



UNA RESOLUCIÓN CON FRENO Y MARCHA ATRÁS
(Comentarios a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de octubre de 2012)

Francisco Javier Ruiz Bursón

*Inspector de Ordenación del Territorio, Urbanismo
y Vivienda de la Junta de Andalucía*

1. Introducción.

Con permiso de D. Enrique Jardiel Poncela, tomamos prestado el título de su espléndida obra “Cuatro corazones con freno y marcha atrás”, estrenada poco antes del estallido de nuestra fraticida Guerra Civil, para estas reflexiones acerca de la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 18 de octubre de 2012, publicada en el BOE de 20 de noviembre.

La razón que me mueve a escribir estas líneas es, precisamente, la de expresar mi modesta opinión acerca de la doctrina que la Dirección General de los Registros y el Notariado -DGRN en adelante- vierte en la misma, en el sentido de apreciar un cierto retroceso en la defensa de los principios de disciplina urbanística a través de la colaboración con las funciones notarial y registral, ambas ineludibles e imprescindibles junto a otros actores, para poder llevar a cabo una adecuada ordenación del territorio en el ámbito de la realidad urbanística en nuestro país. Esta idea se desarrollará con detenimiento en el apartado siguiente, con el análisis pormenorizado de algunos de los pronunciamientos vertidos en la mencionada resolución.

Quiero poner de manifiesto, en primer lugar, que en el ánimo de quien redacta el presente artículo confluyen dos líneas básicas. La primera de ellas es la profunda admiración y respeto por la labor doctrinal llevada a cabo por la DGRN, instrumento básico para la defensa de la seguridad jurídica preventiva en el tráfico inmobiliario español. La segunda, íntimamente ligada a ella, es la necesidad de aportar con espíritu constructivo y crítico un punto de vista que potencie la tutela de la disciplina urbanística y, en suma, una adecuada coordinación del Registro de la Propiedad –con la previa

intervención de los fedatarios públicos- con las Administraciones Pùblicas que velan por la tutela de la legalidad en materia de ordenación del territorio y urbanismo¹.

De acuerdo con ello, entiendo que en ningún caso debe interpretarse este escrito como una labor de “acoso y derribo” a la siempre ardua tarea de interpretar y aplicar un ordenamiento en exceso complejo y cambiante, sino más bien un deseo de mejorar y profundizar en la colaboración y coordinación imprescindibles para la adecuada defensa de la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario.

Sin más preámbulo, paso a exponer algunos de los puntos que han generado controversia, para acabar reseñando las conclusiones. Asimismo, aclaro que de los dos extremos sobre los que surge discusión, la identificación de las fincas a los efectos registrales y la inscripción de obras antiguas, nos vamos a centrar exclusivamente en el último.

2. Antecedentes de hecho.

El Sr. Notario formaliza una escritura pública de partición de herencia de un matrimonio el 23 de febrero de 2012. Entre las fincas inventariadas constan varias parcelas rústicas y una urbana, incluyendo ésta última una edificación la cual, construida en el año 1985 según la certificación catastral que se aporta, cuya inscripción se solicita.

Dicha escritura se presentó en el Registro de la Propiedad el 7 de junio de 2012, siendo calificada desfavorablemente por la Sra. Registradora, basándose en la existencia de dudas en relación con algunas fincas y, en relación con la obra antigua, por entender que no consta de forma clara la prescripción del derecho de la Administración en cuanto a la existencia de infracciones, habida cuenta que hay supuestos previstos en el artículo 185 LOUA que se excepcionan del plazo general de prescripción de cuatro años, y que no cuenta con la preceptiva licencia ya que el uso que se está realizando de la vivienda constituye una actividad de carácter continuado, alegando que la normativa vigente exige el control registral no sólo de la legalidad urbanística, sino también del uso que se dé a la edificación².

A continuación, el Sr. Notario interpuso el pertinente recurso con una extensa fundamentación, contestando los extremos de la calificación registral. Finalmente, la Sra. Registradora emitió informe, ratificándose en su nota.

3. Cuestiones polémicas.

3.1 Prueba de la extinción de las acciones de disciplina urbanística.

¹ Los artículos 3.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Pùblicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 4 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, recogen el principio de cooperación y colaboración interadministrativa, el cual aparece reiterado en el 3.3 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se regula el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con los Colegios Profesionales, y 28 de dicho Reglamento, éste último respecto al Registro de la Propiedad.

² El Tribunal Supremo, en sus sentencias de 9 de febrero de 1983 (RJ 1983\812) y 21 de marzo de 1985 (RJ 1985\1637), mantiene que la infracción consistente en destinar a una edificación a uso diferente al previsto en la licencia o normativa urbanística constituye una infracción distinta a la ilegalidad de la obra, incluyéndola dentro de las clasificadas como permanentes a efectos de prescripción.

