

ASPECTOS DOCUMENTALES DE LA NUEVA LEY DEL SUELO (*)

Por
ROBERTO PAREJO GÁMIR
Notario de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Derechos de tanteo y retracto:* 1. Clases. 2. Naturaleza jurídica. 3. Aspecto registral. 4. Ambito de aplicación. 5. Notificaciones a practicar. 6. Efectos. 7. Valoración final.—III. *Formalización de los acuerdos de transferencia:* 1. Sentido general de la nueva regulación. 2. Concepto y naturaleza. 3. Clases de acuerdos. 4. Contratos entre personas privadas. 5. Las transferencias coactivas. 6. Acuerdos con la Administración. 7. La formalización de los acuerdos. 8. El Registro de Transferencias.—IV. *Declaraciones de obra nueva:* 1. Novedad de la ley actual. 2. La licencia de obras y sus problemas. 3. Forma de acreditar su existencia: el problema del silencio. 4. El certificado técnico. 5. Su testimonio. 6. Terminación de la obra en construcción. 7. Obras en suelo no urbanizable. 8. El transcurso de los cuatro años. 9. Derecho transitorio.—V. *El título inscribible en la nueva ley.*

I

Sin más preámbulo que el dejar constancia expresa de mi agradecimiento al Colegio de Registradores de la Propiedad por el honor —totalmente inmerecido, por otra parte— con el que me ha distinguido al permitirme ocupar hoy esta tribuna, quisiera comenzar mi intervención con una precisión acerca de su sentido, contenido y alcance exactos, porque quizá el título bajo el que aparece anunciada («Perspectivas notariales en la nueva ley del Suelo») no resulte totalmente certero, ni tampoco suficientemente ilustrativo sobre los mismos.

En efecto, creo que más que de perspectiva notarial deberíamos hablar de perspectiva formal, o documental, si se quiere, de la reciente ley del Suelo; no se trata de ofrecer una visión notaria-

(*) Este trabajo está constituido básicamente por la conferencia pronunciada el 29 de enero de 1991 en el Colegio de Registradores de la Propiedad de España, dentro de las Jornadas de Estudio sobre la ley del Suelo organizadas por dicho Colegio, lo que explica la ausencia de notas a pie de página y el tono general de la redacción, propio de la exposición oral, que ha parecido oportuno mantener.

lista estricta de la misma, sino de detectar y contrastar los abundantes problemas que su texto suscita en un ámbito particularmente grato al Notario: el del documento, el de la formalización documental de los diversos actos o negocios jurídicos que la ley regula. Nos interesan, pues, los problemas de *Título*, si con esta palabra se alude no al título en sentido sustancial, como acto o negocio jurídico, sino al simple Título formal, en una palabra, al *Documento* en cuanto vehículo formalizador de los referidos actos o negocios. Orientación que no puede causar sorpresa: siendo lo genuino del oficio del Notario la redacción de documentos, la perspectiva notarial se convertirá, antes o después, en una contemplación de la ley bajo el prisma del documento.

Se impone, sin embargo, un nuevo e importante recorte al ámbito documental en el que vamos a movernos. La ley de reforma contiene novedades de interés en este terreno, algunas de ellas enormemente atractivas: pensemos, p. ej., en la certificación acreditativa del cumplimiento de deberes urbanísticos que regula el artículo 15, con una nueva modalidad *ad hoc* de silencio administrativo positivo; o en la información escrita municipal que se contempla en el artículo 29, y que quizá consiga revitalizar la hasta ahora poco operante institución de la cédula urbanística; es asimismo de sumo interés la certificación regulada en el artículo 59, con motivo del procedimiento de ocupación directa, y que constituye título inscribible en el Registro de la Propiedad; por no aludir en este momento a la disposición adicional 10.^a, segundo, donde se otorga valor a efectos registrales asimismo con carácter general a las certificaciones administrativas...

No sería del todo exacto afirmar que la ley contiene un sistema documental administrativo nuevo y propio; en muchos supuestos, a falta de normas *ad hoc*, seguirán siendo aplicables íntegramente las ya existentes al efecto (LPA, ROF, etc.), como para la forma de las licencias de edificación, o de las actas de ocupación en la expropiación, etc. Pero sí al menos es lícito hablar de que, en materia jurídico-administrativa, la nueva ley ha sido consciente de la importancia de los temas documentales y ha cuidado con detalle estos aspectos cuando lo ha considerado necesario.

Si de los documentos administrativos pasamos a los documentos consagrados a la formalización de los actos y negocios jurídicos *privados* —únicos que en este momento pueden y deben ser objeto de nuestra atención— la primera impresión que la lectura

de la ley produce es justamente la contraria. La ley de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo ha cuidado con esmero la documentación administrativa; se ha ocupado por otra parte de regular con detalle los problemas de coordinación entre el tráfico urbanístico y el Registro de la Propiedad, lo que tanto se echaba de menos en la legislación anterior; pero en lo relativo al documento notarial, que constituye el medio legal de dar forma al tráfico jurídico inmobiliario, el texto legal ha sido parco, escaso y cicatero. No habría inconveniente, incluso, de calificar a esta ley de antinotarial, o antinotarialista, si se prefiere.

Efectivamente, si releemos con detenimiento el texto legal, desde su artículo 1.º (o, mejor, incluso desde su Exposición de Motivos) hasta su disposición final 2.ª, sólo podríamos hallar tres alusiones a documentos notariales: a) La regulación que realiza el artículo 25 de las obras nuevas, donde se citan dos, o mejor, tres especies de documentos notariales: escritura de declaración de obra nueva en construcción, de obra terminada, y acta para acreditar la finalización de la obra. b) El artículo 55, al indicar las clases de transferencias de aprovechamientos, añade, en relación con las que se celebren entre particulares, la críptica expresión *que deberán constar en documento público* (lo que equivale, como intentaré demostrar más adelante, a decir *en escritura pública*). c) Y, por último, cuando el artículo 93 contempla la notificación a realizar en los casos de derecho de retracto, indica que debe practicarse entregando copia de la *escritura* o documento en que la transmisión fuere normalizada. Nada más. Salvo en estos tres preceptos, el documento notarial está totalmente ausente de la letra —y en general del sistema— de la nueva ley.

Con el agravante de que lo está incluso allí donde, por definición, más presente debería estar y donde, por tanto, más llamativa es y más lamentable, a mi juicio, su ausencia. Todos sabemos que, en materia hipotecaria, al hablar de los problemas de Título inscribible, siempre ha ocupado la escritura pública un papel central y destacado; sin embargo, cuando la disposición adicional 10.ª se ocupa de este tema en su apartado segundo, ignora con desdén la escritura notarial en esta su vertiente registral para pretender consagrar como medio ordinario de acceso al Registro la certificación administrativa, en los términos que en dicha disposición adicional se detallan. Tendremos ocasión de intentar aclarar hasta qué punto ello se ha llevado a cabo; pero no se puede menos de

decir, ya, en este momento, que la norma en cuestión es cuanto menos reveladora de la posición general adoptada por la nueva ley del Suelo en lo que toca al documento notarial.

II

1. Introduciéndonos ya en el examen de los novedosos derechos de tanteo y retracto que la ley ha regulado en sus artículos 90 a 97, dichos preceptos contemplan en realidad una doble categoría: de una parte, un derecho de tanteo y retracto de naturaleza claramente urbanística, a ejercitar en principio en las transmisiones de terrenos y de ciertas edificaciones singulares (arts. 90 a 95); de otra, idénticos derechos que pueden ser ejercitados en transmisiones de viviendas sujetas a protección pública, cuya finalidad en principio no es (no puede ser, por definición) urbanística y que más bien parece han sido introducidos en la ley por puras razones de oportunidad.

Lo que en todo caso interesa destacar es que, dadas las remisiones del artículo 96 a los anteriores, el sistema que regirá va a ser en principio idéntico tanto para unos como para otros. Y así, lo relativo al procedimiento para delimitar las áreas en las que vayan a tener aplicación, las notificaciones que deben practicarse, el medio utilizado de conexión con el Registro de la Propiedad, y, en general, todo el bloque normativo aplicable va a ser el mismo; lo cual nos eximirá en este momento, salvo que otra cosa se indique expresamente, de distinguir entre las dos modalidades, y nos permitirá exponer una doctrina común, vigente para ambas categorías de tanteos y retractos.

2. El primer problema que plantean los nuevos derechos de preferente adquisición que la ley del Suelo ha introducido, y cuya solución va a condicionar decisivamente la de otros muchos, es el de su propia naturaleza jurídica. Entre los comentaristas de la ley que han aparecido ya suele encontrarse la idea, efectivamente, de que estamos ante unos derechos de tanteo y retracto de carácter legal. Tanteos y retractos legales, pues; de carácter administrativo, no civil, pero de origen y naturaleza legal, análogos a otros similares establecidos en recientes leyes administrativas, como la de Costas, o la de Patrimonio Histórico y Artístico, p. ej. Su efica-

cia jurídica será, pues, la propia de los tanteos y retractos legales, como pueden ser, en el orden civil, los de colindantes, o los arrendatarios rústicos y urbanos.

Tal planteamiento lo creo radicalmente desenfocado; hasta el punto de que, si pretendiéramos utilizar a todo trance la conocida dicotomía civilista entre tanteos y retractos legales y convencionales, entiendo que las figuras de que nos ocupamos ahora se hallan más cerca de los segundos que de los primeros; dado que tienen su origen no directamente en la ley, sino en un acto jurídico singular y concreto, específicamente en el acto administrativo de delimitación de áreas. Estos derechos no surgen a la vida jurídica *ex lege*; necesitan un acto administrativo creador, ya que la ley se limita a habilitar a la Administración para establecerlos, pero no los crea ella directamente. En el Derecho civil el tanteo convencional surge de un negocio jurídico; en nuestro caso, de un acto administrativo. En esencia, el origen es idéntico; la diferencia fundamental viene motivada por la distinta naturaleza del acto originador: el negocio jurídico privado no necesita una norma concreta en que apoyarse, se basa en el principio de la autonomía de la voluntad, mientras que el acto administrativo sí requiere, en virtud del principio general de legalidad, una norma jurídica previa que habilite, que apodere, que faculte, a la Administración para dictarlo. Tal papel de norma habilitante es el que se limita a cumplir la ley del Suelo, en sus artículos 90 a 97.

Podría quizá contraargumentárseme que ello sólo sería cierto en parte, pues en todo caso habría de estarse a la forma concreta con que se adopte el acuerdo de delimitación. Como ustedes saben, el artículo 91 de la ley permite que las áreas se delimiten en el propio planeamiento general, en la revisión cuatrienal del programa del mismo plan o mediante el procedimiento de delimitación de unidades de actuación. Si se utiliza el primer procedimiento, el acuerdo de delimitación podría pensarse que en cierto modo participaría de la naturaleza normativa del plan. Si el plan tiene carácter de norma jurídica, lo que es opinión hoy abiertamente mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia, las áreas estarían, en última instancia, delimitadas en la propia norma, y estos tanteos y retractos vendrían impuestos también por la misma norma y serían, pues, calificables, de tanteos y retractos legales.

No parecen necesarios grandes esfuerzos para demostrar lo insostenible de esta hipotética posición. La conexión en ese caso

sería puramente formal. El acuerdo de delimitación de áreas es, en sí, por propia naturaleza, un acto administrativo, como ya ha precisado la doctrina (GONZÁLEZ PÉREZ); y es por ello indiferente el modo formal en que se exprese o produzca. El que venga contenido en el Plan no es más que un tema de localización sistemática, sin que pueda sostenerse que esa localización impregne de naturaleza normativa a algo que es, por esencia, un acto administrativo; supondría en último término dejar al arbitrio de la Administración el configurar la naturaleza (y, por tanto, los efectos jurídicos) de los derechos de tanteo y retracto, lo que no parece haya querido realizar la ley.

De esta caracterización doctrinal se desprenden consecuencias prácticas de primer orden. Salta a la luz el acuerdo de delimitación como decisivo a la hora de fijar el régimen jurídico de estos derechos de preferente adquisición. A él habrá de acudir en primer lugar para indagar el contenido, alcance, condicionamientos y extensión de estos derechos. La regulación de los artículos 90 y siguientes supone un mínimo, un límite, dentro del cual puede moverse la Administración con cierta libertad. Un ejemplo claro lo constituye el ámbito objetivo al que se aplica; el propio artículo 90 señala que será el acuerdo de delimitación el que deberá marcar si rigen estos derechos sólo en transmisiones de terrenos o si se aplican también a ciertas edificaciones, incluso en ciertos casos a edificaciones dentro de la ordenación. El margen de operatividad de la Administración es aquí ciertamente amplio.

Pero no es sólo aquí donde puede jugar ese margen de libertad. Así, el problema del plazo de duración de la vigencia de los tanteos y retractos, que tanto preocupa a algún autor (T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ) puede encontrar solución adecuada mediante su establecimiento en el acuerdo de delimitación. Tampoco veo imposible que el acuerdo pueda, p. ej., precisar en más o en menos las clases de transmisiones que darían lugar a tanteo y retracto (dentro siempre de las onerosas) o imponer condiciones y circunstancias de lo más variado. El contenido del acuerdo de delimitación será, pues, la primera fuente jurídica reguladora de estos nuevos tanteos y retractos legales.

3. Un excelente botón de muestra que sirve para corroborar lo acertado de la tesis expuesta lo constituye la solución que la ley ha dado al aspecto registral de la cuestión. Como saben, el artícu-

lo 91.3 establece al efecto que los Ayuntamientos deben remitir a los Registros de la Propiedad copia del acuerdo de delimitación, junto con la documentación que en el citado precepto se detalla. Si se tratara de retractos legales, no hubiera sido necesaria su constancia registral: ni el retracto de colindantes ni el de comuneros, p. ej., la tienen. La ley ha sido consciente de que la única forma de lograr la eficacia frente a terceros de estos derechos era el sometimiento de los mismos al mecanismo registral ordinario, pues no era viable la publicidad *ex lege*, ya que no se trata —repito una vez más y la ley lo sabía— de derechos de preferente adquisición legales, sino, por emplear la consagrada terminología civilista, *convencionales*.

La ley obliga, pues, a comunicar al Registro de la Propiedad el acuerdo de delimitación de áreas. Tal comunicación debe dar obviamente lugar a la práctica de un asiento en el folio de todas y cada una de las fincas afectadas por el acuerdo y radicadas en el ámbito físico de dicha área, único medio de lograr los efectos propios de la publicidad registral, cuya eficacia, en principio, siempre se limita al contenido del folio propio de cada finca. ¿Qué clase de asiento sería el que deberá practicarse?

