

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

5175 *Resolución de 15 de abril 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 Almuñécar, por la que se suspende la inscripción de una escritura de ampliación de obra nueva.*

En el recurso interpuesto por don Miguel Ángel Delgado Gil, notario de Torrox, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Almuñécar, doña María Cristina Palma López, por la que se suspende la inscripción de una escritura de ampliación de obra nueva.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Torrox, don Miguel Ángel Delgado Gil, el día 4 de octubre de 2012, número 2.023 de protocolo, doña D. L. A declara la ampliación de una obra nueva sobre la finca registral número 17.676 de Almuñécar.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Almuñécar el día 4 de octubre de 2012, asiento 2.115 del Diario 53, y fue calificada con la siguiente nota: «(...) Hechos I El día 4/10/2012 fue presentado el documento de referencia para su inscripción en este Registro, y aportada copia autorizada del documento el día 26 de octubre de 2012. II I) Se presenta escritura de ampliación de obra nueva a la que se acompaña certificación del Secretario del Ayuntamiento de Almuñécar, sobre no constancia de expediente de disciplina urbanística referido a la finca registral sobre la que se efectúa la ampliación de obra nueva, así como certificación del técnico visado sobre descripción, medición y antigüedad de la vivienda y certificación del colegio de Arquitectos técnicos sobre la idoneidad del arquitecto certificador. II) La documentación administrativa que debe acompañarse, por lo que la declaración de obra nueva «antigua» se refiere, debe reunir una serie de requisitos que se pueden concretar en los siguientes: Mediante la correspondiente resolución de la Administración local (Art. 20.4 RDL 2/2008 y art. 53 Decreto 60/2010, de la Comunidad Autónoma de Andalucía) se ha de acreditar: a) - si han prescrito la posibilidad de adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística o - si nos encontramos ante supuesto en los que el ejercicio de esta potestad no prescribe –(art. 185.2 ley 7/2002 según redacción de la ley 2/2012 de la comunidad autónoma de Andalucía que fija el periodo de prescripción en 6 años)– o se ha producido la caducidad de las actuaciones iniciadas en su día y la infracción ha prescrito o no; b) si la construcción se encuentra en situación fuera de ordenación o asimilado a fuera de ordenación (art. 20.4 del RDL2/2008 por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley del Suelo y 53 del Decreto 60/2010) Las primeras (fuera de ordenación) son aquellas que cuando se ejecutaron eran conformes al planeamiento vigente pero que, debido a un cambio posterior del mismo devienen contrarias a la ordenación urbanística (artículo 34 b y Disposición Adicional Primera de la LOUA); las segundas están constituidas por edificaciones o construcciones que fueron ejecutadas en su día contraviniendo la legalidad urbanística, pero respecto de las cuales no procede el ejercicio de las potestades para la protección de la legalidad urbanística por el transcurso del tiempo legalmente fijado para su ejercicio o por existir una causa de imposibilidad legal o material para ello (artículo 53 del RDL2/2008) c) - si el uso del suelo sobre el que se asienta la edificación es

