

Como el tiempo apremia, sin más preámbulos, voy a referirme a los que, a la vista de la actual legislación estatal y autonómica, considero principales problemas de la inscripción de las obras terminadas cuya antigüedad no permite demolerlas

El primero de ellos proviene de la letra b) del vigente artículo 20.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, cuando dispone que será preciso aportar el acto administrativo que declare la situación de fuera de ordenación, de todo o parte de la edificación, con delimitación de su contenido, para que conste en el asiento registral. ¿Tal acto administrativo es requisito inexcusable para la inscripción o sólo para que el asiento refleje la situación de fuera de ordenación o de AFOS, en el caso de Andalucía?

Esta regla –que no existía en el derogado artículo 52 del Reglamento Hipotecario Urbanístico- suscitó un enconado debate entre los partidarios del cierre registral si faltaba esa declaración municipal y los que defendían que no era

indispensable, porque la constancia tabular del peculiar régimen jurídico de la obra antigua podía tener lugar en cualquier momento posterior a instancia del interesado o de la Administración, como prevé el artículo 76 del Reglamento Hipotecario Urbanístico.

En el plano registral, hoy la discusión ha quedado zanjada por la interpretación de dos órganos estatales con competencia en la materia: el Ministerio de Fomento –autor de la reforma del artículo 20 del Texto Refundido- y la Dirección General de los Registros y del Notariado, de la que dependen funcionalmente los Registradores. En efecto, la Resolución del Centro Directivo de 17 de enero de 2012 -cuyos considerandos son claramente tributarios de la previa contestación de Fomento a consulta del Colegio de Registradores- ratifica que la ausencia de la resolución administrativa no impide la inscripción de la obra antigua, alegando, en síntesis:

1. Que la nueva regulación no es muy distinta a la anterior, sino que mantiene como aquella la

posibilidad de concordar la realidad física extrarregistral y el Registro, habida cuenta del carácter esencial del derecho de propietario de estos edificios no demolibles ya –y no sólo de los terceros adquirentes- a gozar de la seguridad jurídica que garantiza la Constitución y proporcionan los pronunciamientos registrales.

2. Que el procedimiento que regula para su inscripción se basa en 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 o suelos demaniales o sujetos a servidumbres de uso público general) y sin necesidad de previa manifestación formal del Ayuntamiento.
3. Que, en realidad, las obras sin licencia, una vez agotada a posibilidad de su demolición, pueden encontrarse en 3 situaciones diferentes: aquéllas que siendo lícitas, por no contravenir inicial ni

posteriormente la ordenación urbanística, no están fuera de ordenación ni asimiladas y pueden acceder al Registro de esta forma indirecta, sin limitación alguna; otras, que siendo inicialmente ilícitas se han consolidado por extinción del plazo de ejercicio de la potestad disciplinaria, pero que la normativa andaluza no cataloga como fuera de ordenación, sino como AFOS; y, finalmente, las que siendo igualmente ilícitas, la legislación autonómica incluye en alguna categoría expresa de fuera de ordenación, como es el caso de las edificaciones aisladas en suelo rural anteriores a la Ley de 1975 y que no se ajusten a la ordenación territorial y urbanística vigente, según los artículos 3.3 y 7 del Reglamento del Suelo No Urbanizable. En el primero de los casos, el acto administrativo lo único que podría declarar es la adecuación a la legalidad de la obra antigua.

4. Que resulta contradictorio admitir que la fecha de terminación de la obra pueda acreditarse por

cualquiera de los medios legalmente previstos e inmediatamente después exigir que se aporte con carácter previo el acto administrativo que declare la situación de fuera de ordenación o asimilado.

5. Que para la publicidad registral en garantía de los terceros basta con la expresión, en el cuerpo de la inscripción y en la nota de despacho, de la forma en que se ha practicado el asiento y de la notificación al Ayuntamiento, así como de la posible situación de fuera de ordenación o AFOS en caso de que sea declarada. Circunstancias ambas que va a conocer también la Comunidad Autónoma y con ello la posibilidad de ejercitar sus facultades subsidiarias de disciplina urbanística.
6. Que existiendo una manifestación formal del Ayuntamiento sobre la adecuación o no de la obra al planeamiento urbanístico sería superfluo imponer al Registrador que exija justificación de su antigüedad y compruebe que el suelo no es demanial ni está

afectado por servidumbres de uso público; y, por último,

7. Que si se exige el previo acto administrativo, ¿para qué notificar la inscripción al Ayuntamiento, que no sólo tiene ya conocimiento de la obra declarada, sino que ha dictado una resolución expresa cuyo contenido figura en el asiento?

