

ESTUDIO LEGISLATIVO

El artículo 37.2 del RD Legislativo 1/1992, de 26 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana: La declaración de obra nueva y el Registro de la Propiedad

SATURIO HERNÁNDEZ DE MARCO
MARÍA FERNÁNDEZ VERDUGO

SUMARIO: 1.— Introducción. 2.— Concepto de obra nueva y formas de constatación de la misma y momento de ingreso en el Registro 3.— La legislación hipotecaria y la regulación de la declaración de obra nueva. 4.— La Ley 8/90 y la normativa anterior. 5.— Los efectos registrales del certificado del técnico competente. 6.— Posibilidades de acreditación por otros medios. 7.— La declaración de obra nueva en construcción y la conformidad de la construcción con la licencia en edificio terminado y sus efectos registrales y la aplicabilidad de la exigencia de forma generalizada en todos los municipios. 8.— El plazo de tres meses para acreditar la terminación. 9.— El Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio y sus efectos. 10.— La declaración de obra nueva en el Registro de la Propiedad y sus efectos en relación a la constitución de garantías en la edificación. 11.— La Ley de Consumidores y las nuevas exigencias urbanísticas en la declaración de obra nueva. 12.— La nueva Ley de Procedimiento Administrativo, Ley 30/92, y las licencias por silencio positivo y el restablecimiento de la legalidad urbanística. 13.— Consideraciones finales.

La modificación para el régimen de la propiedad que ha supuesto la Ley 8/1990 y el RD legislativo 1/1992, de 26 de junio, (que deroga la Ley 8/90), texto refundido que ha sido dictado por la autorización concedida al ejecutivo por la disposición adicional 5.^a de la Ley 31/1991, (sin perjuicio de los problemas que, posteriormente, se dirán en relación a la legalidad de la refundición), ha significado el tratamiento desde otros aspectos de determinadas instituciones, que tenían una cierta raigambre de consolidación plena, que era difícil volver a considerar sobre ellas en una reflexión novedosa.

Uno de estos aspectos es el que corresponde a la declaración de obra nueva y a la licencia que tiene que ser su soporte, para que entre en el mundo registral, y, en definitiva, en el campo económico de las

transacciones sociales. Ello sin perjuicio de reconocer que ambas instituciones pueden articularse fuera de la realidad registral, pero es ésta la que normalmente les dota de mayores posibilidades y contenido, pues en base al Registro, las relaciones de garantía se producían con más intensidad y efectos económicos

En este ámbito es en el que se va a mover este comentario de un artículo concreto de la legislación vigente, el 37.2 del texto refundido, con la idea de exponer unas reflexiones para hacer plasmable el derecho de la obra nueva en un solar, a fin de que la obra nueva entre con todos sus requisitos y todos sus efectos en el mundo económico.

I. INTRODUCCIÓN

El art. 37.2 del RD legislativo 1/1992, de 26 de junio, que deroga al artículo 25.2 de la Ley 8/90, establece que «Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado. Para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técnico competente, acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso, el propietario deberá hacer constar la terminación [en el plazo de tres meses a partir de ésta, —exigencia de los tres meses que venía determinada por el art 25 2 de la Ley 8/1990, y que ha desaparecido sin base legal para ello, porque la refundición no lo permite como se observará en su momento—] mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada. Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras».

Esta norma prevalece sobre cualquier otra anterior y deroga todo precepto sobre la misma materia en cuanto sea radicalmente incompatible, (disposición derogatoria del RD leg. 1/1992), aunque el art. 37.2 integra con sus requisitos a las normas anteriores, que puedan compaginarse con las nuevas exigencias o se puedan interpretar coordinadamente con el mencionado precepto del texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

Se puede decir, consiguientemente, que con esta regulación, que varía, aunque no tan trascendentalmente como podría imaginarse —sin perjuicio de las posibles no adecuaciones del texto refundido a la legislación que se refundía— el régimen anterior, parcialmente mantenido en vigor, la declaración de obra nueva se expande en cuanto a sus efectos de forma general y como prius para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, según parece, en razón de la colocación o

ubicación sistemática del precepto, el párrafo segundo del primer artículo sobre esta materia, el art. 37, bajo la rúbrica «adquisición del derecho a la edificación», de la Sección 6.^a «Derecho a la Edificación», del Capítulo III, «Régimen del Suelo urbano y urbanizable», del Título I, «Régimen Urbanístico de la Propiedad del Suelo», puesto que es un requisito que se ha de producir necesariamente, junto a la terminación de la obra al amparo de una licencia no caducada y conforme a la ordenación urbanística, pár. 1 del art. 37, y no obstante de poder realizarse la declaración de obra nueva y su constatación registral en construcción, y sin perjuicio de los efectos y obligaciones posteriores una vez terminada la obra, que son de necesario cumplimiento para la plenitud de los efectos.

Esta determinación puede llevar a la consideración de que la declaración de obra nueva, en los términos y con las exigencias legales, es requisito ineludible para que esa edificación adquirida por la conclusión de las obras, en virtud de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística, tenga realidad social y efectos económicos en el ordenamiento y el *ius edificandi*, el derecho a edificar y a la edificación se incorpore definitivamente al patrimonio del titular.

Por otra parte, la declaración de obra nueva con los requisitos del artículo 37.2 del RD leg. 1/1992 deberá cumplimentarse para las obras en suelo no urbanizable y urbanizable no programado, art. 16.4 del RD leg. 1/1992.

Es incuestionable que esta exigencia establecida en el art. 37.2 del RD leg. 1/1992 origina que el Registro de la Propiedad, en las palabras de Laso-Martínez, adquiera un papel central en el fortalecimiento de la legalidad urbanística, aunque esta afirmación inicial de su artículo en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1990, (n. 601, noviembre, diciembre), bajo la rúbrica «*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*», no la engarze con la obtención de unas consecuencias que deberían de considerarse lógicas, como serían las derivadas de una mayor extensión e intensidad de la función calificadora, lo que no afirma en los apartados siguientes del mismo trabajo doctrinal.

Mayor extensión de la función calificadora como vía de seguridad de las relaciones que acceden al Registro, sin perjuicio de no legitimar la inscripción los actos y contratos que sean nulos con arreglo a derecho, de acuerdo a la legislación hipotecaria, art. 33 de la Ley.

2. CONCEPTO DE OBRA NUEVA Y FORMAS DE CONSTATAción DE LA MISMA Y MOMENTO DE INGRESO EN EL REGISTRO

La obra nueva supone la alteración física de un terreno, tanto en el suelo, como en el subsuelo, ya que puede ser que se construya un edi-

ficio sobre lo que antes era un solar, y como tal constaba en el Registro, por lo que se produce una discordancia entre los datos de hecho que figuran en el folio y la realidad, y la declaración de obra nueva será el medio previsto para la concordancia realidad-Registro de la Propiedad.

Es la declaración de obra nueva, por tanto, un instrumento jurídico para solventar en el Registro de la Propiedad una discordancia so-brenvenida en una finca inscrita.

Siguiendo a Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, en su obra «Derecho Inmobiliario Registral», (Editorial Bosch, 1984, segunda edición, reimpresión de 1990), podemos indicar que la obra nueva ha de comprender no sólo la edificación, sino también cualquier obra que transforme las circunstancias materiales de la finca.

Y así, también, serán susceptibles de ingreso en el Registro las variaciones del subsuelo de un edificio, como es el caso de los aparcamientos subterráneos o la instalación en el subsuelo de equipamientos comerciales o de ocio, tal y como recientemente ha puesto de relieve en un estudio especialmente dirigido a expresar las posibilidades urbanísticas del subsuelo el catedrático de derecho Administrativo Alejandro Nieto en la Revista Española de Derecho Administrativo, número 66, bajo la rúbrica «El subsuelo urbanístico», y que contempla a efectos de configuración urbanística, incluso de dotaciones de interés público, que tendrán necesariamente que figurar en el Registro, como variación de la realidad física de una finca, las diferentes configuraciones que pueden darse a los aprovechamientos en el subsuelo, a los que cabe atribuir, en supuestos específicos y según la naturaleza de la obra, la calificación de interés general.

La obra nueva puede entrar en el Registro por la constatación de la misma, en los términos del art. 208 de la Ley hipotecaria y 308 del Reglamento, con la prevalencia del art. 37.2 del RD leg. 1/1992, pero el momento de ingreso de la misma permite diferenciar: *a*): obra nueva construida, que ingresa en el Registro cuando la ejecución de la obra está totalmente terminada; *b*): obra nueva en construcción, cuando la obra está ejecutándose; *c*): obra nueva de pisos meramente proyectados, que lleva a la descripción de la obra nueva sobre plano, con los requisitos generales de los demás supuestos, posibilidad que permite la Ley hipotecaria, (artículo 8, pár. 3, núm. 4, pár. 2.º, inciso final), como se señalará posteriormente, que no impide el cumplimiento de los requisitos generales y prevalentes, que derogan cualquier norma sobre la materia, que esté o se encuentre en contradicción, de la legislación contenida en el texto refundido. Y se ha de precisar que el texto refundido es disposición de naturaleza básica, en los preceptos que se concretan en la disposición final única 1.ª, (y 2.ª para los preceptos de aplicación plena —para los que no hay posibilidad de disposición por los órganos autonómicos—), tanto para la legislación general, como para la especial, sin perjuicio de las posibilidades de desarrollo dentro

de sus competencias estatutarias y con título competencial específico por las Comunidades Autónomas o de las competencias de las mismas para legislar sobre aspectos o materias concretas, por lo que una legislación especial subsistente o que se pueda dictar tendría que derogar para el caso concreto los requisitos del texto refundido de forma expresa, para que no se apliquen las exigencias de esta nueva legislación, bien sean requisitos no básicos o los básicos, cuando se deroguen por Ley que dote al posterior precepto de la condición de básico.

Y el art. 37.2 del texto refundido es básico, por la determinación de la disposición final única, 1.º.

En los siguientes apartados se tratarán de las distintas circunstancias y problemas que se plantean.

3. LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA Y LA REGULACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

El artículo 208 de la Ley Hipotecaria señala: «Las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de una finca urbana podrán inscribirse en el Registro por su descripción en los títulos referentes al inmueble. También podrán inscribirse mediante escritura pública, en la que el contratista de la obra manifieste estar reintegrado de su importe por el propietario, o en la que éste describa la edificación, acompañando certificado del Arquitecto director de la obra o del Arquitecto municipal».

El desarrollo de esta norma por el art. 308 del Reglamento Hipotecario lleva consigo una adecuación concreta del precepto legal sin otras consideraciones o especificaciones, porque se ajusta, suficientemente, al art. 208 de la Ley Hipotecaria, al que únicamente aclara.

Así el art. 308 del Reglamento Hipotecario indica que «Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 208 de la Ley, la inscripción de las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de las fincas urbanas podrá efectuarse: 1.— Mediante su descripción en los títulos referentes al inmueble, por los que se declare, reconozca, transfiera, modifique o grave el dominio y demás derechos reales, o se haga constar solamente la plantación, edificación o mejora; 2.— Mediante escritura pública descriptiva de la obra nueva, en la que el contratista manifieste que ha sido reintegrado del importe de la misma o a la que se acompañe certificado del Arquitecto director de la obra, o del Arquitecto municipal, acreditativo de que la construcción está comenzada o concluida».

El art. 17 del RD 3184/78, de 10.11, sobre viviendas de protección oficial, ya exigía la inscripción de la declaración de obra nueva comenzada y licencia municipal de obras, para que pudiera concederse la calificación definitiva y eso es una cuestión que avanza en la seguridad

jurídica respecto de otras situaciones, que, por otra parte, ha venido a generalizar el texto refundido para todos los supuestos.