Siguiendo la exposición del Fundamento de Derecho Tercero de la Resolución de 18 de octubre de 2012, la Sra. Registradora deniega la inscripción interesada, entre otros motivos, por el hecho de que no se le ha acreditado de manera adecuada la prescripción de las acciones de disciplina urbanística a las que se hace referencia en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, del Texto Refundido de la Ley de Suelo (TRLS en adelante). A ello opone el Sr. Notario, entre otras razones, que la fecha de terminación de la construcción es 1985, con lo cual el plazo de prescripción ha transcurrido en exceso, y que el municipio no ha señalado que nos encontramos ante un supuesto de imprescriptibilidad en la documentación aportada por el mismo.

La DGRN considera que no procede respaldar la postura de la Sra. Registradora ya que, entre los requisitos expresamente establecidos por la ley “*no se encuentra la prueba exhaustiva de la efectiva extinción, por prescripción, de la acción de disciplina urbanística*”³. Y ello fundándose que el art. 20.4 TRLS “*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*”, debiendo ser dicha fecha anterior al plazo fijado para la prescripción de la infracción por la legislación aplicable, según la literalidad del artículo 52 b) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Seguidamente, concluye que es suficiente con “*la falta de constancia registral de incoación del correspondiente expediente de disciplina urbanística, sin necesidad de aportar una más que difícil prueba negativa sobre dicho extremo*”, finalizando con una apelación al principio de legitimación registral (art. 38 de la Ley Hipotecaria), con su presunción sobre la integridad y exactitud de los asientos registrales junto a la expresa mención de varias resoluciones del Centro Directivo, dictadas bajo la vigencia de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo (LRRUVS en adelante).

Frente a dichas afirmaciones, hemos de disentir en los puntos que concretamos a continuación:

a) La literalidad del artículo 20.4 TRLS *ab initio* determina que el supuesto de hecho necesario para el acceso de las llamadas obras antiguas al Registro de la Propiedad es el siguiente: “*construcciones, edificaciones, e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción procedentes*”.

³ A lo largo de toda la Resolución se utiliza de forma general el término prescripción tanto para referirse al transcurso del plazo para el ejercicio de las potestades sancionadora y de restablecimiento del orden jurídico perturbado. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria, mientras que las infracciones y sanciones están sujetas a plazos de prescripción, para el restablecimiento del orden jurídico –y la correspondiente reposición de la realidad física alterada, dentro de la cual se inserta la demolición mencionada en el art. 20.4 TRLS- se establecen plazos de caducidad. En este sentido, cabe citar las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1991 (RJ 1991\7843), 24 de abril de 1992 (RJ 1992\3991), 22 de noviembre de 1994 (RJ 1994\8644), 14 de marzo de 1995 (RJ 1995\2087), 3 de mayo de 1995 (RJ 1995\3784) –ésta sólo a efectos argumentativos del recurrente- y de 25 de noviembre de 2002 (RJ 2002\10507), basándose para ello en que se trata de un presupuesto temporal habilitante para el ejercicio de una potestad administrativa y en que nos encontramos ante un procedimiento de naturaleza distinta al sancionador. Siguiendo un criterio más ecléctico, la Resolución 2/2009, de 10 de junio, de la DGRN analiza la aplicación del artículo 185 LOUA, pero sin hacer referencia alguna a si el plazo fijado en el mismo es de prescripción o de caducidad.

Resulta evidente que, por la referencia a la demolición, nos encontramos ante una alusión al ejercicio de la potestad de restablecimiento del orden jurídico perturbado o reposición de la realidad física alterada (arts 183.2 y 5 LOUA, y 49.2 a RDUA), ya que la sancionadora implica la imposición de multa pecuniaria y otras sanciones accesorias (arts. 208 y 209 LOUA, y 79 y 82 RDUA), mientras que la demolición es exclusiva de aquélla.

Por tanto, para la inscripción de las obras antiguas se establece como imprescindible el transcurso del plazo para el ejercicio de la reposición de la realidad física –que no otra cosa es la demolición- cuyos plazos viene establecidos en el artículo 185 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA). Según el mismo, dicho plazo sería de seis años –en la redacción anterior a la reforma de la Ley 2/2012, de 30 de enero, establecía cuatro años-, sin perjuicio de que en los casos previstos en su párrafo segundo no se imponga limitación temporal al efecto.

