, por lo que resulta obligado acudir a los conceptos contenidos en su exposición de motivos y los artículos que la desarrollan.

Partiendo de este punto de referencia, uno de los conceptos centrales en que se funda la Ley es el de que "el planeamiento confiere sólo una aptitud inicial para la edificación de un terreno". El cumplimiento de los

las Comunidades podrían variar las condiciones urbanísticas de los documentos necesarios para la inscripción, como ya lo han hecho en otras ocasiones. Pero si el Reglamento desarrolla la Ley, ¿en qué situación quedará su contenido? ¿Podría desarrollarse por la legislación autonómica? ¿Son sus preceptos inamovibles? La Ley de Canarias a la que nos hemos referido se introdujo en la regulación registral, aunque con distinto contenido que la Ley del Estado. ¿Cuál será la evolución futura?

deberes inherentes al proceso urbanístico es el que determina "las diversas facultades que gradualmente se van incorporando". El punto final, con la consolidación del derecho a la edificación —que está precedido de los derechos a urbanizar, al aprovechamiento urbanístico y a edificar—, es el que transforma las expectativas y facultades urbanísticas en derechos incorporados al patrimonio de su titular, siempre y cuando "la edificación ejecutada y concluida" sea conforme con la licencia concedida y la ordenación en vigor.

Partiendo de este principio, parece claro que el punto culminante del proceso de desarrollo urbanístico está en la edificación, la cual únicamente cuando ha cumplido las etapas anteriores "queda incorporada al patrimonio de su titular", según el artículo 25.1.

Debe entenderse por eso que cuando el número 3 de la adicional primera está ordenando la aplicación de la Ley, incluso "en los municipios en que no se aplique con carácter general", respecto de las "disposiciones específicas contenidas en las mismas sobre adquisición gradual de facultades urbanísticas", está queriendo decir que todas las normas integrantes en el capítulo III del título I relativo al Régimen del Suelo urbano y urbanizable son directamente aplicables a todo el territorio nacional.

Por ello, dada la nominación del capítulo, 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 no 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 (4).

(4) Me parece de interés detectar la coherencia entre la tesis mantenida por mí en otras ocasiones, en especial acerca de la posibilidad de inscribir los actos de segregación y venta resultantes de parcelaciones irregulares con base en la interpretación dada al art. 94 de la Ley cuyo texto no sanciona con nulidad civil el ilícito urbanístico resultante de la parcelación ilegal. Esta interpretación no es aplicable a la inscripción de la obra nueva carente de licencia, porque la obra nueva tiene por finalidad constatar un hecho

Esto es lo que se deduce de la interpretación del texto de la Ley. Otra cosa es que el mandato legislativo sea o no el debido. Parece, en efecto, que la generalización en la aplicación del precepto a todo el territorio nacional, como si todos los municipios de España fueran Madrid, Barcelona o los grandes núcleos urbanos, es claramente una utopía, porque la realidad es que en innumerables municipios de la España real, en los que no existen tensiones urbanísticas, municipios de exigua población, aldeas y zonas deprimidas, ni los Ayuntamientos exigen las licencias ni hay técnicos colegiados dedicados a la redacción y desarrollo de proyectos. ¿Se pueden pedir en ellos el cumplimiento de los requisitos legales? ¿Y se puede exigir a esta población, económicamente en los límites del subdesarrollo, aunque pertenezcan a provincias en cuya capital sea razonable que se pida, que presenten un proyecto, obtengan una licencia que normalmente los Ayuntamientos no están siquiera acostumbrados a dar y busquen un técnico que certifique? Parece obvio que no, por lo cual no estará de más intentar que también el Reglamento Hipotecario terciara en la interpretación espacial de la Ley, y ya que éste, en la adicional primera, 3, ha seguido también una terminología conceptista, en vez de hacer referencia terminante de los preceptos de aplicación directa, concretará la exigencia espacial de la licencia o, por lo menos, creará términos sencillos para facilitar su aplicación.

Lo contrario será insistir en una apriorismo voluntarista carente de justificación y avocado a causar el desprestigio de la norma.

4. LA CERTIFICACIÓN DEL "TÉCNICO COMPETENTE"

La expresión legal es poco afortunada, ya que deja sin determinar claramente qué técnico es el que ha de certificar, si puede ser distinto a aquel bajo cuya dirección se ejecutó la obra, si la exigencia de una competencia específica excluye que pueda certificarse por quien sin tener un título técnico, en los usos sociales, sobre todo de municipios rurales, esté reconocido en la práctica para ejecutar obras y, por fin, cuál es la situación de obras concluida antes de la entrada en vigor de la Ley si se declaran con posterioridad.

que para acceder al sistema registral tiene que estar legitimado por la licencia, mientras que la venta resultante de una parcelación ilegal es un negocio jurídico que no ha sido tachado de civilmente nulo por el legislador. Confrontándose el trabajo "Ilicitud administrativa y validez civil" en los Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero, publicados por el Centro de Estudios Hipotecarios, págs. 1167 y sigs. En todo caso, la diversidad legislativa producida por las Comunidades Autónomas con dudosas prohibiciones de inscripción ha provocado una dispersión evidente de los conceptos.