compatible o no con el planeamiento y ordenamiento urbanístico vigente. (Art. 8.1 y 9.1 del RDL2/2008 por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley del Suelo y art. 48 LOUA) Si es compatible, en su caso, se exigirá licencia de ocupación o de utilización (art. 27 RDU y art. 53 RDU Decreto 60/2010) Si no lo es, se hará constar tal circunstancia en la inscripción, con expreso pronunciamiento sobre el uso permitido o tolerado, o expresando, si fuera el caso, que no puede ser usada (Art. 53 RDU). d) si el suelo sobre el que se asienta la construcción tiene carácter demanial o está afecto a una servidumbre de uso público general (Art. 20.4 RDL 2/2008) La antedicha resolución administrativa no se acompaña, a pesar de la dicción expresa en tal sentido del art. 53.5 del Decreto 60/2010, según el cual «Conforme a la legislación notarial y registral en la materia, la resolución de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación será necesaria, en todo caso, para la inscripción de la edificación en el Registro de la Propiedad, en la que se indicará expresamente el régimen jurídico aplicable a este tipo de edificaciones, reflejando las condiciones a las que se sujetan la mismas». Las dos resoluciones mencionadas de 17 de enero y 5 de marzo de 2012, contemplaban un marco normativo diferente al del supuesto contemplado por la escritura ahora calificada, pues cuando se dicta la primera de ellas, aún no ha entrada en vigor la reforma del art. 53 del Decreto 60/2012 y cuando se dicta la segunda, como indica la Resolución, aún cuando estaba en vigor la referida norma, sin embargo no lo estaba cuando la escritura que a ella se refiere, se autoriza ni tampoco cuando se presenta en el Registro. III) Es necesario aportar el libro del edificio (art. 19 ley 8/2007, art. 20 RD Legislativo 2/2008 y art. 27 del Reglamento de Disciplina urbanística de Andalucía y RDGRN de 15/11/2011 que no exonera de tal requisito a los supuestos de autopromoción, fijando un nuevo criterio frente a resoluciones anteriores). IV En su caso, y de conformidad con o establecido en la disposición transitoria primera del RD 47/2007 certificado de eficiencia energética (art. 20 RD legislativo 2/2008). V) Es necesario hacer constar la total superficie construida que ocupa la edificación en el solar (artículo 45 de las normas complementarias RD 1093/1997). Fundamentos de Derecho. Los expresados en la exposición de los hechos. Acuerdo -La suspensión de la inscripción del documento presentado en virtud de los fundamentos de derecho antes expresados. -La notificación de esta calificación al presentante y al Notario o autoridad que expide el documento en el plazo de 10 días hábiles de conformidad con el art. 58, 2 y 48 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, y la prórroga del asiento de presentación de conformidad con el art. 323 de la L. H.. Contra la precedente (...) Almuñécar, trece de noviembre del año dos mil doce La Registradora: (firma ilegible y sello con el nombre y apellidos de la registradora)».

III

Con fecha 26 de noviembre de 2012 se presentó escrito en el Registro de la Propiedad Granada número 7 en el que se solicitó calificación sustitutoria. El día 20 de diciembre de 2012 se confirmó por la registradora, doña María del Carmen López López, la calificación inicial en cuanto a los apartados II y V.

IV

El día 21 de enero de 2013 se presentó en el Registro escrito de recurso formulado por el notario autorizante, en el que se hacían las siguientes alegaciones: «1. En cuanto al defecto señalado en el apartado V, relativo a la necesidad de hacer constar la total superficie construida que ocupa la edificación en el solar, dicho dato aparece contenido en el apartado segundo de la exposición de la escritura cuando indica que la vivienda y dependencias ocupan en planta una superficie de doscientos cincuenta metros con cuarenta decímetros cuadrados (250, 40 m). 2. En cuanto a los defectos señalados en el apartado II: 1) Corresponde al Estado fijar los requisitos para poder acceder al Registro de la Propiedad las declaraciones de obras referentes a edificaciones consolidadas por su antigüedad, ya que es competencia exclusiva del Estado la ordenación de los Registros

e instrumentos públicos (artículo 149.1.8 de la Constitución Española). 2) Se acredita mediante certificación expedida por Arquitecto técnico debidamente visada, que la edificación tiene una antigüedad superior al año 2006 por lo que debe entenderse aplicable el régimen previsto en el artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo de 20 de junio del 2008 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (redacción dada por el artículo 24 del Real Decreto Ley de 812011, de uno de julio). Téngase en cuenta además, que el mismo artículo 53.5 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía exige la aportación de la resolución administrativa de asimilada a fuera de ordenación pero «conforme a la legislación notarial y registral en la materia», por lo que hay que acudir al citado precepto, 20.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, y no sólo por nuestro marco competencial, sino además por remisión del propio precepto autonómico. 3) Este precepto, en su letra b) 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. 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», pero ello no implica que sea requisito imprescindible para poder practicar la inscripción, sino que puede ser cumplido con posterioridad según criterio adoptado entre otras, por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de enero de 2012, 29 de octubre de 2012 y 3 de diciembre de 2012 a cuyos argumentos me remito, y ello siempre que se haya acreditado la prescripción del derecho de la administración para el restablecimiento de la legalidad urbanística conforme a lo previsto en la letra A. (Lo que se ha acreditado con la certificación del técnico antes reseñada)».

V

El día 25 de enero de 2013, la registradora emitió su informe, manteniendo su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9.3, 148.1.3.^a, 149.1.1.^a y 149.1.8.^a de la Constitución Española; 17.2, 20 y 51 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo; 45, 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 y 20 y disposición adicional segunda y disposición final cuarta de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; artículos 66.1.b, 66.2, .3 y .4, 68, 169, 176, 177, 181 a 185 y 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 y 29 y 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; artículos 137, 242 a 256 y 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, 17 de enero, 1, 2 y 5 de marzo, 8 y 24 de mayo, 18 (2.ª) y 29 (2.ª) de octubre, 12 de noviembre (2.ª) y 3 de diciembre de 2012 y 25 de febrero y 4 de marzo de 2013.