De acuerdo con la propia norma estatal, sólo cabe el acceso tabular de las obras antiguas siempre que hubiera transcurrido el plazo para demoler, lo cual no tendrá lugar en los supuestos previstos en el artículo 185.2 LOUA. De ahí la necesidad de acreditar, de alguna manera, que no se encuentre incursa en ninguno de ellos el inmueble que se pretenda inscribir ya que, caso contrario, se daría lugar al ingreso en el Registro de la Propiedad de un acto jurídico anulable o, incluso, radicalmente nulo⁴.

Consecuentemente, no interesar una mínima prueba sobre dicho extremo –bastaría con una solicitud de pronunciamiento expreso dirigida al Ayuntamiento correspondiente acerca de si concurre en la edificación alguna de las circunstancias previstas en el art. 185.2 LOUA- podría dar lugar al indeseable resultado de facilitar el acceso al Registro, con todas las ventajas legales inherentes, de edificaciones ilegales respecto de las cuales se encuentran vivas acciones de disciplina urbanística de demolición, lo cual además causaría una grave discriminación en relación con las obras nuevas propiamente dichas, las cuales sólo tendrían entrada registral previa acreditación de las pertinentes licencias o autorizaciones administrativas (art. 20.1 TRLS), dando así lugar a la injusta e indeseada consecuencia de que sería más fácil el ingreso registral de construcciones ilegales que el de las legales⁵. De ahí la necesidad de llevar a cabo una actividad probatoria que vaya más allá de la simple comprobación de que en el Registro no constan expedientes de disciplina urbanística sobre la finca.

b) Otra cuestión que resulta francamente discutible es el recurso argumental de interpretar el artículo 20 TRLS de acuerdo con el 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, del Reglamento sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (RHU en adelante). No podemos olvidar que el Real Decreto Legislativo 2/2008 es una norma posterior y de superior rango al RHU y que, en todo caso, el criterio hermenéutico prevalente es el de la Ley y no el del Reglamento. Evidentemente, la norma reglamentaria es la que debe adecuarse a la legal y no al

⁴En este sentido, el art. 49.2 j) del RDUA señala entre las medidas de reposición de la realidad física alterada, en caso de parcelaciones en suelo urbanizable, la demolición de las edificaciones que la integren, y el art. 68.2 LOUA que dichas parcelaciones son nulas de pleno derecho.

⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9365) y 6 de febrero de 1991 (RJ 1991\774): “Resultaría absurdo que obras ilegales ab initio fueran de mejor condición que las hechas legalmente aunque con posterioridad, por modificación del planeamiento, hayan devenido fuera de ordenación”.

contrario, so pena de vulnerar el principio de jerarquía normativa solemnemente consagrado en los artículos 9.3 de la Constitución española y 1.2 del Código civil.

Abundado en lo anterior, a mi modesto entender el art. 52 RHU ha sido tácitamente derogado por el nuevo párrafo cuarto del 20 TRLS, introducido por el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio⁶. Sin perjuicio de los similares términos en que se pronuncian ambos preceptos, existen diferencias entre los mismos que justifican dicha derogación, siendo uno de ellos, precisamente, que en el art. 52 RHU es suficiente con el transcurso del plazo de prescripción de la infracción –regulada en el artículo 211.1 LOUA-, mientras que en el 20.4 TRLS exige que se haya cumplido el tiempo fijado para la demolición, o sea, para el ejercicio de la potestad de restablecimiento del orden jurídico perturbado –establecido, como hemos visto, en el artículo 185 LOUA-.

Por tanto, en lo que discrepen ambos, se estará al contenido del art. 20 TRLS, debido a su superior rango y a su posterioridad en el tiempo.

c) Por último, tampoco entendemos afortunada la referencia al principio de legitimación registral ni a ciertas resoluciones anteriores⁷.

El principio de legitimación registral establece una presunción de exactitud e integridad de los asientos registrales practicados, pero del mismo no se puede deducir *a sensu contrario* que lo no inscrito simplemente no existe⁸. Y ello porque no hay precepto legal que apoye tal afirmación y, además, uno de los principios perseguidos por la vigente Ley Hipotecaria conseguir la concordancia entre la realidad registral y la extraregistral, en el bien entendido de que existen situaciones jurídicas que no están recogidas en el Registro, sin que quepa acudir en este caso a un axioma similar al propio de la materia cambiaria: “lo que no está en la letra –o en el Registro-, no está en el mundo”⁹.