La nueva legislación ha establecido unas consecuencias derivadas de unos requisitos en las declaraciones de obra nueva y en las obligaciones de los propietarios para la formalización de las escrituras, que no tienen sanción legal prevista por el legislador en caso de incumplimiento, puesto que las exigencias del art. 37.2 del texto refundido, transcrito anteriormente, si no se cumplen, no originan otra sanción, que, en el primer caso —en las viviendas de protección oficial—, la no calificación y *en todo supuesto la no inscripción momentánea de la obra nueva en el Registro de la Propiedad*, pudiendo obtenerse la inscripción transcurridos los cuatro años, a partir de los cuales ya no es posible la ejecución de medidas del restablecimiento de la legalidad urbanística, por falta de actuación de la Administración, según la disposición transitoria 6.^a de la Ley 8/90 y art. 185 de la ley del Suelo de 1976, modificado y ampliado el plazo hasta cuatro años por el art. 9 del RD Ley 16/81, *en la actualidad art. 263 y disp. transitoria 5.^a del texto refundido*. En esta línea se ha pronunciado la Resolución de la Dirección General de los Registros de 4-2-1992, (RA 1524).

Así el art. 9 del RD L 16/81 indica que «El plazo fijado en el art. 185.1 de la Ley del Suelo para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística, aplicables a las obras realizadas sin licencia u orden de ejecución será de cuatro años desde la fecha de su total terminación, así como el de la prescripción de las infracciones urbanísticas correspondientes»; y el art. 185.1 de la Ley del Suelo determina que «siempre que no hubiese transcurrido más de cuatro años (por el art. 9 citado del RD Ley 16/81 que amplía el plazo a cuatro años) desde la total terminación de las obras realizadas sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones señaladas en las mismas...». Estas disposiciones derogadas por el Texto refundido se recogen en el art. 263 que establece el plazo de prescripción para las infracciones graves —tanto acciones como omisiones, art. 262— de cuatro años, que se debe completar por la disposición transitoria 5 del RD Leg. 1/1992, en relación con las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, pero referidas las «edificaciones existentes» para las edificaciones situadas en suelos urbanos y urbanizables, lo que da lugar a que parezca que son, o se consideran, imprescriptibles las infracciones en suelo urbanizable no programado, algo que no parece coincidir con la lógica jurídica, desde el momento en que existan terceros de buena fe que hayan entrado en la relación, incluso con el permiso administrativo para su estancia o utilización o el pago de los impuestos de la edificación en actuaciones menores, pero conectadas con el acto de utilización de la edificación. Ciertamente el pago de los impuestos no significa la legalización de lo que es ilegalizable, pero el pago de los impuestos, otras actuaciones menores y el transcurso del tiempo hace y lleva a la creación de una apariencia de buen derecho que no es desvirtuable de modo fácil por la Administración.

Esta inexistencia de sanción, —la que el legislador en su libertad de configuración normativa hubiera podido establecer y con el cumplimiento de los principios de congruencia y proporcionalidad con el fin perseguido, porque no se puede considerar sanción la no inscripción de la escritura de obra nueva caso de no cumplirse los requisitos exigidos por el precepto, ya que los mismos se han de estimar que se desenvuelven como *conditio iuris* de la inscripción—, que habría de imponerse por el incumplimiento, puede dar lugar a unos efectos no queridos, caso de no atenderse con meticulosidad las nuevas variaciones, exigencias y su previsible desarrollo, cuando éste entre en vigor.

Esa falta de configuración normativa del incumplimiento, y sin perjuicio de aquello que, en su día, pueda señalar el desarrollo legislativo o la modificación de la legislación hipotecaria, nos puede llevar a una cierta perplejidad en lo normativamente puesto en vigor, con ciertas dudas sobre su eficacia real.

Y esas dudas de su eficacia real se encuentran en el hecho de no integrarse en el precepto la regulación de las consecuencias de su ineficacia o las consecuencias y efectos del incumplimiento de los requisitos, y hay que preguntarse qué es lo que va a ocurrir por el no cumplimiento del plazo, o qué es lo que va a suceder cuando no se pueda encontrar técnico para que pueda certificar en los términos de la norma, porque haya pasado excesivo tiempo, o existan o se produzcan acontecimientos que den lugar a la imposibilidad de ese cumplimiento o por cualquier otro motivo que impida, de hecho, el cumplimiento de la norma.

Esta es la situación que se crea en una aplicación estricta del precepto que se comenta, tanto para obras en construcción, como para obras ya construidas, dando ello lugar a una situación que puede ser de inicial sorpresa.

Esas mismas consideraciones son referidas a los supuestos de declaración de obra nueva para pisos meramente proyectados, art. 8 párr. 3-4, párrafo 2, inciso final de la Ley Hipotecaria, en cuanto admite en la inscripción del solar o del edificio la descripción —«se harán constar» dice el precepto— de los pisos meramente proyectados, que habrán de poder ser configurados como descripción en obra nueva meramente proyectada, por lo que no debe existir inconveniente para equiparar a los supuestos de obras nuevas en construcción, aunque sí se exige que se hubiera obtenido la licencia, que se tendrá que hacer constar en la escritura, con los demás requisitos expuestos.

Y en este supuesto de pisos meramente proyectados *habrá que justificar —para la inscripción de la obra nueva de los mismos— la obtención de licencia para la ejecución de las obras de edificación, [que actúa como conditio iuris de todo el entramado de la Ley para las declaraciones de obra nueva],* y así de esa forma poder cumplir los requisitos del precepto y formalizar la escritura notarial de obra nueva, con la posterior inscripción.

Esto lleva, indudablemente, a un nuevo supuesto entre la obra nueva construida y la obra nueva en construcción, que es la obra nueva de pisos meramente proyectados, respecto de los cuales se haya conseguido licencia administrativa, que podrá tener acceso al Registro con el cumplimiento de los requisitos previstos para la obra nueva de pisos en construcción.

Por todo lo manifestado, se habría de producir, por la modificación legislativa, la variación de la doctrina de la Dirección General de los Registros, representada por la Resolución de 16 de noviembre de 1981, que señalaba que no correspondía a Notarios, ni a Registradores velar por el cumplimiento de las normas de edificación.

En este momento, con la nueva regulación, los Notarios y Registradores, y sobre todo los Registradores de la Propiedad van a tener la obligación de exigir la licencia administrativa de edificación y la certificación de técnico competente, que habrá de expresar la conformidad al proyecto aprobado de la obra ejecutada o de la obra en construcción o de la obra para la que se obtuvo la licencia, se trate de declaraciones de obra nueva construida, en construcción, o de obra nueva de pisos meramente proyectados.

Y en supuestos de obra nueva en construcción y de obra nueva de pisos meramente proyectados, la certificación habrá de hacer constar que la descripción de la obra en la escritura se ajusta, estrictamente, al proyecto para el que se obtuvo licencia, siendo esa conformidad necesaria porque lo que accede al Registro no es la certificación del técnico de conformidad de la constatación, sino que lo que se registra es el acto que se describe en la escritura y esta descripción tiene que ser certificada por el técnico en cuanto conforme —se ajusta al proyecto, dice el artículo— al proyecto para el que se obtuvo licencia. Lo mismo se exige para la obra nueva construida, pues la escritura ha de recoger la descripción de la obra realizada, y la certificación del técnico es la que acredita el cumplimiento de los requisitos de la Ley, —terminación de la obra y de que ésta se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia, o se ajusta a las modificaciones que se hayan producido del proyecto de ejecución, que han tenido que ser aprobadas por parte de la Administración, todo lo cual se ultima, concreta y finaliza en la licencia de primera ocupación, de acuerdo al art. 21 del Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales y normas concordantes—, por lo que la conformidad técnica de la descripción de la escritura de la obra nueva ha de venir recogida en la propia escritura, a los efectos de la inexistencia de discordancia del documento.

Es consecuencia natural del propio sistema registral español, que, dicen Lacruz-Sancho, en la obra antes citada, página 15, el sistema español es de Registro de documentos; es de inscripción, —pues del documento presentado se extraen los datos esenciales para que quede constancia en el folio de la finca de la operación y de cuantas condiciones de la misma afectan a la titularidad del inmueble—; y es de folio

real, pues los asientos referentes a cada finca se practican consecutivamente en el mismo folio.

Es decir, se incluye una obligación más a los técnicos competentes, cual es la siguiente: están obligados a expedir la certificación del art. 37.2 y, además, en la misma se ha de expresar que la descripción de la obra nueva en la escritura es conforme a proyecto para el que se obtuvo licencia y que la escritura recoge exactamente esa descripción, o que tiene que recoger esa descripción, para salvar la realización por un tercero, el Notario, de la escritura en que figura el certificado del técnico.

Obligación añadida que introduce una mayor concentración de la responsabilidad del técnico competente, puesto que la escritura en la descripción de la obra nueva en construcción o de pisos meramente proyectados ha de ser fiel reflejo del proyecto para el que se obtuvo licencia, conformidad que corresponde acreditar a quien tenga el conocimiento técnico correspondiente.

La incorrección técnica del precepto es evidente y la inseguridad real que de él se deriva es nítida, pues ciertamente establece una serie de requisitos, pero no dota a su cumplimiento de consecuencias favorables, ya que no es favorable la admisión de la inscripción, y al incumplimiento no le atribuye consecuencia alguna o efectos negativos, que se van a crear Jurisprudencialmente por la vía de las resoluciones de la Dirección General de los Registros.

Esa certificación habrá de ser expedida por técnico competente, dice el artículo 37.2 del RD leg. 1/1992, (referencia a técnico competente que hace dos veces el propio precepto), y esa normal autoatribución de competencia entrará dentro de las posibilidades de calificación del Registrador en los términos del art. 18 de la ley hipotecaria cuando dispone «Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad ... la capacidad de los otorgantes», y como dice el art. 99 del Reglamento hipotecario la *calificación registral de documentos administrativos se extenderá en todo caso, «a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado ...».*

Se ha hecho referencia a la capacidad de los otorgantes, y no se trata de confundir la capacidad de los otorgantes para el negocio jurídico de la escritura de obra nueva, —y ello en caso de poder configurarse la obra nueva como un negocio jurídico, de indudable naturaleza unilateral si se le atribuye carácter negocial—, y la capacidad y la competencia de cada parte y de los otorgantes como aptitud para obligarse en el documento notarial de formalización de la obra nueva, documento en que se ha de cumplimentar, cada uno dentro de su capacidad y competencia, aquellos requisitos necesarios y precisos para que el acto documentado notarialmente cumpla todos sus efectos en sí mismo y frente a terceros y en los registros a los que ha de acceder.

Porque, indudablemente, en el supuesto de la expedición de certificación del técnico competente, esa calificación de competencia entra dentro de las exigencias de la perfección del acto o negocio jurídico de declaración de obra nueva, con la consiguiente integración en el ámbito de calificación registral, en cuanto todo ello se derive de los actos que se tratan de hacer ingresar en el Registro.

Y esa competencia del técnico es preciso fijarla y delimitarla, no sólo por su propia afirmación, en cuanto ello origina la efectividad de la inscripción de la obra nueva; y esa competencia necesaria que fija la norma es el instrumento previsto como manifestación del órgano colegial, [el Colegio Profesional es corporación de derecho público, con funciones de poder público y posibilidades de actuar vinculadamente para terceros y por las finalidades previstas por la normativa para su desarrollo y por su importancia social], para plasmar la regularidad de una de las condiciones imprescindibles del acto —la obra nueva— que se pretenda inscribir: consiguientemente es necesario visado.