1. Es objeto del presente expediente la calificación de una escritura de ampliación de obra nueva sobre una finca ubicada en Andalucía. La construcción, según certificación de técnico que se incorpora, es anterior al año 2006 y la escritura se otorga el día 4 de octubre de 2012. La interesada manifiesta que la finca tiene la consideración de suelo no urbanizable, sin embargo, en la certificación del técnico que se incorpora se hace constar que «le afecta la Ordenanza R. E. XVI.–Residencial extensiva dieciséis del vigente PGOU de Almuñecar (...)». La registradora considera necesario aportar documento administrativo que acredite: a) si ha prescrito la posibilidad de adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística o si nos encontramos ante supuesto en los que el ejercicio de esta potestad no prescribe o se ha producido la caducidad de las actuaciones iniciadas en su día y la infracción ha prescrito o no; b) si la construcción se encuentra en situación fuera de ordenación o asimilado a fuera de ordenación; c) si el uso del suelo sobre el que se asienta la edificación es compatible o no con el planeamiento y ordenamiento urbanístico vigente. Si es compatible, en su caso, se exigirá licencia de ocupación o de utilización; y d) si el suelo sobre el que se asienta la construcción tiene carácter demanial o está afecto a una servidumbre de uso público general. Además, considera que es necesario hacer constar la total superficie construida que ocupa la edificación en el solar.

En definitiva, la calificación recurrida plantea la necesidad de que se acredite, para la inscripción de una ampliación de edificación antigua en Andalucía, además de la antigüedad de ésta y de que han transcurrido los plazos de prescripción del derecho de la Administración para el restablecimiento de la legalidad urbanística, el certificado de hallarse la finca fuera de ordenación o asimilado a dicho régimen jurídico, la acreditación de que el uso de la finca se ajusta o no a la ordenación urbanística vigente, y la licencia de ocupación o utilización, así como la acreditación de que el suelo sobre el que se asienta la construcción no tiene carácter de bien demanial ni está afectado por una servidumbre de uso público general.

2. Como cuestión preliminar, y a pesar de la parquedad de la calificación sustitutoria, con arreglo al artículo 19 bis.5 de la Ley Hipotecaria, el escrito de recurso se ha limitado y la resolución del recurso debe circunscribirse a los defectos reseñados en el fundamento anterior que han sido los confirmados por la registradora sustituta.

3. Como ha tenido ocasión de afirmar recientemente este Centro Directivo, en Resoluciones de 29 de octubre de 2012 (2.ª) y 3 de diciembre de 2012 (1.ª), que «procede, en primer lugar, afirmar la competencia de las normas estatales en materia de determinación 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 dicha normativa, 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 el 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, así como la fijación de los plazos de prescripción de las acciones de disciplina urbanística o su imprescriptibilidad. 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 (cfr. Resoluciones de 22 de abril de 2005, 4 de mayo de 2011, 8 de mayo de 2012). Según se establece en la Disposición Final Primera del Texto Refundido de la Ley del Suelo, Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, el artículo 20 tiene el carácter de disposición establecida en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal; y más específicamente, puede decirse que dicho precepto se dicta en atención a la competencia exclusiva del Estado sobre la ordenación de los Registros (artículo 149.1.8 de la Constitución Española), siendo doctrina constitucional que en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8. de la Constitución Española es al Estado al que compete, en materia urbanística, establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción al previo cumplimiento de ciertos requisitos (Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo). Esta Dirección General, dentro del ejercicio de sus competencias, en las Resoluciones citadas en los «Vistos», ha fijado su criterio de interpretación respecto del artículo 20.4.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo, Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de enero; y, en este sentido, debe ser interpretado el inciso inicial del apartado 5 del artículo 53 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, cuando determina que «conforme a la legislación notarial y registral en la materia...»; es decir, que debe interpretarse conforme a la legislación registral dictada por el Estado en el ejercicio de sus competencias, siendo así que esta Dirección General ya ha interpretado el contenido del artículo 20.4.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo, sin perjuicio de que sus Resoluciones, obviamente, puedan ser recurridas ante los Tribunales de Justicia».