La cuestión deja de ser diáfana, ya que, pese a lo prescrito en el artículo 91, en la enumeración de actos inscribibles que realiza la disposición adicional 10.^a, 1, no se contiene el supuesto que ahora examinamos. DELGADO-IRIBARREN y BALLESTEROS creen por ello que habría que incluir este caso en la cláusula general del número 8 del apartado Primero de dicha disposición adicional, con lo cual, por aplicación del número 1 del apartado Tercero de la misma, el asiento a practicar sería el de inscripción, como para los restantes casos no expresamente previstos.

Esta solución no parece del todo satisfactoria. De un lado, no se ajusta del todo a la letra de la ley, ya que ese número 8 alude a actos que modifiquen el dominio o cualquier otro derecho real, o la descripción, de las fincas, y nuestro caso no implica directamente una modificación jurídico-real. De otro, porque no se acopla bien a los mecanismos hipotecarios normales que regulan las clases de asientos registrales. Por ello parece mejor entender que el caso previsto en el artículo 91.3 de la ley no ha sido contemplado en la disposición adicional 10.^a, en ninguno de sus apartados. Por tanto, hay que prescindir de las soluciones que esa norma proporciona, para acudir a las normas hipotecarias generales, y

buscar el tipo de asiento cuya naturaleza jurídica mejor se acomode al supuesto de hecho que tratamos.

Si ello es correcto, tal asiento, creo, no puede ser otro que una nota marginal. La misma disposición adicional 10.^a, tercero, 3, parece mostrar predilección por este asiento para los casos dudosos o no previstos; y es el ordinariamente utilizado por la legislación hipotecaria para ocasiones similares a la nuestra (recuerden por ejemplo el art. 32 del Reglamento Hipotecario). Habrá, pues, de practicarse una nota marginal, nota de mera publicidad, que servirá para advertir a terceros de la existencia de un posible derecho de tanteo y retracto en las transmisiones onerosas que afecten a esa finca; pero que, en principio, carecerá de eficacia sustantiva. No producirá otros efectos que los propios de este tipo de notas marginales de mera publicidad.

Y no se me diga que sí existe un efecto sustantivo importante, cual sería el cierre registral del artículo 95 de la ley. En efecto, este precepto ordena que no tengan acceso al Registro las transmisiones efectuadas sobre fincas afectadas si no se acredita la práctica de las notificaciones prescritas; pero obsérvese que este cierre registral no es un efecto de la nota marginal en cuestión, sino de la ley. Lo ordena la ley y es independiente de la práctica o no del asiento, por lo que entiendo que el Registrador debe cumplir este precepto tanto si aparece la nota marginal practicada como si no lo está, siempre que le conste, por cualquier medio que sea (p. ej., porque así resulte del título) la existencia del acuerdo de delimitación. Es la ley, pues, la que impone el cierre del registro, y no el asiento.

La postura adoptada por la ley en el terreno hipotecario es, por tanto, congruente con su previa posición en el aspecto sustantivo de la naturaleza de estos derechos; y es asimismo, por ello, clara en cuanto a la eficacia de la fe pública registral: el tercero protegido por la fe pública registral ex artículo 34 LH se hallará a salvo de cualquier pretensión de la Administración de ejercitar sus derechos de tanteo y retracto, si no consta inscrito el acuerdo de delimitación y reúne los demás requisitos legales. Esta conclusión es obvia y además ha sido reconocida abiertamente ya por la doctrina. Si falla el mecanismo registral que el artículo 91 ha creado, por cualquier causa, todo el sistema legal de tanteos y retractos, en lo tocante a su eficacia frente a terceros, cae por su base. Por ello hubiera sido de desear el establecimiento de medidas legales

complementarias en orden a reforzar la eficacia *erga omnes* de estos derechos, entre las que pueden apuntarse aquí de pasada como posibles dos: *a)* la comunicación por los Ayuntamientos de la existencia y contenido de los acuerdos de delimitación a las Notarías, o a los Colegios Notariales, ya que el Notario será ordinariamente el primero que se enfrente en la práctica al problema de formalizar las transmisiones sujetas a tanteo y retracto; y *b)* la obligación al transmitente de declarar en la escritura, bajo pena de falsedad en documento público, que la finca que transmite no está incluida en un área delimitada a estos efectos. Esta medida se ha revelado muy útil en materia arrendaticia urbana y creo que podría haberlo sido también en orden a estos nuevos tanteos y retractos urbanísticos.

4. Procede que nos preguntemos ya por el ámbito objetivo de aplicación de los derechos de tanteo y retracto, en orden a las transmisiones a las que pueden afectar; en otras palabras, a qué negocios jurídicos sobre inmuebles es viable que se apliquen estos derechos, cuáles son, de entre todos los posibles contratos que, más la tradición (art. 609 CC), pueden provocar una transmisión del derecho de propiedad, aquellos susceptibles de quedar sometidos, mediante un acuerdo de delimitación de áreas, al ejercicio por la Administración municipal del derecho de tanteo, o, en su caso, de retracto.

De acuerdo con lo antes expresado, parece que habrá de acudirse, antes de nada, al contenido posible del propio acto por el que se delimita el área. No parece haber inconveniente en que el mismo contenga precisiones o aclaraciones al respecto, respetando el mínimo legal (transmisiones onerosas); e incluso puede decirse ya que sería aconsejable, a fin de despejar dudas y vacilaciones que, en casos concretos, pueden dar lugar a situaciones litigiosas. El propio acto administrativo creador de estos derechos será, pues, el primer suministrador de criterios interpretativos o decisorios.

Sin embargo, en el caso (más probable, sin duda, en la práctica) de silencio al respecto del acuerdo de delimitación, es forzoso intentar hallar reglas interpretativas supletorias. La dicción legal no suministra gran ayuda al efecto, pues se limita a hablar de «transmisiones», o, a lo más, de «transmisiones onerosas» como dicen los artículos 90 y 96; de lo que sólo se desprende inequívocamente algo seguro: que en todo caso deberá tratarse, para que

sean viables estos derechos, de actos traslativos del dominio, que provoquen un cambio del titular del mismo, sin que afecte en ningún modo a la constitución, modificación o extinción de derechos reales limitados, sean de goce o de garantía.

Si intentamos acudir a los criterios que la doctrina suministra al efecto, hallaremos que los autores en general no precisan lo suficiente. LLISET, por ejemplo, parece entender, de acuerdo con la literalidad de la ley, que estos derechos se aplicarán sólo y siempre a las transmisiones a título oneroso, por lo que sólo quedarían fuera de su ámbito de vigencia las a título gratuito, sean éstas *inter vivos* o *mortis causa*. Parecida es la opinión de DELGADO-IRIBARREN y BALLESTEROS, quienes intentan concretar más la cuestión, y se plantean el problema de los posibles casos dudosos o intermedios, tales como la donación remuneratoria o el llamado *negotium mixtum cum donatione*, u otros supuestos que presentan matices tanto de onerosidad como de gratuidad.

Totalmente contraria es la opinión de GONZÁLEZ PÉREZ, que resulta quizá demasiado restrictiva. Para este autor, en principio la ley parece referirse a toda clase de transmisiones onerosas; pero debe tenerse en cuenta que el artículo 92 habla expresamente de «precio» y de su «forma de pago», y tales términos sólo son predicables, en puridad, de las compraventas. Por ello, concluye, en realidad estos derechos de tanteo y retracto serán aplicables en principio sólo a las compraventas; lo prueba además el hecho de que la ley foral Navarra de 1989, único precedente directo en nuestro Derecho de la actual, limita el radio de acción del tanteo y retracto a las compraventas, y sólo lo extiende a las permutas, si bien estableciendo expresamente para el caso un procedimiento especial para su ejercicio.

Parece en este punto lo más prudente buscar una postura hasta cierto punto intermedia entre ambos extremos. Ante todo, me parece evidente que existen diversas transmisiones onerosas a las que es inviable de todo punto ni siquiera el intento de someterlas a tanteo y retracto: pensemos, p. ej., en las aportaciones a sociedades, o en las extinciones de comunidad, y otros casos análogos. No parece puedan jugar, por propia imposibilidad institucional, derechos de preferente adquisición a favor de la Administración. Se impone, pues, recortar de algún modo la desmesurada extensión que puede alcanzar la primera interpretación, en principio la más acorde con la letra de la ley, de la normativa vigente.

Pero quizá también resulte demasiado restrictivo el limitar la efectividad de estos derechos al puro y simple caso de la compraventa, conclusión que la letra de la ley tampoco autoriza. Por ello, con todas las salvedades de rigor, y en trance de ofrecer algún tipo de norte orientativo, podría ser éste: procederán el tanteo y el retracto en todos los supuestos en que la contraprestación que el transferente del inmueble reciba, o haya pactado recibir, sea de modo inmediato y fácil resoluble o convertible en dinero; y no procederán en caso contrario. Por ello convendrá el tanteo o el retracto no sólo a la venta, sino a otros casos posibles: *datio in solutum*, cesiones a acreedores en pago de créditos, contratos atípicos con entrega de dinero, etc. En cambio, a la permuta o a la aportación a sociedad no se ve cómo podría jugar, en su aplicación práctica, el derecho de retracto, que exige, como regla general, la subrogación del retrayente, en este caso la Administración, en la misma posición jurídica del adquirente inicial. Lo que en todo caso no parece posible en este momento es dar reglas generales; habrá de procederse casuísticamente, a la vista del negocio jurídico concreto de que se trate. Pero, independientemente del nombre que las partes hayan querido darle, el análisis de la prestación del adquirente y su posible conversión inmediata en suma dineraria será, creo, la piedra de toque adecuada para postular o no la sujeción al tanteo o al retracto.

5. Desde un punto de vista estrictamente documental, el aspecto más importante del tanteo y retracto urbanísticos viene constituido por la formalización de las transmisiones de inmuebles sujetas a estos derechos. Respecto al documento básico en que deben constar, nada dice la ley; regirá, por tanto, la doctrina general civil en materia de transmisiones de inmuebles, y será la escritura pública notarial el vehículo adecuado para contener estos negocios jurídicos traslativos. En suma, tendrá al respecto vigencia plena el artículo 1280 del CC, modulado por el artículo 1278 del mismo Código, y bastará, por ello, en este momento, con realizar una remisión en bloque a esta doctrina común civil sobre la forma de los contratos, o de los negocios jurídicos en general.

No con el carácter de requisitos de forma del negocio en sentido estricto, pero sí al menos como exigencias legales complementarias, y necesarias en todo caso para la plena regularidad de la transmisión y siempre para el acceso de la misma al Registro de la

Propiedad (art. 95 de la ley) ordena el texto legal la práctica de dos notificaciones a la Administración. Una por el transmitente, con carácter previo, y comprensiva de la decisión de enajenar, precio, forma de pago y condiciones esenciales de la transmisión (artículo 92); otra posterior a la transferencia, a realizar por el adquirente y comprensiva del total negocio jurídico, ya que se impone la entrega de copia (hay que suponer total, no parcial), de la escritura o documento en que fuere normalizada. Pues bien, respecto de estas notificaciones, son dos los aspectos problemáticos que cabe destacar, a saber: su forma y sus efectos. Cómo deben practicarse, y qué consecuencias jurídicas acarreará su práctica, o mejor, su no realización en orden a la regularidad de la transmisión realizada.

En cuanto a la primera de estas dos cuestiones, no se presentan especiales dificultades. Dado que la transmisión se formalizará en escritura pública, lo usual en la práctica será que asimismo se pretenda por los interesados la realización de las notificaciones por vía notarial. No hay inconveniente en que así sea, antes al contrario, será ésta la modalidad más aconsejable en la realidad concreta; ya que es importante que entre los datos que se contengan en la primera notificación y el posterior contenido del negocio traslativo exista una plena concordancia, a efectos de evitar el surgimiento posterior del derecho de retracto. La armonía entre las notificaciones y el negocio traslativo básico se conseguirá, pues, mejor, con la práctica notarial de las mismas.

La realización concreta de ellas se ajustará a la normativa notarial ordinaria, a la regulación concreta que el Reglamento Notarial hace de las llamadas Actas de notificación y Requerimiento, a las que ahora es forzoso remitirse. Estas normas son las competentes para determinar el requerimiento inicial, la comparecencia, el contenido del Acta, y demás extremos adecuados, sin más particularidades. Con una excepción importante, sin embargo: la práctica de la diligencia de notificación. Al ser el destinatario de la notificación la Administración pública, se hace necesario ajustarse a las normas administrativas pertinentes (ROF y LPA, básicamente); por lo que el Notario deberá realizar la diligencia, si no se efectúa por Correo certificado (lo que en todo caso creo posible), mediante presentación de la cédula de notificación en el Registro de entrada y sellado de una copia de la misma. Las normas administrativas desplazan, creo, al Reglamento Notarial en este punto concreto, manteniéndose la vigencia de aquél para

todo lo demás. Por ello, normativa notarial y legislación administrativa son, en este punto, perfectamente compatibles.

La eficacia de las notificaciones tiene su cara problemática no en su práctica, sino en su ausencia. Si ambas notificaciones se realizan en tiempo y forma, no hay dificultades: la transmisión es perfectamente válida e inscribible (art. 95 de la ley); y el procedimiento concluirá, bien con el ejercicio del derecho de tanteo, o retracto, bien con la consolidación de la adquisición por la inactividad de la Administración en los plazos marcados. ¿Qué ocurrirá si no se practican las dos, o alguna al menos de las notificaciones?

En mi opinión es muy distinto el juego que una y otra notificación están llamadas a desempeñar. En cuanto a la primera, la que con carácter previo debe hacerse, creo que en rigor no es necesaria. No hay un auténtico deber de practicarla, contra lo que a primera vista parece; su falta sólo produce una consecuencia jurídica: dar origen al derecho de retracto. Se equipara en ello a la notificación incompleta, o a no respetar el plazo de los cuatro meses que señala el artículo 94. En definitiva, a posibilitar el retracto. Pero no supone nada más, ni conlleva perjuicio alguno al particular adquirente.

La solución adoptada es contraria, p. ej., a la que la ley foral navarra de 1989 ha seguido, prohibiendo al Notario autorizar la escritura sin la práctica de la primera notificación, escritura que en el sistema de la ley del Suelo será perfectamente viable. En realidad, a los particulares afectados se les ofrece una alternativa: *a)* Notificar previamente. La consecuencia es el derecho de tanteo de la Administración, pero, por el contrario ya supone que, si no se ejercita, queda enervado el retracto (a salvo notificaciones defectuosas, transcurso el plazo, y demás). *b)* No notificar previamente. La consecuencia es que, en todo caso, procederá el derecho de retracto. Pero no implica nada más.

