

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**3818** *Resolución de 5 de marzo de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Mijas n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva terminada por antigüedad.*

En el recurso interpuesto por don J. R. G. G. en nombre y representación de don Hans P. H., don Hans Antti P. H., doña P. S. C. H. y doña K. L. S. H.–B. contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Mijas número 1, doña Asunción Gutiérrez Martínez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva terminada por antigüedad.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Fuengirola, don Gregorio I. Martín Mayoral, de fecha 9 de enero de 2012, con el número 20 de orden de su protocolo, don Hans P. H., en propio nombre y en representación de don Hans Antti P. H., doña P. S. C. H. y doña K. L. S. H.–B., otorgaron escritura de obra nueva terminada por antigüedad, en la que concurre como arquitecto técnico don J. M. A. S. En la citada escritura se declara la obra existente sobre una finca calificada «rústica» en la que se hace una descripción actualizada de las edificaciones que existen sobre la misma y se hace declaración de «obra nueva terminada por antigüedad». Se incorporan certificado expedido por el arquitecto técnico acreditativa de la superficie, distribución y antigüedad de la edificación declarada; certificación del mismo técnico sobre la correspondencia de la obra nueva declarada con la parcela número 349 del polígono 6 denominado «Rancho de la Luz». Se hace manifestación de que no consta que exista en el Registro de la Propiedad anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca y asimismo que ha transcurrido el plazo de cuatro años contemplado en el artículo 185 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía sin que la obra declarada constituya ninguno de los siguientes actos o usos: parcelación urbanística en terrenos que tengan la consideración de suelo no urbanizable, los que afecten a los terrenos clasificados como suelo no urbanizable de especial protección o incluidos en la zona de influencia del litoral, bienes o espacios catalogados, parques, jardines, espacios libres o infraestructuras o demás reservas para dotaciones, en los términos que se determinen reglamentariamente, las determinaciones pertenecientes a la ordenación estructural de los planes generales de ordenación urbanística o de los planes de ordenación intermunicipal en los términos que se determinan reglamentariamente y suelo urbano no incurso en ninguno de los supuestos de los artículos 185 y siguientes de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía.

Dicha escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad de Mijas número 1 que causó calificación negativa de fecha 25 de abril de 2012.

A los efectos de la inscripción en el Registro, se otorgó por la misma comparecencia y representación una escritura de «subsanción y complementaria de otra» ante el mismo notario, de fecha 25 de julio de 2012 con el número 1.899 de orden de su protocolo de ese año por la que se amplía el informe y certificado de antigüedad de los diversos inmuebles que integran la «Urbanización Rancho de la Luz 9» y se incorpora la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca y elementos sobre ella existentes.

Ante el Cónsul General de España en Dusseldorf, don F. A. A., de fecha 6 de septiembre de 2012, con el número 232 del protocolo consular, se otorga ratificación de la escritura de 25 de julio de 2012 por los representados verbalmente en ella.

## II

Las referidas escrituras se presentaron en el Registro de la Propiedad número 1 de Mijas el día 14 de agosto de 2012 y fueron retirados por su presentante el 23 de ese mes, siendo de nuevo presentados para su calificación y despacho el 25 de octubre de 2012, y fueron objeto de calificación negativa de 12 de noviembre que a continuación se transcribe en lo pertinente: «Visto por Asunción Gutiérrez Martínez, registradora del Registro de la Propiedad número uno de Mijas, el procedimiento registral identificado con el número de entrada 676/2012, iniciado como consecuencia de presentación en el mismo Registro, por don J. R. G. G., de los documentos que obran en dicho procedimiento, en virtud de solicitud de inscripción. En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes hechos: Primero: El documento objeto de la presente calificación, primera copia de escritura de declaración de obra nueva terminada, autorizada el 09/01/2012 por el notario de Fuengirola don Gregorio I. Martín Mayoral, protocolo número 20/2012, que fue con anterioridad presentada a este Registro, por el mismo presentante don J. R. G. G., según asiento número 235 del tomo 11 del Diario, presentación que motivó una primera calificación negativa; se acompaña en esta nueva presentación: 1) De primera copia de escritura de subsanación del anterior título, autorizada el 25/07/2012, por el mismo notario de Fuengirola don Gregorio I. Martín Mayoral, protocolo número 1.899/2012; y 2) De copia de escritura de ratificación de la reseñada escritura de subsanación, autorizada en Düsseldorf el 06/09/2012 por don F. A. A., Cónsul General de España en dicha ciudad. Segundo: La declaración de las construcciones la realiza don Hans P. H., en la escritura indicada en primer lugar en el apartado anterior, en su propio nombre y derecho, como titular de una mitad indivisa de la parcela, y en nombre y representación de los cotitulares, don Hans Antti P. H., doña P. S. C. H. y doña K. L. S. H.-B., dueños por partes iguales de la restante mitad indivisa, sin que acredite su representación, tal como advierte el notario autorizante del primer título; en tanto que los cotitulares sólo ratifican la escritura de subsanación, y no se pronuncian respecto de la de declaración de obra nueva, según se recoge en el primer párrafo del otorgamiento de la escritura de ratificación reseñada, en su página 3. Tercero: Las edificaciones se han declarado sobre una parcela rústica, sin acreditar mediante certificado municipal, que dichas obras no están sujetas a expediente administrativo de disciplina urbanística; y si los inmuebles están o no en situación de fuera de ordenación. No siendo suficiente ni que no conste en este Registro anotación preventiva por incoación de dicho expediente sobre la finca registral referida; ni el informe municipal no vinculante, cuya fotocopia se inserta en la escritura de declaración de obra nueva, en el que se informa meramente, no se certifica, que la parcela sobre la que se declara las construcciones, es suelo no urbanizable natural, y por tanto, no sujeto a las protecciones especiales establecidas por el artículo 46.3 de la LOUA; y que «dicha información está condicionada a la existencia de otros actos o circunstancias existentes y no tenidos en cuenta en la presente y que pudiera hacer inexacta la presente información».-Cuarto: Se pretende la declaración de trece nuevas edificaciones, sobre un terreno propiedad en proindiviso de cuatro titulares, indicio de que dicha declaración es un acto revelador de una posible parcelación urbanística encubierta y formación de un nuevo asentamiento; sin que se acredite que se ha obtenido licencia de segregación o declaración de innecesariedad. A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes fundamentos de Derecho: Primero: Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a calificación por el registrador, quién bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 de su Reglamento. Segundo.-Conforme a la regla del artículo 1.259 del Código Civil, «ninguno puede

contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por ley su representación legal». Tercero: Dada la seriedad y certeza que han de presidir los pronunciamientos registrales y la función que a los notarios y registradores incumbe en orden de colaborar en el mantenimiento de la disciplina urbanística es necesario aportar certificado municipal con el que se acredite que no hay en dicho Ayuntamiento incoado expediente de disciplina urbanística sobre las edificaciones declaradas y que por tanto están exentas de responsabilidades urbanísticas por prescripción de cualquier infracción urbanística en que hubieran podido incurrir las trece edificaciones referenciadas; así como si la constancia de que todas o parte de las construcciones se encuentren o no, en situación de fuera de ordenación con la delimitación de su contenido, de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable; de conformidad con las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de marzo de 1996; de 13 de junio de 2002 y de 5 de marzo de 2012; y con el artículo 52 del Real Decreto 1.093/97 de 4 de julio, al artículo 185 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, y con el artículo 24 del Real Decreto ley 8/2011 de 1 de julio de declaración de obra nueva, por el que se otorga una nueva redacción al artículo 20 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.—Cuarto: De conformidad con el artículo 66.1.b de la Ley 7/2002 de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, es necesario acreditar que se ha obtenido licencia de segregación o declaración de innecesariedad. En su virtud, resuelvo suspender la inscripción solicitada, por los defectos mencionados, y sin que proceda la extensión de anotación preventiva de suspensión, a pesar del carácter subsanable de dichos defectos al no haberse expresamente solicitado.—Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días. Mijas a 12 de noviembre del año dos mil doce. La registradora (firma ilegible y sello del Registro). Fdo.: Asunción Gutiérrez Martínez».

## III

El día 21 de diciembre de 2012, don J. R. G. G. en representación de don Hans P. H., don Hans Antti P. H., doña P. S. C. H. y doña K. L. S. H.—B., interpuso recurso contra la calificación, en el que alega lo siguiente: «Primero.—Que tanto la escritura de declaración de obra nueva por antigüedad, así como la consiguiente escritura de subsanación y complementaria de la misma, han sido otorgadas por don Hans P. H., en su propio nombre y derecho, como titular de una mitad indivisa de la parcela, así como en nombre y representación de los cotitulares de la restante mitad indivisa, sus hijos don Hans Antti P. H., doña P. S. C. H. y doña K. L. S. H.—B. La representación con la que otorgó las mencionadas escrituras se acredita mediante la ratificación autorizada ante el Cónsul General de España en la ciudad de Düsseldorf, don F. A. A., el seis de septiembre de dos mil doce, cuya copia autorizada se acompaña como documento número tres. En la mencionada escritura de ratificación se aprueban y ratifican en todas sus partes la escritura de subsanación, que a su vez versa sobre el mismo fondo que la escritura que complementa. Es por lo tanto obvio que todos los cotitulares pretenden declarar la obra nueva en una primera instancia y, a posteriori, subsanar y complementar la escritura en la cual se declaraba dicha obra nueva, puesto que en la parte expositiva de dicha escritura de subsanación se recoge la misma descripción de las construcciones, con idénticas señas de las superficies de dichas construcciones. Asimismo, la solicitud en la que se concreta la escritura de subsanación, cuya ratificación no contesta el propio Registro de la Propiedad, no es más que enmendar y complementar a la primera, es decir, subsanar y completar la solicitud de inscripción total o parcial de la obra nueva declarada. Por último, se acompaña la ratificación a la declaración de obra nueva terminada por antigüedad como documento número cinco, a pesar de entenderse que no es preceptiva, pues zanja definitivamente la cuestión de la voluntad de todos los cotitulares de ratificar dicho título. Segundo.—Que, en contra de la interpretación mantenida por el Registro de la Propiedad, no es necesario aportar certificado municipal con el que se acredite que no existe en dicho Ayuntamiento incoado expediente de disciplina urbanística sobre las edificaciones declaradas, sino que basta para el acceso a la inscripción en el Registro que no exista