Así, la falta de constancia registral de expedientes de disciplina urbanística no debe entenderse como una vía libre para practicar cualquier inscripción, entre otras razones porque cabe que el plazo para el ejercicio de las potestades de disciplina que implican

⁶ CAMY ESCOBAR, J., *Comentarios al artículo 20.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo*, <http://www.notariosyregisradores.com/PERSONAL/PROPIEDAD/ARTICULOS/2012-obra-viejas-andaluc%C3%ADA-nota-calificacion-jesus-camy.htm>: “El régimen de inscripción establecido por el citado art. 52 RD 1093/1097, ha sido desplazado o si se prefiere superado por el nuevo procedimiento recogido en el art. 20.4 del TRLS”, añadiendo que el principio de jerarquía impide que el art. 52 RHU pueda superponerse al criterio del art. 20.4 TRLS. Según DELGADO RAMOS, J., *La inscripción registral de las obras antigua prescritas*, <http://www.notariosyregisradores.com/PERSONAL/PROPIEDAD/ARTICULOS/2011-obra-viejas.htm>, el art. 52 RHU raya incluso la vulneración del precepto legal en que se apoya (Disposición transitoria quinta del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1992), constituyendo una puerta falsa del sistema de la que se ha abusado en detrimento de la seguridad jurídica.

⁷ Resoluciones de 4 de febrero de 1992, 17 de junio de 1993 y 3 de noviembre de 1995. Todas ellas tienen por objeto la aplicación de la Disposición transitoria sexta de LRRUVS a distintos supuestos concretos.

⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho inmobiliario registral*, Ed. Bosch, Barcelona, 1977, p. 170: “Pero tampoco hay, en particular, una presunción de inexistencia de los derechos no inscritos...”.

⁹ Precisamente a este deseo de concordar registro y realidad extraregistral obedece la regulación específica de las obras antiguas, recogida en el párrafo cuarto del artículo 20 TRLS, frente a los requisitos para el resto de obras nuevas, a las cuales resulta aplicables los requisitos –más exigentes- previstos en el primer párrafo de dicho precepto.

demolición – la reposición de la realidad física alterada en este caso- aún esté abierto al concurrir alguno de los supuestos del art. 185.2 LOUA¹⁰.

Del mismo modo, entendemos que no procede aplicar al supuesto objeto del presente recurso la doctrina de las resoluciones citadas por la DGRN, las cuales se basan en un canon normativo –LRRUVS- distinto al vigente en la actualidad.

Dichas resoluciones señalan que, para inscribir las obras anteriores a la entrada en vigor de la LRRUVS, sería suficiente con acreditar que desde la fecha de su terminación hubiera transcurrido más de cuatro años y no constase incoación de expediente de disciplina.

Y es que las mismas se fundan en el parámetro legal contenido en el Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1976, cuyo art. 185.1 –tras la modificación introducida por el artículo 9 del Real Decreto Ley de 16 de octubre de 1981- establecía con carácter general el plazo cuatrienal para el restablecimiento del orden jurídico perturbado. Sólo se establecía una mínima excepción en el art. 188.1, consistente en las edificaciones realizadas sobre zonas verdes o espacios libres sin licencia ni orden de ejecución, la cual resulta omitida por el Centro Directivo probablemente por su acentuada singularidad.

Sin embargo, el canon normativo actual es sustancialmente distinto en este punto, pues el artículo 185.2 LOUA contempla una extensa enumeración de supuestos respecto de los cuales no existe plazo para el ejercicio de la reposición de la realidad física alterada.

De lo expuesto se deduce que no cabe una trasposición automática de las resoluciones citadas al presente caso, ya que la norma que se está interpretando tiene como base un canon normativo diferente a aquél en que se fundan los pronunciamientos anteriores de la DGRN. Todo ello sin perjuicio de que dicha doctrina, a mi modesto entender, tampoco se puede mantener de forma general y absoluta, ya que a las construcciones sin licencia realizadas en espacios libres o zonas verdes no se aplicaría la Disposición transitoria sexta de la LRRVS, al no haber caducado las acciones de restablecimiento del orden jurídico respecto de las mismas por inexistencia de límite temporal para ello.

3.2 Constitucionalidad y retroactividad del art. 27 RDUA.

3.2.1 Constitucionalidad del art. 27 RDUA.

A renglón seguido, la resolución analiza la distribución de competencias para llegar a un extremo sabido por todos: la competencia en materia de Registro de la Propiedad corresponde al Estado y, por tanto, éste es el que debe señalar los casos y forma en que deben acreditarse autorizaciones administrativas urbanísticas como requisito imprescindible al efecto de permitir la inscripción de determinados actos urbanísticos.