Por el contrario, en cuanto a la segunda notificación, hay que subrayar su obligatoriedad estricta. La misma ley lo hace, utilizando la contundente expresión «que... deberá hacer en todo caso». Si la primera no se ha realizado, el significado de esta segunda notificación es obvio; e incluso es importante en el caso contrario, ya que permitirá la confrontación por la Administración de la transferencia con la notificación previa y el ejercicio del retracto en el caso de que el ajuste entre ambas no sea total, o, como dice en concreto la ley, se hayan omitido requisitos, resulte inferior el pre-

cio o menos onerosas las restantes condiciones. Para la verificación de estos extremos es imprescindible esta segunda notificación, y por ello su realización se impone *en todo caso* (art. 93.2).

Ello es lo que nos permite también solucionar en la forma que creo correcta el cierre registral ex artículo 95 de la ley. Este precepto dice textualmente «las notificaciones»; pero de lo dicho antes se concluye inequívocamente la innecesariedad de acreditar la práctica de *las dos* notificaciones, previa y posterior. Tampoco creo, sin embargo (como parece opinar, p. ej., LLISET), que lo decisivo de la primera haría innecesaria la segunda. Esta última la juzgo en todo caso imprescindible, y, por ello, también lo es a efectos registrales. Por lo que, a mi juicio, para lograr la inscripción de la transmisión deberá acompañarse a la escritura siempre la notificación posterior, y a su vez sólo ésta es necesaria. Escritura pública y notificación posterior de la transmisión ex artículo 93 de la ley son necesarias, y suficientes para inscribir en el Registro; será facultativo acompañar, *además*, la notificación previa del artículo 92.

6. Siempre que una ley nueva crea y regula un nuevo derecho de preferente adquisición, es forzoso normalmente tratar un tema que de ordinario suscita: la colisión de estos derechos de nuevo cuño con otros tanteos y retractos que ya conoce nuestro Ordenamiento, como los de comuneros, arrendaticios, y demás. En nuestro caso, sin embargo, dado que el artículo 93.3 de la ley ha resuelto de un plumazo el problema, por el simple procedimiento de declarar a estos derechos preferentes a cualesquiera otros, podemos ahora prescindir de ello y pasar ya a los efectos del ejercicio por la Administración del tanteo o del retracto.

La nueva ley ha guardado silencio total al respecto, por lo que entendemos que serán de aplicación las reglas generales ordinarias sobre la materia, y ello tanto por lo que respecta a la forma de ejercitar estos derechos cuanto por lo que toca a las consecuencias juridicopatrimoniales de ese ejercicio.

Concretemos. Ante una notificación recibida, la alternativa para la Administración será simple: ejercitar el derecho o dejar transcurrir, sin más, el plazo de sesenta días; en este segundo término no hay cuestión. En el primero, la decisión de ejercitar el derecho dará lugar a un acto administrativo en el que se contenga la misma; acto regulado en todo por las normas ordinarias del Derecho Administrativo local, y que no interesa examinar ahora.

¿Cómo plasmará dicho acto respecto a los particulares afectados? Sustantivamente, el Ayuntamiento se subrogará en el lugar del adquirente: deberá pagar el precio, pagar los gastos lícitos señalados por el Código civil con carácter general, y, en definitiva, cumplir las obligaciones que el adquirente hubiera asumido ya (retracto) o debería asumir en el futuro (tanteo) en el negocio jurídico de transmisión. La posición de la Administración será, pues, en este terreno sustantivo, igual a la de cualquier particular que ejercita un derecho de tanteo o retracto.

Y análoga conclusión se obtiene en el terreno formal; como la doctrina más autorizada (GONZÁLEZ PÉREZ, en concreto) ha tenido ya ocasión de precisar, el ejercicio del tanteo por la Administración se concretará en la correspondiente escritura pública a otorgar por el transmitente en que esa transmisión se formalice, no siendo por supuesto suficiente al efecto el acto administrativo en el que la decisión de ejercer el derecho se contiene. Ante el silencio legal se aplicarán las reglas generales que conducen de modo fatal e inexorable al otorgamiento en este terreno formal de la necesaria escritura pública, único medio hábil por otra parte de provocar la inscripción registral a favor de la Administración.

Esta doctrina sobre el ejercicio del tanteo y del retracto (que no es más que la aplicación de las reglas generales del Ordenamiento jurídico privado ya vigentes) tiene vigencia en los dos tipos de retractos que la ley del Suelo ha regulado y, por tanto, también en el relativo a transmisiones de viviendas de protección oficial a que aluden los artículos 96 y 97. Y ello es en mi opinión siempre así, en todo caso, incluso cuando por parte de transmitente y adquirente se vulneran las reglas sobre precios máximos autorizados que la legislación de Viviendas de Protección Oficial contiene.

Quiero decir con esto que debe ser rechazada la postura, ya mantenida por algún comentarista, que entiende que, si el precio declarado por los particulares como de venta excede del oficialmente máximo autorizado, cabría el ejercicio del retracto por la Administración, si bien abonando no el precio consignado, sino el precio máximo oficial. Ningún precepto legal, a mi juicio, autoriza esta conclusión. En tal caso cabrá, ante una infracción de la legislación de VPO, la imposición de sanciones administrativas, incluso la descalificación, si procede; es posible incluso que ello conlleve la nulidad del contrato, pues la jurisprudencia al respecto no es totalmente clara; serán de aplicación las normas legales

que con carácter general suponen la reacción del Ordenamiento ante una infracción jurídica. Pero, en materia de retracto, sólo podrá ser ejercitado pagando el precio consignado y los gastos y demás. La solución contraria hubiera necesitado una habilitación expresa por la ley a la Administración, cuya habilitación la ley del Suelo no ha creído oportuno efectuar.

7. Tales serían los problemas más destacados de los nuevos derechos de tanteo y retracto desde la perspectiva documental. Está en todo caso por ver la eficacia práctica final de los mismos, ante la cual es forzoso ahora mostrarse escéptico. Ni la experiencia francesa, que parece haber sido la fuente de inspiración del legislador, ni la de la ley foral navarra (antecedente próximo en nuestro Derecho) ni el estado de la hacienda local en la mayoría de los municipios españoles, autorizan a mostrarse optimistas. En todo caso, creo que hay que dar la bienvenida a todas las técnicas utilizables para el logro de los superiores fines de interés público, de carácter urbanístico, que la ley de reforma se ha propuesto; máxime cuando como tales técnicas se han utilizado, como en este caso, instituciones de tanta solera y raigambre en nuestro Derecho privado como los derechos de tanteo y retracto. Su simple acogimiento por la ley, sea cual fuere la suerte que vayan a correr en definitiva en su empleo en la realidad, merece ya, y así lo hago constar con gusto, un cumplido elogio.

III

1. Una de las más destacadas innovaciones de la nueva ley del Suelo está constituida por el Capítulo VIII, cuya rúbrica reza «Actuaciones asistemáticas en suelo urbano» y comprende los artículos 44 al 56 inclusive. Dichos preceptos están consagrados a regular lo que la ley llama «Transferencias de aprovechamientos», como medio de lograr, en suelo urbano y cuando no sea viable la actuación a través de unidades de ejecución, el equilibrio entre el aprovechamiento urbanístico que objetivamente corresponde a una parcela determinada y el aprovechamiento que, subjetivamente, es susceptible de apropiación por el titular de la misma conforme a las normas legales.

Tales ajustes se realizan, en general, en el suelo urbano programado, y a veces en el urbano, en la ejecución a través de polígonos o unidades y mediante las técnicas ordinarias aplicables, según el

sistema de actuación: la compensación o la reparcelación. Pero cuando no se actúa por unidades, es necesario hallar un sistema que permita lograr estos ajustes, y eso es justamente lo que estas transferencias de aprovechamiento pretenden.

Dado que en suelo urbano el derecho al aprovechamiento surge por la simple aprobación del planeamiento específico, como proclama el artículo 19.1, cuando se trata de terrenos no incluidos en unidades de ejecución (que es ahora nuestro caso), el momento en que el citado ajuste debe producirse será, lógicamente, el de solicitarse la licencia de edificación. Por ello, los artículos 46 y siguientes tienden a lograr siempre que el solicitante de la licencia cuente con los aprovechamientos necesarios para materializar el aprovechamiento objetivo de la parcela. Si le faltan, debe completarlos por el simple procedimiento de adquirirlos, por compra o permuta, bien a la misma Administración, bien a otro particular que se halle en situación contraria. Si le sobran, podrá enajenarlos o, en todo caso, deberá ser expropiado, con la particularidad de que se le permite a él instar la expropiación mediante el sistema del artículo 58. Todo el sistema legal de concesión de plazos, de presentación de nuevo proyecto, y demás, que los artículos 47 a 51 regulan, tiene ese último objetivo: hacer coincidir el aprovechamiento subjetivo del titular con el objetivo de la parcela. El particular que no tenga la titularidad de los aprovechamientos suficientes *ah hoc*, deberá adquirirlos o resignarse a construir conforme a proyecto que no agote el volumen que a su parcela, conforme al plan, le correspondería.

Ultima posibilidad ésta que a veces estará excluida (art. 50). En estos casos, cuando por virtud del plan o de acuerdo municipal expreso en este sentido, se hayan establecido volúmenes o alturas mínimos, si el solicitante de la licencia no adquiere voluntariamente los aprovechamientos que necesita, podrá imponerse la adquisición por la Administración en forma coactiva (art. 54), o bien procederse a la expropiación.

Tal sería el sentido general de estos novedosos artículos. La regulación se completa con otras normas tendentes, de una parte, a potenciar una función mediadora de la Administración en las transferencias de aprovechamientos (arts. 52 a 54), adquiriendo aprovechamientos de propietarios en situación de exceso y enajenándolos a otros que se hallen a la inversa, así como formulando ofertas de adquisición y de transmisión; todo ello en orden a

lograr las finalidades básicas antes señaladas. Y, de otra parte, a crear un nuevo Registro administrativo donde deberán inscribirse las distintas transferencias que se celebren, tanto entre particulares como aquellas en que intervenga la Administración; con la importante especificación de que la inscripción en este nuevo Registro administrativo es presupuesto previo y necesario para la inscripción de esas transferencias de aprovechamientos en el Registro de la Propiedad, como prescribe el artículo 56.

2. ¿Qué debemos por tanto entender exactamente por «Transferencias de aprovechamientos»? Las dos palabras que forman esta proposición («Transferencia» y «aprovechamiento») deben suministrarnos el criterio adecuado para detectar la exacta naturaleza jurídica de esta figura.

Transferencias son, sencillamente, contratos privados mediante los que se transmiten aprovechamientos, mediante los que determinados aprovechamientos pasan de un patrimonio a otro, de un titular a otro, pudiendo ser público o privado, tanto el transmitente como el adquirente. Serán, pues, normalmente, simples contratos de compraventa o permuta, ya que se permite expresamente por la ley el pago mediante entrega de terrenos o parcelas (arts. 46 y 52, p. ej.). Su ubicación en la ley del Suelo y su regulación por ésta no inciden, en principio, sobre su naturaleza, que es, como la doctrina ha advertido (GONZÁLEZ PÉREZ, p. ej.), claramente jurídico-privada. Estamos ante negocios jurídicos de carácter civil que tienen por objeto la transmisión, el pase de un patrimonio a otro, de determinados bienes. Una actividad hasta cierto punto coordinada, controlada y vigilada por la Administración, pero que no por ello deja de ser esencialmente privada.

Partiendo de lo anterior, ¿qué bienes o derechos son los que se transmiten? Ya en relación con el precedente más directo de estas transmisiones, a saber, las transmisiones de unidades de aprovechamiento medio en suelo urbanizable que conoce la ley del suelo anterior, se mantuvo por la doctrina el carácter de bien inmueble que es predicable de estos aprovechamientos, opinión que hay que mantener y ratificar en este momento.

No parece preciso intentar teorizar sobre la esencia del aprovechamiento urbanístico como algo escindido de la propiedad del suelo; como bien inmaterial, que se sustantiviza, y como tal se independiza del terreno y es susceptible de un tráfico jurídico independiente y propio, separado del de la parcela que le dio vida.

La cuestión ofrece perfiles propios, incide sobre la dogmática del derecho de propiedad y su tratamiento detallado y en profundidad no puede ser ni esbozado en este momento. Tampoco tiene para nosotros interés. La pregunta que creo que debemos hacernos es ésta, una vez presupuesta la existencia autónoma del aprovechamiento como bien jurídico propio; ¿se aplicará a esta figura el estatuto jurídico privativo de los bienes inmuebles? ¿Son, en realidad, bienes inmuebles?

La respuesta afirmativa se impone. No ya por las razones dogmáticas ordinarias que la doctrina habitualmente utilizaba al tratar del aprovechamiento medio, que en todo caso serían ahora también esgrimibles. Es que la propia Ley de reforma así lo ha consagrado, de forma expresa, como lo prueba, p. ej., la regulación del artículo 59 relativa al procedimiento de ocupación directa de terrenos dotacionales.

Este precepto, en efecto, ordena que se expida una certificación al titular del terreno ocupado, comprensiva de determinados terrenos que detalla, cuya certificación es título inscribible: su presentación en el Registro determinará la inscripción a favor de la Administración de la finca ocupada. Ahora bien, y sobre esto quiero ahora llamar la atención, según el número 5 de dicho artículo, simultáneamente a ello se abrirá folio registral independiente al aprovechamiento urbanístico correspondiente a la finca ocupada, a cuyo folio se trasladarán las inscripciones vigentes en el folio de la misma.

En el terreno registral la situación es incuestionable. El aprovechamiento como tal abre folio propio, tiene la consideración de «finca» a efectos hipotecarios. Es uno de los casos en que la finca no es una porción del mundo físico, sino un bien inmaterial o un derecho, como el caso de las concesiones administrativas demaniales, por ejemplo. El derecho se hipostatiza y se convierte en soporte de derechos, y en lo que ahora interesa, en finca registral que abre folio propio. No parecen necesarios ya muchos esfuerzos para demostrar que algo que, hipotecariamente, tiene la consideración de *finca* tiene que ser tratado a efectos sustantivos como un auténtico bien inmueble.