Y la competencia técnica viene determinada por la norma, la que le dota y atribuye la función de certificante y la que deriva esa posibilidad de su estatuto colegial, por lo que la competencia, en ese supuesto, sólo por la norma o en virtud de una modificación de la misma o por un acto dictado en cumplimiento de las previsiones de la norma puede ser alterada, así F. González Navarro, en la página 668 del Tomo I de su *Derecho Administrativo Español*, (Eunsa 1987). Y esta competencia del técnico, cuyo certificado se incardina en la escritura y su firma se testimonia, ha de ser calificada por el Registrador de la Propiedad, en la forma y con la extensión prevista en el ordenamiento a lo que se ha hecho mención.

Por ello, con estas posibilidades, no parece que pueda admitirse la competencia de cualquier tipo de colegiado para la expedición de esa certificación, sino que habrá de tratarse de colegiado con competencia sobre la edificación y su certificación deberá ser visada, si así se dispone en las normas colegiales, por el colegio profesional respectivo como garante del ejercicio profesional del firmante y de la adecuación de esa certificación con el proyecto que previa o simultáneamente ha tenido que ser visado igualmente por colegio profesional. Es por ello que aunque el visado de lo que se solicita fuera de diferentes colegios tendría el mismo valor y el mismo efecto, porque estaría sujeto a iguales consecuencias jurídicas, la responsabilidad de que lo visado no se ajustara a la legalidad, con la pertinente reacción del órgano urbanístico competente.

Y es por ello que, siendo el visado colegial de un proyecto obligatorio, salvo en obras de la Administración, si el certificado que se exige por el ordenamiento para la inscripción de obra nueva, en cualesquiera de los supuestos, no estuviera visado, se estaría en una flagrante contradicción, que es la siguiente: no concordaría la exigencia del visado colegial del proyecto, con los efectos y finalidades previstas por el or-

denamiento para el mismo, para la obtención de licencia, con la certificación que acredita las exigencias del art. 37.2, cuando ese certificado se ha de hacer sobre un proyecto visado, sobre el que se obtiene una licencia, y que surte sus efectos siempre que tenga el requisito del visado colegial, incluso aunque éste sea negativo, lo que permite la normativa.

De esta forma, aunque con otra finalidad, el procedimiento no diverge, en exceso, del regulado en art. 208 de la ley hipotecaria cuando permite la inscripción mediante escritura pública en que el propietario describa la edificación, «acompañando certificado del arquitecto director de la obra o del arquitecto municipal», lo cual lleva a considerar que es un método o forma, una más y después de las del art. 37.2 del R.D. leg. 1/1992 —pero con sus requisitos—, para cumplimentar el nuevo precepto y los requisitos de inscripción de la obra nueva, aunque siempre en conformidad con ese precepto.

Es decir la regulación de la declaración de obra nueva en la ley Hipotecaria admite el acceso al Registro de la misma por la descripción en los títulos referentes al inmueble, o mediante escritura pública en que el contratista de la obra manifieste estar reintegrado del importe de la obra por el propietario, y otra forma de acceso es que el propietario describa la edificación acompañando certificado, y, por ello, todos estos modos de reflejo de la obra nueva subsisten, pero integrados e interpretados coordinadamente por lo dispuesto en el art. 37.2, como norma con el valor de precepto básico según la disposición final única 1.^a del texto refundido.

Fórmulas todas ellas que podrán mantenerse, por eso, anteriormente, se ha indicado que la nueva regulación no ha derogado en su totalidad la regulación de la Ley hipotecaria, en cuanto el art. 37.2 del RD leg. 1/1992 se inserta en la estructura del acceso al Registro de la Propiedad de las declaraciones de obra nueva, debiendo cumplirse el mismo, sea cual fuera el medio de inscripción de la obra nueva.

Por otra parte, esta regulación de la legislación hipotecaria convivía con la normativa de viviendas de protección oficial, a la que se ha hecho referencia, lo que ha dado lugar a la generalización de la misma, ciertamente con otros fundamentos, con mayores elementos de exigencia y de protección de la legalidad urbanística.

Y en todo caso, tanto en la edificación de viviendas libres, como de viviendas de protección oficial se mantiene la vigencia de la exigibilidad de la licencia de primera ocupación, —y sin perjuicio de la cédula de habitabilidad para las viviendas de protección oficial, que, en este momento, no es preciso tratar a los efectos de distinguir el ámbito de actuación de cada una, y que no obvia, ni suplanta la exigibilidad de la licencia de primera ocupación, que no existe para las ocupaciones segunda y siguientes de las viviendas de protección oficial—, que permite volver a constatar el cumplimiento de la ejecución de la edificación conforme al proyecto y a la licencia concedida, lo cual establece con

carácter general el Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales, art. 21, y concretamente art. 21.2-d).

Licencia de primera ocupación de naturaleza municipal y que es absolutamente imprescindible para la ocupación por el propietario, sin perjuicio de que la calificación definitiva en las viviendas de protección oficial juegue como requisito previo de la misma, otorgada esa calificación por los órganos estatales o por los de las Comunidades Autónomas en cada caso competente, cuando tengan transferidas esas competencias; y es por eso que los efectos de la licencia de primera ocupación, en los términos expuestos, se producen en último lugar para la ocupación efectiva, que sólo puede admitirse si ha existido adecuación en la edificación con lo aprobado y se han cumplimentado los demás requisitos exigidos en la licencia, lo que da lugar a que la naturaleza de esta licencia de la exclusiva y excluyente competencia municipal permita la constatación de la adecuación de la ejecución, ello sin perjuicio de no poderse denegar si la infracción que pudiera detectarse de orden urbanístico hubiera prescrito.

Lógicamente los preceptos hipotecarios surten sus efectos, con carácter general, modificados por el artículo 37.2 del texto refundido, [norma básica, con posibilidades de desarrollo en el aspecto de ejecución, no de suplantación, por la legislación, en el marco de las competencias, de las Comunidades Autónomas], para todo el territorio nacional, teniendo que observar que cualquier regulación de las Comunidades Autónomas que sea anterior e incompatible radicalmente ha de considerarse derogada por razón del principio de competencia normativa.

Como peculiaridad autonómica, la Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 7/1990, de 14 de mayo, (BOE de 16-6-1990), sobre disciplina urbanística y territorial, en los artículos 14 y 15 regula esta materia, con una aparente mayor exigencia.

Y así el Notario autorizante de escrituras de declaración de obra nueva «exigirá documento acreditativo de la obtención de licencia», pero si éste no existe «El Notario hará las advertencias pertinentes acerca de la responsabilidad», (art. 14, primer párrafo), es decir que podrá otorgar la escritura de declaración de obra nueva, pero con advertencias de responsabilidades de toda índole en que pueda incurrir el otorgante, así como de la imposibilidad de practicar la inscripción en el Registro.

Se ha indicado que la regulación era aparentemente estricta, porque si cierto es que se indica, art. 14.1, que sin licencia, aunque se otorgue la escritura, no se podrá inscribir la obra nueva en el Registro de la Propiedad, esta rigidez se suaviza en el art. 15, en su párrafo 2, cuando se admite el acceso al Registro de la Propiedad siempre que se practique, simultáneamente y de oficio, nota al margen, con los efectos de publicidad del artículo 17 de la misma Ley, 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.

Esta nota sólo podrá cancelarse por la presentación en el Registro de la Propiedad de la licencia urbanística o por su caducidad, cuidando el Registrador, al actuar de oficio, de que el plazo de cuatro años se cumpla para esa caducidad.

Plazo de cuatro años que ha de computarse desde la terminación de la obra, —obra que ha de estar totalmente terminada, en cuanto ello sirve para fijar el tiempo en que han finalizado la conducta o conductas susceptibles de sanción por infracción urbanística—, tal y como viene recogido en el art. 263 del RD leg. 1/1992, antes art. 185 de la Ley del Suelo, 31 del Reglamento de Disciplina Urbanística y RDL 16/1981 —éste decreto ley derogado por el texto refundido—, cuando amplía, en la actualidad se establece taxativamente el plazo de esos cuatro años como tiempo necesario para que una infracción se encuentre prescrita, prescripción que ha de computarse desde esa terminación total de la obra, —finalización de la actividad o realización del último acto con el que la infracción se consume, art. 263.3 del RD leg. 1/1992— para que puedan comenzar a surtir efectos las consecuencias del obrar en contra de lo prevenido urbanísticamente y ello sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar por haber dejado pasar el tiempo y posibilitar, por lo menos en teoría, la adquisición de facultades *fuera y en contra* de la norma del Plan o de la legislación.

Posibilidad que de hecho puede abrirse a pesar de la inflexible redacción del art. 23.2 del RD leg. 1/1992, antes era la misma declaración en la disposición adicional 4.^a de la Ley 8/90, cuando dice «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», lo que lleva a expresar que si no se adquieren por silencio administrativo facultades urbanísticas en contra de la ley, de la legislación aplicable o del planeamiento, con menos posibilidades se podrán adquirir facultades por medio de la comisión de una infracción urbanística, aunque de hecho la comisión de la infracción y el paso del tiempo sin reaccionar legalmente por la Administración actuante puede generar la consolidación del derecho, aunque ello lleva a una valoración específica de ese derecho derivado de una infracción urbanística no corregida, en la que es imposible realizar actividad administrativa, sin que eso implique, necesariamente, lo que la Ley denomina patrimonialización del derecho, y ello es parciamente cierto, en cuanto el valor del derecho del titular para los supuestos de expropiación o venta forzosa se realizará con arreglo a los grados de adquisición de facultades del art. 11 de la Ley 8/90, en la actualidad 23, no obstante el derecho a obtener licencia, siempre que no se haya agotado el plazo, art. 23 y 38.2 del RD leg. 1/1992, y disposición transitoria 5.^a del texto refundido para los supuestos de edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990 «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», por lo que en algunos supuestos y por el juego combinado de los preceptos la incorporación al patrimonio del titular, su patrimonialización, aun parcial, se produce, lo cual se ha de considerar ajustado porque es un mínimo reconocimiento del derecho de propiedad urbana, respecto del cual se ha expresado que con esta Ley se vacía en su contenido, con infracción, por lo menos aparente, de la Constitución.

Y es todo ello una responsabilidad del Registrador, por la vía indicada de su actuación de oficio en la Legislación canaria o por la vía de la calificación de los documentos en el resto del derecho estatal. Y dejando a salvo, aunque como norma de cierre, la regulación de no incorporación al patrimonio del titular de la edificación si no se ha llevado a cabo la ejecución con licencia acorde con la legislación y el planeamiento y con las matizaciones expuestas.

En todo caso la dicción legal, tanto en la Ley Hipotecaria, como en el art. 37.2 del texto refundido, exige que la declaración contenga la descripción de la obra nueva, así como que expresamente se solicite al Registrador la constatación en el Registro de la misma y, por supuesto, la declaración de obra nueva exige la previa inscripción de la propiedad de la finca a nombre del declarante, aunque no sea éste sino un anterior propietario de la finca, quien dió lugar a la nueva obra. Y Chico y Ortíz, en la página 566 de su obra «Estudios sobre Derecho Hipotecario», Vol. 1, indica que el art. 20 de la Ley Hipotecaria no es obstáculo para la inscripción de la obra nueva no registrada por los titulares anteriores.