La cuestión es que este mismo esquema se reproduce en los artículos 20 TRLS y el 27 RDUA¹¹. No podemos olvidar que este último se limita a reproducir los requisitos

¹⁰ Dentro de este artículo se encuentran las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, además de las actuaciones que afecten a terrenos clasificados como suelo no urbanizable de especial protección, bienes o espacios catalogados, parques, jardines, espacios libres, infraestructuras, reservas para dotaciones o que afecten a la ordenación estructural contenida en el planeamiento

señalados en la legislación estatal, con la novedad de identificar la licencia de ocupación o utilización como la autorización administrativa que se requiere el vigente art. 20.1 b) para las obras nuevas terminadas. Y ello resulta absolutamente compatible con la distribución de competencias constitucional ya que, mientras que el legislador estatal es el que debe reflejar los requisitos necesarios para el acceso registral de las obras (*ex art. 149.1.8 CE*), será el autonómico quien deberá enumerar los actos sujetos a licencia y definir en su normativa urbanística la que corresponda para comprobar que la edificación es compatible con el uso a que se destina (art. 148.1.3 CE), que en el supuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía es la licencia de ocupación y utilización, según el art. 7 d) RDUA¹².

En contra de lo expuesto por la DGRN, en ningún caso nos encontramos ante transmisión transversal y en bloque de una competencia del Estado a la Comunidad Autónoma, como se expresa en el apartado 4 de la Resolución comentada, sino ante una simple remisión puntual por parte de la Administración competente -el Estado- que libremente ha optado por exigir determinados requisitos –licencias urbanísticas o, en su caso, otra autorización administrativa- cuya regulación es competencia de otra Administración –la Comunidad Autónoma-. Obviamente, no estamos ante un supuesto que requiera una ley orgánica de transferencias, ley marco o de armonización de las que enumera el art. 150 de la CE, sino ante una referencia o remisión puntual contenida en la ley estatal competente.

Resulta artificioso sostener, sin más, que la regulación del art. 27 RDUA es exclusivamente material y no adjetiva, cuando en dicha norma se lleva a cabo una trasposición de la ley estatal con el fin de proteger la legalidad urbanística¹³.

Y es que conviene no olvidar cuál es la relación existente entre las normas autonómica y estatal en materia urbanístico-registral. La Resolución de la propia DGRN, de 14 de julio de 2009, en contestación a una consulta del Ilustre Colegio de Notarios de Andalucía, señala en su Fundamento Tercero: “Finalmente, como ya ha declarado reiteradamente esta Dirección General, la legislación hipotecaria, de carácter instrumental, debe interpretarse y aplicarse a la luz de la legislación sustantiva a la que aquélla sirve y, en el ámbito registral, complementa”.

¹¹ Para consultar una defensa de la constitucionalidad del artículo 27 RDUA y su compatibilidad con los artículos 149.1.8 CE y 47.5 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, *vid. RUIZ BURSÓN, F. J., en ASOCIACIÓN DE INSPECTORES DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, URBANISMO Y VIVIENDA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, Comentarios al Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, IAAP, Sevilla, 2012, pp. 148-149.*

¹² Literalmente dispone: “[Licencias] De ocupación y den utilización. Tienen por objeto comprobar que el uso previsto para un edificio, o parte del mismo, es conforme a la normativa y a la ordenación urbanística de aplicación”.

¹³ Además, con este precepto autonómico tiene su base competencial en el artículo 47.5 EAA, según el cual: “La Comunidad Autónoma ostenta facultades para incorporar a su legislación aquellas figuras jurídico-privadas que fueran necesarias para el ejercicio de sus competencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.6^a y 8^a de la Constitución”. Defiende la plena legalidad del art. 27 RDUA, CAMY ESCOBAR, J., cit.: “No vulnera por tanto ninguna norma, ni estatal ni autonómica, el art. 27.1 del RDUA cuando exige como requisito necesario para la inscripción de una declaración de obra nueva terminada en todo caso, es decir sin hacer distinciones entre nuevas y antiguas, la aportación de la respectiva licencia de ocupación o utilización. La única excepción es la que se deriva del nuevo art. 20.4 b del TRLS, desarrollada en la normativa urbanística de Andalucía, de forma completamente sincronizada, por el art. 53 del RDUA y artículos 8 a 11 del D 2/2012, de 10 de enero”.

Resumiendo, si bien el legislador estatal es el competente en materia registral, ello no impide que la normativa andaluza reproduzca sus disposiciones, máxime cuando la legislación hipotecaria debe subordinarse y complementar a la legislación urbanística sustantiva, conforme a la cual debe ser interpretada.

3.2.2 Aplicación retroactiva del art. 27 RDUA.

Precisamente se pretende insistir en el carácter material y no adjetivo del art. 27 RDUA para concluir que, en este sentido, no cabe la retroactividad en su aplicación respecto a obras o construcciones que han finalizado con anterioridad a su entrada en vigor¹⁴.