Los aprovechamientos regulados en los artículos 44 y siguientes de la ley recibirán, por tanto, el tratamiento de inmuebles. Son bienes inmuebles, y el régimen jurídico sustantivo que procederá aplicarles será el inmobiliario; en cuanto a capacidad, poder de

disposición, etc., regirán las normas sobre inmuebles. No se ven, por tanto, razones de principio para no extraer la misma conclusión en lo tocante a la forma de los negocios jurídicos traslativos de estos aprovechamientos: en cuanto bienes inmuebles, con arreglo a los preceptos ordinarios, los contratos relativos a los mismos deberán formalizarse en escritura pública.

3. Para cotejar, no obstante, esta inicial conclusión que se desprende del análisis doctrinal de las transferencias de aprovechamientos con el sistema que de hecho la ley ha adoptado, se hace necesario diferenciar las clases de transferencias que la misma ley contempla. Utilizando al efecto la clasificación trimembre que el artículo 55 de la ley contiene, procede distinguir:

- a) Contratos celebrados entre particulares.
- b) Acuerdos cualificados por la presencia en los mismos de la Administración, sea como transmitente o como adquirente.
- c) Transferencias coactivas.

Examinemos a continuación cada uno de estos casos en lo que toca a la formalización de los negocios traslativos.

4. Respecto de los negocios jurídicos *inter privados*, la solución es aparentemente sencilla, ya que la misma ley se ha encargado de aclarar «que deberán constar en documento público». Ello parece denotar simplemente una consagración expresa, por parte de la nueva ley del Suelo, de esa doctrina general a que hemos aludido. No supone innovar nada, en principio, sino reiterar la normativa ordinaria.

Pese a ello no dejan de encontrarse puntos problemáticos en esta simple alusión legal, de los cuales al menos dos no deben quedar en este momento sin comentario; y ambos surgen al tratar de precisar exactamente qué significa la frase «deberán constar en documento público». Más detenidamente podrían enunciarse como sigue:

¿Por qué la expresión «documento público» en lugar de la más usual en materia inmobiliaria «escritura pública»? No debe darse, a mi juicio, gran alcance a esta pequeña mutación semántica, que sería una más de las múltiples ocasiones en que un texto positivo no se expresa con tecnicismo exquisito. En mi opinión, pues, la

ley ha utilizado la expresión «documento público», como sinónima de «escritura pública», aunque, desde luego, desde una perspectiva rigurosamente técnica es claro que esto no es así, sino que se ha tomado el género por la especie.

Porque no se entiende bien qué otro documento público podría utilizarse en este caso que no sea la escritura pública. Estando como estamos en el terreno inmobiliario, según se dijo, sería impensable la alusión a los sedicentes documentos intervenidos por ciertos *fedatarios mercantiles*; tampoco parece que quepa ningún tipo de documento público de carácter administrativo, al tratarse de una estricta relación entre particulares. Si nos remontamos ya a un terreno puramente especulativo, en trance de buscar una remota justificación a la expresión legal, sólo podría pensarse en una de éstas: *a)* entender que se ha querido incluir, junto a la escritura como documento formal, los casos patológicos en que es inscribible algún otro tipo de documento público, como la sentencia judicial en ciertos procedimientos, o *b)* considerar que, a *sensu contrario*, la ley ha querido dejar claro que sólo en estos casos considera necesaria la documentación pública formalizadora, bastando para los demás un documento privado, ya que su acceso registral se efectúa después por medio de certificación administrativa (disp. adic. 10.^a, 2). Ni una ni otra posibilidad parecen convincentes.

El segundo de los problemas apuntados sería el de la concreta eficacia de la escritura pública en este caso. La especial rotundidad con que la ley se manifiesta, con el empleo del imperativo «deberán», podría hacer pensar en una primera lectura que la ley ha querido dar a la escritura una eficacia superior a la normal en estos casos, una eficacia constitutiva, para emplear la expresión ya consagrada en la doctrina. Sería un caso más de esos en los que la escritura pasa de ser medio formalizador a ser medio de nacimiento a la vida jurídica del negocio; como se ha dicho, deja de ser forma de valer para convertirse en forma de ser. En otras palabras, sería un caso análogo al de la donación de inmuebles, o el derecho de superficie: sin escritura no hay compraventa de aprovechamientos.

No parece que quepa esta interpretación. Ni el sentido general de la ley ni la finalidad de la norma la permiten. Caso de que así fuera, no deberían haber quedado fuera las restantes transmisiones de aprovechamientos no incluidas en esta norma; ni existe

una especial razón de política legislativa que haga aconsejable predicar esta eficacia constitutiva. Por otra parte, no debe darse excesiva importancia a una simple forma gramatical de expresarse la ley. En suma: a falta de razones convincentes para sostener lo contrario, debe mantenerse la plena vigencia del sistema ordinario del Derecho Civil. Las transferencias de aprovechamientos entre particulares se formalizarán en escritura pública, conforme al artículo 1280 del Código civil y será aplicable a las mismas la doctrina contenida en el artículo 1278 del mismo Código, tal como la jurisprudencia lo interpreta. Con una remisión en bloque a estas normas generales, creo, podemos dar por solventado el asunto.

5. Esta situación diáfana comienza ya a enturbiarse si pasamos a otra categoría de transferencias, en concreto a las llamadas transferencias coactivas. La ley guarda silencio al respecto; la interpretación más simple sería ésta: al no exigirse documento público, como en el caso anterior, bastaría con un simple documento privado. La inscripción registral se obtendría después, por certificación administrativa, conforme a la disposición adicional 10.^a. Pero la cuestión quizá no sea tan sencilla como parece.

El primer punto oscuro es ya el simple concepto de transferencia coactiva. La primera lectura de la ley, en efecto, no deja de suscitar nos cierta perplejidad, y esa misma perplejidad se comprueba examinando las posiciones de los comentaristas que la ley ya ha tenido. Así, una consideración inicial de la literalidad del texto legal llevaría a pensar que estas transferencias coactivas serían tales en relación con el adquirente únicamente (DELGADO-IRIBARREN y BALLESTEROS). El artículo 51, en efecto, parte del supuesto de particular solicitante de licencia que no dispone de los aprovechamientos suficientes para materializar el propio de su parcela, y al que no queda el recurso del artículo 49.2, a saber, edificar con arreglo a los aprovechamientos de que dispone sin agotar el objetivo de la parcela, ya que estamos ante una zona con volumen o altura mínimos (art. 50). La Administración, aparte de expropiar, podrá *imponer coactivamente* a ese particular solicitante de la licencia que *adquiera* los aprovechamientos que le faltan. Que *adquiera*, repito. Es el adquirente el forzado a comprar, sobre el que recae la *coactio ad contrahendum* que toda transferencia coactiva implica.

¿Y en cuanto al transmitente? No habría tal; de acuerdo con esta tesis, sería la Administración la que debería proceder a vender; la misma Administración que obliga a comprar al adquirente, obviamente, debe preocuparse de proporcionarle vendedor, que sería ella misma, y sólo una de las partes sufriría la imposición, el comprador.

Pero también cabe pensar, con GONZÁLEZ PÉREZ, que en tales casos, la Administración, aparte de al adquirente, también obligaría al transmitente. Es decir, que podría, o debería, buscar otro particular en situación inversa al solicitante de la licencia, con exceso de aprovechamientos, al que obligaría a enajenar al primero los aprovechamientos que le sobran y a aquél le faltan. Que la imposición, o coacción, recaería, pues, sobre ambas partes, vendedor y comprador. Uno vendría obligado a comprar (art. 51), y el otro a vender; la *coactio ad contrahendum* sería, pues, bilateral, perfecta.

Es difícil adivinar cuál de ambas soluciones es la adoptada por la ley. Personalmente creo que en la letra de la misma ambas tienen cabida; es decir, que la transferencia coactiva puede revestir las dos modalidades señaladas, dependiendo de la Administración actuante el empleo de una u otra; pero es éste en todo caso un tema sustantivo del que podemos prescindir.

Lo que sí hay que precisar es que, en todo caso, la formalización documental adecuada va a ser muy distinta en uno y en otro caso. El primer supuesto, adquisición forzosa con venta por la propia Administración, entra dentro del campo de acción del simple acto administrativo. Será, pues, objeto de un acto administrativo típico, cuya forma será la ordinaria de los actos administrativos y que, como tal, sería inscribible directamente, creo, en el Registro administrativo de transferencias y en el de la Propiedad. No hay aquí ni sombra de algo contractual, de acuerdo, de negocio jurídico o de contrato. Hay simplemente una manifestación de potestad administrativa y ello es materia de acto y como tal acto debe ser formalizado.

En realidad, toda transferencia coactiva tiene siempre un matiz expropiatorio, hasta el punto de que, en la doctrina administrativista que se ha ocupado de esta figura, desde el clásico trabajo de VILLAR PALASÍ (que aplicó a esta figura la construcción de la teoría del justo precio) se ha puesto de relieve el parentesco con la expropiación forzosa; el propio artículo 51 las hace jugar alterna-

tivamente, colocándolas en pie de igualdad. Por todo ello es evidente que este tipo de transferencias coactivas deben formalizarse como simples y normales actos administrativos.

Pero ello no es igualmente defendible para la otra modalidad de transferencias coactivas. Aquí existe ya una dualidad de partes privadas, una doble declaración de voluntad, aunque forzada, y, en suma, un verdadero contrato. La coacción de la Administración no borra esta naturaleza de acuerdo jurídico-privado. Es un caso parangonable al apartado anterior, al artículo 55, *a*), antes analizado, y el medio idóneo para formalizarlos será, como en el caso anterior, la escritura pública. Así se pronuncia de modo expreso, con indudable fundamento, GONZÁLEZ PÉREZ.

En resumen: que la forma de las transferencias coactivas estará en función de la modalidad concreta de las mismas de que se trate en cada caso. Si es un contrato entre particulares, ambos obligados a contratar, deberán documentarse en escritura pública; si se impone simplemente a un particular que compre ciertos aprovechamientos a la Administración coaccionadora, la documentación adecuada será la propia de los actos administrativos. Con lo que estaríamos ya muy lejos de esa inicial simplicidad que la primera lectura de la ley sugería.

6. Respecto al tercer y último término de la clasificación trimembre a que aludimos, a saber, los acuerdos de transferencia en que sea parte la Administración, no se aprecia en principio ninguna diferencia esencial, ninguna especialidad en cuanto a la naturaleza jurídica de los mismos, en relación con los convenios entre particulares. A diferencia de las transferencias coactivas, en las que desde luego al menos existía un importante matiz por cuanto la *coactio ad contrahendum* implica claramente un elemento nuevo muy cualificado en relación con un contrato ordinario, aquí no existe más dato diferencial que el puramente subjetivo: la presencia en la relación jurídica de la Administración, como adquirente o como transmitente. Esto es todo. En cuanto al fondo del contrato —y ello es importante retenerlo ya— es un negocio jurídico patrimonial que implica una transmisión inmobiliaria y de carácter, pues, claramente civil.

No debería, pues, haber inconveniente, en una pura aproximación provisional al problema, en aplicar la misma solución ya vista para los acuerdos entre particulares, y postular la necesidad de formalización en escritura pública de estos contratos. No se apre-

cia razón alguna válida para excepcionarlos; no puede considerarse tal la simple presencia de la Administración. La relación básica, compra, venta o permuta de inmuebles, se formaliza en escritura pública aunque una de las partes sea una Administración Pública, aplicando el régimen ordinario y normal de la Ley de Patrimonio del Estado o del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales. Hay que insistir, pues, en que, en un plano puramente institucional, la escritura sería el vehículo formal adecuado para documentar las transmisiones de aprovechamientos, en general, hállese presente o no la Administración en ellas.

No parece ser éste, sin embargo, el criterio que ha adoptado el Derecho Positivo. El artículo 55, *b)*, de la ley señala que se inscribirán en el Registro de transferencias «los acuerdos de compra, venta o cesión por cualquier título de aprovechamientos urbanísticos celebrados entre la Administración actuante y los particulares». No añade más. Contrasta abiertamente con la letra *a)* del mismo artículo que, como vimos, imponía la constancia en escritura de los mismos contratos cuando se celebren entre particulares. Este contraste entre dos apartados del mismo artículo no puede ser más revelador. No hay razón ninguna que pueda explicar la exigencia expresa de documento público para unos, a no ser que se haya querido expresamente un régimen jurídico distinto para el otro. Realmente, este es un caso en que, sea cual fuere la posición que en teoría parezca preferible, la voluntad del legislador se pone de manifiesto y revela con una claridad cegadora.

Es posible además encontrar en el propio articulado del texto legal confirmación expresa de ello. La tan citada disposición adicional décima, 1.º, alude a las «cesiones de terrenos... como consecuencia de transferencias de aprovechamiento urbanístico». Cuyas cesiones, al no indicarse nada expresamente en contrario, entrarían en la regla general del apartado 2.º de la misma adicional décima en cuanto a inscripción registral: posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad mediante certificación administrativa, lo cual es buena prueba de que no se exige constancia en escritura pública de estos acuerdos. El sentido general de la ley parece, pues, claro, y, desde luego, entre los comentaristas existe acuerdo general en considerar que estos acuerdos de transferencia en que la Administración es parte están exceptuados de formalización en escritura pública.

¿Será ello así en todos los casos? Por lo menos creo que cabría

realizar diversas matizaciones. En principio, las transmisiones de aprovechamientos pueden realizarse por diversos títulos jurídicos, y no sólo por compraventa. Así, el artículo 46 de la ley permite que el particular con defecto de aprovechamientos pueda adquirirlos mediante cesión a la Administración de terrenos afectos a sistemas generales o dotacionales no incluidos en unidades de ejecución; es decir, transmisión dominical de parcelas, de suelo. Estaríamos ante una permuta de terreno por aprovechamiento, al parecer. ¿Es viable pensar que este caso, que implica una pura enajenación de un inmueble, de carácter voluntario estricto, realizada por un particular, puede formalizarse en un simple documento privado? Parece ello ir en contra de todo el sistema legal general que el Ordenamiento vigente contiene en materia de transmisiones inmobiliarias, sin unas razones objetivas que lo justifiquen.

Y aún en este caso cabría argumentar en contra que éste es justamente el caso previsto en la disposición adicional 10.^a, Primero, a que antes se hizo referencia: cesiones de terreno como consecuencia de transferencias de aprovechamientos; por lo que, aunque fuera un elemento discordante con los principios generales en materia inmobiliaria, existiría al menos un precepto legal expreso permisivo en este sentido. Pero deben ustedes observar que esta entrega de terrenos es posible también en sentido contrario: el artículo 52 de la Ley, cuando faculta a la Administración a adquirir aprovechamientos, permite expresamente que el pago se realice, además de en metálico, mediante aprovechamientos en parcelas determinadas o «en terrenos». Es decir, justamente el mismo caso anterior, permuta de terreno por aprovechamientos, si bien ahora la Administración es enajenante del terreno.