4. En este sentido, por lo que se refiere a la acreditación de la situación de asimilación al régimen de fuera de ordenación presentando la certificación correspondiente, el recurso ha de ser estimado, pues, en el tema controvertido, este Centro Directivo ha reiterado (vid. recientemente la Resolución de 4 de marzo de 2013) las siguientes conclusiones:

a) La competencia para determinar en qué supuestos es necesario acreditar la obtención de la licencia, autorización o acto administrativo para poder inscribir en el Registro corresponde al legislador estatal (Resoluciones de 22 de abril de 2005 y 4 de mayo de 2011), mientras la determinación de 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 es competencia del legislador autonómico (Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo).

b) Siendo así, debe tenerse en cuenta la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, que da su redacción vigente al artículo 20.4 de la Ley de Suelo, que dispone «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».

c) Por lo tanto, se mantiene, la idea recogida en los artículos 52 y 54 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, es decir, la posibilidad de inscribir edificaciones consolidadas por su antigüedad sin necesidad de un previo acto administrativo de autorización, aprobación o conformidad. El número 4 del artículo 20 de la Ley de Suelo da rango de Ley de ámbito estatal a la regulación procedente del citado Real

Decreto 1093/1997, reforzando a través de la letra b) la publicidad registral de la situación de fuera de ordenación o asimilado en que se pueda encontrar la edificación. De esta exigencia no puede derivarse como consecuencia que la totalidad de las edificaciones u obras antiguas estén fuera de ordenación, ya que las obras antiguas pueden estar tanto dentro como fuera de ordenación, total o parcialmente (y así la Resolución de 17 de enero de 2012 indicaba que pueden encontrarse en tres diferentes situaciones: 1) aquéllas 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; 2) otras, que siendo 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), quedando genéricamente sujetas, según la jurisprudencia existente, a un régimen análogo al de fuera de ordenación; y, 3) las que siendo igualmente ilícitas, la Ley las incluye en alguna categoría expresa de «fuera de ordenación»).

d) Hay que inclinarse, por tanto, a una posición favorable a la constancia a posteriori de, en su caso, la situación de fuera de ordenación. Es decir, la no aportación de la citada resolución administrativa no implica en ningún caso el cierre registral, ya que el legislador sigue exigiendo al registrador que califique la antigüedad suficiente para considerar posible la prescripción de las acciones que pudieran provocar la demolición y, además, que compruebe que la edificación no se encuentra sobre suelo demanial o afectado por servidumbres de uso público (sería 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, o que tuviera que notificar al Ayuntamiento la inscripción realizada, 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). De esta manera se mantiene el sistema que permite la inscripción sin necesidad de previa intervención municipal, algo que sería imposible si se exigiera como requisito para inscribir esa resolución administrativa sobre la situación de la edificación dentro o fuera de ordenación. Además, se refuerza la constancia y publicidad registral en la inscripción de obras antiguas, tanto por el hecho de que el Ayuntamiento ha sido notificado de la existencia de la obra a los efectos que procedan (como ya ocurría), como de la posible situación de fuera de ordenación en caso de que sea declarada, permitiendo el acceso al Registro de la Propiedad de este tipo de construcciones, logrando la protección de sus propietarios, en muchos casos, terceros adquirentes de buena fe, pero sin 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.

5. También respecto de la innecesariedad de aportar licencia de primera ocupación se ha pronunciado recientemente este Centro Directivo en Resoluciones de 18 de octubre (2.ª) y 12 de noviembre (2.ª) de 2012 y cuando se trata de obras declaradas e inscritas en virtud de la acreditación de una antigüedad superior al plazo previsto por la ley para la caducidad de la acción de disciplina urbanística, porque se trata de «supuestos en los que, por definición, existe una contradicción de la edificación y, por regla general, el uso previsto para la misma con la propia ordenación urbanística, resultando de este modo racionalmente imposible la exigencia de licencia de ocupación o utilización como requisito para la práctica del asiento. Existen, además, poderosas razones de Derecho Transitorio que impiden tal exigencia de licencia. Argumentos que hacen que la misma no pueda ser extendida de forma retroactiva a las obras terminadas con anterioridad a la publicación de la norma que impone la obtención de la propia licencia, como requisito de legalidad de la actividad edificatoria (en el presente supuesto, el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía).