Al ser éste un requisito de verificación meramente notarial y registral se deja a los encargados de aplicar el precepto sin términos suficientes para hacerlo, si se tienen en cuenta, además, las controversias judiciales mantenidas entre distintos colectivos profesionales en orden a las competencias para redactar proyectos y ejecutar obras. Es el caso frecuente entre Ingenieros de Caminos y Arquitectos, entre Ingenieros Industriales para edificios de carácter industrial y los Arquitectos, y, por fin, entre Aparejadores o Ingenieros Técnicos y Arquitectos e Ingenieros Superiores.

Al encomendarse en el apartado 6 de la adicional décima al Gobierno la función de desarrollar la misma en el Reglamento Hipotecario, es previsible que entonces se precisen estos extremos.

A tal efecto la determinación del técnico encargado de calificar parece que no puede estar desligada del que hayan tenido a su cargo la responsabilidad de la ejecución de las obras, tanto porque éste será el que tenga un conocimiento efectivo de ellas como porque de algún modo ha de quedar predeterminada jurídicamente la legitimación inequívoca para certificar, sin perjuicio de los supuestos excepcionales de muerte, negativa injustificada, etc.

La Ley del Suelo, en su versión de 1975, utiliza en el artículo 228 la expresión de "técnico director" de la obra, por tanto, independientemente de quien redactó el proyecto. Este debe ser por ello, en mi opinión, el que la expida, dando por resuelto al Notario y al Registrador un problema de decisión de competencias que les es ajeno (5).

Lo cual significaría que con la nueva expresión de ser el técnico encargado de la ejecución de la obra quedará cumplido el trámite sin disquisiciones sobre si es el que podrá ejecutarla legalmente o no.

El control de esta circunstancia debe quedar remitido a los Colegios Profesionales respectivos, que al visar la certificación verificarán si es realmente o no el director de la obra, ya que es a través de los Colegios como se abonan los honorarios profesionales, de tal manera que también las certificaciones han de ser visadas. Si el técnico y su Colegio intervienen indebidamente, es en cambio cuestión independiente (6).

(5) En las intervenciones en la reunión de 2 de octubre de 1990 se adujeron razones en favor del técnico redactor del proyecto, cuando se trate al menos de obras nuevas en construcción, y, en todo caso, del técnico municipal para el supuesto de negativa de cualquiera de ellos, falta de técnico titulado, etc.

(6) El significado del visado para estas certificaciones, respecto de técnicos colegiados, parece razonable, ya que el que puede asegurar que quien la expide tiene competencia para ello y ha redactado el proyecto o dirigido su ejecución. Por otra parte, no puede confundirse el visado colegial de acreditación del técnico firmante de la certificación, que ha de delimitarse a garantizar su condición de tal, con el visado colegial del art. 228.3 de la Ley que está referido a "los proyectos técnicos precisos para la obtención de licencias", es decir, previos a su concesión y no posteriores a ella.

En los municipios rurales en los que los Ayuntamientos no exijan titulación técnica para ejecutar las obras no debe entenderse que la Ley ha provocado la desautorización de toda una clase social enraizada en la sociedad rural, sino que aquella debe ser interpretada según la realidad social en la que se produce el hecho. Porque si los Ayuntamientos pequeños, cuyo rango constitucional es el mismo que el de los grandes municipios del país, permiten que miembros de gremios laborales no técnicos dirijan las obras, sería absurdo pensar que para inscribir la obra nueva se exigiera la intervención de un técnico que ni la ha dirigido ni así lo requiere el Ayuntamiento.

En tales casos, parece legítimo que el Notario autorizase el título admitiendo la certificación de quien por notoriedad, lo que en algunos casos podrá conocerse, por constarle en virtud de documentos del propio Ayuntamiento o por cualquier otro medio de prueba, pueda hacer la obra incorporando la certificación del maestro director de las mismas.

5. LAS OBRAS NUEVAS TERMINADAS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY

En cuanto a las obras concluidas antes de la entrada en vigor de la Ley, ¿es razonable que sea exigible la certificación aunque el otorgamiento documental sea posterior?

En la enmienda se proponía que la necesidad de licencia no fuera exigible a las declaraciones de obra nueva finalizadas antes de la entrada en vigor de la Ley.

A su vez, en el primer texto de la Ley publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, el 27 de julio, se contenía una disposición transitoria octava, según la cual el artículo 25.2 "no será aplicable a las declaraciones de obra nueva finalizadas, al menos cuatro años antes de la entrada en vigor de la presente Ley".

Pero curiosamente esta disposición se eliminó en la corrección de erratas efectuada en el *Boletín* número 186, página 22854, pocos días después (7).

La inexistencia de esta norma transitoria, procedente de una enmienda no admitida, parece significar que la intención del legislador ha sido la de exigir la licencia para toda clase de declaraciones de obras nuevas no

(7) Rafael FLORES MICHEÓ, con su inagotable sabiduría, destaca el insólito procedimiento de modificación del texto publicado por vía de corrección de erratas, suprimiéndose una disposición entera, y cita dos antiguos trabajos de PÉREZ SERRANO y JAIME GUASP sobre el mismo tema.

inscritas, aunque se trate de obras ya terminadas a la entrada en vigor de la Ley.

Desde un punto de vista general, parece claro que una obra concluida hace tiempo no pueda ahora exigírsele la licencia y la certificación, ya que posiblemente ni el técnico que la hizo esté en condiciones de asegurar la conformidad, ni siquiera haya posibilidad material de conseguir la licencia, y, sobre todo, seguro que el técnico se desinteresará de un testimonio que sólo puede darle problemas si no es correcto.