constancia en dicho Registro de la incoación del correspondiente expediente de disciplina urbanística. Tal es el sentido de, entre otras, las Resoluciones de la DGRN de 17 de enero de 2012, 1 y 5 de marzo, 8 de mayo y 18 de octubre de 2012. Se ha de incidir en el hecho que, el artículo 20, apartado 4, del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, al que alude el propio Registro en su nota de calificación, únicamente exige para la inscripción de las escrituras de declaración de obra nueva que éstas se “acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título”, cuestión que aquí se cumple, gracias a la certificación expedida por el técnico competente, así como con la certificación descriptiva y gráfica de la finca que recoge la terminación de cada una de las edificaciones cuya obra nueva se declara y de cuya información se ha valido el propio técnico competente para acreditar tanto la antigüedad de las mismas como el hecho de la prescripción de la acción de disciplina urbanística. Asimismo, el artículo 52 del Real Decreto 1093/1097 de 4 de julio, también permite el acceso al Registro de la Propiedad a las declaraciones de obra nueva: a) Que se acompañen de certificación de técnico competente, en este supuesto el arquitecto técnico. b) Cuando la fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante, que en este caso se cumple con creces, mediante la prueba de las certificaciones descriptivas y gráficas del catastro y ortofoto del Servicio de Infraestructura de Datos Espaciales de la Provincia de Málaga (IDEMAP), perteneciente a la Diputación de Málaga, del año 1998. c) Y por último que no conste del Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación, cuestión que el propio Registro puede comprobar. En el sentido de este último requisito, el artículo 20, apartado 4, del Real Decreto Legislativo 2/2008 señala que será el propio Registro de la Propiedad quien “comprobará la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general”. Por último, en cuanto al uso del que son objeto las edificaciones en cuestión, no es impeditivo para la inscripción registral que dicho uso sea contrario o no a la ordenación urbanística. Esto se debe a la circunstancia ya reseñada por la propia Dirección de no poder hacer constar la situación de fuera de ordenación de todas las edificaciones que pretenden inscribirse, puesto que en el caso que nos atañe, algunas de las edificaciones que se pretenden inscribir son propias de una explotación agraria, es decir, compatibles con el uso correspondiente del suelo no urbanizable que el Ayuntamiento ya ha confirmado que no se encuentra “sujeto a las protecciones especiales establecidas por el art. 46.2 de la LOUA”, dichas construcciones son el almacén de aperos, el almacén de maquinaria agrícola, el gallinero y las caballerizas. Más aún, en el caso de tomarse un rumbo contrario, el de relegar a todas las edificaciones a un uso contrario al Plan del Ayuntamiento, dicho uso tampoco impediría el acceso de las edificaciones al Registro una vez comprobado el transcurso del plazo correspondiente de prescripción, cuestión que ha quedado suficientemente probada por la certificación del técnico competente y del catastro, tal y como hemos comprobado con anterioridad. Al tenor del fundamento de Derecho quinto de la Resolución de la DGRN de 18 de noviembre “las obras que, al amparo del artículo 20, apartado 4, de la Ley de Suelo, acceden al Registro como consecuencia de la caducidad de la acción de restablecimiento del orden infringido constituyen, la mayor parte de los supuestos, edificaciones ilícitas, cuyo uso propio resulta incompatible con la clase o tipo de suelo definido por el Plan; obras respecto de las cuales, a pesar de esa, casi indefectible contradicción de su uso con la legalidad urbanística, la ley estatal permite su acceso al Registro”. Continúa la ratio de la Dirección en este sentido, incidiendo que “una posibilidad legal que toma como presupuesto (pues se halla en la definición misma del hecho contemplado por la norma) el carácter contrario a la ordenación (de la edificación y su uso) y que, de este modo, no puede quedar

frustrada bajo el pretexto de sujetar la inscripción de la edificación a la expedición de licencia de primera ocupación o utilización, relativa a dicho uso –por definición, como vimos de carácter ilícito–. Esta doctrina de la DGRN se ha visto reforzada con otra Resolución de 29 de octubre de 2012, en la que se concluye que no es necesaria, a efectos de la inscripción de la obra nueva antigua, la previa aportación del certificado de fuera de ordenación. Tercero.–La última razón por la que el Registro pretende impedir la inscripción de las edificaciones es una interpretación extensiva del artículo 66.1.b de la Ley 7/2002 de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, o lo que es lo mismo, que considera que se está produciendo una parcelación urbanística cuando no se cumple ninguna premisa de este artículo, a saber, que “En terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable, la división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas en dos o más lotes que, con independencia de lo establecido en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza, pueda inducir a la formación de nuevos asentamientos”. Tampoco cabe considerar que se trate en ningún caso de un acto revelador de una parcelación urbanística –que correspondería al siguiente número del mencionado artículo– ya que la existencia de más de un titular no implica la asignación a cada uno de estos titulares de una finca o edificación independiente. La doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado –Resoluciones de 10 de octubre de 2005, 24 de agosto de 2011, 2 de marzo y 24 de mayo de 2012– ha establecido que para que se revele una parcelación, será preciso que se asigne el uso de un espacio determinado de terreno apto para construir una finca independiente, que es una premisa que no se da en este supuesto, ya que la mera existencia de varios titulares no es indicio, por sí misma, de la asignación de un uso independiente sobre la finca. A fin de esclarecer que, bajo ningún concepto, se está asignando un uso de espacio independiente para cada uno de los propietarios de la finca, es preciso entender el iter de la titularidad sobre dicha finca, que comienza con la adquisición por parte de don Hans P. H. y de la que fue su esposa, doña L. H., de sendas cuotas indivisas mediante escritura autorizada ante el que fue notario de Marbella, don Luis Oliver Sacristán, el día 30 de junio de 1972, con el número 1975 de su protocolo. Los restantes tres titulares lo son por razón de su parentesco con doña L. H., puesto que una vez fallecida la misma el día 23 de octubre de 1981, éstos heredaron las correspondientes partes indivisas de la cuota de su madre, en virtud de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia autorizada ante el notario que fue de Mijas, don Miguel Esteban Barranco Solís, el día 7 de noviembre de 2000, bajo el número 3214 de su protocolo. Recordemos que en ningún momento se asignaba un uso individualizado sobre la finca y que en la certificación del técnico competente se recalca que la finca está “vallada en su perímetro sin que exista ninguna división en su interior”, aportando además un plano general de las edificaciones en el que se observa “que la distribución de las edificaciones está realizada sin ningún ánimo de división y que la misma acarrearía innumerables dificultades técnicas”. La misma ortofoto aportada en la escritura de subsanación muestra una configuración idéntica en la finca y sus edificaciones a la recogida hoy en día, es decir, que se puede afirmar sin lugar a dudas que, al menos en los catorce años que median desde la fecha de dicha ortofoto –que data de 1998– no se ha procedido a acto alguno que pueda inducir a un uso individualizado de la finca por parte de cada uno de los titulares de la misma. En resumidas cuentas, que ni con la escritura de adquisición, ni la de aceptación y adjudicación de herencia y menos aún con la escritura de declaración de obra nueva, existe una asignación del uso privativo de unas parcelas de terreno o división del terreno, manteniéndose la unidad jurídica de la finca, no alterándose su forma, ni superficie, ni linderos. Recordemos que en la declaración de obra nueva por antigüedad o prescripción, por su propia esencia, no es posible la alteración física de la finca que dé lugar a una parcelación, pues únicamente se está reconociendo una situación fáctica que nada tiene que ver con usos individualizados. En el caso hipotético de interpretarse que, efectivamente, existe un indicio de un acto revelador de una posible parcelación urbanística encubierta, se estaría reduciendo el derecho a la propiedad privada y a la herencia de los cotitulares, consagrado en el artículo 33 de nuestra Magna Carta, cuestión que de ninguna manera puede producirse».