En efecto, como ha tenido ocasión de manifestar esta Dirección General en anteriores ocasiones (cfr. Resoluciones de 22 de abril de 2005, 4 de mayo de 2011 y 21 de enero de 2012), desde la perspectiva constitucional, las normas reguladoras de los requisitos y

títulos aptos para la práctica de la inscripción están reservadas, de modo exclusivo, a la competencia del Estado (cfr. artículo 149, apartado 1, regla 8.ª, de la Constitución, conforme al cual, «el Estado tiene competencia exclusiva sobre» la «legislación civil», comprendiendo la misma, en todo caso, «las reglas relativas a la (...) ordenación de los registros e instrumentos públicos»). Por lo que, aun correspondiendo a las Comunidades Autónomas 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–, es al Estado a quien corresponde fijar de modo exclusivo 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. Una atribución de competencia exclusiva al Estado que impide concluir, recta vía, en la naturaleza registral o hipotecaria de las normas que, en cada Comunidad Autónoma, exigen la aportación de licencia de primera ocupación –en el presente supuesto, el artículo 27 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía–. Por lo que, a pesar de la dicción expresa de dicho precepto reglamentario (que lo hace aparecer como regla verdaderamente adjetiva o registral), forzosamente debe concluirse que estamos en presencia de una norma de legalidad material, relativa a la validez o licitud de la propia actividad (la obra) sujeta a inscripción.

Sin que pueda mantenerse que la norma reglamentaria autonómica actúe en este ámbito por vía de una especial habilitación, en virtud de la remisión realizada por la ley estatal. Ciertamente es que el artículo 20, apartado 1, letras a y b, del Texto Refundido de la Ley de Suelo remite a determinadas exigencias de legalidad, contenidas en la legislación autonómica, configurándolas expresamente como requisitos para la práctica de la inscripción, dentro del régimen registral o hipotecario general; de modo que, al regular los presupuestos para la inscripción de las obras nuevas, exige el cumplimiento de los requisitos «impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios» y «el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable (...)». Pero dicha remisión no constituye un título de atribución o traslación de la competencia. Estamos, por el contrario, en presencia de una pura referencia o remisión material, que no altera la distribución de competencias constitucionalmente establecida, entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Una simple referencia de la ley estatal a los requisitos establecidos por la legislación sectorial de posible origen autonómico, que únicamente determina la incorporación a la norma registral de los requisitos de legalidad material, impuestos en normas de rango u origen competencial distinto, sin introducir modificación alguna en la verdadera naturaleza de la norma sectorial remitida, que permanece como regla relativa a la legalidad o validez material del acto. Una remisión legal que, de este modo, no puede determinar una transmisión transversal de la competencia exclusiva del Estado al ámbito competencial autonómico –al modo en que, de modo vertical, sucede en la deslegalización reglamentaria–; la cual, como verdadera fuente de transferencia de competencias exclusivas del Estado, se encuentra sujeta, como es sabido, a requisitos constitucionales de especial rigor formal (cfr. artículo 150 de la Constitución), que no concurren en el Texto Refundido de la Ley de Suelo.

Y, de esta forma, no produciendo la remisión legal alteración alguna en la distribución de competencias constitucionalmente establecida, la norma autonómica conserva su carácter propio, como norma de carácter material, reguladora de la validez o nulidad de la actividad urbanística descrita (la edificación). El artículo 27 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía por ello constituye una norma de carácter sustantivo, relativa a los requisitos de legalidad de la propia actividad material que se formaliza en el título objeto de inscripción (la edificación). Una regla de legalidad, ajena a la específica regulación adjetiva, relativa al procedimiento registral, que, por tanto, ha de considerarse

sujeta, en su aplicación temporal, a los principios del Derecho Transitorio relativos a las normas de carácter material. Y, en especial, al llamado principio de legalidad del Derecho Transitorio, que, entroncado con las bases mismas del Estado de Derecho, determina la prohibición de aplicación retroactiva de aquella regla de legalidad material, dada su condición de norma sancionadora o restrictiva de derechos (cfr. artículo 9, apartado 3, de la Constitución y disposición transitoria tercera del Código Civil); con exclusión, por ello, de cualquier aplicación limitadamente retroactiva del precepto, tan solo posible en el caso de las normas procesales o adjetivas (incluidas las de carácter registral), respecto de los hechos materiales realizados antes de la entrada en vigor de la ley nueva.