Por el contrario, para obras terminadas en días o meses anteriores, la solución es menos clara, sobre todo acudiendo al cómodo argumento conceptual de que la Ley lo exige para los otorgamientos de las escrituras de declaración de obra nueva, por lo que si éstos son posteriores hay que exigirlo,

Si la desautorización de la enmienda evidencia un intento de generalización de la licencia, lo que en términos absolutos no parece que tenga justificación, al menos parece que el Reglamento, ante el silencio de la Ley, debe arbitrar remedios más realistas para hacer frente a las situaciones que han de producirse. Tal sería el caso de admitir para obras realizadas antes de la Ley, que se pueda acreditar por acta notarial su antigüedad, el certificado de final de obra, el alta fiscal de la edificación o la valoración fiscal de ésta, etc.

¿Existe en la Ley algún momento de juicio que permita no llegar a una consecuencia tan drástica de exigir en todo caso licencia y certificación a los otorgamientos posteriores a la entrada en vigor de la Ley?

Según se reconoce por alguno de los redactores de la Ley (8), la disposición transitoria sexta, en cuanto admite la patrimonialización de edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley, cuando no se puedan adoptar las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, si no estuvieran realizadas conforme a la ordenación aplicable, permite entender que tales edificaciones, según el esquema legal, están plenamente consolidadas.

Como el Decreto-ley de 16 de octubre de 1981 fijó el plazo de cuatro años como máximo para el ejercicio de las facultades de restablecimiento de la legalidad en su artículo 9.º, quiere decirse que si por cualquier medio de prueba resultara que las edificaciones cuentan con más de este plazo de duración resultaría evidente la innecesariedad de la licencia.

(8) Me refiero a José Manuel MERELO en la respuesta a la duda suscitada por mí en la Conferencia dada en Torremolinos el 21 de septiembre de este año. En las discusiones en el Colegio se aludió por MENÉNDEZ a la exigencia de la licencia como medida de penalidad civil a la que se daría eficacia retroactiva en contra de la Constitución, así como a las transitorias tercera y cuarta del Código.

En todo caso, como es obvio, no debe dudarse de que las obras nuevas declaradas antes de la entrada en vigor de la Ley y no inscritas son susceptibles de inscripción sin necesidad de la licencia y la certificación.

6. EL DOCUMENTO ACREDITATIVO DE LA LICENCIA

La Ley exige la licencia para inscribir, lo cual, dada la general aplicación del precepto, según entendemos, ha de plantear no pequeños problemas en los medios rurales.

Varias cuestiones se plantean frente al documento de la licencia.

La primera de ellas, la de su identificación con la escritura de declaración de obra nueva, ya que el modo de expedir las licencias es muy diverso a su vez; ningún inconveniente hay en que la licencia se haya expedido a nombre de una persona y la declaración de obra nueva la haga otra, ya que el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales autoriza a la cesión de licencias según el artículo 13.1, y el artículo 12 consigna como una de las circunstancias propias de las licencias que éstas se otorgan "salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero", por lo que es perfectamente legítimo que quien no sea propietario pueda pedir una licencia para terreno ajeno.

Por fin el contenido puede ser técnicamente complejo y difícil de interpretar.

No obstante la combinación entre licencia y certificación permite superar la eventual dificultad de identificación, ya que si el técnico certifica que la obra descrita es conforme con la licencia testimoniada será bastante, sin más averiguaciones.

Otra cuestión es la de si debe recogerse en la inscripción el contenido de la licencia o bastará decir que se acompaña en unión de la certificación.

Sin perjuicio de lo que resulte del Reglamento cabe decir:

1) Que salvo el caso de que el Reglamento precise que determinados extremos de la licencia se recojan en el asiento, en su defecto bastará con manifestar la constancia de estar testimoniada en el título, con indicación de la fecha del otorgamiento y autoridad que la concedió.

Todo ello porque a los efectos del artículo 25 de la licencia es contemplada como documento complementario acreditativo del cumplimiento de un requisito administrativo de carácter meramente autorizante y sólo como documento determinante del contenido y origen de un título o de un asiento. Buena prueba de ello es que la adicional décima recoge como objeto de asiento, independientemente en el número 4, "las condiciones especiales de concesión de licencias".

El problema está en si el Reglamento debe exigir algo más, en particular los usos, los metros cuadrados edificables y el número de viviendas por ejemplo. La decisión del Gobierno en este punto parece lógicamente que deba ir orientada a que si ha instaurado la medida como instrumento de cooperación en la disciplina urbanística deba exigir alguno de estos extremos, ya que resultaría anómalo que una licencia se diera para veinticuatro viviendas y en la división horizontal se crearán más, y lo mismo en cuanto al uso y los metros cuadrados construibles, aunque estos últimos pueden ser más difícilmente verificables.

La hipótesis ha sido contemplada por la Ley de Canarias de 14 de mayo de 1990 cuando dice que "si así constare en la licencia presentada, el volumen edificable de la finca se reflejará en la inscripción que se practique en el Registro de la Propiedad correspondiente, y especialmente la circunstancia de que la obra nueva declarada agota, si este es el caso, el volumen autorizado...".

No obstante, 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 los 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 que si la licencia no marca un máximo tampoco está vinculado el promotor.

Por tanto, al menos hasta la publicación del Reglamento, parece bastar con que en el asiento se consigne que esté testimoniada en el título licencia concedida sin referencia a su contenido.