4. LA LEY 8/90 Y LA NORMATIVA ANTERIOR

Es la Ley 8/90, y se consolida con el texto refundido que deroga la Ley, la que introduce y generaliza con un cierto carácter abierto, pero rígido, la exigencia de licencia para formalizar notarialmente las declaraciones de obra nueva y el certificado de técnico competente de conformidad del proyecto y de las obras —de la descripción de las obras— a la licencia otorgada, convirtiendo en regla general, las normas, antes expuestas, de las viviendas de protección oficial y no derogando la normativa hipotecaria del art. 208 de la Ley Hipotecaria, pero interviniendo en la misma con el conjunto de requisitos del art. 25.2 de la Ley 8/90, tanto para obras en construcción, como obras construidas o como obra nueva de pisos meramente proyectados.

La referencia que a la misma se hace es para observar su regulación, como texto innovador, y como parámetro del texto refundidor.

A todos los municipios se aplican las disposiciones específicas contenidas en la Ley sobre adquisición gradual de facultades urbanís-

ticas. El art. 25.2 es, además, una norma procedimental para hacer constar que la obra nueva está sujeta y ha de ser «conforme al proyecto aprobado», para las obras nuevas construidas, y de que la obra nueva «se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia» para las obras nuevas en construcción y para la obra nueva de pisos meramente proyectados, no existiendo inconveniente, ni objeción esa aplicación general, porque entran dentro de la configuración del contenido de la propiedad esas exigencias de constatación de la conformidad de la obra nueva realizada o que se va a realizar como adquisición gradual de las facultades de contenido urbanístico y, por consiguiente, su aplicación a todos los Municipios de acuerdo a la disposición adicional 1-3.º de la Ley 8/90 no ofrece duda de género alguno, junto al hecho de su carácter básico, disposición final 1.ª. 1 de la Ley 8/90, con la aplicabilidad a todo el territorio nacional por esa naturaleza.

Por ese carácter básico y de directriz del precepto, toda la normativa anterior ha de ser interpretada conforme al art. 25.2 para, de esta manera, integrar en los términos expuestos lo que antes era sólo una exigencia en contados casos y con ampliación de las posibilidades y de las obligaciones del Registrador, a cuyo registro trata de acceder la declaración. Y no debería entenderse que no exista la obligación del Registrador de vigilar la legalidad administrativa, que tiene la misma naturaleza que la legalidad de derecho privado o la que rige para las relaciones entre particulares, por vía de la calificación y conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 99 del Reglamento Hipotecario, y en esa línea de acrecentar la facultad calificadora del Registrador de documentos administrativos se encuentra la resolución de la Dirección General de los Registros de 26 de abril de 1988 (RA 3.365), que no es necesario tratar, y ello desde la perspectiva de que el acceso al Registro de los documentos administrativos se ha de producir después del cumplimiento de los trámites y procedimientos que establece la legislación, como salvaguardia de la objetividad del derecho y de los intereses públicos. En esta misma línea, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21-12-1990, (RA 10494), que mantiene la nota del Registrador contraria a la inscripción de una venta realizada por el Ayuntamiento de Albuquerque sin cumplir los requisitos del procedimiento, —existiendo total omisión de los requisitos legales para la enajenación de bienes de propios de un Ayuntamiento—, aunque se haya producido un dictamen del Consejo de Estado contrario a la declaración de nulidad de pleno derecho del acuerdo de enajenación, y se mantiene la nota del Registrador «en cuanto no existe un pronunciamiento jurisdiccional firme estimatorio de esa validez o el cumplimiento de los requisitos hoy exigidos para la enajenación vincularia al Registrador y determinaría la extensión de los asientos pretendidos», por lo que es claro que la fuerza calificadora y la extensión de la función llegan a esos extremos del procedimiento administrativo para acceder al registro de los documentos, en que se contienen los actos administrativos susceptibles de inscripción.

Se ha indicado el carácter rígido del artículo 25.2 en cuanto que el acceso al Registro de la Propiedad de las escrituras de declaración de obra nueva bien sea de obra construida, de obra en construcción o de pisos meramente proyectados, debe de cumplir los requisitos de testimoniar la preceptiva licencia de edificación, de incorporar igualmente testimonio de certificado de finalización de obra conforme a proyecto aprobado, cuando se trate de obras construidas, pues si se trata de obras en construcción en la escritura de declaración de obra nueva se ha de testimoniar el certificado del técnico en que se acredite que la descripción de la obra nueva, sea obra en construcción o pisos meramente proyectados, se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia, debiendo, además, en el plazo de tres meses de la terminación hacer constar en el Registro el acta notarial, que habrá de incorporar la certificación de la finalización de la obra, aunque el incumplimiento de este último requisito no tenga efectos sancionadores, sin perjuicio de los que se indicarán, pero sí se ha de considerar que condiciona la efectividad de la inscripción; este carácter de norma rígida tiene su razón de ser por el hecho de que la licencia que acredita la autorización, ¿quizá concesión por la conversión que hace en esta figura administrativa la Ley 8/90 de la licencia y así se concreta en el texto refundido, [tal y como ha puesto de relieve González Pérez en su obra «El nuevo régimen de las licencias de urbanismo», Publicaciones Abella, 1991, prólogo, p. 49; y sin ningún tipo de titubeo atribuye a la licencia de edificación la naturaleza de concesión de obra González Navarro, en su reseña bibliográfica, REDA n. 70, pp. 297 y ss., de la 2.ª Edición del libro de González Pérez sobre Comentarios a la Ley de Reforma del régimen urbanístico y valoraciones del Suelo, aunque Tomás Ramón Fernández señala, en la última edición de su Manual de Derecho Urbanístico, que a pesar del art. 33.1 del RD leg. 1/1992, —que indica «el otorgamiento de la licencia determinará la adquisición...»—, la licencia sigue un acto autorizatorio de un derecho preexistente, que ha de ser otorgado de modo reglado, cuando se cumplan las previsiones legales que son las que abren y articulan la realidad del derecho previo]?, ha de ser calificada por el Registrador de la Propiedad en cuanto que la inscripción en el Registro de la declaración de obra nueva va a surtir los efectos de seguridad y confianza frente a terceros, aunque ello no implique que se incorpore en todos los casos la edificación al patrimonio del propietario del terreno, en el lado positivo el artículo 25.1 y en la perspectiva de protección de la ordenación urbanística el art. 27.1 de la Ley 8/90 y normas concordantes del texto refundido vigente.

Y ello sin perjuicio de la distinta configuración normativa de los supuestos de edificación realizada sin licencia o sin ajustarse a sus condiciones e incompatible con el planeamiento, (art. 26), y la edificación realizada al amparo de una licencia posteriormente declarada ilegal por contravenir la ordenación urbanística aplicable, (art. 27), que son normas que, para el supuesto que se contempla, determinan que si

la obra nueva que se inscribe se está realizando conforme a licencia —aunque ésta sea después declarada ilegal—, o se ejecuta sin ajustarse a las condiciones de la licencia y es incompatible con el planeamiento la inscripción será posible, surtiría efectos, pues normalmente se habrá llevado a cabo la inscripción de obra en construcción, pero la aplicación del art. 26, para el caso de ejecución sin ajustarse a licencia e incompatible con el planeamiento vigente —dos requisitos que se han de cumplir simultáneamente—, o del art. 27 construcción conforme a licencia declarada ilegal, va a dispersar sus efectos, porque en el supuesto del art. 26 la obra es demolida, salvo que no hayan transcurrido los plazos del art. 18 y 19, en cuyo caso el interesado podrá ajustar las obras a la licencia concedida, y si ha transcurrido el plazo de adquisición del derecho a edificar, el valor de expropiación o venta forzosa tiene el límite del 50 por ciento del aprovechamiento urbanístico susceptible de incorporación al patrimonio, [por lo que se observa que el primer párrafo se va relativizando en la orden de demolición, por los párrafos 2 y 3 del mismo art. 26], y si la edificación se ha ejecutado conforme a licencia posteriormente declarada ilegal, la edificación no queda incorporada al patrimonio del particular, (art. 27.1), pero el valor para la expropiación o para la venta forzosa será el correspondiente al grado de adquisición de facultades urbanísticas, lo que procede si el titular-propietario no hubiera adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico, porque si lo ha adquirido tiene derecho a obtener nueva licencia en el plazo que señale el ordenamiento, que no podrá exceder de un año, párrafo 3 del mismo art. 27 de la Ley 8/90.

Es decir la inscripción de obra nueva, cuando se den los supuestos contemplados en los artículos 26 y 27, sigue siendo eficaz siempre que no se esté en la sanción límite de la demolición o de venta forzosa o de la expropiación, y en estos dos últimos casos, la declaración de obra nueva sigue surtiendo efectos, salvo que se permita una reordenación de la edificación con licencia urbanística, que podría entrar en la misma vía de inseguridad, por qué no, por la nunca cerrada posibilidad del recurso contra la licencia que viene a sustituir la ilegalidad anterior que así se ha declarado. Ello dota de inseguridad las exigencias del art. 25.2 de la Ley 8/90 y crea un plus de responsabilidad al técnico competente y al visado colegial, a sus efectos, o/y al control de la Administración de la legalidad urbanística.

Por ello a pesar de las exigencias de la nueva legislación, aunque la declaración de obra nueva esté inscrita en el Registro de la Propiedad, y si no se puede articular medida alguna que implique el restablecimiento de la legalidad urbanística del edificio que implique demolición —no en otro caso de infracción urbanística, en que la sanción fuera la de multa—, la ley 8/90 admite la incorporación al patrimonio de su titular de estas edificaciones en esos supuestos de hecho, pero no las edificaciones que se encuentren en un régimen diferente (disposición transitoria sexta), por lo que poca o ninguna garantía ha existido

para el tercero, aunque se hayan cumplido todos los requisitos del art. 25.2.

Como se observará posteriormente la Ley 8/90 no tiene efectos retroactivos para la declaración de obra nueva, desde el momento en que la vigencia de la Ley se produce en los términos del Código civil, y por vía de corrección de errores se ha derogado o suprimido —suprimido se habría de decir, porque una rectificación de errores no deroga nada, sino que hace desaparecer algo que no debió jamás ver la luz en el Boletín Oficial del Estado— la disposición que establecía el efecto retroactivo parcial del conjunto de requisitos que determina el art. 25.2 para las obras nuevas construidas, las obras nuevas en construcción y las obras de pisos meramente proyectados, para los que se hubiera obtenido la correspondiente licencia administrativa. En esta línea se pronuncia la RDGR y del N. de 4-2-1992, (RA 1524), haciendo aplicable el art. 25.2 de la Ley 8/1990, (en la actualidad sería el artículo 37.2 del texto refundido), a las declaraciones de obra nueva realizadas anteriormente pero que se protocolizan notarialmente después de la entrada en vigor de la Ley 8/1990, (disp. transitoria 5.^a del texto refundido), porque su entrada en registro no sería por la vía del art. 25.2, (art. 37.2), sino por la vía de la disposición transitoria 6.^a, (en la actualidad dis., trans. 5.^a del texto refundido), fundamento jurídico tercero; se establecen otras interesantes cuestiones y peculiaridades en la resolución, que no es posible comentar.

Por otra parte se ha de expresar la vigencia coordinada de los preceptos de la legislación hipotecaria con los de la Ley de 25 de julio de 1990, en la actualidad texto refundido, sin perjuicio de la lógica primacía de la nueva regulación, por los propios fines de la Ley en que se encuentra y por la distinta naturaleza de los motivos de cada norma y por el principio de *lex posterior derogat anterior*, si se dispone expresamente o cuando la nueva ley y la antigua versen sobre la misma materia y sean incompatibles.