Al recurso acompaña ratificación de la reseñada escritura de 9 de enero de 2012, de obra nueva terminada por antigüedad, otorgada por los representados verbalmente, ante el Cónsul General de España en Dusseldorf don F. A. A., de 22 de febrero de 2012 con el número 54 del protocolo consular.

#### IV

Con fecha de 5 de marzo de 2013, se notificó la existencia del recurso al notario autorizante, don Gregorio I. Martín Mayoral, sin que transcurridos los plazo reglamentarios se haya recibido informe alguno.

Mediante escrito con fecha de 27 de diciembre de 2012, la registradora de la Propiedad emitió su informe en el que declara que ha quedado subsanado el defecto señalado en el apartado segundo de la nota de calificación al haber sido subsanado con la escritura de ratificación solicitada; elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 4 de enero de 2013).

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9.3, 148.1.3.<sup>a</sup>, 149.1.1.<sup>a</sup> y 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución Española; 17.2, 20, 51 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo; 52 y siguientes, y 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística; 24 y 25.2 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa; 1, 2, 5, 7, 17, 18, 19, 20, disposición adicional segunda y disposición final cuarta de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; 66.1 b, 66.2., 3 y 4, 68, 169, 176, 177, 181 a 185, 186 a 190 y disposición adicional primera de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; artículo único de la Ley 1/1997, de 18 de junio, por la que se adoptan con carácter urgente y transitorio disposiciones en materia de Régimen de Suelo y Ordenación Urbana de Andalucía; artículos 60 y 61 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana; 25, 26, 27, 29, disposición adicional décima y disposición transitoria sexta de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo; 137, 242 a 256, 307 y disposición transitoria quinta del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen de Suelo y Ordenación Urbana; artículos 27, 28, 28.3, 39, 42 a 53 y 85 del Real Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de abril de 2005, 9 de enero de 2010, 24 de marzo, 11, 12, 14 y 25 de abril, 4 de mayo, 7 y 14 de junio, 12 de septiembre y 12 y 14 de noviembre de 2011 y 17 de enero, 1, 2 y 5 de marzo, 8 y 24 de mayo y 18 y 29 de octubre de 2012.

1. El primer defecto de la nota de calificación ha sido subsanado con la presentación de la ratificación por los representados verbalmente, mediante el documento consular que se acompaña al escrito de recurso. Así lo reconoce la registradora en su informe. Por lo tanto, quedan dos de los defectos que se señalan en la nota de calificación y son objeto de recurso: el segundo, consistente en si es necesario acreditar mediante certificado municipal, que dichas obras no están sujetas a expediente administrativo de disciplina urbanística; y si los inmuebles están o no en situación de fuera de ordenación. No siendo suficiente a juicio de la registradora que no conste en este Registro anotación preventiva por incoación de dicho expediente sobre la finca registral referida; ni el informe municipal no vinculante, cuya fotocopia se inserta en la escritura de declaración de obra nueva, en

el que se informa meramente, no se certifica, que la parcela sobre la que se declaran las construcciones, es suelo no urbanizable natural, y por tanto, no sujeto a las protecciones especiales establecidas por el artículo 46.3 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía; y que «dicha información está condicionada a la existencia de otros actos o circunstancias existentes y no tenidos en cuenta en la presente y que pudiera hacer inexacta la presente información». El tercer defecto resulta de la pretensión de declaración de trece nuevas edificaciones, sobre un terreno propiedad en proindiviso de cuatro titulares; a juicio de la registradora, es indicio de que dicha declaración es un acto revelador de una posible parcelación urbanística encubierta y formación de un nuevo asentamiento; sin que se acredite que se ha obtenido licencia de segregación o declaración de innecesariedad.

Queda limitado el objeto del recurso a la segunda y tercera de las cuestiones planteadas por la registradora en su nota de defectos.

2. Respecto al segundo de los defectos alegados por la registradora, que consiste en la necesidad de aportar el acto administrativo sobre declaración de asimilado al régimen de fuera de ordenación, como requisito previo a la inscripción de la obra nueva terminada antigua en el Registro de la Propiedad, según se exige en el artículo 53.5 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, según redacción dada por la disposición final primera modificada por la disposición derogatoria única segundo dos del Decreto 2/2012, de 10 de enero por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse reiterada y recientemente sobre esta cuestión (Resoluciones de 17 de enero, 1, 2 y 5 de marzo, 8 y 24 de mayo y 18 de octubre de 2012, en relación además a supuestos situados en la misma Comunidad Autónoma de Andalucía). Si bien en este caso, no se produce un problema temporal por ser indiscutida la aplicación del artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en su redacción dada por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio.

Así pues, la cuestión es si resulta necesario para proceder a la inscripción de la obra nueva de edificación antigua, la previa aportación del acto administrativo o certificado municipal en que se declare la situación de fuera de ordenación, la asimilación a tal situación de fuera de ordenación o la conformidad de la ampliación de obra con la ordenación urbanística y el planeamiento en vigor; o si por el contrario, basta con notificar a la Administración Local la inscripción de la declaración de obra nueva de edificación antigua, quien deberá declarar mediante acto administrativo la concreta situación urbanística en que se encuentra la edificación o construcción y hacerlo constar en el Registro de la Propiedad posteriormente a la inscripción ya practicada.