2) En todo caso, si se otorgase en el mismo título la declaración de obra nueva y la división horizontal, y la licencia contuviera el número de viviendas, no parece posible que se creen más en la división horizontal por un elemental principio de coherencia.

3) Si la licencia presentara atisbos de no ser la correspondiente a la obra declarada, el Registrador podrá suspender la inscripción mientras no se acredite que son coincidentes.

7. EL CONTENIDO DE LA CERTIFICACIÓN

El artículo 25.2 dice que la certificación ha de referirse a que "la obra es conforme al proyecto aprobado". En el mismo número, respecto de la obra nueva en construcción, se precisa que la certificación acreditará que "la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia".

Las expresiones utilizadas son genéricas y precisan un adecuado entendimiento para que sean operativas y, al tiempo, adecuadas. Entre otras razones, por una elemental: no existe seguramente obra alguna en la práctica que se acomode "absolutamente" al proyecto autorizado. Esta es una realidad por lo que o la Ley exige un requisito que no puede de verdad cumplirse o se llegará a una práctica estéril en la que se certifique a conciencia de que lo que se dice es verdad.

Partiendo de ello, y puesto que las diferencias entre unos desvíos del proyecto y otros pueden tener entidad muy diversa, parece aconsejable que el Reglamento descienda a concretar cuál es lo importante. Porque, como es obvio, el que una ventana tenga unos centímetros de más que los autorizados o se haya eliminado un tabique que separaba dos habitaciones, según el proyecto, no es un vicio que deba reputarse esencial.

¿Cuál es lo esencial entonces?

Cuando la Ley de 1975 se refiere a las licencias lo hace con respecto a los actos de edificación o uso del suelo. Quiere decirse, pues, que, en principio, toda licencia está polarizada en esto dos extremos: las condiciones de la edificación y el uso dado al suelo. Sin embargo, la progresiva incorporación de nuevos elementos relevantes a la edificación han puesto de manifiesto también nuevas circunstancias fundamentales, como hemos apuntado más atrás; nos referimos al uso de las partes edificadas legítimas del edificio, cuando aquél está normado y restringido por el planeamiento, y a la densidad o número máximo de viviendas construibles en las edificaciones residenciales, como acabamos de ver.

¿Debe referirse la certificación a este extremo únicamente o ha de dársele un contenido tan genérico que sea ineficaz?

Según entendemos la certificación está enmarcada por estos límites:

a) Como es evidente, en su dimensión temporal, sólo puede venir referida a la obra terminada o iniciada a la que va ligada, pero no a sus modificaciones posteriores, que pueden ser ejecutadas con o sin licencia, y, en todo caso, sin la intervención del mismo técnico.

Quiere decirse, pues, que si el propietario realiza clandestinamente una modificación posterior será bajo su responsabilidad, que no alcanzará al técnico certificante. Congruentemente con ello si la modificación posterior

quiere inscribirse tendrá que repetirse el trámite aportando nueva certificación.

b) La certificación es exigible para el otorgamiento de la obra nueva, pero no para la división horizontal. Por consiguiente, es ajeno al técnico certificador la configuración del régimen de la propiedad horizontal o la creación de mayores unidades registrales independientes.

c) Los cambios de uso posterior no ligados a una configuración estatutaria de trascendencia registral no son evidentemente controlables y, por ello, quedan al margen de las garantías registrales, aunque, según la jurisprudencia, tengan la calificación de infracciones continuadas que, como los delitos del mismo carácter, sólo prescriben a partir del acto obstativo.

d) Conforme al texto literal actual en las obras nuevas terminadas, la calificación se contrae a la "finalización de la obra conforme al proyecto aprobado", sin más aditamentos, mientras que en la obra nueva en construcción aquélla se ciñe a la descripción del título, ya que deberá acreditar "que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia".

Nada más dice la Ley, si bien afirmación tan genérica resulta excesiva, por lo que, al menos, parece que debía reconducirse al tenor literal del documento de la licencia, que será el que contenga las condiciones esenciales o a las circunstancias de la descripción en todo caso.

Sin embargo, como la obra nueva no tiene por qué referirse más que a la superficie edificada, si no va unida a la división horizontal, en definitiva, a falta de precisiones reglamentarias, hoy podría reducirse el contenido de la certificación a la superficie construible y el número de plantas, cuyas dos circunstancias sí que han de resultar, inicialmente al menos, de la declaración de obra nueva.

8. LA FORMA DE LA CERTIFICACIÓN

Tiene trascendencia este punto porque no resulta inocuo a la hora de verificar si se acomoda a las circunstancias de concesión de la licencia, a su identificación y a la legitimidad de su contenido.

Comenzando por éste, parece que la firma del técnico no requerirá legitimación independiente cuando cuente con el visado del Colegio al que pertenece quien lo expide. De carecer del visado o no estar colegiado quien la expide, por no existir Colegio profesional, la firma debe ser legitimada.

A su vez la certificación, aunque es bastante que afirme la conformidad con la licencia, parece que debe permitir conocer ésta si los terceros inte-

resados lo quisieran o simplemente como medio por el que se pueda verificar la coherencia entre la licencia dada y la conformidad certificada. Lo cual quiere decir que reglamentariamente podría exigirse la referencia al expediente de concesión.