5. LOS EFECTOS REGISTRALES DEL CERTIFICADO DEL TÉCNICO COMPETENTE

Este epígrafe tiene su fundamento en el hecho, que se considera necesario poner de manifiesto, de la exigencia y efectos del certificado del técnico para la formalización de la escritura de declaración de obra nueva y su inscripción en el Registro de la Propiedad, puesto que si ese certificado del técnico fuera garantía de que no podía abrirse expediente de infracción urbanística, se solucionaría un problema incontestable que se presenta, cual es el siguiente: expedido el certificado de finalización de obra conforme al proyecto aprobado, para las obras construidas, expedido el certificado de que la obra nueva en construcción se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia, sea en supuestos

de obra nueva en construcción o de pisos meramente proyectados, la apertura de un procedimiento de disciplina urbanística va a dar lugar, con la anotación preventiva del expediente en el Registro de la Propiedad, posibilidad que permite el art. 307.3 y 309.2 del texto refundido, antes era la disposición adicional 10.^a 1.^a -3 de la Ley 8/90, a que la seguridad jurídica quede en entredicho e incluso, a la finalización del expediente, una obra que se describía conforme al proyecto aprobado y se ha realizado y ejecutado sin seguir la licencia o incumpliendo la misma, si el informe es positivo en cuanto al cumplimiento de la legalidad y conformidad con el planeamiento urbanístico, las consecuencias para el certificante van a ser las de ser titular pasivo de la exigencia de responsabilidad extracontractual y administrativa, por los daños y perjuicios ocasionados, porque dice el art. 40.1, antes 27.1, norma básica de la L. 8/90, y en el texto refundido, que «La edificación realizada al amparo de una licencia posteriormente declarada ilegal por contravenir la ordenación urbanística aplicable no queda incorporada al patrimonio del propietario del terreno. La resolución administrativa o judicial que contenga dicha declaración se notificará al Registro de la Propiedad para su debida constancia», y eso ha de llevar y dar lugar a que sean responsables, en los términos de la normativa vigente en materia de disciplina urbanística, tanto el empresario, como el director de las obras, como el promotor, art. 57.1 del RD 2187/78. Supuestos de inseguridad y de responsabilidad que se abren para los intervinientes en una obra que no deben olvidarse, porque pueden no soslayarse cuando se planteen.

Se ha de expresar la importancia de una correcta y cuidada redacción de las pertinentes certificaciones de técnico competente, que van a producir unas consecuencias frente a terceros, que compran confiados en que el técnico ha firmado, certificadamente, que la obra es conforme al proyecto aprobado, (obras construidas), o de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia, (obras en construcción o pisos meramente proyectados).

No se confunde, en modo alguno, esta certificación con una constatación de que la obra se ha ejecutado conforme a la licencia, es cierta la diferencia, pero la presunción de confianza en la apariencia da lugar a que se deba mantener la confianza inicial de esa certificación por ser la apariencia la que mantiene la confianza del tráfico jurídico de neto contenido económico. Y esa apariencia derivada del certificado del técnico, que por otra parte será la que se muestre normalmente como adecuación legal de la obra o piso a la licencia aprobada para el proyecto de edificación presentado, que se pretende vender, es la que debe llevar a la categorización estricta y rígida de la exigencia de certificado en los términos del art. 37.2 del texto refundido.

Y eso sin perjuicio de los efectos de la licencia de primera ocupación, que es regulada por el Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales, o la cédula para las viviendas de protección oficial,

momentos administrativos, que sirven para observar la conformidad de lo ejecutado con la licencia de obras.

Así se ha de señalar que el certificado, cuya firma se ha de testificar en la escritura notarial de declaración de obra nueva, ha de ser visado, y frente a las opiniones doctrinales expuestas, como la de Laso Martínez, en su artículo «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», se considera que ha de ser expedido por técnico competente para la edificación de que se trate, lo cual estará sujeto a las reglas competenciales de cada Colegio Profesional, puesto que este problema, planteado con toda crudeza en la obtención de licencias ante los Ayuntamientos por titulares con proyectos redactados por arquitectos técnicos en virtud de la Ley 12/1986, de 1 de abril, ha dado lugar a que el Tribunal Supremo haya señalado en sentencias de 27-12-1989, (RA 9225), 10-1-1990, (RA 158), 6-2-1990, (RA 953), 1-9-1990, (RA 7074), 3-10-1990, (RA 7839), 10-10-1990, (RA 8125), que el visado constata la identidad profesional, su pertenencia al Colegio y la vigencia del ejercicio de la profesión, así como la ausencia de incompatibilidad, por lo que tiene para el Tribunal Supremo el visado, por tanto, una función controladora y de fehaciencia sólo de tales extremos, aunque ello va en contra, o así parece, de lo dispuesto en el artículo 46 del Reglamento de disciplina urbanística, Real Decreto 2187/78, que establece que «si los colegios profesionales tuviesen encomendado el visado de los proyectos técnicos precisos para la obtención de licencia, denegarán dicho visado si se contiene infracción grave y manifiesta de normas relativas a, uso de suelo, altura, volumen y situación de las edificaciones y ocupación», que se contempla ya con el grado de ley formal en el art. 242.7 del texto refundido, por lo que se observa que tienen los colegios profesionales una función que va más allá de lo que expone el Alto Tribunal, y a pesar de lo dispuesto legalmente, el Tribunal Supremo señala lo manifestado, dejando o derivando a los Ayuntamientos el control de que el proyecto esté redactado por técnico competente, —y ello es distinto y diferente a la competencia para la Administración de interpretar la normativa urbanística, art. 45 del reglamento de disciplina urbanística, que permite llegar a la concesión de licencia por la Administración a un proyecto cuyo visado se haya negado por incumplimiento de las normas si se considera adecuado y ajustado al ordenamiento, art. 50 del RD 2187/78—, lo que puede dar lugar, con la doctrina expuesta para un caso similar, a que esa función sea también obligación de calificar por el Registrador, cuando inscriba escrituras de obra nueva.

Es decir el visado colegial no sólo tiene el fin limitado que indica el Tribunal Supremo para supuestos de lucha competencial entre colegios, sino que urbanísticamente ese visado tiene una función controladora en primera instancia, en virtud de las funciones cuasi públicas de los Colegios Profesionales, que para eso normativamente tienen la consideración de Corporaciones de Derecho Público. Y es consecuen-

cia derivada de esta doctrina que cuando se presente el mismo supuesto ante la inscripción de obras nuevas en los Registros de la Propiedad, la facultad de calificación, aunque no se tenga por qué extender a este aspecto, puede ser una consecuencia obligada de la postura jurisprudencial en la consideración del visado colegial.

Junto a ello se ha de tener en cuenta que la calificación registral se extiende en todo caso, en los documentos administrativos, a la competencia del órgano y, evidentemente, órgano es el técnico competente que certifica la finalización de la obra conforme a proyecto en obra nueva construida, o si se trata de obra en construcción o pisos meramente proyectados, certifica que la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia y no puede desecharse la calificación registral de esa competencia del técnico que se considera ha de ser visada por colegio profesional, así José S. Martín Blanco en «Estudios sobre la ley 8/1990 de reforma del regimen urbanístico», (Editorial Colex, 1991), y Chico y Ortíz en su artículo «La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad», (Boletín 2/91 del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid).

6. POSIBILIDADES DE ACREDITACIÓN POR OTROS MEDIOS

El técnico competente que exige el art. 37.2 del texto refundido, se considera que ha de ser técnico profesionalmente capacitado, cuya certificación ha de ser visada por el colegio, pero en los supuestos en que ello no sea posible, por ejemplo no se pueda obtener un duplicado del certificado final de obra cuando se trate de obras ejecutadas hace mucho tiempo o en cualquier otra circunstancia que se presente en la práctica, la expresión «competente» ha de venir referida a quien tenga la habilidad o conocimiento suficiente para expedir la certificación de que trata el precepto.

Si el supuesto que se presentare fuera la imposibilidad material de que un técnico competente expida el certificado, habría que considerar la antigüedad de las obras, ya que en el caso de que éstas se hubieran terminado hace más de cuatro años y la declaración de obra nueva se pretenda formalizar e inscribir después de la vigencia de la Ley, [y sin perjuicio de que Martín Blanco en la obra antes mencionada considere que no es aplicable el art. 25.2], una interpretación sistemática de la Ley y conforme a sus antecedentes nos permitiría llegar a la conclusión de que el técnico competente y su certificado pudiera suplirse por una constatación notarial de la existencia de la obra y de la no promoción de expediente de infracción urbanística contra la edificación, en esa línea disposición transitoria sexta de la Ley 8/90.

Igualmente se podrá realizar la sustitución del requisito por la admisibilidad de hecho por la Administración de ese edificio para el fin para el que se construyó, como, por ejemplo, por la obtención por el ti-

tular de licencia de primera ocupación municipal, o por la obtención de cualquier otro requisito municipal que suponga o implique un reconocimiento de la construcción y de la utilización para el fin, como por ejemplo la domiciliación de impuestos municipales, el empadronamiento en el lugar, lo cual reconoce el hecho de que una persona vive en un domicilio y no en otro, lo que conlleva la utilización y uso del edificio para la vivienda o para la explotación que se esté o pueda estar desarrollando.

Se ha de considerar ajustada la opinión de Martín Blanco, (p. 107, del trabajo citado), que indica que «el artículo 25 carece de efectos retroactivos y las exigencias establecidas en su número 2 solamente serán aplicables a las obras comenzadas o terminadas a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley. A esta conclusión conduce la interpretación de la derogación [por vía de corrección de errores] posterior de la disposición transitoria octava. Esta significaba la retroactividad del art. 25.2 hasta un período de cuatro años antes de la entrada en vigor de la Ley y sometía las declaraciones de obra nueva finalizada durante esos cuatro años a aquel precepto, pero no las terminadas antes de dicho período. Derogada de forma tan peculiar, aunque sea habitual en la técnica legislativa, tal norma de transitoriedad desaparece la retroactividad temporal de la norma del art. 25.2 que solamente regirá para el futuro a partir de los veinte días siguientes al de la publicación de la Ley. [Aquí a Martín Blanco se le olvida señalar que los veinte días no se podrán comenzar a contar desde el día de la publicación de la Ley, sino desde el día de la publicación de la corrección de errores, según Villar Palasí en «Derecho Administrativo, Introducción y Teoría de las normas, 1972», TI, porque además conforme al art. 2.1 del C. civil las normas entrarán en vigor a los 20 días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado y no tendrá lugar la completa publicación sino después de la última rectificación de errores que se haya producido de la Ley 8/1990, que, en principio, de las conocidas es la de 19 de diciembre de 1990, BOE n. 303]. Esta es la interpretación resultante de la aplicación del número 3 del artículo 2 del Código civil con arreglo al cual las Leyes no tendrán efectos retroactivos si no dispusieron lo contrario. Y en este caso no sólo es que la Ley haya guardado silencio al respecto —lo que sería suficiente— sino que, además, ha expresado que no es retroactiva al suprimir —por vía de corrección de erratas— la Disposición Transitoria que establecía la retroactividad temporal o limitada».

Es consecuente esta postura de no retroactividad de la Ley por el propio sistema de la legislación de reforma, que configura con más fuerza normativa aspectos que, por el momento, no entraban en la configuración normal del tráfico jurídico, por lo que la no retroactividad de la Ley favorece la confianza en situaciones nacidas antes de su vigencia y dota de seguridad jurídica a las relaciones entre partes. Es por ello que la seguridad del tráfico, que es la seguridad del obrar jurídico y el mantenimiento de las consecuencias y efectos de ese obrar entre

las personas que se relacionan, se deba mantener o no pueda quedar desvirtuada, incluso en posiciones más favorables para las partes, salvo pleno acuerdo entre ellas, —pero ello generaría o se conformaría como una novación de obligaciones—, cuando se produce un cambio legislativo y se trata de que el mismo produzca sus efectos más allá de su propia finalidad. Porque si el ordenamiento no puede estar petrificado, como reiteradamente ha recordado el Tribunal Constitucional, las relaciones derivadas del tráfico, —con la consiguiente adquisición de derechos o con la esperanza de conseguir derechos, que en el momento se configuran o pueden configurar como meras expectativas o que pueden ser, incluso, derechos en formación—, y el mantenimiento de las consecuencias del obrar jurídico debe llevar a que la retroactividad de las normas modificadoras tengan que respetar esas relaciones, aunque las puedan variar parcialmente, porque si existe una modificación radical, debe existir una contrapartida indemnizatoria.