Sin embargo, este razonamiento resulta criticable en varios de sus extremos:

- Respecto al argumento de que la aplicación retroactiva del art. 27 RDUA resultaría contraria al principio constitucional regulado en el art. 9.3, que prohíbe tales efectos a las normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, hemos de afirmar que el mencionado precepto del RDUA no pertenece a ninguna de estas categorías.

No es norma sancionadora ya que en ella no se tipifica ninguna infracción, no se impone sanción alguna, y no está incluida en el Título II del RDUA cuyo epígrafe es “Las infracciones urbanísticas y sanciones”. No es restrictiva de derechos individuales porque para ello es imprescindible que el derecho en cuestión ya hubiera entrado en el patrimonio del interesado, lo que no sucede en el ámbito urbanístico debido al carácter estatutario de la propiedad. Efectivamente, el artículo 7.1 del TRLS expresa claramente “*La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y al levantamiento de las cargas propios que corresponda en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística*”¹⁵. Consecuentemente, no se puede hablar de restricción de derechos cuando éstos ni siquiera pertenecen aún al titular, ya que para ello sería necesario, entre otros extremos, la obtención de las correspondientes licencias o autorizaciones administrativas que aún no se han otorgado. Éste, y no el previsto en el art. 348 del Código civil, es el régimen vigente en materia de propiedad del suelo¹⁶.

¹⁴ Resolución de 18 de octubre de 2012, FD 4: “*(...)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)*”

¹⁵ Resolución DGRN de 9 de enero de 2010, FD 3: “*La delimitación legal del contenido del derecho de propiedad en razón de su función social –artículo 33.2 de la Constitución – (otro tanto cabe decir de los demás derechos que habilitan para construir y apropiarse, aunque sea temporalmente, lo construido), afecta especialmente al suelo urbano y se traduce en que el ejercicio de las facultades urbanísticas, y en especial la de edificación, está vinculado al cumplimiento de los deberes establecidos en las Leyes o, en virtud de ellas, por el planeamiento (cfr. artículos 6, apartado «d», 7, 8 y 9 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo; y artículo 51 núm. 1, C, c) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía)*”.

¹⁶ De hecho, así lo reconoce la Resolución DGRN de 4 de febrero de 1992, FD 3: “*Ahora bien, tratándose de obras concluidas bajo la vigencia de la legislación anterior [a la Ley 8/1990] que, por efecto del juego automático del Instituto Civil de la accesión, a medida que se realizaron, pasaron sin más a formar parte integrante del dominio del suelo...*”. Por tanto, tras la entrada en vigor de la LRRUVS no se

- A la hora de determinar qué normativa debe regir en cuanto a los requisitos para que una obra acceda al Registro de la Propiedad, teniendo en cuenta la existencia de sucesivas reformas legislativas, no ha de estarse a la vigente a la fecha de la terminación de la edificación o construcción, sino a la correspondiente al momento su formalización en la escritura pública o, en su caso, al de su ingreso tabular mediante la práctica del asiento de presentación, sin que por ello deba entenderse que surte efectos retroactivos, ya que el parámetro de vigencia no se encuentra en la fecha de terminación de la obra – no se pretende sancionar una obra antigua de acuerdo con una ley posterior-, sino en el de la autorización y presentación del título en el Registro de la Propiedad.

Y es que la postura mantenida en esta última resolución se encuentra en franca contradicción con la seguida de forma reiterada por el mismo Centro Directivo. Basta consultar las resoluciones de 9 de enero de 2010 (FD 2), 24 de marzo de 2011 (FD 3), 14 de abril de 2011 (FD 3), 4 de mayo de 2011 (FD 3), y 17 de enero de 2012 (FD 3)¹⁷. En ésta última se especifica: “*Ahora bien, tratándose de escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determinada norma de protección de la legalidad urbanística, pero presentadas en el Registro de la Propiedad durante su vigencia, debe exigir el Registrador su aplicación, pues el objeto de su calificación se extiende a los requisitos exigidos para la inscripción*”.

En el presente supuesto nos encontramos ante una escritura pública autorizada el 23 de febrero de 2012 y presentada en el Registro de la Propiedad el 7 de junio del mismo año, es decir, encontrándose en vigor la actual redacción de los artículos 20 TRLS y 27 RDUA y, por tanto, siendo plenamente exigibles los requisitos recogidos en estos preceptos.