En todo caso lo que sí ha de aclararse, para evitar alguno de los excesos judiciales conocidos últimamente, es no confundir la licencia con cualquier otro sucedáneo administrativo. La licencia es un documento formal que, cualquiera que sea el modelo exigido, debe contener inequívocamente la facultad de edificar, la fecha y la firma del Alcalde o del Concejal delegado para ello. Por tanto, no son licencias la cédula urbanística, el acuerdo de parcelación, ni cualquier otro que no contenga la expresada autorización.

9. LAS LICENCIAS ALCANZADAS POR SILENCIO ADMINISTRATIVO PASIVO

La concesión de licencia puede ser expresa o tácita, por haberse alcanzado por silencio administrativo positivo, lo que constituye una forma plena de concesión aunque no cubra la existencia de vicios cuya concurrencia no hubiera permitido la concesión expresa, como se encarga de seguir recordando la adicional cuarta de la Ley.

A su vez existen licencias para las que basta el transcurso del tiempo, sin necesidad de denuncia de la mora ante las Comisiones Provinciales de Urbanismo, una vez transcurrido el plazo de dos meses sin que se niegue o se conceda. Ordinariamente, para las obras mayores, es necesaria la denuncia de la misma y pasado el plazo de un mes desde ella, sin que se notifique la denegación, el artículo 9.7 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales dice que se entiende concedida tácitamente la licencia. Por último incluso en las Ordenanzas de algunos Ayuntamientos, entre ellos el de Madrid, se ha previsto el régimen del silencio positivo sin denuncia de la mora, tal y como resulta de la **Ordenanza Especial de Tramitación de Licencias y Control de Urbanismo** aprobada por el Ayuntamiento Pleno el 28 de abril de 1989. A ello se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1989, citándose incluso el famoso Decreto-ley Boyer, de 14 de marzo de 1986, el cual, aunque no propiamente para esta materia, aludió también a la autorización tácita.

Ante estas variedades y, principalmente, ante el hecho de existir licencias tácitas alcanzadas por el juego del silencio positivo, parece razonable entender:

- a) Que las licencias tácitas no hay inconveniente alguno de que pue-

dan servir de base también por las expedición de la certificación y que permitan la inscripción de la obra nueva.

b) Que al ser tales no puede acompañarse el documento de concesión de licencia.

c) Que no obstante, toda licencia tácita requiere que se haya iniciado un procedimiento administrativo y que se haya renunciado, por lo general, la mora.

El Registrador y el Notario pueden exigir el documento de presentación del proyecto y el de denuncia de la mora.

En función de la atribución real de facultades que en rigor son públicas, el técnico puede certificar con arreglo a su criterio que la licencia alcanzada por silencio positivo cubre la obra realizada. Ahora bien, la coherencia predicada más atrás debe permitir la verificación del hecho por quien tenga interés legítimo en ello, por lo que es razonable que se especifique el expediente administrativo, con su identificación si existiera, o se mencione en otro caso la fecha de presentación de la solicitud ante el Ayuntamiento (9).

Por ello parece razonable que en la escritura se testimonien la copia sellada del escrito de solicitud de las licencias y, en su caso, la del escrito por el que fue denunciada la mora ante el órgano competente.

Es razonable por ello que el Reglamento requiera en este caso que aun cuando la licencia no puede acompañarse, se testimonie, sin embargo, la copia sellada de la solicitud y el escrito también sellado de denuncia de la mora, si fuera exigible, a menos que se pruebe que la denuncia no es necesaria.

10. EDIFICIO PROYECTADO, AUTORIZADO O CONSTRUIDO

¿Se ha producido alguna alteración en el régimen del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria?

Para la Ley Hipotecaria es inscribible el edificio en régimen de propiedad horizontal "cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada", y dice en el párrafo siguiente del apartado cuarto que "en la inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados".

Según entendemos, con la diferencia exigible a partir de la Ley, de la licencia y la certificación, es plenamente aplicable la tesis de Cámara

(9) Más adelante se verá alguno de los problemas conexos con el silencio y los efectos de la licencia presunta de contenido imposible y las resoluciones tardías contradictorias.

cuando interpretando el artículo 8.º dice que "técnicamente cabe entender que la construcción ha comenzado una vez que el edificio ha quedado definido mediante la confección y consiguiente aprobación del proyecto correspondiente, elaborado por persona capacitada para ello y aprobado por las autoridades competentes... Parece, pues, obligado... sostener que edificio definido equivale a edificio comenzado".

Es decir, 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 si el edificio ha sido proyectado y está autorizado, ya con ello debe entenderse que está en construcción y facilitar su inscripción. Con ello adquiere la inscripción un punto de referencia objetivo que antes no tenía: el de ser una edificación autorizada al menos, con prueba cumplida de ello. Salvándose así la ficción repudiable de obras nuevas con división horizontal inexistente, cuya constancia registral detallada causa a veces sonrojo ante su ostensible situación.

Las particularidades de la obra nueva en construcción se producen en cuanto a los requisitos formales de la licencia y la certificación según hemos visto. Como en este caso el edificio no está concluido, el contenido de la certificación varía, pues en ella lo que se ha de acreditar es que "la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia", lo cual presenta unos matices diferenciales respecto del contenido de la certificación de la obra nueva terminada, ya que mientras en ésta el técnico certifica acerca de la "finalización de la obra conforme al proyecto aprobado", en la obra nueva en construcción, según acabamos de ver, ha de pronunciarse sobre la conformidad entre la descripción del título y el contenido del proyecto.