Este último supuesto plantea inicialmente los mismos problemas que el anterior: una enajenación de inmuebles, de carácter totalmente voluntario, con pago del precio no en dinero, sino en aprovechamientos. Procedería el otorgamiento de escritura en buenos principios jurídicos. ¿También quedaría exceptuada y sometida al mecanismo del documento privado y constancia registral posterior mediante certificación?

Porque lo que parece claro es que la formalización de estos contratos, de no realizarse en escritura pública notarial, queda reducida al documento privado. La certificación administrativa que después expedirá el secretario del órgano actuante se refiere a

una transmisión ya formalizada que obra en el expediente; pero no es un documento formalizador, sino algo posterior. Lo que ni la disposición adicional 10.^a ni ningún otro precepto de la ley del Suelo confiere es potestad autorizante o potestad de formalizar al citado secretario; ni permite la ley en ningún precepto hablar de un sedicente documento *público* administrativo autorizado por el secretario, como algún autor ha pretendido ver. La alternativa, a mi juicio, es clara: o se utiliza la escritura pública o se reduce al documento privado; el cual, al no tener acceso al Registro de la Propiedad, exige la posterior expedición de un documento público administrativo, la certificación, para lograr dicho acceso.

Tal vendría a ser la situación actual en materia de forma de los negocios de transferencia de aprovechamiento urbanístico en los que es parte la Administración. No es, pues, clara. No tanto como se pretende, al menos. Que la ley muestra en general una actitud poco amistosa hacia el documento público notarial, es evidente, y de ello hemos partido en esta Ponencia. Que parece que el sentido general del texto quiere excluir estos contratos de la formalización notarial, también. Que la normativa hipotecaria que la ley contiene constituye una invitación paladina a prescindir de la escritura pública, tampoco puede ignorarse.

No obstante lo anterior, también puede y debe decirse que la ley no ha llevado el sistema a sus últimas consecuencias; no ha consagrado claramente el sistema de libertad de formas; en el terreno sustantivo —no en el Registral— no ha supuesto ninguna permisividad decisiva del documento privado; tampoco ha otorgado potestad fedataria o autorizante de estos negocios jurídicos a funcionarios administrativos. En una palabra: no ya es que no haya excluido el documento público como posibilidad, sino que ni siquiera ha dicho con precisión y sin dejar lugar a dudas que estas transmisiones están exceptuadas del mismo. Hasta cierto punto, puede decirse que las espadas siguen en alto, y el problema planteado en toda su crudeza.

Problema que es en este momento imposible de solucionar de una forma satisfactoria, en espera del desarrollo reglamentario de la ley y de la evolución jurisprudencial y doctrinal al efecto. Pero sí he querido dejar constancia clara, frente a interpretaciones apresuradas y superficiales de la ley, de la existencia de ese problema como tal, y de las dudas y vacilaciones que suscita; también, de los reparos que despiertan ciertas posturas excesivamen-

te dogmáticas, y por ello acríticas. Por no caer precisamente en ese mismo vicio debe dejar las cosas como están ahora. En todo caso, creo haberles suministrado todos los elementos de juicio que deben ser tenidos en consideración a la hora de realizar una exégesis legal que cuente con un mínimo de garantías de acierto.

7. Del recorrido que se acaba de realizar por las diferentes clases de transferencias de aprovechamientos se desprende claramente que la escritura pública tiene un papel que jugar en la formalización de las mismas. Mayor o menor, eso ya es discutible; estará en función de la postura que se adopte en algunos de los puntos conflictivos antes aludidos. Pero en todo caso un importante papel. Se tratará, pues, de escrituras públicas ordinarias y corrientes, que contendrán el correspondiente negocio jurídico básico.

Es imposible en este momento ofrecer reglas generales. Dependerá de cada negocio de que se trate, ya que las transferencias pueden obedecer a muy distintos títulos: la compraventa será lo más normal, pero también la permuta, según vimos, y asimismo son pensables otros negocios traslativos. En cada caso deberán guardarse los requisitos legales correspondientes y acomodarse la redacción de la escritura al tipo contractual de que se trate.

No tiene interés detenerse en este punto en el procedimiento concreto de transmisión, ni estudiar las fases anteriores al otorgamiento de la escritura, ni la posible intervención mediadora de la Administración (en la obra de LLISER, p. cj., puede consultarse una exposición completa de la cuestión); sólo ofrece atractivo, desde el peculiar punto de vista en que nos hemos colocado, la fase estrictamente documental o formalizadora. Y desde esta perspectiva, la redacción de la escritura se nos presenta como un documento totalmente normal, regulado íntegramente por la normativa notarial ordinaria, sin que el objeto específico del contrato (los aprovechamientos) incida en el perfil de la vestidura formal del negocio.

El único punto conflictivo que puede presentarse quizá provenga del apartado denominado habitualmente «Título». De la forma de acreditar al Notario la existencia y titularidad por parte del transmitente de los aprovechamientos que pretende transmitir. Y la pregunta concreta que hay que formularse es: ¿cómo debe acreditarse, en forma suficiente para transmitir, que el vendedor es dueño de los aprovechamientos? No habrá problema si su

adquisición es derivativa: mediante la correspondiente escritura inscrita en el Registro de aprovechamientos y en el de la Propiedad, o mediante certificación de alguno de estos registros. ¿Y si su adquisición es originaria?

Recordemos que, en suelo urbano, el aprovechamiento se adquiere por la simple aprobación del planeamiento adecuado (art. 19), por lo que no parece ahora viable la certificación regulada en el artículo 15, que será el medio adecuado de acreditación cuando se trate de parcelas incluidas en unidades de ejecución. Ahora bien, como en todo caso es evidente que siempre será necesaria la acreditación documental al Notario autorizante de la titularidad, el camino adecuado será la información urbanística prevista en el artículo 29.1 de la ley: certificación expedida por la Administración expresiva del aprovechamiento correspondiente a la finca de que se trate, según el área de reparto en que se halle y que, en cuanto al suelo urbano, puede ser única. De esta certificación deberá arrancar el Notario, aunque, cuando el titular se haya cuidado de hacer constar en el Registro de la Propiedad la existencia de sus aprovechamientos, será admisible también, *cela va sans dire*, la certificación registral como título fehaciente a estos efectos.

En cuanto al resto de la escritura, como norma general y aparte de supuestos concretos que puedan presentarse en la práctica (permutas, hipotecas, etc.) sólo encuentro una cosa más digna de mención: la necesidad de que, en las llamadas reservas y advertencias legales, se advierta por el Notario a los interesados sobre la conveniencia, o incluso la necesidad, de inscripción de la transmisión en el Registro de aprovechamientos, lo que nos conduce ya al último de los temas a que debemos aludir en esta materia.

8. Dos fases posteriores al otorgamiento del documento formalizador contempla la ley: inscripción en el Registro administrativo e inscripción en el Registro de la Propiedad. Dado que de este segundo aspecto tratará la Ponencia a cargo de RAFAEL ARNAIZ, a desarrollar hoy mismo, bastará, creo, con hacer una alusión a la primera inscripción, al nuevo Registro administrativo creado por la ley; y ello ni siquiera en forma detallada, sino ciñéndonos al aspecto que creo más relevante: la eficacia jurídica de la inscripción en este Registro.

Dos únicos preceptos ha dedicado el texto legal a este nuevo Registro. El artículo 55, dedicado a señalar los actos inscribibles,

en la forma que hemos tratado; y el 56, que se limita a indicar que la inscripción en él es condición necesaria para que pueda ser inscrita la transmisión en el de la Propiedad. Este es el único efecto legal expresamente admitido: constituir un requisito previo para obtener el acceso al Registro de la Propiedad. Por ello la solución a nuestro actual problema no puede venir del análisis legislativo, sino que debemos intentar desvelar (más bien sería en este momento adivinar) el sentido y la finalidad de la ley al crear este Registro.

Una primera aproximación, ciertamente débil, podría hacernos pensar que se ha tratado, esta vez como otras muchas, de crear un simple Registro administrativo, un catálogo de aprovechamientos con simples fines de control o de información y estudio; pero desprovisto de efectos jurídicos sustantivos. Refuerza esta idea el hecho de que después la transmisión sea inscribible en el Registro jurídico sustantivo por excelencia, el de la Propiedad. A éste quedaría reservada la eficacia sustancial de la publicidad registral en su integridad, por lo que al Registro administrativo, por exclusión, sólo podría adjudicarse esa finalidad puramente interna, informativa, a que aludimos.

No me parece convincente esta postura. Creo que la ley ha querido hacer algo más que crear un simple catálogo interno, ha intentado que esta primera inscripción despliegue ya algunos efectos. Por de pronto, es de advertir su interés en que todas las transferencias se inscriban, al considerarlo un *prius* respecto al Registro de la Propiedad. Por otra parte, el artículo 56 contempla la expedición de certificaciones de su contenido, lo que ya es otro indicio de que se contempla como posible la eficacia en el tráfico de esas certificaciones. Por último, es de tener en cuenta la importancia que, para la función mediadora que a la Administración concede la ley en tema de transferencias de aprovechamientos, debe tener la llevanza de este Registro. Debemos, pues, concluir en que estamos ante algo más que lo que usualmente se conoce como catálogo o registro administrativo, sin eficacia jurídica.

Sin pretender profundizar, una posible orientación sobre los efectos de este Registro y su coordinación con el de la Propiedad puede ser ésta: se encomienda al Registro especial el control *urbanístico* de las transferencias; el control de la legalidad, si bien sólo de la legalidad administrativa urbanística: existencia de los aprovechamientos, pertenencia a su titular, adecuación a las determi-

naciones del plan, etc. El control de legalidad civil ordinario, de la transferencia de aprovechamientos como una transmisión normal y ordinaria de un bien jurídico quedaría por el contrario remitida, en aplicación del Ordenamiento hipotecario común, al Registro de la Propiedad.

IV

1. Ha sido tradicional en nuestro Derecho la existencia de una total desconexión entre el tratamiento notarial y registral de la edificación y la consideración administrativa en general, o urbanística más específicamente, de esa misma figura. La edificación, la realización material de una obra sobre una superficie de terreno o parcela constituía la llamada *obra nueva*, la cual daba lugar simplemente a una escritura pública en la que el propietario, sin más, declaraba o manifestaba que había realizado o estaba realizando la obra, y que, como tal, declaraba la propiedad de lo edificado, propiedad que le correspondía simplemente por el título jurídico de accesión, en virtud del principio general *superficies solo cedit*, reconocido y regulado en el Código civil. Y tal escritura pública se inscribía en el Registro de la Propiedad, con lo que quedaba logrado el acceso registral de la edificación y se ponía de acuerdo el contenido tabular con la realidad extrarregistral.

Importante es precisar que ello no suponía ignorar que la edificación era actividad sujeta a licencia, lo que resultaba obvio. Simplemente, no se tomaba en consideración a efectos notariales; la ausencia de licencia daría lugar a consecuencias administrativas del tipo que fueren, pero —se pensaba— no incidía en el aspecto civil de la obra, ni en la propiedad de la misma. La fuerza jurídica de la facultad de edificar arrancaba del derecho de propiedad del suelo y la licencia era un simple requisito administrativo, que en ningún caso afectaba a ese principio fundamental. La doctrina, e incluso la misma jurisprudencia registral, lo reconocieron expresamente: licencia municipal y documentación notarial seguían caminos independientes, sin que una interfiriera en la otra. Desconexión total, pues, entre los terrenos civil y administrativo de algo que, en esencia, es la misma cosa: la actividad de edificar y la propiedad de lo edificado.

La ley de reforma de 1990 ha supuesto en este punto un giro radical en el enfoque del tema. Su artículo 25, párrafo 2.º, prescri-

be en efecto que el Notario debe exigir, para autorizar una escritura de declaración de obra nueva, la licencia y además un certificado de técnico competente que acredite la finalización de la obra conforme a proyecto. Si la obra a declarar se halla en construcción, el certificado técnico acreditará la coincidencia de la descripción contenida en la escritura con el proyecto base de la licencia; y, en el plazo de tres meses a contar de la finalización de la obra, deberá autorizarse un acta complementaria que incorpore el certificado de finalización de obra.

Tal sería el sistema legal, que podemos resumir en esta afirmación: deben acreditarse al Notario, con carácter previo al otorgamiento de la escritura, dos documentos distintos: la licencia de edificación y el certificado técnico. Veamos uno y otro por separado en cuanto pueden ofrecer matices de dificultad.

2. Por lo que respecta a la licencia, considero imprescindible subrayar el profundo cambio de sentido que a esta figura jurídica ha dado la ley de reforma, porque creo que en ello va a estar la clave que nos servirá para lograr la correcta interpretación de este fundamental artículo 25.2. Podemos decir que la ley, bajo la misma terminología de licencia de edificación, en realidad entiende, incluye y regula otra figura distinta, algo que no es lo que en el Derecho urbanístico hasta hace poco vigente se entendía por *licencia de obras*.

Recordemos la doctrina tradicional sobre las licencias de obras: venían siendo consideradas un acto administrativo de autorización, el prototipo de esta clase de actos, ya que, si la distinción entre autorizaciones y concesiones es verdad que había entrado en crisis hace tiempo, por lo que a las licencias de edificación respecta, se mantenía vigente en su integridad. Esta licencia era una autorización casi químicamente pura, de la que era predicable toda la teoría general de esta clase de actos. No creaba derechos, no ampliaba la esfera jurídica del particular, no suponía la traslación de un contenido positivo al administrado. Removía simplemente un obstáculo, eliminaba una previa prohibición existente, lo cual permitía al derecho del particular (que era preexistente a la licencia) recobrar toda su eficacia, eficacia que potencialmente ya tenía. El *ius aedificandi* era, pues, una de las facultades del dominio, y la licencia suprimía un obstáculo legal a su ejercicio, con lo que recobraba aquél su virtualidad plena. Pero —y esto es lo que ahora interesa— la facultad de edificar y la consiguiente

propiedad de lo edificado tenían su origen en la propiedad del suelo, no en la licencia.

La licencia de edificación que recoge la ley de reforma no responde ya a este esquema. En realidad, la cuestión va más allá y habría que plantearse la visión de la ley en relación con el derecho de propiedad en general. No es nuestro cometido, y sí solo destacar el papel de la licencia, el cual se revela con claridad, a mi juicio, en el fundamental artículo 20, a cuyo tenor «el otorgamiento de la licencia determinará la adquisición del derecho a edificar». No parecen necesarios grandes esfuerzos de persuasión para demostrar que estamos muy lejos de la visión tradicional de la licencia de que hemos hablado.