Pero, ciertamente, ello puede considerarse que choca con la adquisición gradual y sucesiva de las facultades del contenido de la propiedad inmobiliaria, art. 23 del texto refundido, anteriormente arts. 9 y 11 de la Ley 8/90, y con la configuración de vacío de contenido de la propiedad inmobiliaria que ha puesto de relieve Chico y Ortíz en su artículo citado en el Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

7. LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN CONSTRUCCIÓN Y LA CONFORMIDAD DE LA CONSTRUCCIÓN CON LA LICENCIA EN EDIFICIO TERMINADO Y SUS EFECTOS REGISTRALES Y LA APLICABILIDAD DE LA EXIGENCIA DE FORMA GENERALIZADA EN TODOS LOS MUNICIPIOS

González Pérez en su obra «Nuevo régimen de las licencias de urbanismo», (publicaciones Abella, 1991, pp. 342 y 343), manifiesta que la función calificadora del Registrador le ha de llevar a verificar si la licencia de la que se presenta testimonio notarial corresponde a la obra cuya declaración se pretende inscribir, pero ello no ha de implicar que la función calificadora se extienda o tenga que extender a la conformidad de la construcción con la licencia concedida, que es una competencia del técnico que expide la certificación. Si bien la función registral sí se ha de extender a calificar la licencia como acto administrativo conforme al art. 18 de la Ley Hipotecaria y 99 del Reglamento, aunque los actos o contratos que sean nulos con arreglo al planeamiento urbanístico no son convalidables por la inscripción, art. 33 de la Hipotecaria, y como dice la Disposición adicional cuarta de la Ley 8/90, en la actualidad art. 23.2 del texto refundido «En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas en contra de lo dispuesto en esta Ley o en la legislación o planea-

miento urbanístico aplicables», lo que recoge la tradición de toda la normativa anterior, mantenida en vigor en cuanto no contradiga la nueva regulación.

Se ha de precisar que la conformidad de la obra con el proyecto para el que se obtuvo la licencia no es una cuestión de la calificación porque, normalmente, el documento notarial en que se encuentren testimoniados los documentos administrativos para la declaración de la obra nueva no permitirá más que apreciar las formalidades extrínsecas y los trámites y elementos esenciales del procedimiento por lo que la función calificadora conforme al art. 99 del Reglamento Hipotecario se extenderá únicamente a esos aspectos.

Pero la constatación fehaciente de conformidad de la obra con el proyecto para el que se obtuvo licencia llevará, únicamente, a que la calificación se realice por vía de los documentos que se presenten al Registro y no por una labor del Registrador fuera de los documentos que se le aporten, pero esos documentos han de ser en su integridad y todos los que exija en cada momento la legislación para hacer plena la labor calificadora.

La aplicabilidad general de la nueva exigencia establecida por el art. 37.2 del texto refundido ha tenido ya pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado), en resoluciones de 6-9-1991, (RA 6231) y 4-2-1992, (RA 1524).

La Resolución de 6-9-1991 confirma la nota del Registrador de la Propiedad de la Bisbal, que suspende la inscripción solicitada, por defecto subsanable de no acreditarse el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y no acreditarse la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de obra con arreglo al proyecto aprobado según lo exige el art. 25.2 de la Ley 8/1990.

La confirmación de la nota se realiza por la Dirección General en base a que la exigencia de la nueva normativa se ha de hacer en todo caso, e indica, (Fundamento 2.º), que la «obtención de los documentos (los del art. 25.2 de la Ley 8/1990) ... ha de ser exigida siempre y cualquiera que sea el número de habitantes del municipio, pues así resulta de la disposición adicional final primera números 1 y 3, en relación con la disposición adicional primera número 1, que dispone ésta última que tendrán el carácter de legislación básica entre otros los artículos 11 y 25 de la Ley y que son aplicables según la primera disposición citada al ser disposiciones específicas sobre adquisición gradual de facultades urbanísticas, tanto el derecho a construir un edificio, como el derecho a la edificación...».

Se observa el esfuerzo de razonamiento de la Dirección General a los efectos de no dar otra posibilidad para la aplicación directa de la legislación sobre la materia, poniendo en base de la misma a los intervinientes que por su función pública han de colaborar «en el control del planeamiento y acción de las Administraciones Públicas para evitar

la existencia de edificaciones ilegales, que incluso pueden llevar al nacimiento de núcleos de población contrarios al orden urbanístico establecido».

Con mayor rigor, la Resolución de 4-2-1992 confirma la nota del registrador que había rechazado la inscripción de escritura de obra nueva de 20-9-1990, que declaran los otorgantes que existe en la parcela de su propiedad, y rechaza también el Registrador la división horizontal que los otorgantes realizan.

La Dirección General por no acreditar el otorgamiento de licencia de edificación, que no se acompañaba en la escritura, ni certificado de terminación de la obra conforme al proyecto para el que se obtuvo licencia niega la inscripción, con confirmación de la nota del registrador, por aplicación del art. 25.2 en su sentido finalista, y porque cuando se trata de obras nuevas concluidas bajo la legislación anterior, no es aplicable el art. 25, sino la disposición transitoria 6.ª, debiendo el interesado otorgante aportar certificado de que existía la edificación y que no son procedentes medidas de restablecimiento de la legalidad, por lo que, al no justificarse estos requisitos que exige la Dirección General desde «su» interpretación de la disposición transitoria 6.ª de la Ley 8/1990, en la actualidad disposición transitoria 5.ª del texto refundido, la escritura no se puede inscribir en relación a la obra nueva y por consecuencia no es inscribible la división horizontal.

La configuración del art. 37.2 dentro del derecho a la edificación, sec. 6.ª del cap. 3.º del texto refundido sobre «Régimen del suelo urbano y urbanizable», su carácter básico, y la estructuración de los derechos de contenido urbanístico de forma gradual y sucesiva, y la fuerte intervención administrativa o pública en ese control lleva a que el art. 37.2 sea aplicable a todos los municipios, a lo que no se opone la disposición adicional 1.ª del texto refundido.

Y, además, si el derecho a la edificación se adquiere por la conclusión de las obras al amparo de licencia no caducada y conforme a la ordenación urbanística, (art. 37.1 del texto refundido), la exigencia del art. 37.2 en todo su contenido cobra «toda» su fuerza y el incumplimiento del art. 37.2 hace al derecho a la edificación no adquirido, procediendo a las medidas de restablecimiento de la legalidad y si el contenido urbanístico se adquiere gradualmente, la infracción, siempre grave, no comenzaría a prescribir, a computar el tiempo de prescripción, sino hasta que se finalice la actividad o se realice el último acto con el que la infracción se consuma, art. 263.3 del texto refundido, lo que convierte a la declaración de obra nueva en el último acto y comienzo del cómputo del plazo de prescripción de la infracción.

Es esta obligación de colaboración y de interpretación de los preceptos un refuerzo a la labor calificadora de los Registradores, tan importante para la protección de ese orden jurídico, y siguiendo las pautas de las anteriores resoluciones de la Dirección General sobre calificación registral.

8. EL PLAZO DE TRES MESES PARA ACREDITAR LA TERMINACIÓN

González Pérez señala en «El nuevo régimen de las licencias de urbanismo» dice, (p. 343), que «Si inscrita una obra nueva en fase de construcción, no llega a terminarse o si se termina una vez transcurrido el plazo fijado para ello, después de haberse incoado el procedimiento sobre declaración del incumplimiento de los deberes urbanísticos, como la inscripción estaba sujeta al certificado final de obra dentro de los tres meses siguientes a la terminación, procederá la cancelación de la inscripción de la declaración de obra mediante la presentación de la certificación de la resolución declarando incumplido el deber de edificar y caducada la licencia de construcción», opinión contraria a la de Merelo Abela que en la página 210 de su exposición sobre «La reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo» indica que la inscripción de la terminación de la obra es meramente facultativa.

No es acertada la opinión de Merelo Abela por no ser conforme con el art. 25.2 de la Ley 8/90, actual art. 37.2 del texto refundido, por determinarse un estricto sistema en la inscripción de obras en construcción en la nueva legislación, en que la constancia de la terminación de la obra tiene cualquier otra naturaleza menos la de facultativa por ser un paso sucesivo para el cumplimiento del sistema que determina el referido precepto dentro de la compleja estructura de la Ley y dar plena virtualidad, con ello, al régimen jurídico previsto que, en otro caso, quedaría incompleto.

En esta consideración de la necesidad de certificado de finalización de obra que González Pérez aplicaba al art. 25.2 de la Ley 8/1990, se exige por el art. 37.2 del texto refundido, por ser consecuencia de la adquisición gradual de derechos de contenido urbanístico, que se cierra con esa exigencia y con la particularidad que indica González Pérez, mostrando con más precisión lo desacertado de la opinión de Merelo Abela.

En la nueva edición de los Comentarios a la Ley del Suelo, 1993, González Pérez sigue haciendo referencia al plazo de tres meses, pero, el mismo, en la redacción del artículo 37.2 del texto refundido ha desaparecido, como ha quedado anteriormente reflejado.

Por ello, en la página 311 del Tomo I sigue haciendo mención a la cancelación de la inscripción, pues realizada la obra nueva en construcción, terminada la misma, procederá la cancelación de la declaración, presentando la certificación de la resolución que declare el incumplimiento del deber de edificar y por caducada la licencia de construcción.

Pero ese efecto tan terminante puede producirse por aplicación directa del propio precepto de la Ley, pero se observa que debe realizarse expediente, que lleva consigo, siempre, audiencia del interesado y que la cancelación no procederá cuando la obra, cuya declaración de obra

nueva se ha realizado en construcción, se ha terminado, pero no se ha cumplido el deber de inscribir por acta notarial la terminación, con el testimonio del certificado final de obra. Se señala que no procedería la cancelación en este supuesto, porque no se da norma específica con rango de Ley, o con rango suficiente, que establezca ese efecto, esa inexistencia de norma impide el efecto, porque no sería proporcionado al incumplimiento que se haya producido o se pueda haber producido.

Dicho esto, cabe indicar que el plazo de los tres meses ha desaparecido y la autorización refundidora no permite más que la «regularización, aclaración y armonización», disposición final 2.^a de la Ley 8/1990, por lo que la supresión del plazo no cumple la autorización refundidora, porque no significa regularizar norma de tipo o naturaleza alguna, ya que el plazo de tres meses se introduce ex novo por la Ley 8/1990, no aclara requisito alguno, porque suprime un supuesto de hecho de funcionamiento y condicionamiento de la terminación de obra declarada en construcción, ni armoniza exigencias contrapuestas, ni siquiera levemente, por ser el plazo de tres meses del art. 25.2 una total novedad de la Ley que se refunde.