3. Ha de precisarse, en primer lugar, la competencia de las normas estatales en materia de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según la normativa autonómica, ya que, si bien, con carácter general, la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, anuló buena parte del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992, fundándose en que se habían invadido las competencias que, en materia de urbanismo, se hallan transferidas a las Comunidades Autónomas, esta misma Sentencia dejaba a salvo aquellos preceptos que, por regular materias que son competencia exclusiva del Estado, eran perfectamente conformes con la Constitución Española. Así ocurrió con aquellas normas que se referían al Registro de la Propiedad (cfr. artículo 149.1.8.ª de la Constitución Española), de lo que se sigue que corresponde a las Comunidades Autónomas (en este caso, a la de Andalucía) determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, las limitaciones que éstas pueden imponer y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos sin la oportuna licencia o sin respetar los

límites por éstas impuestos. Sin embargo, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia (o los requisitos para poder acceder al Registro de la Propiedad las declaraciones de obras referentes a edificaciones consolidadas por su antigüedad), para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo, o la necesidad de determinación por parte de la legislación autonómica del plazo de prescripción de la posible infracción urbanística o, en su caso, su imprescriptibilidad (cfr. Resoluciones de 22 de abril de 2005 y 4 de mayo de 2011).

4. Establecido esto, hay que decidir si, conforme al artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, es imprescindible, en cuanto requisito «sine qua non» para poder practicar la inscripción de la declaración de obra nueva de edificación antigua, la previa manifestación formal realizada por el Ayuntamiento y relativa a que se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido, —que prescribe la letra b) del apartado 4 del artículo 20 del Texto Refundido 2/2008, de 20 de junio—; o si, por el contrario, la inscripción de la obra antigua puede practicarse con la sola justificación de la prescripción de la acción que imposibilite su derribo y la no constancia en el Registro de expedientes de disciplina urbanística, notificando la inscripción realizada al Ayuntamiento para que éste proceda, a continuación y en su caso, a promover la constancia registral de la posible situación de fuera de ordenación y de su contenido.

La búsqueda del criterio a aplicar debe comenzar por el contenido de la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, en la parte referida a la materia de que se trata, donde se señala que «se permite el acceso al Registro de la Propiedad de los edificios fuera de ordenación, esto es, aquéllos respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes. De esta manera, se consigue la protección de sus propietarios, en muchos casos, terceros adquirentes de buena fe, sin que ello signifique desconocer su carácter de fuera de ordenación y las limitaciones que ello implica».

El artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, según redacción dada por el Real Decreto-Ley 8/2011, admite, con norma de rango de Ley y de ámbito estatal, la posibilidad de inscribir construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que implique su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, regulando para ello un procedimiento especial, siendo esta la finalidad de la norma a la que deberá atenderse en su interpretación. Ahora bien, la nueva regulación establecida no es muy distinta a la anterior, sino que reproduce de forma casi literal la práctica totalidad del contenido de los artículos 52 y 54 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, e introduce dentro del mismo un contenido nuevo, el previsto en la letra b) del artículo, cuyo encaje con la regulación preexistente es la que plantea el principal problema interpretativo. Así, la nueva redacción dada al artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo por el artículo 24 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, establece en sus apartados a), b) y c) los trámites que han de cumplirse en la inscripción de estas obras nuevas. En su apartado a) se establecen los requisitos previos a la inscripción, señalándose que en las escrituras de declaración de obra nueva se acompañará certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título, y, a tales efectos, el registrador comprobará la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general. Al admitirse que pueda tomarse como referencia la certificación expedida por técnico competente, acta notarial o certificación catastral, se mantiene el procedimiento de acceso al Registro de la Propiedad de esta categoría de escrituras de

obra nueva, sin necesidad de un previo acto fiscalizador realizado por el Ayuntamiento, el cual tendrá conocimiento de la inscripción una vez realizada para, con ello, poder adoptar las medidas de restablecimiento de la legalidad y publicidad de las mismas que considere oportuno. Introduce, no obstante, la exigencia impuesta al registrador de comprobar que la edificación no se halla situada sobre suelo demanial o afectado por servidumbres de uso público o general. El apartado c) establece un requisito posterior a la inscripción al decir que los registradores de la Propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción y en la nota de despacho la práctica de dicha notificación; y, el apartado b) exige un requisito que impone determinar si es previo a la inscripción, o si, por el contrario puede ser cumplido con posterioridad a la práctica de la inscripción, cuando dice que el asiento de inscripción dejará constancia de la situación de fuera de ordenación en la que queda todo o parte de la construcción, edificación e instalación, de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable, y que a tales efectos, será preciso aportar el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido.

Como se ha expresado el apartado b) del artículo 20.4 añade un nuevo requisito que es la «constancia de la situación de fuera de ordenación» en la que queda todo o parte de la construcción, edificación e instalación. Parece con ello el legislador partir de la consideración de que la totalidad de las edificaciones cuya obra se declara sobre la base de su antigüedad se hallan total o parcialmente fuera de ordenación. Pero lo cierto es que no todas las declaraciones de obras antiguas se corresponden con edificaciones en situación de fuera de ordenación, pues no cabe duda, y de hecho ocurre con frecuencia, que sobre la base de su consolidación por antigüedad se declaran obras de edificaciones que están dentro de ordenación y en cuya inscripción, por tanto, no puede hacerse constar, no obstante el mandato legal, situación alguna de fuera de ordenación.

Debe tenerse en cuenta que la norma contenida en el artículo 137 del Texto Refundido de 1992, relativa a las construcciones fuera de ordenación, fue declarada nula por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, por lo que la regulación de las edificaciones fuera de ordenación ha quedado reservada al ámbito competencial autonómico, siendo diversa la regulación autonómica sobre esta cuestión. El nuevo artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, admite ya de manera expresa –y resuelve de esta manera las dudas que con anterioridad podían haberse suscitado–, la inscripción en el Registro de aquellas escrituras de obra nuevas respecto de las cuales ya no procede adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción, en las que se manifieste, en la correspondiente certificación del Ayuntamiento, que se encuentran fuera de ordenación. Y contiene una norma imperativa en el sentido de que esta constancia registral de la situación de fuera de ordenación, debe realizarse en virtud del acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido.