No se opone a ello el hecho de que el uso de que efectivamente sea objeto la edificación (y que al registrador, por cierto, difícilmente podrá constar en el momento de la inscripción) resulte contrario a la ordenación urbanística. Ni que la acción de disciplina derivada de ese posible uso ilícito de la edificación no deba prescribir, como consecuencia de su carácter continuado. Puesto que esa misma posibilidad de uso indebido y continuado no ha impedido, desde la perspectiva de la ley estatal, el mantenimiento indefinido de la misma edificación, al amparo del instituto de «fuera de ordenación» o «asimilado al mismo»; permitiendo, con dicho mantenimiento, la consiguiente inscripción registral de la obra. Subsistencia de la edificación y posibilidad de acceso al Registro, ambas de carácter permanente o indefinido, que comprenden el supuesto sin duda más frecuente –pues el precepto no distingue– de edificaciones cuyo uso es o puede resultar contrario a la ordenación.

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, como vimos, 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.

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 las 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».

6. En relación a la necesidad de acreditar si el uso del suelo sobre el que se asienta la edificación es compatible, o no, con el planeamiento y ordenación urbanístico vigente, el defecto no puede ser confirmado. Tal exigencia tal y como ha sido formulada, como se ha constatado en los fundamentos anteriores, es ajena a los requisitos que para el acceso de una obra nueva antigua al Registro, establece el tantas veces citado artículo 20.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo. Tampoco puede confirmarse el defecto relativo a la necesidad de acreditar que el suelo sobre el que se asienta la construcción no tiene el carácter de demanial o que no está afecto a una servidumbre de uso público general. Del apartado a) del artículo citado se deduce con claridad que basta que este extremo no resulte del historial de la finca, ni del propio título calificado, para que la inscripción pueda ser practicada. Y ello es lógico pues hay que recordar que ninguna dificultad existirá para que el registrador pueda apreciar por el contenido del propio Registro el carácter demanial del bien, especialmente teniendo en cuenta la obligación que tiene el Estado de inscribir sus bienes, así como todos los actos y contratos referidos a ellos susceptibles de inscripción, que impuso con carácter general, incluso respecto de los bienes demaniales, la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (vid. artículo 36), dada la garantía que representa la protección registral para la integridad e indemnidad de los patrimonios públicos, y comprendiendo también los adquiridos con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, respecto de los cuales la disposición transitoria quinta de la misma estableció que «para el cumplimiento de la obligación de inscripción establecida en el artículo 36 de esta Ley respecto de los bienes demaniales de los que las Administraciones públicas sean actualmente titulares, éstas tendrán un plazo de cinco años, contados a partir de la entrada en vigor de esta Ley». Incluso en los casos de afectación presunta a que se refiere el artículo 66 número 2 de Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en especial el apartado a) relativo «la utilización pública, notoria y continuada por la Administración General del Estado o sus organismos públicos de bienes y derechos de su titularidad para un servicio público o para un uso general», cabe su acreditación por resolución expresa, y por tanto su formal constancia registral, como se infiere del apartado 3 de dicho artículo 66, al prever un procedimiento formal para su regularización (cfr. también el 70 del Reglamento de la Ley, aprobado por Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto). Esto mismo sucede, aún con mayor claridad, en el caso de las afectaciones implícitas en los casos de adscripción del bien a Organismos Públicos dependientes de la Administración General del Estado para su vinculación directa a un servicio de su competencia, o para el cumplimiento de sus fines propios (cfr. artículo 73.1 de la Ley 33/2003) y en los casos de adquisición por expropiación forzosa, en los que la afectación del bien o derecho al uso general, al servicio público, o a fines y funciones de carácter público se entenderá implícita en la expropiación (cfr. artículo 24.2).

7. El último defecto tal como está formulado tampoco puede ser confirmado. La registradora considera que es necesario hacer constar la total superficie construida que ocupa la edificación en el solar con arreglo al artículo 45 del Real Decreto 1093/1997. Sin embargo, en la escritura, a continuación de la descripción de obra nueva tras la ampliación, se indica que «la vivienda y dependencias ocupan en planta una superficie de doscientos cincuenta metros, con cuarenta decímetros cuadrados (...)». El requisito

impuesto por el citado precepto reglamentario, por tanto, si aparece cumplido. Cuestión distinta, que no ha sido planteada en la nota de calificación, es la necesidad de que la certificación del técnico comprenda todos los extremos descriptivos a que se refiere el artículo 45 citado y que haya plena correspondencia entre la misma y la descripción de la obra nueva contenida en la escritura (cfr. artículo 52.a) del Real Decreto 1093/1997), pero es esta una cuestión que por no haber sido suscitada en la calificación no puede ser objeto de la pronunciamiento por la presente Resolución (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación impugnada en los términos que resultan de los anteriores fundamentos.

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, 15 de abril de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.