Si cierto parece lo anterior, también se ha de manifestar que la supresión del plazo de los tres meses deja con las mismas consecuencias al no cumplimiento de hacer constar la terminación de una obra declarada en construcción, porque ahora no existe plazo de constatación en el Registro, pero el no cumplimiento de esta obligación del art. 37.2 del texto refundido determina y exige, como incumplimiento de deberes urbanísticos, el expediente administrativo en que habrá de darse audiencia en todo caso al interesado, y con la valoración de los hechos para declarar el incumplimiento con unas consecuencias máximas, como sería la caducidad de la licencia, la consiguiente petición de cancelación de la declaración de la obra en construcción, por lo que la supresión racionaliza las consecuencias, que habrá de establecer, ahora, en expediente debidamente motivado por aplicación de los principios generales y de la Ley 30/1992.

IX EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1992, DE 26 DE JUNIO, Y SUS EFECTOS

El Boletín 30 de julio de 1992 publicaba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, cumpliendo, según parece, la disposición final 5.^a de la Ley 31/1991, de presupuestos generales del Estado para 1992.

La exposición de motivos explica la razón de la tardanza, pero el régimen de elaboración de textos refundidos en los preceptos constitucionales queda, a nuestro juicio, en entredicho.

El art. 82.2 de la Constitución determina que, para refundir varios en un solo texto, se habrá de producir la autorización en una ley ordinaria. Ello se cumple por lo prevenido en la disposición final 2.^a de la Ley 8/1990.

La Constitución señala, asimismo, que la *delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno* «de forma expresa para materia concreta y con fijación de plazo para su ejercicio ... No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado ...», art. 82.3. Ello se cumple en la mencionada disposición final 2.^a de la Ley 8/1990.

Y a partir de aquí comienza el choque y enfrentamiento del texto refundido con la legalidad constitucional, porque si la disposición final 2.^a de la Ley 8/1990 determina y regula la autorización para aprobar el texto refundido, que podrá comprender la regularización, aclaración y armonización de las disposiciones estatales vigentes sobre suelo y ordenación urbana, esta autorización para la refundición es sólo para que el Gobierno cumpla la delegación en el «plazo de un año desde la publicación de esta Ley». Ley 8/90 que se publicó en el Boletín Oficial del Estado de 27-7-1990, n. 179, con correcciones de errores en los boletines de 4-8 y 19-12 de 1990, por lo que la autorización para la refundición venció el 27-7-1991.

Y vencida la autorización, se rehace, como muerto que renace, por la disposición final 5.^a de la ley 31/1991, publicada en el BOE de 31-12-1991, es decir cinco meses después de haber vencido la autorización. Con una particularidad añadida que es la siguiente: en vez de autorizar de nuevo la delegación para aprobar texto refundido, la disposición de la Ley 31/1991 dice que «El Gobierno podrá hacer uso de la autorización establecida en la disposición final 2.^a de la Ley 8/1990...». Realmente incomprensible, por lo que la duda de la ilegalidad de todo el texto refundido es evidente o así ha de parecerlo, pues la delegación estaba agotada por el tiempo marcado por la misma disposición final 2.^a de la Ley 8/1990, que es una forma ordinaria de hacer desaparecer delegaciones que como dice el propio art. 82.3 de la CE no pueden ser por tiempo indeterminado.

Ello sin entrar en el problema que supone establecer normas en las Leyes de Presupuestos de cada año de naturaleza extraña a los presupuestos, y sin perjuicio de poder objetar que se pueda rehacer o hacer renacer una delegación agotada por incumplimiento.

Por otra parte, en relación con los efectos registrales de la declaración de obra nueva el texto refundido no varía la legislación de la Ley 8/1990, y que se ha expuesto en los distintos apartados. No es necesario, pues, reafirmar cuestiones concretadas en otros momentos de este comentario.

Tomás Ramón Fernández, en la décima edición de su Manual de Derecho Urbanístico, (1993, El Consultor de los Ayuntamientos), pone en tela de juicio la autorización de refundición, concretamente el plazo

concedido por la Ley 31/1991, por razón de que esa autorización se comprende en una Ley de Presupuestos Generales del Estado, que no puede contener, válidamente, relación directa con el estado de ingresos y gastos en que el presupuesto consiste o con las medidas de política económica a instrumentar durante el ejercicio, de acuerdo a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14-5-1992.

X LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y SUS EFECTOS EN RELACIÓN A LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS

La Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 6 de febrero de 1986, (RA 1008), que revoca la nota del Registrador, que había denegado la inscripción de una hipoteca sobre una vivienda-chalet, por no estar inscrita la obra nueva, dice que «(cons. 3), la inscripción de la declaración de obra nueva no constituye un requisito previo a la inscripción de la hipoteca, pues ésta se extenderá a aquélla aunque no figure la construcción en el Registro, ni se hubiere hecho constar en el Registro», (art. 110 de la Ley Hipotecaria).

Se ha de indicar por ello, que la inscripción de la obra nueva no es requisito de aumento de la intensidad de la garantía, y el artículo 37.2 del texto refundido no varía el supuesto, porque ni siquiera los requisitos, que se han expresado, suponen la alteración de las exigencias habituales para la constitución de la garantía, que juega en otros aspectos, como es el de la edificación conforme a licencia, para patrimonializar el derecho de contenido urbanístico o para su mantenimiento si está patrimonializado.

La garantía juega por ello fuera de los efectos de la declaración de obra nueva, salvo cuando se trata de individualizar la misma en los distintos elementos en que se divide un edificación por la declaración, como mayor posibilidad y extensión de la eficacia de la garantía.

Por otra parte la problemática que puede introducir registralmente la RDGR y N de 4-2-1992. (RA 1524) con las declaraciones de obra nueva existentes antes de la entrada en vigor de la Ley 8/1990, pero que se formalizan con posterioridad a la Ley, se ha de resolver con la demostración de que ya no es posible la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, lo que debe llevar a considerar patrimonializado el derecho y por ello susceptible de garantía con toda intensidad.

No se desconoce que una interpretación restrictiva de la normativa en vigor, dificulta la garantía hipotecaria, pero no por la obra nueva y los requisitos de su declaración, sino por la gradual adquisición sucesiva de los derechos del contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria, art. 23, como pasos sucesivos que no se completan hasta el último momento, es decir con la adquisición del derecho a la edificación por

la conclusión de las obras al amparo de licencia no caducada, y se tendría que añadir que no se declare ilegal, con consecuencia de demolición, no en otro caso, y conforme con el ordenamiento. Ello se dice porque puede existir licencia legal, por no impugnada, y por tanto firme, pero respecto de la cual se ejerza la acción pública, art. 304 del texto refundido, porque esta acción se puede ejercer, cuando se trate de obras cuya ejecución se considere ilegal, (304.2), durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, el plazo viene determinado por el art. 263, que fija el plazo de prescripción, por lo que la inseguridad puede ser total.

Es evidente que se han de interpretar los preceptos de acuerdo a los principios de proporcionalidad y congruencia con sus fines, por lo que cualquier supuesto que pueda ser considerado en fraude de ley o abuso de derecho habrá de ser proscrito por el ordenamiento, y por esta legislación, que puede dar lugar a consecuencias indeseadas.

XI. LA LEY DE CONSUMIDORES Y LAS NUEVAS EXIGENCIAS URBANÍSTICAS EN LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

Esta variación legislativa va a suponer un cierto movimiento práctico en cuanto existe, por la modificación legislativa, un cambio más en las exigencias de asesoramiento por los intervinientes en las escrituras públicas o documentos notariales por los que se transmiten viviendas, locales o terrenos, sujetos en cuanto a su utilización a la legislación urbanística.

En este aspecto y dentro de este comentario al art. 37.2 del RD leg. 1/1992, se ha de indicar únicamente que las funciones del Notario, sean las configuradas por Cabello de los Cobos, en «La Seguridad del Consumidor en la adquisición de inmuebles», (Editorial Cívitas, 1993, 2.^a edición), o Cuenca Anaya en «Función Notarial y Defensa del Consumidor», (Academia Sevillana del Notariado, 1991, tomo IV), quedan aumentadas en cuanto debe dejar constancia del cumplimiento de las exigencias del mencionado precepto, porque la escritura tiene que reflejar una información correcta para el consumidor final sobre el disfrute del bien, (art. 2.1, d) de la Ley de Consumidores y Usuarios, Ley 26/84, de 19 de julio), lo que ha venido a unirse a las obligaciones impuestas, aunque criticables por el sistema, del RD 1558/1992, de 18 de diciembre, en materia de colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

Estas exigencias para el tráfico inmobiliario, con la intervención más intensa de esos profesionales hace que la configuración de la protección del consumidor, de acuerdo al art. 1.2 y 2.2 de la Ley 26/1984, pase por la responsabilización de los profesionales intervinientes en la regularidad de la transmisión, con las consecuencias para éstos, mientras no exista una regulación específica, de la exigencia de responsabilidad por la vía del artículo 1902 del C. civil; aunque quizá como la intervención de los mismos es también un negocio jurídico, con especiales características, porque si cierto es que se puede elegir Notario, no así registrador pudiera pensarse la exigencia de responsabilidad por el cauce de la responsabilidad contractual.

Es una cuestión que queda a la futura regulación y a los pronunciamientos jurisprudenciales.

XII. LA NUEVA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, LEY 30/92, Y LAS LICENCIAS POR SILENCIO POSITIVO Y EL RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

Tomás Ramón Fernández en la última edición de su Manual de Derecho Urbanístico señala que en la Ley de Procedimiento administrativo, aprobada por la Ley 30/1992 se introduce, por el principio de silencio positivo de la concesión de las licencias, sin perjuicio de que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas en contra de lo dispuesto en la Ley o en la legislación o planeamiento urbanístico», art. 23.2 del RD Leg. 1/1992, por la nulidad de pleno derecho del art. 62.1-f) de la Ley 30/1992 de los actos «presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición», unos ciertos problemas en el régimen de licencias y adquisición gradual de derechos urbanísticos que habrán de ser resueltos en su día por la jurisprudencia, (p. 230).

Pero se plantea también una cuestión más: no se adquieren derechos en contra de la Ley, la legislación o el planeamiento, art. 23.2 del RD leg. 1/1992, las licencias se adquieren o pueden adquirir por silencio positivo, art. 43.2-b) de la Ley 30/1992, y son nulos de pleno derecho los actos administrativos, cuando sean presuntos contrarios al ordenamiento jurídico, por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, art. 62.1-f) de la Ley 30/1992, por lo que parece que el sistema está cerrado, pero el límite de la revisión que establece el artículo 116 de la Ley 30/1992 hace que todo el sistema quede o pueda quedar relativizado y circunstancializado al caso, siendo su resolución siempre ponderada y motivada en los intereses concretos en juego, puesto que «Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por ... el tiempo trans-

currido o por otras circunstancias su ejercicio resulte contrario a la equidad, la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes».

Es decir se plantea el problema de ponderar y resolver congruentemente con el caso concreto y los intereses públicos y privados, —tan legítimos o por lo menos en la misma consideración que los generales en muchos casos—, una nulidad de pleno derecho de una licencia por silencio positivo, ya que la licencia concedida así no lo ha sido por el obrar del particular, sino por la desidia de la Administración que debiendo resolver de modo expreso no lo hace; por eso no se puede achacar toda la apariencia de buen derecho a que el acto infringe el ordenamiento de modo total, por ser nulo de pleno derecho, o poder serlo, sino que el particular que adquiere por silencio positivo una licencia de edificación, sujeta a la legislación urbanística, tiene el buen derecho de que su petición se ha considerado conforme con el ordenamiento, en cuanto que la carga de declarar el incumplimiento del mismo corresponde a la Administración que es la que controla la legalidad y con más intensidad la legalidad urbanística.