5. Las obras sin licencia que, por transcurso del plazo de prescripción, no puedan ser objeto de demolición, pueden encontrarse en tres diferentes situaciones: a) aquellas que siendo lícitas, por no contravenir inicial ni posteriormente la ordenación urbanística, no están fuera de ordenación, pueden acceder al Registro de esta forma indirecta, sin que se exprese que están fuera de ordenación; b) otras que, si bien fueron inicialmente ilícitas, no son demolidas, una vez transcurrido el plazo de ejercicio de la acción de disciplina, sin quedar incluidas de manera expresa en la categoría de obras fuera de ordenación (porque la Ley autonómica no las declara en tal estado), y quedan genéricamente sujetas, según la jurisprudencia existente, a un régimen análogo al de fuera de ordenación; y c) las que, siendo igualmente ilícitas, son incluidas por la ley en alguna categoría expresa de «fuera de ordenación».

6. De las dos posibles interpretaciones de este apartado b) del número 4 del artículo 20 de la Ley de Suelo, parece más acertado entender que la aportación del acto

administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido, no es un requisito previo a la inscripción, sino que puede ser cumplido, en su caso, con posterioridad. Como ha quedado expresado anteriormente, no todos los requisitos establecidos en los apartados a), b) y c) del número 4 del artículo 20 de la Ley de Suelo son previos a la inscripción. Sí lo es el expresado en el apartado a); y posterior a la inscripción es el expresado en el apartado c). El apartado b) puede ser cumplido con carácter previo, si por ejemplo, se aporta junto con la certificación del Ayuntamiento en la que conste la terminación de la obra en fecha determinada, el acto administrativo en el que se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido; y posterior puede ser en el caso de que la terminación de la obra en fecha determinada se justifique por acta notarial, certificado de técnico competente o certificación catastral. Y, por el contrario, no procederá hacer constar la situación de fuera de ordenación, si la construcción, como se ha expresado, no se encuentra fuera de ella, por ser conforme con el planeamiento.

A esta conclusión se llega de las siguientes consideraciones: 1) Porque puede ocurrir que la construcción no se encuentre fuera de ordenación; 2) Porque resulta contradictorio admitir que la fecha de terminación de la construcción pueda acreditarse no sólo por certificación del Ayuntamiento, sino también por certificación de técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral, e inmediatamente después exigir que se aporte con carácter previo el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación; 3) Que la publicidad registral, en garantía de los terceros, se satisface de forma suficiente con la expresión, en el cuerpo de la inscripción y en la nota de despacho (cfr. artículo 20.4.c del Texto Refundido de la Ley de Suelo), de la forma en que se ha practicado la inscripción y de haberse remitido la correspondiente notificación al Ayuntamiento; 4) Existiendo una manifestación formal del Ayuntamiento en relación con la adecuación o no de la obra al planeamiento urbanístico resultaría superfluo imponer al registrador que exija justificación de su antigüedad y que compruebe que el suelo no es demanial ni afectado por servidumbres de uso público; 5) Existiendo una manifestación formal previa del Ayuntamiento en relación con la adecuación o no de la obra al planeamiento urbanístico resultaría igualmente superflua e inútil la notificación de la inscripción realizada al Ayuntamiento, pues éste no sólo tiene ya conocimiento de la obra declarada, sino que ha dictado un acto administrativo expreso cuyo contenido se ha hecho constar en el Registro, y, 6) Que con ello se posibilita la manifestación contenida en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de permitir el acceso al Registro de la Propiedad de los edificios fuera de ordenación, esto es, aquéllos respecto de los cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes. Se logra así la protección de sus propietarios, en muchos casos, terceros adquirentes de buena fe, sin que ello signifique desconocer su carácter de fuera de ordenación y las limitaciones que ello implica, para lo cual será preciso que se aporte el correspondiente acto administrativo en el que se delimite su contenido.

7. Por otra parte si la Ley hubiera querido sujetar a previa fiscalización municipal la inscripción de obras nuevas cuya consolidación por antigüedad sea alegada, lo razonable es que hubiera previsto la posibilidad de la inscripción sobre la base de la presentación de la escritura de declaración de obra nueva, de la justificación de su descripción adecuada a la realidad, y únicamente de la aportación de certificación municipal de la que resultara su situación adecuada al planeamiento o de fuera de ordenación, con expresión en este último caso de las limitaciones por razón de tal situación aplicables. Por el contrario, el legislador, como de forma reiterada se ha dicho, sigue exigiendo al registrador no sólo que califique la antigüedad suficiente para considerar posible la prescripción de las acciones que pudieran provocar la demolición, sino, además, que compruebe que la edificación no se encuentra sobre suelo demanial o afectado por servidumbres de uso público, exigencias que sólo tienen sentido si se pretende mantener el sistema que posibilita la inscripción sin necesidad de previa intervención municipal.

8. Lo expuesto lleva a este Centro Directivo a considerar más ajustada a la letra y contenido del artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, la interpretación apuntada, en la que se considera que el legislador ha querido, por un lado, mantener la posibilidad de resolver la discordancia entre la realidad física extrarregistral y el contenido del Registro sobre la base de la justificación ante el registrador de circunstancias de hecho (descripción y antigüedad de la obra e inexistencia de rastro registral de expedientes de disciplina urbanística) y sin necesidad de previa manifestación formal del Ayuntamiento y, por otro, reforzar la constancia y publicidad registral en la inscripción de obra nueva, tanto del hecho de que el Ayuntamiento ha sido notificado de la existencia de la obra a los efectos que procedan, como de la posible situación de fuera de ordenación en caso de que sea declarada; con el fin de permitir el acceso al Registro de la Propiedad de este tipo de construcciones, y lograr la protección de sus propietarios, en muchos casos, terceros adquirentes de buena fe, sin que ello signifique desconocer el carácter de fuera de ordenación de aquéllas y las limitaciones que ello implica, como se manifiesta en la Exposición de Motivos anteriormente citada.