La diferencia es notable porque, aparentemente, en la obra terminada lo que el técnico dice es que se ha ejecutado conforme al proyecto, pero no que la declarada sea conforme con él, mientras que en la obra nueva en construcción ha de decir que se da esta conformidad entre el texto de la declaración y el de la licencia.

La identidad de razón del precepto debe exigir un mismo tratamiento porque no se entiende que la intervención del técnico se haga esencial para el otorgamiento y después quede descomprometido de su contenido. Por ello ha de manifestarse en todo caso sobre la conformidad de la descripción con la obra autorizada.

Lo que no se entiende es que para inscribir la obra terminada el

propietario haya de otorgar acta notarial con el certificado de finalización de la obra en el plazo de tres meses. ¿Qué quiere decir que si lo hace después no puede otorgarse o inscribirse, o que incurre en la comisión de una infracción urbanística? Ni una consecuencia ni la otra las dice la Ley, por lo que el plazo carece de sentido y no es más que expresión de la obsesión temporalista padecida por la Ley que para todo señala plazo. Si estas consecuencias no son predicables sería igualmente erróneo entender que por no hacer el acta de finalización entre meses no interesaba el edificio construido en el patrimonio de su titular.

En todo caso se ha de reseñar la alarma cundida en torno a si se pueden vender pisos en construcción ante el carácter constitutivo que la licencia tiene respecto de la patrimonialización del derecho a edificar y los riesgos de caducidad o anulación según los artículos 23 y 24, con la eventual expropiación o venta forzosa valorándose los terrenos al 50 por 100 en su aprovechamiento.

Los términos literales; con la expresividad plástica de que sólo si todo va bien la "edificación... queda incorporada al patrimonio de su titular" son desproporcionados. Pero debe estimarse fundamentalmente que la trascendencia y singularidad del Derecho Urbanístico no destruye todas las instituciones del ordenamiento en base a un "panurbanismo" en el que no se puede caer. De ser ésta la intención del legislador hay que decirlo y derogar los preceptos del Código Civil que son contrarios.

Por tanto, habrá que dar un verdadero sentido a tan pomposa palabra y permitir que se siga vendiendo aunque en los contratos el vendedor tiene que asegurar que la edificación se está ejecutando según la ordenación vigente y conforme a la licencia dada.

Un error sustancial de la Ley ha sido confundir el ejercicio obligado de la potestad de restaurar el orden jurídico perturbado con la consolidación patrimonial de las facultades urbanísticas y los derechos del titular del suelo. El sistema vigente hasta la Ley trasladaba las medidas de restauración del orden perturbado, incluida la demolición, a los terceros, en virtud de la subrogación legal del artículo 88 y de la imposibilidad de aprovecharse de las consecuencias patrimoniales de un acto ilícito. Los efectos de un delito y sus consecuencias, y por ello también de las infracciones urbanísticas no pueden nunca patrimonializarse, pero es por consecuencia de la infracción, no porque la licencia sea la constituyente del derecho.

No diferenciar estas situaciones es lo que ha generado un confusionismo perturbador, sin utilidad real y sólo por el prurito de destacar las consecuencias de un dogmatismo conceptista alejado de la realidad y del resto del ordenamiento.

Conviene aludir también, aunque a efectos hipotecarios parece intras-

cedente, a la problemática de los denominados proyectos básicos y proyectos de ejecución según el Real Decreto de 17 de junio de 1977.

Que la obra en construcción puede inscribirse con el proyecto básico autorizado parece indudable. Pero ¿y la terminada? La Sentencia de 25 de enero de 1988 dice que "el proyecto básico es conceptuado como la fase de trabajo en que se definen de modo preciso las características generales de la obra mediante la adopción y justificación de soluciones concretas, siendo suficiente, una vez conseguido el visado coloquial para solicitar la licencia municipal, pero insuficiente para llevar a cabo la obra, para lo cual se requiere el proyecto de ejecución que desarrolla el básico, ya que podrían ser desarrolladas las obras mediante otro proyecto complementario".

A pesar de ello, en la práctica, muchas licencias autorizan a la ejecución de las obras con sólo el proyecto básico si el de ejecución se ajusta a él, aun antes de que se notifique.

La distinción entre uno y otro, a efectos registrales, parece innecesaria porque si la obra ha terminado y el técnico lo certifica tiempo tuvo la Administración para exigir los detalles necesarios. Basta, pues, que haya terminado cualquiera que sea el tipo de proyecto.

11. LA INEXACTITUD DE LA CERTIFICACIÓN Y LA INVALIDEZ DE LA LICENCIA

Según hemos visto la Ley no es precisa en orden a las circunstancias de la certificación, pues en el caso de obras terminadas se limita a exigir que la certificación diga que la obra está concluida conforme al proyecto, mientras que en la correspondiente a la obra en construcción que la descripción del título es conforme con la licencia.

Sin perjuicio de la clarificación que resulte del Reglamento, en todo caso parece evidente que si la licencia y la certificación son correctas permiten la inscripción. Las vicisitudes que puedan surgir, debidas a no ser veraz la certificación o ser indebida la licencia, sin perjuicio de su valoración penal, ¿qué repercusiones tienen el orden registral?

La cuestión (10) es del mayor interés a fin de confrontar cuáles son en entonces los efectos de la inscripción, ¿qué papel juegan los principios hipotecarios, principalmente respecto de los terceros adquirentes de buena fe y, en fin, como *test* ante la apertura del sistema registral a la acción administrativa?