En definitiva, la aplicación de ambos artículos no puede impedirse por el juego del principio de irretroactividad, y ello porque la norma autonómica no está incluida en el supuesto de hecho del artículo 9.3 de la Constitución y, sobre todo, porque se encontraba vigente en el momento del otorgamiento de la escritura y posterior ingreso en el Registro, de ahí que el Registrador deba tenerla en cuenta en el ejercicio de su función calificadora. Sostener lo contrario, retrotrayéndose a la legislación aplicable al momento de finalización de la construcción, implicaría premiar a los infractores sobre los que cumplen los requisitos establecidos en el art. 20.1 TRLS, así como sembrar la confusión entre los Registradores, quienes deben actuar conforme la normativa en vigor en el momento de ingreso de los inmuebles en el ámbito registral y no a otras anteriores.

A lo expuesto hay que añadir que lo más desconcertante es que la Resolución omite que la inscripción de la obra antigua podría predicarse, sin necesidad de licencia o declaración administrativa, alegando que la misma concluyó en suelo urbano y con anterioridad a la entrada en vigor de la LRRUVS -en el año 1985- por lo que, de acuerdo con la Disposición transitoria quinta TRLS, se encuentra ya patrimonializada por su propietario, sin necesidad para ello de acudir a teorías más que discutibles acerca

produce una automática incorporación de las facultades dominicales al patrimonio de su titular, sino una adquisición de las mismas a medida que se cumplen los requisitos y cargas fijadas por la ordenación urbanística, rasgo característico de una propiedad estatutaria.

¹⁷ En las resoluciones citadas, con excepción de la de 17 de enero de 2012, se establece que la normativa aplicable es la vigente en el momento del otorgamiento de la escritura pública, no la existente a la terminación de la obra aunque éstas últimas se hubieran concluido en fecha anterior.

la naturaleza jurídica de las normas del RDUA, la irretroactividad, o a la normativa en vigor que debe ser tenida en cuenta por el Registrador al desempeñar su labor calificadora.

Igualmente, se obvia por el Centro Directivo que la infracción consistente en uso ilícito de la vivienda no implica demolición, sino el cese de dicha actividad y precinto de la edificación (art. 49.2 i RDUA), por lo que no se cumple el supuesto de hecho del artículo 20.4 TRLS, ya que éste sólo hace referencia a las acciones de disciplina que impliquen demolición, lo que no resulta aplicable en el presente caso; todo ello siempre y cuando no concurra alguna de las otras causas generadoras de la denominada “imprescriptibilidad” de las medidas de reposición de la realidad física como, por ejemplo, vulneración de normas de ordenación estructural u ocupación zonas reservadas a parques, jardines o espacios libres, lo cual no parece predecible en este caso.

3.3 Referencia al 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.

Como argumento *ad abundantiam*, en el Fundamento Sexto de la Resolución de 18 de octubre de 2012 se contiene una referencia al 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 (DSNU en adelante). Concretamente se menciona su artículo 8.6, en el que se establece que la licencia de primera ocupación no procede en relación con las edificaciones en régimen de asimilación de fuera de ordenación radicadas en suelo no urbanizable.

Entendemos que la referencia a este precepto del DSNU no resulta defendible en el presente caso ya que nos encontramos ante una vivienda en suelo urbano, según consta al principio del Hecho I, motivo por la cual no procede la institución de la analogía, habida cuenta de que el artículo 4.1 del Código civil dispone que sólo procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie la identidad de razón.

A mi juicio, no cabe mantener que exista identidad de razón entre el régimen jurídico del suelo urbano y el no urbanizable, y para ello basta con repasar los artículos 52, 55 y 56 de la LOUA, comprobando las esenciales diferencias que se producen entre ambos, especialmente en cuanto al régimen de las edificaciones permitidas, lógicamente mucho más restrictivo en el suelo no urbanizable que en el urbano o urbanizable.

Tal vez hubiera sido más correcto argumentar sobre la base de la diferente redacción dada al párrafo quinto del artículo 53 RDUA tras la entrada en vigor del Decreto 2/2012¹⁸. Mientras que la primitiva versión se regulaba la concesión de licencias

¹⁸ No podemos olvidar que el artículo 53 RDUA se aplica a toda clase de suelos, de acuerdo con su tenor literal –*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*– y encuadre sistemático, y no exclusivamente al no urbanizable, en contra de lo mantenido por la Resolución de 5 de marzo de 2012 en su Fundamento 9 *in fine*, donde se confunde los ámbitos de aplicación del RDUA y del DSNU: “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

siempre que el uso pretendido fuera conforme con el ordenamiento urbanístico vigente en el momento de presentar la solicitud, en la nueva desaparece toda mención expresa a las mismas, que son sustituidas por la resolución administrativa de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación. De ello se deduciría la no necesidad de licencia para las obras antiguas¹⁹.