XIII. CONSIDERACIONES FINALES

Se han de determinar algunas consecuencias, que se pueden derivar de las distintas circunstancias y aspectos, de los que se han tratado, teniendo en cuenta que las mismas habrán de evolucionar por la legislación que entre en vigor, bien a nivel estatal, bien en cada Comunidad Autónoma, por lo cual la variedad de supuestos —y sin perjuicio del real mimetismo de la normativa autonómica con la del Estado sobre la misma materia— es incuestionable.

Incluso de esta forma, se pueden expresar las siguientes consideraciones finales, que se estructuran tal y como se van a recoger:

1.— La obra nueva significa toda actuación que suponga una variación en un terreno, siendo, por consiguiente la declaración de obra nueva una medida establecida por el legislador para realizar la concordancia del Registro con la realidad.

2.— Se pueden distinguir por el momento en que la declaración de obra nueva accede al Registro la obra nueva construida, la obra nueva en construcción y la obra nueva de pisos meramente proyectados.

3.— El art. 25.2 de la L 8/90, actual art. 37.2 del RD leg. 1/1992 diferencia en la exigibilidad de los requisitos la obra nueva construida y la obra nueva en construcción.

Para la posibilidad de acceso al Registro, se ha de identificar con la obra nueva en construcción la declaración de obra nueva de pisos meramente proyectados, respecto de la cual se haya obtenido licencia administrativa, lo que permite el art.8-3.º-4-2.º de la Ley Hipotecaria.

Los requisitos para el registro de estas declaraciones obra nueva son los mismos y se concretan en el art. 37.2 del texto refundido.

4.— Los requisitos del precepto para las inscripciones de obra nueva diferencian, como se ha expresado, las obras construidas, las en construcción y las obras nuevas de pisos meramente proyectados, en cuanto este último supuesto se ha de admitir por vía del art. 8 de la Ley Hipotecaria, y la declaración de obra nueva de pisos meramente proyectados puede tener acceso al Registro, en cuanto se haya obtenido licencia, y se cumplan los demás requisitos de la norma para las declaraciones de obra nueva en construcción.

El art. 37.2 del texto refundido es norma básica que se impone por su propia caracterización a toda otra norma anterior o distinta, sobre la misma materia, por el principio de competencia, siendo por ello la norma autonómica, como la legislación hipotecaria, considerada subsistente en cuanto no contradiga la normativa básica estatal.

5.— El art. 25.2 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, actual art. 37.2 del texto refundido no deroga en su totalidad la regulación de la ley hipotecaria y del reglamento, sino que esa normativa se integra, sistemáticamente, en la interpretación conforme al contenido constitucional de las normas y más favorables para los derechos individuales, con la nueva legislación.

6.— El art. 25.2 de la Ley 8/90 no tiene efectos retroactivos y tampoco se puede predicar el efecto retroactivo del art. 37.2, sin perjuicio de atender a la RDGR y N de 4-2-1992.

7.— Los Registradores y Notarios sí tienen que velar por el cumplimiento de la legalidad urbanística y pueden estar sujetos a responsabilidad por una incorrecta información al consumidor final, que es el comprador, que puede exigirse vía extracontractual, vía contractual por el contrato o acto negocial que une al Notario o al Registrador con el particular que va a realizar la escritura o inscribir el documento.

8.— El técnico competente es persona con conocimientos y capacitación legal para la certificación de la conformidad de que trata el art. 37.2, debiendo su firma ser testimoniada en la escritura, su certificado visado y extenderse no sólo a la descripción de conformidad de la obra conforme a proyecto para el que se obtuvo licencia, sino que cuando se trate de obras en construcción o de pisos meramente proyectados, se ha de hacer extensivo el certificado a la descripción de la obra nueva en escritura, que es la que contiene el acto a inscribir y ha de ser una descripción conforme al proyecto para el que se obtuvo licencia; certificado expedido por técnico competente y testimoniado en la escritura pública. Es decir el certificado del técnico competente sobre la conformidad de la obra nueva ha de ser comprensivo de la conformidad de la descripción de la obra nueva en la escritura, por las razones expuestas.

9.— La competencia del técnico se considera que es incluyente en las potestades de calificación del Registrador, en cuanto que la juris-

prudencia ha trasladado a otros órganos el discernimiento de la competencia del técnico redactor de un proyecto, por lo que es posible que esa competencia, requisito ineludible para poder inscribir la declaración de obra nueva, en sus distintas variedades, tenga que calificarse por el Registrador conforme al art. 18 de la LH y 99 del R. Hipotecario, sin perjuicio de ser esa calificación realizada por los documentos presentados y no por medios distintos.

10.— Una certificación incorrecta o que devenga incorrecta conllevará responsabilidad para su autor, si es por su culpa o ha intervenido en su corrección urbanística o contradicción con el planeamiento, debiendo existir para ello el pertinente procedimiento.

11.— La función calificadora se ha de realizar en los términos del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y art. 99 del Reglamento hipotecario, pero pudiendo calificar la competencia del técnico para expedir la certificación, así como la conformidad de la licencia a la legalidad urbanística.

12.— Se podrá acreditar el cumplimiento de los requisitos del art. 37.2 por otros medios, como la licencia de primera ocupación o constatación notarial de la edificación y de haber transcurrido más de cuatro años de su total ejecución, sin existencia de expediente de disciplina urbanística que implique demolición, por lo que la existencia de expediente de disciplina urbanística que no implique demolición, aunque sí otro tipo de sanción, será un supuesto que no obstaculice la constatación de otro modo y la inscripción, junto al hecho de la patrimonialización, en esta línea la Resolución de la Dirección General de 4-2-1992.

13.— La inscripción de la obra nueva no aumenta las garantías para los créditos con tercero, pero sí afecta o puede afectar la gradual y sucesiva adquisición de derecho de contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria al crédito y su seguridad.

14.— El plazo de tres meses para acreditar la terminación es un requisito más e integrado en la forma de inscribir la declaración de obra nueva, para que surta plenos efectos la inscripción de obra nueva en construcción o la de pisos meramente proyectados, por lo que la acreditación de la terminación de la obra no tiene carácter facultativo, sino vinculante para los plenos efectos de la declaración de la obra nueva, pues de no ser así el requisito sería ineficaz y sería superfluo, y esa naturaleza pretendidamente superflua no es concorde con la interpretación sistemática y antecedentes de las normas vigentes.

Este requisito ha desaparecido en el RD leg. 1/1992, y sin perjuicio de no estar contemplada esa posibilidad en la fórmula de refundición, las consecuencias son las mismas, pero ya sin plazo aplicable.

Ello no obstante, la cancelación de la declaración de obra nueva en construcción, cuando no se hace constar la terminación, debe llevar expediente administrativo de incumplimiento de deberes urbanísticos, en que ha de darse necesariamente audiencia al interesado.

15.— El RD Leg. 1/1992 tiene dudas racionales de constitucionalidad por no haberse cumplido, o así parece, los requisitos del art. 82 de la CE para la delegación en el Gobierno para aprobar textos refundidos.

16.— El RD Leg. 1/1992 no altera la regulación de la inscripción de la declaración de obra nueva, porque el art. 37.2 reproduce el art. 25.2 de la Ley 8/1990.

17.— La acción pública puede hacer *poner en tela de juicio* y la seguridad jurídica de la eficacia de licencias de edificación aprobadas, y firmes como actos administrativos, pero respecto de los cuales se abre la posibilidad de revisión jurisdiccional en los términos del art. 304 del RD Leg. 1/1992, aunque las obras estén ejecutadas y los pisos u objetos de la edificación vendidos con terceros de buena fe, lo que es contrario a los principios hipotecarios, pero que con la nueva legislación urbanística se podría dar, y, en principio, independientemente de que estuviera anotada la demanda contenciosa sobre la legalidad de la licencia, aunque a ello se puede responder que no se adquieran derechos urbanísticos en contra del planeamiento.

18.— La Ley 26/1984 impone especiales exigencias de información al consumidor que, también, se ha de considerar que recaen sobre la labor profesional de Notarios y Registradores, no siendo suficiente para ello la fórmula «hago las advertencias legales» porque eso puede significar una huida de la obligación de información contraria al ordenamiento y a la no posibilidad de renuncia de los derechos legales por los consumidores.

19.— La Ley 30/1992 por su artículo 116, límites a la revisión, incluso de los actos nulos de pleno derecho pone en tela de juicio, en principio, la no adquisición, en ningún caso, art. 23.1 del RD leg. 1/1992, de facultades urbanísticas en contra de la Ley, de la legislación o del planeamiento.

20.— El principio de proporcionalidad como principio constitucional y de interpretación ha de llevar a moderar consecuencias no deseables por interpretaciones excesivamente literales de los preceptos vigentes.

Madrid, a uno de junio de mil novecientos noventa y tres.

BIBLIOGRAFÍA

- CHICO Y ORTIZ, J.M.: «La Propiedad Urbanística y el Registro de la Propiedad», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 2/1991. Y *Estudios de Derecho Hipotecario*, Tomo I, Marcial Pons, 1981.
- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L.M.: «La Seguridad del Consumidor en la Adquisición de inmuebles», 2.^a edición, Editorial Civitas, 1993.
- CORRAL GIJÓN, J.M.: «La Legislación del Suelo en la jurisprudencia registral», en *Revista de Derecho Urbanístico*, n.º 128, mayo, junio de 1992.
- CUENCA ANAYA, F.: «Función notarial y defensa de los consumidores», Academia Sevillana del Notariado. Tomo IV, 1991.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: «Manual de Derecho Urbanístico», 10.^a Edición, *El consultor de los Ayuntamientos*, 1993.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F.: «Derecho Administrativo español», T. I., EUNSA, 1987. Y Reseña bibliográfica en la REDA, n. 70, pp. 297 y ss., del libro de González Pérez sobre «Comentarios a la Ley de Reforma urbanística y valoraciones del Suelo» 2.^a edición, Editorial Civitas.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «Nuevo Régimen de licencias de urbanismo», Publicaciones Abella, 1991, primera edición, y segunda edición de 1992.
- «Comentarios a la Ley de Reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo», Editorial Civitas, 1990, primera edición.
- «Comentarios a la Ley del Suelo, (Texto Refundido de 1992)», Editorial Civitas, 1993, Sexta Edición.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., Y SANCHO REBULLIDA, F.: «Derecho Inmobiliario Registral», (Editorial Bosch, 1984, segunda edición, reimpresión de 1990).
- LASO MARTÍNEZ, J.L.: «La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de valoraciones del Suelo», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, n. 601, (noviembre, diciembre de 1990).
- LLISET BORREL, F.: «Nuevo Régimen urbanístico, Comentarios a la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo», Editorial Abella, 1990.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I.: «El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo», Instituto García Oviedo, 1988.
- MARTÍN BLANCO, J.S.: «Estudios sobre la Ley 8/1990 de reforma del régimen urbanístico», Editorial Colex, 1991.
- MERELLO ABELA, J.M.: «La reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo», Banco de Crédito Local, 1991.
- NIETO, A.: «El subsuelo urbanístico», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 66.
- PAREJO GAMIR, R.: «Aspectos documentales de la nueva Ley del Suelo», *Revista de Administración Pública*, número 125, mayo-agosto de 1991.
- PAREJO-MERINO Y PAREJA, M.P.: «El derecho a edificar y el derecho a la edificación», Academia Sevillana del Notariado. Tomo VI, 1992, pp. 441 y ss.
- VILLAR PALASÍ, J.L.: «Derecho Administrativo, Introducción y teoría de las normas», Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 1972.
- Estudios sobre la Reforma de la Ley del Suelo*, del Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1991.
- Municipios y redes de Servicios Públicos, ponencias de las 2.^{as} Jornadas de Derecho Local, Girona, 1989, con introducción de Enric Argullol i Murgadas.