(10) José Manuel GARCÍA suscitó el tema en el debate de la reunión del Colegio de Registradores, así como en relación con las licencias alcanzadas por silencio administrativo y las supuestamente caducadas.

La respuesta a estos interrogantes parece que permite diferenciar la cuestión en estos términos.

A) *Defectos debidos a la licencia. Las licencias indebidas*

Concedida una licencia, como ocurre con todos los actos de las Administraciones Públicas, cae reaccionar frente a ellos por los particulares, en virtud de una causa fundada en el interés propio o en defensa de la legalidad, mediante el ejercicio de la acción pública, por la propia Administración concedente en vía contenciosa, previa declaración de lesividad, o mediante su revisión en vía administrativa conforme al artículo 187 de la Ley del Suelo (11).

En tales casos si prospera la impugnación o se acuerda definitivamente la revisión, ¿en qué situación queda la obra declarada y ejecutada conforme a la licencia, sin que haya habido extralimitación alguna? ¿Los terceros adquirentes de buena fe quedan protegidos por el asiento practicado cuando es el legislador el que ha elevado a la condición de requisito formal inexcusable la licencia para practicar la inscripción y, a su vez, ha dado igualmente cauce registral a las acciones de impugnación y de incoación del expediente administrativo sancionador?

Como se ve la cuestión es del mayor interés. En la legalidad vigente hasta 1990 la anulación de una licencia indebida perjudicaba a terceros, aunque fueran terceros hipotecarios, en virtud de la subrogación legal prevista en el artículo 88 de la Ley. ¿La situación en el nuevo régimen ha variado?

Es evidente que, de no existir terceros, por estar únicamente inscrita la obra nueva a favor de quien la hizo, respecto a él, conforme al artículo 33 de la Ley Hipotecaria la inscripción no convalida el acto nulo, sin perjuicio de las responsabilidades que frente a él se contraigan por la anulación.

Más difícil es la respuesta cuando hay terceros protegidos por la fe pública registral.

A favor de su vinculación por la nulidad está el argumento de que la

(11) No podemos entrar en el eventual ejercicio de la acción de revisión por las Comunidades Autónomas de la acción sustitutoria de revisión por inactividad municipal, supuesto que sería aplicable según la letra del art. 187 de conformidad con la nueva estructura del Estado y respecto del cual, como en general de las facultades de suspensión de acuerdos municipales en materia urbanística, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales los preceptos autonómicos que lo permitían. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de que las Comunidades impugnen los actos de concesión de licencias. Véase el trabajo de Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ en la *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 112, "El urbanismo en la jurisprudencia constitucional: notas críticas", pág. 13, a propósito de las Sentencias de 13 de mayo de 1986 y 11 de noviembre de 1988.

inscripción supondría la quiebra de la legalidad haciendo que actos ilícitos perdurasen por el mero hecho de haberse conseguido la inscripción, ya que tanto los principios de igualdad como de seguridad jurídica lo son de acuerdo con la Ley, pero no frente a ella. A su vez, que del texto de 1990 no se deduce la derogación de la subrogación legal del artículo 88. Por fin, los artículos 27 y 28 de la nueva Ley: el primero, porque declara que "no queda incorporada al patrimonio del propietario del terreno" la edificación realizada al amparo de licencia "posteriormente declarada ilegal" y, el segundo, porque sólo deja indemne al tercero hipotecario en el caso de edificaciones amparadas en licencia conforme con la ordenación urbanística, pero que excede "de la correspondiente al aprovechamiento urbanístico a que tiene derecho su titular".

En contra de la oponibilidad a terceros también existen argumentos poderosos tales como que el artículo 27 se está refiriendo a quien no parece que sea tercero, ya que se dirige al "propietario del terreno", y precisamente para evitar que aparezca el tercero dice que "la resolución administrativa o judicial... se notificará al Registro de la Propiedad", con el fin seguramente de evitar que se sorprenda la buena fe posterior de los terceros adquirentes; a su vez, la Administración tiene la facultad de tomar anotación preventiva de la incoación del expediente de disciplina urbanística o la anotación de interposición del recurso contencioso-administrativo para el ejercicio de la pretensión de nulidad de la licencia, ya se inicie por el particular o por la propia Administración. Por fin el argumento de que sí ha exigido la licencia para inscribir algún efecto ha de tener y no el de mera policía de la edificación.

El decidirse ante una u otra postura es inevitable porque entran en fricción dos órdenes jurídicos hasta ahora no puestos en contradicción: el orden registral, fundado en el principio de seguridad jurídica, exige la protección del tercero y sacrifica a veces derechos patrimoniales legítimos si se dan las condiciones de protección; el orden administrativo y urbanístico exige, en materia de disciplina urbanística, la defensa a ultranza de la legalidad basada, además, en la autotutela de la Administración para su restablecimiento.

Quizá por ello la contradicción es más aparente que formal, ya que la prevalencia de los efectos del Registro en aras del principio de seguridad jurídica se hace en relación con conflictos de derecho de contenido patrimonial paralelo. Tal sería el caso, incluso en la relación con la Administración, en el supuesto de embargos por débitos fiscales no anotados frente al tercer adquirente posterior. Pero no existe igual simetría cuando, de un lado, está un interés patrimonial de conservar un bien y, en el otro, un pronunciamiento judicial o administrativo del que resulta que tal bien

es ilícito y contrario al principio de legalidad. El orden público parece demandar en tales casos que prevalezca la legalidad material, incluso frente a terceros, sin perjuicio de que éste tenga derecho a ser compensado por la ruptura de la apariencia de legalidad resultante de la licencia indebida e incluso de la negligencia de la Administración, al menos, que pudiendo utilizar las medidas cautelares de aviso a los terceros no lo hizo.