La nueva licencia de edificación es ya un acto constitutivo, creador de un derecho; no tiene un significado negativo, sino positivo: habilita al particular a edificar, traslada al mismo una aptitud jurídica, una competencia. Creo indudable que la doctrina administrativista va a verse obligada a revisar una serie de aspectos doctrinales de las licencias hasta ahora indiscutibles, pues la actual licencia, más que una autorización, en sentido estricto, es ya, como se ha dicho, un acto cuasiconcesional.

Temas, p. ej., como el estricto carácter reglado de la licencia, que excluía toda discrecionalidad. O como su carácter de autorización real, que excluía totalmente el *intuitu personae*; el problema de la transmisibilidad de la licencia, en sí, no como reflejo de la transmisión del solar; la imposición de elementos accidentales, condiciones, términos —ya hoy obligados—, modos o cargas, que en la práctica se producían, aunque la doctrina siempre los miró con disfavor... tantos y tantos aspectos de la teoría general de las licencias que van a necesitar una urgente revisión doctrinal como consecuencia de la nueva ley.

Carece de interés para nosotros ahora esta tarea de tipo dogmático. Podrá calificarse a la licencia de edificación de concesión, de cuasiconcesión, de figura intermedia entre la autorización y la concesión, o de lo que se quiera. Aquí nos basta con subrayar el cambio de orientación producido, de un lado, y al actual carácter constitutivo de la licencia: la propiedad del solar parece ser ahora más bien un simple presupuesto subjetivo del acto administrativo, la licencia, al que se ha desplazado el peso de la virtualidad jurídica del derecho a edificar. El título, la causa jurídica por la que nace esta facultad ha pasado a ser ahora la licencia.

Fácilmente se comprende ya el artículo 25.2 de la ley: si la licencia tiene este sentido, es imprescindible que se acredite su existencia al Notario. Es tan importante, o más, que el acreditamiento de la propiedad del suelo. El sistema anterior de escrituras de declaración de obra nueva era acorde al significado que en él tenía la licencia; pero la actual consideración legal de la licencia exige claramente otro tratamiento notarial y registral, que es justamente lo que ha hecho el artículo 25. La primera crítica al mismo ha de ser, pues, positiva, pues ofrece una muestra de coherencia del sistema, y un loable deseo de cohonestar los aspectos jurídicoprivados y los administrativos en orden a una actividad tan fundamental desde el punto de vista urbanístico como es la edificación.

3. Si desde este plano teórico descendemos al ya estrictamente documental, la forma concreta de acreditar al Notario la existencia de la licencia no debe ofrecer especiales dificultades. La licencia, en cuanto acto administrativo, está sujeta a las normas ordinarias reguladoras de la forma de los actos, básicamente contenidas en el ROF y en la LPA. El documento que deberá ser exhibido al Notario será, pues, un documento administrativo, normalmente la notificación al titular del acto conteniendo la concesión de la licencia, que deberá contener las formalidades propias de este tipo de notificaciones. Ningún inconveniente hay, claro está, en que, si fuere preciso por extravío u otra causa, se acuda a la vía de la certificación: certificación expedida por el secretario y en la que se exprese que, de acuerdo con el expediente obrante y a su custodia, la licencia ha sido oportunamente concedida. Procede, pues, sin necesidad de más detalles, realizar una imple remisión en bloque a la normativa sobre la forma de los actos administrativos; el Notario deberá limitarse a un control estrictamente formal, por otra parte, sin que pueda pretender fiscalizar el fondo del asunto, y deberá atenerse a lo que resulte del documento administrativo exhibido.

Las dificultades surgen al considerar que las licencias de edificación pueden entenderse concedidas por silencio positivo. Una de las grandes *cruces iuris* de la teoría de las licencias urbanísticas ha sido siempre la aplicación de la doctrina del silencio positivo a su otorgamiento. Conocidas son las críticas doctrinales a esta figura (en especial, tras los trabajos de GÓMEZ-FERRER), el problema de las licencias contra plan y la reacción legislativa que inten-

tó poner remedio a los abusos del silencio, reacción reiterada hoy en la disposición adicional 4.^a de la nueva ley. Hay que dar en este momento por recordado todo este acervo doctrinal acerca del silencio en las licencias, para limitarse a preguntar sencillamente lo siguiente: ¿cuál deberá ser la actitud del Notario, en orden a la autorización de la escritura, si el propietario del suelo aduce que la licencia la tiene concedida por silencio, incluso acreditando la solicitud y la denuncia de la mora? ¿Existiría algún mecanismo que hiciera viable la autorización de la escritura?

La respuesta negativa se impone. En ningún caso sería posible la pretendida autorización. Y ello, no tanto por el argumento de la disposición adicional 4.^a, la cual se limita a reiterar la prohibición de las licencias contrarias al planeamiento. No se trata de que el Notario no pueda juzgar si una licencia es o no contraria a la ley o al plan, porque ése no es su cometido; es una esfera ajena a la misión notarial. Se trata, simplemente, de que para el Notario lo que no se pueda acreditar fehacientemente no existe; no discutirá la legalidad de la sedicente licencia concedida por silencio, sino se limitará a denegar su ministerio si no se le puede acreditar de algún modo.

Obsérvese que ello no es un problema privativo del caso que tratamos, sino un efecto necesariamente vinculado al sistema general español en materia de silencio positivo. Recientemente, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA ha puesto de relieve los inconvenientes de esta figura, y entre ellos destaca éste: las dificultades del particular beneficiario, que no puede acreditar la existencia del acto favorable; por ello postula la viabilidad de una acción procesal de carácter declarativo encaminada a lograr una sentencia que sirva de título formal a ese acto presunto que el silencio administrativo significa. Este sería precisamente un buen ejemplo de esas dificultades prácticas a que se refiere el autor citado y que acarrea la aplicación de la doctrina del silencio positivo.

La conclusión, pues, por lo que se refiere a nuestro reducido ámbito competencial, es clara: a los efectos del artículo 25.2 de la ley, sólo tiene virtualidad la licencia expresa y documentalmente acreditada al Notario. Por el contrario, ninguna efectividad puede tener la licencia obtenida por silencio, salvo que, siguiendo la posibilidad sugerida por GARCÍA-TREVIJANO, el titular obtuviera un documento administrativo o judicial acreditativo de la realidad de dicha licencia, lo cual, en el estado actual de nuestro Derecho positivo, no parece fácil que se produzca.

4. La segunda exigencia legal en cuanto a documentación a exhibir al Notario para la autorización de la escritura de declaración de obra nueva tiene un significado diferente al de la licencia. Por una parte, tiene mucho menor interés doctrinal; de otro lado, su finalidad es claramente distinta. No se trata ya, en efecto, de un problema de legalidad urbanística, de comprobar que el particular que edifica dispone del título jurídico adecuado, que es la licencia. Sólo se pretende ahora asegurar la realidad material, física, de la construcción. Dado que la declaración de obra nueva sólo necesita, en principio, la pura manifestación de su titular, ha parecido conveniente que esa manifestación se vea ratificada por una certificación técnica que la corrobore. Se evita así la aparición, y posterior constancia documental y registral, de construcciones inexistentes, incluso fraudulentas, o irreales en todo caso, con su secuela de probables perjuicios a terceros. El sistema anterior, al basarse en la simple palabra del propietario declarante, suponía una invitación a la inexactitud, a la discordancia entre la realidad física y la apariencia jurídica, que nada decía en su favor.

El Notario, por tanto, debe exigir la presentación del certificado expedido por técnico competente. Este certificado hace surgir diversos problemas en orden a la escritura posterior; problemas no tanto de carácter dogmático, cuanto de pura técnica, de pura mecánica documental. Problemas estrictamente notariales, de redacción del documento, pero de escaso alcance sustantivo. Por ello, dado que ofrecerán siempre menor interés para mi actual auditorio, bastará ahora con una alusión superficial a los tres que juzgo de mayor interés.

a) El texto concreto del artículo 25 exige que la certificación venga expedida por técnico *competente*. Hay que suponer que se quiere decir competente para expedirla, conforme a las reglas legales o reglamentarias que regulen las respectivas competencias de los diferentes profesionales en la materia. Tal técnico competente podrá, pues, ser —y normalmente será— un arquitecto; pero, según los casos, podrá ser también un simple arquitecto técnico, o un ingeniero técnico o superior, de caminos o incluso industrial, etcétera. Las posibilidades en el terreno teórico son muy elevadas.

Lo único que en este momento interesa es saber hasta qué punto esta normativa reglamentaria puede y debe ser tenida en cuenta por el Notario para aceptar, o en su caso rechazar, la certificación que se le exhibe y, consiguientemente, autorizar la escri-

tura o denegar la autorización. Pienso que la cuestión puede y debe —probablemente lo será— ser objeto del inmediato desarrollo reglamentario; pero, en tanto se produce y operando exclusivamente con el actual texto, no cabe imponer al Notario un examen detenido de esas normas distribuidoras de competencias entre diversas profesiones técnicas. Al Notario le bastará que, *prima facie*, pueda apreciarse una competencia bastante, y la denegación de la autorización sólo procederá cuando estemos ante una incompetencia ya grave, grosera y manifiesta: certificaciones expedidas por simples maestros de obras, o por sedicentes expertos que no indican titulación técnica alguna.

La solución contraria impondría al Notario una carga inaudita, y además innecesaria. El intrusismo profesional debe tener otros correctivos, pero no tiene que ver en principio con la legalidad urbanística, único extremo a que el control notarial debe tender. En este punto, pues, se impone una regla flexible, y una actuación del notario que pueda ser calificada de razonable de acuerdo siempre con la normalidad, con el *id quod interest*.

b) Esta misma pauta servirá para resolver el segundo de estos problemas técnicos del certificado: el del examen y control de su autenticidad por el Notario. El certificado es, naturalmente, un documento privado, cuya firma la mayor parte de las ocasiones ni siquiera conocerá el Notario. ¿Cómo podrá acreditarse su autenticidad?

Estrictamente hablando, no puede imponerse al Notario que garantice fehacientemente esa autenticidad, debiendo atenerse al uso normal, a las normas fácticas del tráfico jurídico y por ello debiendo aceptar estos certificados en la forma usual expedidos. La solución es similar a la que ya la práctica ha adoptado tras la reciente reforma de la legislación de sociedades anónimas y del Registro Mercantil, en lo tocante a los certificados bancarios acreditativos de las aportaciones dinerarias a sociedades, en constituciones y aumentos de capital: aceptar la forma usual en el tráfico jurídico, apoyarse en la buena fe contractual.

Esta es también la actitud a seguir, entiendo, en este punto concreto. Salvo que el Notario, por cualquier razón, lo estime conveniente, en cuyo caso podrá exigir algún tipo de garantía: presencia personal del técnico ante él, legitimación notarial de la firma, acreditación fehaciente de la titulación alegada por los medios ordinarios, o cualquier otra que juzgue oportuna, pues lo que

parece claro es que en ningún caso vendrá obligado a justificar su proceder en estas garantías.

c) Un problema práctico específico ofrece el certificado previsto para las escrituras de declaración de obra en construcción, ya que aquí se trata de que se certifique que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto origen de la licencia. En términos estrictos, es imposible lograrlo. La certificación debe redactarse y expedirse antes de la escritura, por definición, ya que el Notario debe tenerla a la vista al autorizar. Pero la descripción de la obra nueva se realiza en la escritura, luego cuando el técnico competente certifica, por principio, no puede tener a la vista la escritura, que aún no existe. Estamos ante un *impasse*, del que sólo el buen sentido jurídico y la recta intención de la ley nos pueden sacar.

¿De qué se trata en definitiva? De que coincidan la descripción que la escritura contiene y el proyecto básico, y de que esa coincidencia la certifique el técnico. Por ello, salvo que el técnico comparezca en la propia escritura —lo que, desde luego, siempre es posible y será suficiente— para certificar en ella misma, la única solución será la siguiente: el técnico certificará que, de acuerdo con el proyecto, la descripción de la obra será de forma determinada (contendrá, pues, una descripción, más o menos sucinta) y en la escritura, la descripción que se realice coincidirá con los datos de la certificación. Con ello se logra el ajuste que la ley quiere lograr y desaparece el aparentemente insoluble dilema.

Ni siquiera parece preciso aclarar que esta solución exigirá las más de las veces una previa coordinación entre el Notario y el técnico en orden a lograr esa coincidencia entre los dos documentos; pero no parece que sea difícil obtener esa coordinación, que el mismo propietario interesado, que es el vehículo de comunicación entre ambos, se encargará de proporcionar.

5. Obtenidos los dos documentos indicados, licencia y certificado técnico, la ley ordena que ambos deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras. Procede en este momento determinar el alcance exacto de esta prescripción legal, que en un principio puede admitir varias interpretaciones.

La expresión «testimoniarse en la escritura» tiene un sentido técnico preciso en el ámbito notarial; pero no creo que deba concederse a la ley del Suelo un excesivo tecnicismo. Lo que, a mi entender, quiere la ley es que ambos documentos queden vinculados

íntegramente a la matriz de la escritura; pero ello podrá realizarse de diversas formas: bien testimoniando directamente en el cuerpo de la misma —que parece la solución específica a la que la ley alude—, bien incorporándolas como documentos unidos a ella, originales, para testimoniar en las copias, bien incorporando como documentos unidos ya testimonios previamente obtenidos de esos documentos, incluso obtenidos por autenticación de fotocopias, etcétera. En una palabra, cualquier procedimiento de los que la legislación y la práctica notariales conocen sería admisible, siempre que conduzcan a lo que creo es el deseo del legislador: constancia en el protocolo del contenido íntegro de la licencia y la certificación técnica. El único procedimiento reglamentario que creo por tanto rechazable es el que se limita a reseñar en la escritura matriz la documentación exhibida, para afirmarse a continuación que «se acompañarán a las copias». Al igual que ya la ley del Suelo anterior, y todavía vigente, prescribe para las licencias de parcelación, tienen que quedar en la matriz. Eso es lo que quiere decir «deberán testimoniarse en la escritura», que es la dicción legal.

6. La modalidad en construcción de las escrituras de obra nueva requiere, como complemento inexcusable, la constancia de la posterior terminación de la obra. Tal constancia deberá efectuarse mediante acta notarial que incorporará el certificado técnico de finalización de obra, y cuya acta notarial deberá ser formalizada en el plazo de tres meses a contar desde la terminación, según se ordena en el repetido artículo 25 de la ley.