9. Por último, es también importante observar que la nueva redacción del apartado 5 del artículo 53 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, se hace en una norma como el Decreto 2/2012, de 10 de enero, que regula «el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía», por lo que el precepto reglamentario ha de relacionarse precisamente con los supuestos de edificaciones en suelo no urbanizable. Es en ese ámbito específico del suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía y no otro ni en términos generales, en el que debería procederse a la constatación registral de la situación de fuera de ordenación siempre que el registrador tuviera conocimiento de ella por los documentos presentados o la situación de la finca según los datos gráficos de que dispusiese.

10. En conclusión, no ofrece duda que la constatación registral de la situación de fuera de ordenación en que pueda encontrarse la obra inscrita en las edificaciones realizadas en suelo no urbanizable –a la vista de lo dispuesto en el citado artículo 53.5 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía– constituye una medida razonable, teniendo en cuenta, además, que, en la tramitación del procedimiento registral, el registrador ha de adoptar las medidas que se estimen «oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo, en su caso, lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos» (vid. artículo 41 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). De modo que –por aplicación analógica de las normas contenidas en los artículos 71, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, antes referida, y 43 y 44 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario– los registradores deberán, en estos supuestos, reclamar del presentante, los interesados y las autoridades urbanísticas competentes la aportación, en su caso –es decir, tratándose de suelo no urbanizable– de la correspondiente resolución sobre la declaración de la obra en situación de fuera de ordenación o asimilada a la misma, quedando, entre tanto, en suspenso el término establecido por la Ley para la práctica de la inscripción; con indicación de que, si no aportaren la resolución en el plazo de diez días, se procederá a extenderla, haciendo constar en el asiento la notificación o notificaciones realizadas y la falta de aportación de la resolución dentro del plazo concedido; todo ello sin perjuicio de que se proceda a practicar además la notificación establecida en el párrafo c) del artículo 20.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, conforme a la interpretación de dicho precepto, anteriormente hecha, con carácter general.

11. En el supuesto de este expediente, la registradora mantiene la necesidad de probar, para obtener la inscripción de edificaciones respecto de las que ya no proceda el ejercicio de la acción de disciplina urbanística, la fecha de conclusión de la obra, con antigüedad superior al plazo establecido por la ley para la prescripción de la acción de disciplina urbanística y además, de modo completo, la efectiva extinción, por prescripción, del derecho de la Administración para la adopción de tales medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística; mediante la prueba completa, de certificado municipal acreditativo, de no hallarse incluida la finca en ninguno de los supuestos de excepción a la prescripción de la acción de disciplina, establecidos, en el caso de Andalucía, por el artículo 185 de su Ley de Ordenación Urbanística.

El defecto, sin embargo, no puede ser confirmado. El acceso al Registro de la Propiedad de edificaciones respecto de las que no procede el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, como consecuencia del transcurso del plazo de prescripción establecido por la ley para la acción de disciplina, se halla sometido, de modo exclusivo, al cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos por la ley. Entre los que no se encuentra la prueba exhaustiva de la efectiva extinción, por prescripción, de la acción de disciplina urbanística.

Por el contrario, el artículo 20, apartado 4, del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo –en la redacción dada al mismo por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio– tan sólo exige, junto a la aportación de los documentos que acrediten «la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título», de los que resulte además, como aclara el artículo 52, apartado b, del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, que dicha fecha es «anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante». La prueba de tal extremo, unida a la simple constatación sobre «la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate» (así como «que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general») constituyen los únicos requisitos necesarios para el acceso de la obra al Registro.

Basta, por tanto, para el acceso de tales obras al Registro, la falta de constancia registral de la incoación del correspondiente expediente de disciplina urbanística, sin necesidad de aportar una más que difícil prueba negativa sobre dicho extremo. Puesto que se trata de una prueba que resulta de la falta de constancia registral del expediente de disciplina, como consecuencia derivada del principio de legitimación registral y su corolario sobre presunción de integridad y exactitud de los pronunciamientos registrales –ex artículo 38 de la Ley Hipotecaria–. Un criterio que, por otra parte, se ha venido manteniendo sin alteración por la doctrina de este Centro Directivo, desde las Resoluciones de 4 de febrero de 1992, 17 de julio de 1993 y 3 de noviembre de 1995 que, en el ámbito de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, admitieron la inscripción «siempre que no conste en el Registro de la Propiedad como es obligado la incoación del expediente de disciplina».

Pues, en efecto, las obras que, al amparo del artículo 20, apartado 4, de la Ley de Suelo, acceden al Registro como consecuencia de la caducidad de la acción de restablecimiento del orden infringido constituyen, en la mayor parte de los supuestos, edificaciones ilícitas, cuyo uso propio resulta incompatible con la clase o tipo de suelo definido por el Plan; obras respecto de las cuales, a pesar de esa, casi indefectible, contradicción de su uso con la legalidad urbanística, la ley estatal permite su acceso al Registro. Una posibilidad legal que toma como presupuesto (pues se halla en la definición misma del hecho contemplado por la norma) el carácter contrario a la ordenación (de la edificación y su uso) y que, de este modo, no puede quedar frustrada bajo el pretexto de sujetar la inscripción de la edificación a la expedición de licencia de primera ocupación o utilización, relativa a dicho uso –por definición de carácter ilícito–.

Por lo cual, la posibilidad legal de inscripción registral de la edificación ilegítima, cuya ilicitud, sin embargo, ha quedado purificada por la caducidad de la acción de restablecimiento del orden infringido –a pesar que su uso, como ilícito continuado, pueda mantener de modo constante su contradicción con la ordenación–, resulta incompatible con la necesidad de sujetar dicha inscripción a la expedición de licencia de ocupación o utilización. Una contradicción que, por el distinto rango de las normas en conflicto, dentro de la jerarquía normativa constitucionalmente establecida (cfr. artículo 9, apartado 3, de la Constitución), debe necesariamente resolverse en favor de la norma legal. Determinando con ello, de manera general, la imposibilidad de condicionar la inscripción al otorgamiento de licencia de ocupación o utilización, cuando la edificación –incluso si fuera finalizada con posterioridad a la norma material que exige el otorgamiento de dicha licencia– accede al Registro como consecuencia de la caducidad de la acción de demolición.