En todo caso, como merece ser estudiado por extenso, la anotación de la incoación del expediente disciplinario, de la revisión de oficio o del proceso contencioso no es de mera noticia para terceros de su existencia. Sirve también para trasladar a los eventuales adquirentes posteriores la carga de acudir al proceso y releva al actor de la necesidad de incoar nuevo proceso contra ellos, aunque estén sujetos legalmente a los efectos de la resolución administrativa o judicial, frente al riesgo de que, por no constar la anotación, estuviera indebidamente formada la relación jurídica procesal dada la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha declarado insuficiente el llamamiento por edictos de la Ley de Jurisdicción Contenciosa y exige la citación de quien esté interesado en el mantenimiento del acto.

B) *Defectos debidos a la construcción. Obras abusivas*

La situación de ilegalidad en este caso procede no de la licencia, sino de la obra realizada frente a la cual, además, se ha expedido una certificación irregular. No existe, por tanto, una situación administrativa derivada de un acto con apariencia de legalidad en el que confieran los terceros. La apariencia aquí surge de un ejercicio indebido de la licencia y de la facultad de certificar.

Por tanto, las consecuencias aquí son inequívocas: el tercero queda afectado, salvo en la hipótesis del artículo 28, en que el exceso de edificación es conforme a la ordenación, pero no con el aprovechamiento apropiable por exceder del que correspondería al constructor.

El tercero, en los demás casos, queda sujeta a la obligada restauración del orden jurídico perturbado en armonía con lo establecido en el artículo 52 del Reglamento de Disciplina Urbanística.

C) *Las licencias de contenido imposible y las llamadas resoluciones tardías*

En el caso de licencias alcanzadas por virtud del silencio administrativo positivo, la inscripción, en los términos expuestos, no es cuestionable. Pero ello no quiere decir que la licencia así adquirida sea irreprochable ni

impida el que, aunque sea anómalo, se produzca una resolución posterior contradictoria: la llamada resolución tardía. En ambos casos los riesgos de anulación de la licencia o de su inoperancia no afectarían a la inscripción, pero sí pueden desencadenarse frente a terceros.

La jurisprudencia anterior a la Ley de 2 de mayo de 1975, de reforma de la Ley del Suelo, había elaborado ya el concepto de que lo que no puede adquirirse de modo expreso tampoco puede entenderse ganado tácitamente como si el reconocimiento de la doctrina del silencio administrativo positivo equivaliese, según expresión de la época, al agua del Jordán que lavase todos los pecados de las peticiones indebidas. Esta doctrina se recogió en el artículo 178.3 de la Ley, se desarrolló en los artículos 5.º del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978, y 133 del Reglamento de Planeamiento de la misma fecha y ha sido recordada en la adicional cuarta de la Ley de 1990.

¿Significa esta eventualidad que no puede inscribirse la obra nueva resultante de una licencia alcanzada por silencio administrativo sin confrontar la petición con la Administración interesada? La respuesta debe ser negativa, porque ya hemos visto que incluso en las licencias expresas cabe su anulación, por lo tanto, la situación es idéntica potencialmente y el Registrador o el Notario, dado su carácter rogado, no tienen por qué solicitar de la Administración que aclare la situación resultante, lo que, además, previsiblemente no se obtendrá, porque si ha fracasado el particular en obtener una resolución expresa, a pesar de la denuncia de la mora, no hay motivo para esperar mejor suerte del requerimiento oficioso del Notario o del Registrador, con el agravante, en el caso de este último, de que el asiento de presentación caducaría con riesgo para el interesado, ya que no existe norma alguna que obligue al Registrador a cerciorarse de la situación.

A lo sumo cabría que el Reglamento obligase al Registrador o al Notario a dar parte periódicamente de las inscripciones de declaración de obra nueva con licencia tácita, porque, aunque hubieran pasado los plazos de silencio, no es inusual que después de operado el silencio la Administración, ya sea el Ayuntamiento o las Comisiones de Urbanismo, dicten una resolución expresa de contenido contrario a la licencia, que evidentemente tampoco debe impedir la inscripción si no se pone en conocimiento del Registro antes de la inscripción.

Una Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1987 dice que "la resolución tardía no podrá válidamente alterar la situación creada por el silencio positivo si no es utilizando los cauces formales previstos para la revisión de oficio de los actos declarativos de derechos..., por lo que se habrá de calificar de nula de pleno derecho la posterior denegación".

Pero, no obstante, la posterior resolución tardía, aunque sea indebida, no por ello deja de crear una situación de legalidad aparente, cuyos efectos son los de impedir la ejecución de la licencia tácita (12).

En tales casos parece evidente que la Administración autora de la resolución tardía debe aplicar analógicamente el artículo 27.1 y solicitar del Registrador que hagan constar su existencia en el folio de la finca, se haya o no inscrito la declaración de obra nueva.

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ
Registrador de la Propiedad

(12) Así, la Sentencia de 21 de noviembre de 1974, comentada en mi obra *Derecho Urbanístico*, Editorial Montecorvo, tomo II, pág. 403.