Se tratará, pues, de un acta, de un documento notarial cuyo contenido esencial es la manifestación o declaración del propietario de que la edificación ha sido concluida, para lo que exhibe el certificado técnico correspondiente, que deberá quedar testimoniado en la forma expresada. Nada más. Su contenido es, pues, similar, casi idéntico, al de la escritura ordinaria de declaración de obra nueva, por lo que no habría inconveniente en calificarlo de tal escritura. Realmente, dada esa identidad, ambos momentos —en construcción y terminada— exigen el mismo tipo de documento, por lo que ambos deberían ser actas, o ambos escrituras. Sea cual fuere, no obstante, el nombre, el contenido es claro y se ciñe a lo expuesto.

Es totalmente inconsistente, de otro lado, la posibilidad planteada en algún comentarista de que la ley hubiera podido aludir en este acta a una hipotética acta de presencia, en la que el Nota-

rio comprobara la realidad de la terminación de la obra. Chocaría ello frontalmente con el sistema legal ordinario y sería tan distorsionador y tan problemático que no vale la pena ni considerar con una mínima seriedad la sugerencia, que debe, por ello, ser abiertamente rechazada.

Lo que sí aparece como oscuro e impreciso es el plazo de tres meses. La ley ordena que el acta sea autorizada en tres meses desde la terminación de la obra. Es una orden, un mandato, pues. Implicará un deber jurídico para el titular del solar; un deber en sentido estricto, con todo lo que significa. Pero si intentamos profundizar e indicar qué consecuencias acarrearía a ese titular el incumplimiento de este sedicente deber, nos encontraremos ante una dificultad insalvable. Por más esfuerzos que se realicen, no pueden adivinarse esas consecuencias ni descubrir la sanción adecuada al incumplimiento de esa obligación.

¿Habrá una infracción urbanística, al menos leve, a sancionar como tal, con multa, p. ej.? No parece probable; ni la ley del suelo ni el Reglamento de Disciplina contemplan la posibilidad, y dado el principio de tipicidad que rige en materia sancionadora, no puede bastar con decir que hay, en abstracto, una violación de una norma jurídica. ¿Podrá provocar la caducidad y cancelación de la inscripción registral, como parece sugerir GONZÁLEZ PÉREZ? Tampoco lo veo viable. Téngase en cuenta que no estoy aludiendo a terminar la obra fuera del plazo de finalización previsto en la licencia, lo cual desde luego sí tendrá importantes consecuencias, que podrán llegar a la declaración de caducidad de la licencia y a que lo edificado no se incorpore al patrimonio del titular. Ahora se trata de que, terminada la obra en el plazo marcado a este efecto por la licencia, transcurren más de tres meses sin autorizarse el acta ordenada por el artículo 25.

No parece fácil, pues, descubrir la reacción adecuada por el Ordenamiento a este incumplimiento. En todo caso sí creo que algo puede defenderse rotundamente: el Notario deberá autorizar el acta fuera de ese plazo. Aunque le conste que el plazo está sobrepasado, porque del examen de la licencia se desprenderá ese exceso, podrá y deberá proceder a la autorización del acta, y asimismo creo que tal acta sería inscribible en el Registro de la Propiedad. A falta de una prohibición expresa en este sentido, y salvo que le conste de algún modo la caducidad de la licencia (y no olvidemos que la caducidad supone siempre un acto administrativo

formal, dictado tras el correspondiente procedimiento y susceptible de recurso administrativo y contencioso), no es el Notario quién para imponer sanciones donde la ley no ha querido hacerlo directamente. Si recordamos que en las escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se formalizan directamente como tal sin pasar por la previa declaración de construcción, el plazo de tres meses desde la terminación no juega en absoluto, como posible límite para la autorización, ni a ningún otro efecto legal, se desvanece ya cualquier duda que aún pudiera albergarse. El plazo de tres meses, en conclusión, no es más que un elemento perturbador que hubiera podido desaparecer sencillamente de la ley sin que se hubiera perdido nada; al contrario, habiéndose ganado con ello al menos claridad y sencillez.

7. El artículo 25 de la ley, del que nos venimos ocupando, se encuentra incluido dentro del Capítulo III de la misma, cuya rúbrica reza «Régimen del suelo urbano y urbanizable». Previamente la ley contiene un Capítulo, el II, titulado «Régimen del suelo no urbanizable», donde en tres preceptos, los artículos 5, 6 y 7, da normas relativas a esta clase de suelo.

En este tipo de suelo son admisibles determinadas construcciones; el artículo 6 de la ley lo recuerda, y la remisión que hace a la legislación urbanística vigente hace que cobren virtualidad las normas ya existentes (destacadamente, el artículo 85 de la ley del Suelo de 1976) que precisan y detallan qué clase de construcciones pueden realizarse en este suelo y bajo qué condiciones y circunstancias son admisibles. No interesa aquí, por supuesto, el régimen legal de estas edificaciones; bastará con dejar constancia clara de que todas ellas están sujetas a la necesidad de obtención de previa licencia de edificación; a veces, a algún otro requisito, pero siempre a licencia. Por ello la pregunta que ahora surge, para precisar y perfilar la aplicación objetiva del artículo 25 de la ley, sería ésta: cuando las escrituras de declaración de obra nueva tengan por objeto este tipo de construcciones, ¿deberá el Notario ajustarse a lo que el artículo 25 ordena, es decir, necesidad de acreditar la licencia y el certificado técnico? ¿O, por el contrario, tal exigencia sólo es predicable de las construcciones en suelo urbano y urbanizable?

Reconociendo que, entre los autores que se han ocupado ya del tema, va predominando la tesis extensiva y la necesidad, por ello, de ajustarse también en este suelo al artículo 25.2 de la ley

(cfr., p. ej. GARCÍA SERRANO) me parece más plausible la solución opuesta. No tanto por el simple argumento sistemático antes ofrecido —que tampoco es, desde luego, desdeñable, ya que denota la voluntad de la ley de separar el régimen jurídico de ambas clases de suelo— cuanto porque, si nos atenemos a la finalidad y espíritu de la ley, se llega a idéntica conclusión.

Recordemos ya la causa última del artículo 25.2 de la ley y del innovador mecanismo que introduce: es el cambio de orientación de la licencia de edificación como título jurídico que confiere la propiedad de lo edificado. El derecho a edificar es una creación de la ley y del planeamiento y se concreta en la concesión de la licencia, presupuesto el cumplimiento de una serie de deberes y cargas. Todo ello hace inexcusable la acreditación formal de su existencia al Notario, porque sin licencia no hay derecho a edificar, aunque se sea propietario del suelo.

En el suelo no urbanizable no hay tal problema. Existe una prohibición general de edificar, salvo supuestos legales concretos. La licencia enerva esa prohibición de edificar, declara que el caso concreto es subsumible en uno de los casos legales previstos (construcciones, aisladas, agrícolas, de obras públicas, etc.); pero esa licencia no tiene el mismo significado constitutivo y creador que la licencia del artículo 25 tiene, conforme al previo artículo 20, que es el precepto clave. Aquí sigue vigente la doctrina clásica sobre la licencia como simple autorización de policía, como acto que remueve una prohibición legal previa. Y si ésta es la solución sustantiva, idéntica debe ser en el terreno formal o documental. En una palabra: no es que el artículo 25 se halle situado en otro Capítulo de la ley, es que su contenido no armoniza en el sentido y finalidad de la licencia de obras necesaria para las construcciones que cita el artículo 6. Por eso no debe aplicarse a las mismas.

Lo que sí es cierto es que, en la práctica, será a veces difícil discernir cuándo estamos ante uno u otro tipo de suelo. Los títulos ordinarios sólo califican las fincas de rústicas o de urbanas, pero sin garantías acerca de su exacta naturaleza. Por ello es fácil hallar terrenos disfrazados de rústicos y con frecuencia aparecen los fraudes. Ante un caso concreto, podrán plantearse dificultades, que el buen sentido jurídico de notarios y registradores solucionará. Para indicarles un ejemplo, si el propietario de una finca rústica de 200 Has. pretende declarar la obra nueva de un cobertizo agrícola de 200 metros cuadrados, parece claro que, si se sigue

la tesis aquí expuesta, no deberá serle exigida la licencia de edificación ni el certificado del técnico; pero si ese mismo propietario pretende declarar la obra nueva de catorce viviendas unifamiliares de dos plantas cada una y de 300 metros cuadrados construidos cada una, por muy de «rústica» que aparezca calificada la finca en el título, la exigencia de licencia será inexcusable.

Es, por ello, imposible, dar normas más precisas sobre este tema; la prudencia y el buen sentido dictarán la conducta a seguir. Como consejo de índole práctica, habría que apuntar que, en caso de duda, lo más aconsejable será acudir a la información municipal que regula el artículo 29 de la ley, la cual despejará toda dificultad. El caso que nos ocupa puede constituir otro excelente botón de muestra de los servicios que puede prestar este artículo 29 de la ley, que presenta aquí también una utilidad incontestable.

8. Si dejamos aparte el caso de las construcciones en el suelo no urbanizable, que acabamos de examinar, no parece existir otra excepción al ámbito de aplicación del artículo 25.2 de la ley. Todo lo que merezca ser llamado edificación, salvo el caso apuntado, está sujeto en cuanto a su formalización documental, a la necesidad de acreditación de ese doble requisito formal aludido: licencia y certificación técnica. ¿No cabría en verdad absolutamente ninguna excepción a la regla?

Algunos autores creen que sí; que, en realidad, aunque la letra de la ley no lo diga, existe un supuesto de hecho que escapa por su propia esencia, a la inexcusable aplicación del artículo 25.2.

Estos autores (GONZÁLEZ PÉREZ, DELGADO-IRIBARREN y BALLESTEROS, p. ej.) parten del siguiente razonamiento: sólo la edificación conforme a licencia no caducada y a la ordenación urbanística se incorpora al patrimonio del titular (art. 25.1); lo decisivo es que se produzca esa incorporación al patrimonio del propietario, pues. Por ello, cuando ya no sea posible la reacción del ordenamiento contra la edificación ilegal, señaladamente cuando haya transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años establecido para estas infracciones, habrá que entender que la edificación está incorporada al patrimonio del titular del suelo (ver, además, disposición transitoria 6.^a) y, por tanto, no está sujeta en su declaración formal a los requisitos del artículo 25.2, de la ley. Bastará, por ello, con que por cualquier medio se pruebe que la construcción concluyó hace más de cuatro años, para que sea viable la escritura (y la inscripción) de la declaración de la obra nueva, sin

necesidad de cumplir el doble requisito de la licencia y del certificado técnico.

No me convence este razonamiento, que no parece haber tenido muy en cuenta el nuevo sentido que hoy tiene la licencia de edificación, y al que ya nos hemos referido. Téngase en cuenta que el plazo de prescripción de cuatro años no juega en todos los casos, como en el de las licencias en zonas verdes, respecto de las cuales parece imprescriptible la acción reparadora de la Administración (art. 188 de la ley de 1976): y no parece que sea misión del Notario resolver que, en un caso concreto, no se está ante una licencia legal o una construcción sin licencia en zona verde, espacio libre, u otra clase de terreno; no es misión suya. El Notario debe exigir siempre la licencia de edificación, y ante la alegación del particular de la prescripción de cuatro años, su actitud debe ser la misma que ya vimos procedía ante la alegación de licencia obtenida por silencio positivo: que, sin negar ese derecho al particular, notarialmente sólo existe lo que puede ser fehacientemente acreditado; y, por tanto, salvo que de algún documento público administrativo o judicial resulte que la obra es inatacable por transcurso del plazo de cuatro años y pueda ser así acreditado ese hecho, procede la denegación de la autorización de la escritura.

Ello es lo más conforme, además, con la naturaleza actual de la licencia de edificación. Si el derecho a edificar surge de la licencia, nunca se podrá prescindir de ésta; es un título concesional ya, o paraconcesional, concede al particular la facultad de edificar; su significado es máximo en el terreno sustantivo. Y esto tiene que reflejarse debidamente en el terreno documental, donde la regla general tiene que ser la necesidad de acreditar la licencia y la excepción lo contrario.

Por ello no creo que baste para enervar esta regla la simple alegación, aunque se pruebe, de transcurso del plazo de prescripción de la posible sanción. Podrá valer en otras esferas, administrativa o en su caso judicial, en el procedimiento administrativo ordinario (p. ej., de declaración de ilegalidad de la edificación o de demolición) o en el contencioso-administrativo; pero no en la vía notarial: primero porque el Notario, en general, debe atenerse siempre a la titulación auténtica o fehaciente en su actuación formalizadora; después, porque un precepto legal concreto, el artículo 25.2, le impone una obligación taxativa y tajante de exigir esa titulación. La admisión de una excepción necesitaría, pues,

razones sólidas y convincentes que no parece que concurren en el caso que se examina.

9. Dado que los aspectos registrales de las declaraciones de obra nueva serán objeto de una posterior Ponencia a desarrollar por Antonio HUESO, creo que podemos ya concluir este examen de dichas declaraciones sin más que exponer brevemente un problema que se presentó en forma acuciante y urgente con la publicación de la ley: el del Derecho transitorio aplicable, o mejor, el del régimen a seguir para las edificaciones anteriores a la ley y cuya declaración de obra nueva debiera formalizarse con posterioridad a la misma.

No parece existir cuestión cuando la escritura pública hubiera sido ya otorgada antes de la ley actual: aunque no haya sido inscrita, podrá serlo con posterioridad a la ley sin especiales requisitos complementarios, tal como la doctrina (GONZÁLEZ PÉREZ, p. ej.) ha reconocido. En el caso de otorgamiento anterior a la ley de declaración de obra nueva en construcción, la terminación de la obra, sin embargo, deberá realizarse a través del acta prevista en el artículo 25.2 de la nueva ley; acta que por tanto deberá incorporar el certificado técnico de finalización de obra, aunque, naturalmente, no la licencia de edificación.