12. Ese es el criterio que, por su parte, ha inspirado la regulación contenida en el Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía, al declarar la incompatibilidad de la licencia de primera ocupación con las edificaciones asimiladas al régimen de fuera de ordenación, como consecuencia de la caducidad de la acción de disciplina urbanística. Así resulta, en efecto, del artículo 8, apartado 6, del Decreto, al establecer, respecto de «las edificaciones en situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación» (calificación legal que, conforme al artículo 56 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, corresponde a «las obras, instalaciones, construcciones y edificaciones realizadas con infracción de la normativa urbanística, respecto de los cuales ya no se puedan adoptar medidas de protección y restauración de la legalidad por haber transcurrido el plazo»), que «no procederá la concesión de licencias de ocupación o de utilización, sin perjuicio de las condiciones que puedan establecerse por el Ayuntamiento en la resolución de reconocimiento, de conformidad con lo establecido en este Decreto. Esta resolución (se refiere el precepto a la de reconocimiento de la situación de asimilado a fuera de ordenación) «será la exigible por las compañías suministradoras para la contratación de los servicios a los efectos establecidos en el artículo 175.2 de la Ley» de Ordenación Urbanística de Andalucía; quedando excluida, por tanto, la licencia de ocupación o utilización, cuya concesión «no procede», dice el Preámbulo del Decreto de edificaciones y asentamientos, «para este tipo de edificaciones» (se refiere el texto a las que se encuentren en «situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación»), «dado su carácter ilegal».

13. Respecto a la segunda cuestión de este expediente que constituye el tercer defecto de la nota de calificación, –la consideración de que se está produciendo una parcelación urbanística– este Centro Directivo ya ha abordado cuestiones parecidas a la planteada en este recurso, por ejemplo, en las Resoluciones de 24 de agosto de 2011 y 2 de marzo de 2012. Es doctrina reiterada que si bien, con carácter general, la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, anuló buena parte del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992, fundándose en que se habían invadido las competencias que, en materia de urbanismo, se hallan transferidas a las Comunidades Autónomas, esta misma sentencia dejaba a salvo aquellos preceptos que, por regular materias que son competencia exclusiva del Estado, eran perfectamente conformes con la Constitución. Así ocurrió con aquellas normas que se referían al Registro de la Propiedad (cfr. artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución), de lo que se sigue que corresponde a las Comunidades Autónomas (en este caso, a la de Andalucía) determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, las limitaciones que éstas pueden imponer y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos sin la oportuna licencia o sin respetar los límites por éstas impuestos. Sin embargo,

corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto jurídico en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable la exija poder realizar legalmente el mismo.

Por ello, la Resolución de este recurso debe basarse en la legislación urbanística dictada por la Comunidad Autónoma de Andalucía, contenida en los preceptos citados en los «Vistos». Del examen de la citada legislación sustantiva andaluza, resulta de especial relevancia el artículo 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en la redacción dada al mismo por la ley 13/2005 de dicha Comunidad Autónoma), que dispone que «no podrá autorizarse ni inscribirse escritura pública alguna en la que se contenga acto de parcelación sin la aportación de la preceptiva licencia, o de la declaración de su innecesariedad», e incluye como actos reveladores de una posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas «pro indiviso» de un terreno o de una acción o participación social, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte de terreno equivalente o asimilable y sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación. En el mismo sentido el artículo 66.1.b, que establece que «En terrenos que tengan el régimen de suelo no urbanizable, la división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas de dos o más lotes que, con independencia de lo establecido en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza, pueda inducir a la formación de nuevos asentamientos». Por otro lado, el artículo 68.2 del mismo cuerpo legal establece que «en terrenos con régimen del suelo no urbanizable quedan prohibidas, siendo nulas de pleno derecho, las parcelaciones urbanísticas». El artículo 66.4 determina que «cualquier acto de parcelación urbanística precisará de licencia urbanística o, en su caso, de declaración de su innecesariedad. No podrá autorizarse ni inscribirse escritura pública alguna en la que se contenga acto de parcelación sin la aportación de la preceptiva licencia, o de la declaración de su innecesariedad, que los notarios deberán testimoniar en la escritura correspondiente». Por último, el artículo 66.5 de la citada Ley establece que las licencias municipales sobre parcelaciones y las declaraciones de innecesariedad de éstas se otorgan y expiden bajo la condición de la presentación en el municipio, dentro de los tres meses siguientes a su otorgamiento o expedición, de la escritura pública en la que se contenga el acto de parcelación, y que la no presentación en plazo de la escritura pública determina la caducidad de la licencia o de la declaración de innecesariedad por ministerio de la Ley, «sin necesidad de acto aplicativo alguno».

Así pues, no es el número de titulares de la finca lo que determina los indicios de parcelación sino el uso individualizado de una o varias partes del terreno equivalente o asimilable. Este Centro Directivo en reiterada doctrina (24 de agosto de 2011, 2 de marzo y 24 de mayo de 2012) ha establecido que para que se revele la parcelación será preciso que se asigne el uso de un espacio determinado de terreno apto para construir una finca independiente, lo que no ocurre en este supuesto, porque aun cuando hay varios titulares en copropiedad sobre la finca, esto no significa que haya asignación de usos independientes sobre la misma.

Esta Dirección General ha acordado, en los términos que resultan de los fundamentos de Derecho expuestos anteriormente, estimar el recurso interpuesto y revocar la nota de calificación.

Contra esta Resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 5 de marzo de 2013.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.