4. Conclusiones.

- La acreditación del transcurso del plazo para el ejercicio de la potestad de restablecimiento del orden jurídico perturbado que implica demolición, previsto en el artículo 20.4 *ab initio* TRLS, exige como requisito indispensable que se compruebe que no nos encontramos ante ninguno de los supuestos previstos en el artículo 185.2 LOUA, ya que en ellos no cabe alegar la extemporaneidad exigida por la norma estatal.
- El artículo 27 RDUA es conforme con la distribución constitucional de competencias, ya que no hace más que transcribir la normativa estatal, con especificación del tipo de licencia exigible para cada asiento, de acuerdo con la remisión puntual que se contiene en el art. 20.1 TRLS a las autorizaciones administrativas exigidas por legislación en materia de ordenación del territorio y urbanística.
- A nuestro entender, el art. 52 RHU ha sido tácitamente derogado por el art. 20.4 TRLS, en aquella parte en que existe contradicción entre ambas normas, por aplicación de la Disposición derogatoria del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, debiendo prevalecer siempre el tenor literal de la norma de rango superior.
- No cabe predicar la prohibición del artículo 9.3 de la Constitución respecto del artículo 27 RDUA, ya que ésta no constituye una norma sancionadora, ni

*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*¹⁹. Es muy habitual, dentro de la actual técnica legislativa, contener modificaciones del articulado de algunas leyes en disposiciones adicionales de otras más recientes, sin que ello afecte ni modifique el ámbito propio de la norma reformada.

¹⁹ No parece que tenga suerte la DGRN con sus referencias al DSNU. Baste recordar la mencionada Resolución de 5 de marzo de 2012, en cuyo Fundamento 10 se expresa que, a los efectos de inscribir obras antiguas en suelo no urbanizable, es suficiente con ponerlo en conocimiento del Ayuntamiento y esperar un plazo de diez días para, caso de no obtener respuesta, proceder a la práctica del asiento.

El problema es que dicho plazo tiene su origen en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, previsto para el caso presentación de solicitudes defectuosas o incompletas para iniciar en un procedimiento administrativo, lo cual no tiene nada que ver con la inobservancia de presupuestos legales exigidos para la práctica del asiento de inscripción de obras antiguas –concretamente la aportación de la declaración administrativa de estar el inmueble en situación de asimilación a la de fuera de ordenación y su contenido, *ex art. 20.4 b) TRLS*. Además, la consecuencia jurídica, caso de no practicarse la subsanación en el debido plazo, consiste en el archivo del procedimiento, y en ningún caso la obtención de lo solicitado, o sea, la inscripción de la obra antigua. Idéntica opinión se mantiene por DELGADO RAMOS, J., *Resoluciones de la DGRN de 17/1/2012 y 5/3/2012 sobre inscripción de obras ilegales prescritas*, <http://www.notariosyregistradores.com/PERSONAL/PROPIEDAD/ARTICULOS/2012-obras-ilegales-prescritas.htm>.

tampoco una restricción de derechos individuales, y esto último porque la configuración de la propiedad del suelo en nuestro ordenamiento es estatutaria (art. 7.1 TRLS), y hasta que no se cumplan los requisitos y cargas fijados por la normativa y ordenación urbanística no se entenderá incluido en el patrimonio del particular el derecho a construir ni las construcciones realizadas ilegalmente.

- Disentimos de la tesis de que el RDUA no resulta aplicable a las obras antiguas cuya fecha de terminación sea previa a la de dicho Reglamento, ya que la normativa que se deberá tener en cuenta a la hora de hacer la calificación será la vigente en el momento de presentar el título en el Registro de la Propiedad, del mismo modo que la que debe utilizar el Notario es la que resulte aplicable en el momento del otorgamiento de la escritura, todo ello de acuerdo con la doctrina reiterada de la DGRN y las exigencias del principio de seguridad jurídica.
- No resulta procedente la aplicación del DSNU al caso objeto de la resolución comentada, puesto que dicha disposición tiene por objeto el suelo no urbanizable, sin que exista identidad de razón entre éste y el suelo urbano -donde radica la controvertida obra antigua-, debido a las claras diferencias que establece la LOUA en el régimen jurídico de ambos, máxime en materia de edificación.
- Finalmente, y redundando en una opinión vertida en otros artículos remitidos a esta sección doctrinal, debemos insistir en la necesidad de que las resoluciones de la DGRN guarden una especial prudencia en los pronunciamientos generales relativos a la materia urbanística, ya que, indebidamente descontextualizados, pueden dar lugar a prácticas que resulten lesivas a la seguridad jurídica preventiva, a la legalidad urbanística y su adecuada tutela.

Navidad 2012-2013.