La esfera de mayor dificultad radica, sin embargo, en las edificaciones ya construidas y terminadas antes de la entrada en vigor de la ley, pero respecto de las que no se ha formalizado aún la correspondiente escritura. Situación que no es ni mucho menos inusual; cualquiera que conozca mínimamente la práctica notarial y registral sabe que es frecuente que entre la terminación de la obra y la escritura de declaración transcurra tiempo, a veces mucho, años incluso. Que es normal que el propietario pretenda declarar la obra *nueva* (?) de un edificio construido hace muchos años, incluso por sus ascendientes y que, pese a ello, documental y registralmente venía siendo tratado como solar. El problema está ahí, vivo y palpitante. No puede ser ignorado. Máxime cuando es posible que, por el tiempo transcurrido o por circunstancias de otra índole, no resulte viable al titular acreditar la concesión de la licencia o presentar el certificado del técnico acreditativo de la terminación de la obra. En un caso como el que tratamos resulta extraordinariamente duro aplicar un régimen como el de la vigente ley (art. 25). De pretenderlo, ello conduciría inevitablemente a

que un gran número de edificios nunca pudieran regularizar su situación documental y registral, lo que nunca sería un resultado admisible. Se hace necesario, pues, hallar una solución.

Un primer ensayo venía dado por la disposición transitoria 8.^a, que expresamente excluía del ámbito de aplicación del artículo 25.2 las declaraciones afectantes a obras finalizadas al menos cuatro años antes de la entrada en vigor de la ley. Con ello podía entenderse resuelto el problema; la disposición era, al menos, clara. A falta de otras virtudes, tenía la de la claridad. Podía ser considerada acertada o no, congruente o no; pero, de haberse mantenido, la nitidez de su texto hubiera dejado poco margen a la exégesis del intérprete. No obstante, la eliminación por la vía de la corrección de erratas de dicha disposición transitoria 8.^a, hizo resurgir el problema con toda su crudeza.

La opinión que parece irse abriendo paso entre los comentaristas viene a ser, sin embargo, análoga al resultado que se hubiera producido de haber sido dicha disposición transitoria mantenida. Es decir, que las edificaciones anteriores podrán acceder al documento público —y al Registro— siempre que hubieran sido concluidas cuatro años antes de la entrada en vigor de la ley ¿Por qué? Porque ése es el plazo de prescripción de la acción de demolición de la administración; y la disposición transitoria 6.^a señala que estas edificaciones, respecto de las que ya no proceda entablar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, se entenderán incorporadas al patrimonio del titular. Esta expresión, «incorporadas al patrimonio del titular», es la misma que emplea el artículo 25.1 de la ley, del que el 25.2 es colofón. Por ello, la antigüedad de cuatro años vendría a ser una especie de convalidación de la falta de licencia, o de los defectos en la misma. Siempre que ello se acredite podría escriturarse e inscribirse la obra nueva, lo que vendría además corroborado por la disposición transitoria 6.^a.

Quizá pudiera, sin embargo, pensarse en una solución más sencilla, que partiría del siguiente razonamiento: cuando el artículo 25.2 habla de «escrituras de declaración de obra nueva», parece lógico pensar que tiene a la vista escrituras en las que se declara una obra reciente, *nueva*, es decir, recién terminada. No parece haya tenido el legislador en mente estos supuestos en los que en realidad se está declarando ahora una obra antigua. Debe ceñirse la exigencia del artículo a aquellas declaraciones de obra

nueva, que son tal, es decir, que se refieren a obras realmente nuevas en el sentido físico, no jurídico. La ley no ha previsto esa distorsión temporal que a veces se produce entre una obra y su plasmación formal, y ha partido de lo que considera caso normal: obra que se formaliza inmediatamente después de terminada. Con lo que no sería aplicable a ese otro supuesto, de escrituras actuales documentadoras de obras ya terminadas antes de la ley. La ley se aplica, claro está, a escrituras de obra nueva otorgadas después de entrar en vigor; pero siempre que sean tales, es decir, que se refieran a obras realmente nuevas. Las que se refieran a obras anteriores entrarían en la letra de la ley, pero no en su intención y finalidad.

Piénsese también en la *ratio legis* del artículo 25.2: una consecuencia del nuevo sentido general que tiene la licencia de obras como título jurídico. Por ello no puede, en buenos principios, ser aplicable a licencias otorgadas con anterioridad a la ley, y que, por ello, carecían de ese nuevo sentido que ahora tiene en general la licencia de edificación. Si la obra se ejecutó con anterioridad a la ley vigente, con arreglo a licencia concedida según la legislación entonces aplicable, y hubiera podido ser formalizada entonces también de acuerdo con la anterior normativa, no se ve la razón por la que un acto sometido sustantivamente a un ordenamiento vaya a serlo, en el aspecto formal, a otro nuevo y más exigente. Parece más lógico adaptar lo documental a lo sustancial, y, concluir, por tanto, en que, si la obra fue realizada antes de la entrada en vigor de la actual ley (y es indiferente, claro está, a nuestros efectos el plazo de cuatro años) podrá ser declarada en escritura —e inscrita— con arreglo a la normativa anterior, en vigor cuando se realizó la obra y, por tanto, sin necesidad de licencia ni certificado técnico.

Lo que trasladaría el problema a la forma de acreditar que efectivamente la edificación es anterior a la entrada en vigor de la ley; problema de carácter práctico, sobre el que se han formulado ya múltiples sugerencias: acta de notoriedad, certificación municipal, datos de los registros fiscales... No parece necesario, dado el puro carácter adjetivo del tema, insistir en ello. Bastará con precisar ahora que esa prueba debe ser en todo caso documental y, si no pública, sí al menos mínimamente fehaciente. En ningún caso bastarían meros documentos privados o declaraciones testificales, sino que sería necesario presentar documentos que, sea cual fuere

su naturaleza y contenido específicos, supongan por su objetividad, independencia de la voluntad del titular y carácter público, que está razonablemente acreditado que la edificación en cuestión se llevó a cabo antes de la entrada en vigor de la ley. En último término, se tratará de una pura cuestión de hecho: a la vista de cada caso concreto será cuando se pueda y deba calificar de suficiente a estos efectos algún determinado medio de prueba, siendo aquí imposible especificar más.

V

Con lo hasta ahora dicho podríamos quizá dar ya por concluida esta Ponencia. Las tres alusiones concretas que la ley hace al documento notarial son las ya examinadas, y no hay otras. No obstante encuentro imprescindible, hablando en la casa de los Registradores de la Propiedad, aludir al menos a la norma fundamental de la ley del Suelo en el terreno hipotecario, la disposición adicional 10.^a, y ello a pesar de que hemos rebasado ya el tiempo que la organización me indicó como máximo aconsejable para la duración de esta Ponencia. Voy a hacerlo, pues, muy brevemente y ciñéndome a lo que, de la misma, me es menos desconocido, el problema del título inscribible regulado en el apartado Segundo.

Recordemos antes que nada el texto de la norma: «Salvo los casos en los que la legislación establezca otra cosa, los actos a que se refiere el apartado anterior podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad mediante certificación administrativa expedida por el Secretario del órgano urbanístico actuante, en la que se harán constar en la forma exigida por la legislación hipotecaria las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a que afecte el acuerdo». De la misma parece a simple vista que se desprende la consagración de un principio esencial y básico en esta materia: es título inscribible por regla general la certificación administrativa. Cualquier excepción a esta norma ordinaria necesitará estar amparada en un precepto legal; sólo así podrá desvirtuarla. No sería necesaria, por tanto, ninguna labor especial de exégesis, ya que la regla es perfectamente clara: en materia urbanística, salvo que la ley disponga expresa y concretamente la necesidad de un documento especial (ejemplo, la constitución del derecho de superficie, según la ley del Suelo de 1976), el acceso al

Registro de los actos que la ley regula, de la clase que fueren, se verificará mediante certificación administrativa. Esta es, además, la interpretación que va siendo acogida por la mayoría de la doctrina.

Creo, no obstante, que el precepto admite, e incluso exige una lectura más reflexiva y más matizada. Y ello desde distintos puntos de vista. Por ejemplo, el inciso inicial, el dejar a salvo el caso de que *la legislación* establezca otra cosa; ¿qué quiere decirse con ello? No parece que se pueda restringir el sentido de la expresión «legislación» a «ley formal»; en su pura literalidad ya entrarían las normas reglamentarias de rango inferior a ley: los Reglamentos de la ley del suelo, como el de Gestión, p. ej. Respecto de estas normas es claro, a mi juicio, que sus disposiciones en tema de forma de ciertos actos se mantienen, y la disposición adicional 10.^a ha querido respetarlas, porque en la simple literalidad de la ley pueden entenderse incluidas, sin necesidad de más argumentaciones.

Pero es que cabe profundizar aún más en el alcance de esta excepción, en el sentido de considerar la expresión «legislación» como equivalente a «Ordenamiento jurídico». Me explico. No se trataría sólo de salvar los casos en que una norma (legal o reglamentaria) escrita y expresa contenga, específica y concretamente, una regla en materia de forma de determinado acto; sino también de que esa forma especial venga impuesta por la aplicación de las normas ordinarias del Ordenamiento jurídico, según la naturaleza del acto de que se trate, aunque de forma concreta no venga ello recogido por una disposición de tipo urbanístico. Así, las ventas de aprovechamientos urbanísticos deben formalizarse en escritura pública, por decirlo así el artículo 55 de la ley; pero a la misma solución se llegaría si no lo dijera, porque, de acuerdo con su naturaleza inmobiliaria, sería de aplicación el artículo 1280 del Código civil. En conclusión: siempre que, de nuestro sistema jurídico general, resulte que un acto concreto, de acuerdo con su naturaleza jurídica deba ser recogido en escritura pública, será ésta el título inscribible. La expresión, por ello, «salvo que la legislación disponga otra cosa» adquiere así un significado muy distinto al que una lectura apresurada de la misma pudo hacer pensar.

Esta interpretación que se sugiere creo que viene corroborada por el resto del texto legal. Debe observarse que la ley habla de «actos» y, en el inciso final, de «acuerdo»; la alusión a la figura

concreta del acto administrativo es clara. Quiero decir que el ámbito al que la ley parece que ha querido extender la especialidad de titulación que señala es el del acto administrativo: de entre la multitud de actos y negocios regulados por la ley del suelo, no los negocios jurídicos privados, sino sólo los actos administrativos (sería ahora pueril intentar diferenciarlos) se beneficiarían de esta forma especial de documentación a efectos registrales que es la certificación. Los otros, aunque en ellos fuere parte la Administración, si pueden calificarse de negocios privados habrá de estar-se en cuanto a su formalización al Derecho Privado.

Porque —y éste es otro punto que conviene resaltar— la ley no ha creado un nuevo tipo de documento administrativo de carácter formalizador; la certificación se limita a constatar la existencia de un acto anterior, ya perfecto y formalizado, que obra en un expediente y del que *a posteriori* por eso se certifica. No es vehículo documentador directo del acto, en una palabra, ni se ha conferido al secretario potestad o competencia autenticadora; tiene lo que ya tenía: facultad certificante de documentos obrantes a su cargo y confiados a su custodia. Nada más. Obsérvese que la disposición adicional 10.^a es un precepto hipotecario, de carácter adjetivo, no sustantivo; no amplía las competencias de nadie, sino que se limita a declarar inscribible, para unos casos, un documento público administrativo que no es ninguna novedad, pues a otros efectos ya lo era (recuérdese, p. ej., a efectos inmatriculadores de los bienes municipales). No puede, por tanto, exagerarse la trascendencia de esta disposición adicional 10.^a, 2, ni sostenerse que ha operado un cambio radical y decisivo en materia formalizadora.

Y esta divergencia de interpretaciones en el terreno doctrinal no es un simple juego teórico, sino que acarrea consecuencias prácticas de primera magnitud. La intervención notarial no queda reducida a aquellos casos en que una ley lo indica expresamente, como serían la escritura citada en el artículo 171 de la ley del Suelo o el acta de notoriedad apuntada en el 139 de la propia ley de 1976; sino que procedería en múltiples y muy dispares casos, imposibles de enumerar aquí. Por vía de ejemplo citaré algunos: cuando el artículo 97 de la nueva ley señala que las viviendas de protección oficial adquiridas en virtud de tanteo o retracto serán adjudicadas mediante concurso, ese concurso, tras el oportuno procedimiento administrativo, es obvio que dará lugar a una escritura pública de venta en la que se formalizará la enajenación. La

adjudicación de solares incluidos en el Registro nuevo de solares y terrenos sin urbanizar también serán adjudicados por concurso (art. 64 de la ley) y no cabe duda de que, como apunta GONZÁLEZ PÉREZ, la adjudicación se formalizará en escritura pública, por aplicación del viejo Reglamento de 1964, con carácter supletorio. Y así podríamos seguir citando supuestos, en todos los cuales es de seguir la misma directriz: por aplicación de los principios generales de la hermenéutica jurídica, la forma de esos actos será la escritura pública, y la regla de la disposición adicional 10.^a queda reducida, por tanto, a un último criterio de orientación, cuya sola utilidad es resolver casos dudosos, en los que no sea racionalmente posible la adopción de una solución segura.

Entre estos casos destacan, por su importancia práctica, los acuerdos de compensación y reparcelación. En la actualidad, de acuerdo con el Reglamento de Gestión, deben formalizarse en escritura pública o, en todo caso, protocolizarse. Algún autor (así, LLISER) ya ha deducido de la disposición adicional 10.^a, 2, la posibilidad de acceso al Registro por simple certificación administrativa; por nuestra parte, de lo hasta ahora dicho se desprende claramente la tesis opuesta: esta disposición no se aplica cuando la legislación disponga otras cosa, y la legislación (el Reglamento de Gestión) así lo dispone. Se trata, por ello, de uno de esos supuestos respecto de los que ni siquiera parece que quepa plantear seriamente la discusión: no es necesario acudir a analogías ni a interpretaciones extensivas, ya que nos basta con la mera literalidad de la ley.

La ley del Suelo ha realizado un gran esfuerzo por ajustarse a las normas hipotecarias y realizar la coordinación con el Registro de la Propiedad, lo que de antiguo venía siendo solicitado no sólo por hipotecaristas, sino por los mismos administrativistas (así, por ejemplo, L. PAREJO ALFONSO). Parece normal pensar que, en este esfuerzo de adaptación, haya asimismo buscado acoger los principios hipotecarios ordinarios en materia de título inscribible, con la intervención protagonista de la escritura pública; y es también por ello adecuado esforzarse por buscar una interpretación de la disposición adicional 10.^a, 2, que sea conforme y coherente con esa doctrina hipotecaria común, con la tradición doctrinal hipotecaria española. Esto es justamente lo que he procurado; si ha de acabar triunfando en la práctica o no, va a depender en gran medida de cuál sea en definitiva la opinión que se adopte por los

directamente encargados de aplicar la norma en cuestión: el cuerpo de Registradores de la Propiedad, a cuyo órgano rector doy una vez más, por su acogimiento y hospitalidad, mis más efusivas gracias.