En definitiva, de la doctrina del Centro Directivo resulta que el mandato del artículo 20.4.b) del Texto Refundido puede ser cumplido tanto con carácter previo, si se aporta junto con la certificación del Ayuntamiento acreditativa de la terminación de la obra en fecha determinada, el acto administrativo en el que se declare su situación de fuera de ordenación o de AFOS y las limitaciones de uso que implica; como *a posteriori*, si la fecha de finalización de la obra se prueba por otro documento. Lo que no es admisible es consignar de oficio en la inscripción la situación de fuera de ordenación o de AFOS, si no media acto administrativo que la declare y delimite su régimen.

Es más, aunque nada diga la Resolución, ¿como va a reclamar el Registrador ese acto administrativo al propietario de un edificio sito en un asentamiento urbanístico de un municipio que aún no ha aprobado el PGOU incorporándolo, cuando la Disposición transitoria segunda del Reglamento de Suelo No Urbanizable prohíbe expresamente al Ayuntamiento que le reconozca su condición de AFOS, aunque sí le permite acreditar la caducidad de la facultad de demolerla?

Con anterioridad, toda otra serie de Resoluciones habían descartado ya que fuese necesario para inscribir una obra antigua la licencia de ocupación o utilización o que el Registrador pudiese exigir la demostración de que el suelo edificado no era imprescriptible, por ser un hecho negativo y porque, según jurisprudencia constante, el plazo para adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística no es de prescripción sino de caducidad¹, produce la extinción del presupuesto temporal para poder

¹ La STSJ de Madrid de 10/5/2007 reitera esta doctrina invocando las STS 2/10/1990, 5/06/1991, 17/10/1991, 22/01/1992, 24/04/1992, 22/11/1994 y 24/03/1995.

adoptarlas, y como tal no admite interrupción ni suspensión, como enseña, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1986. Plazo de caducidad igualmente aplicable a la acción pública por obras que se estimen ilegales [art. 48.2 TRLS].

¿Qué ocurre entonces con el nuevo apartado 5 del artículo 53 del Reglamento de Disciplina y su sanción de cierre registral si no se aporta la declaración de AFOS?

Una Resolución de la Dirección General de los Registros de 5 de marzo, todavía no publicada en el BOE, tras confirmar su precedente criterio, aborda el tema y declara “que la aplicación e interpretación de dicha norma reglamentaria, a efectos de la práctica de los asientos, procede siempre hacerla, cuando como es el caso las cuestiones planteadas afectan a la materia notarial y registral, partiendo de la interpretación conjunta y coherente de la susodicha norma con los restantes preceptos del ordenamiento jurídico que se ocupan de [estos] asuntos, incluidos, claro está, los... del Texto

Refundido..., a la vista... de la titularidad estatal de la competencia de regulación en estas materias. Cosa que, por cierto, -sigue diciendo- no sólo no discute sino que explícitamente refrenda el propio texto del artículo 53.5, primero al amparar su regulación en el hecho de que se afirme **“conforme a la legislación notarial y registral”** (que no puede ser otra, precisamente, que la que resulta del artículo 20.4 del Texto Refundido) y, segundo, de que se limite a las AFOS, lo que requiere evidentemente que se trate sólo de éstas edificaciones y no de las que se encuentren en otras situaciones.

Para comprender el por qué de esta doctrina hay que remontarse a la tan celebre, como justamente criticada, sentencia de Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1967, que reconoció la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de disciplina urbanística y, por tanto, para determinar qué clase de actos urbanísticos necesitan licencia previa, las limitaciones que ésta pueden imponer, las sanciones que conlleva su falta o el incumplimiento de

sus condiciones y la fijación del plazo de prescripción de las infracciones urbanísticas, o, en su caso, su imprescriptibilidad; pero, al mismo tiempo, reservó al Estado la competencia exclusiva en la ordenación de los registros públicos y, con ella, la de concretar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto tenga acceso al Registro², así como la regulación de los requisitos para inscribir las declaraciones de obra antigua

No se trata de que el Registrador pueda declarar nulo por inconstitucional el precepto reglamentario, tema que por afectar a una norma de rango inferior a la ley compete exclusivamente a los Tribunales Constitucional o del orden contencioso-administrativo, sino de elegir la norma que constitucionalmente se considera prevalente, en nuestro caso, el artículo 20.4 y su exégesis por el Centro Directivo, porque el Registrador, al igual que toda la Administración, ejerce su función con pleno sometimiento a la Ley y al

² RDGRN 22/04/2005 y 4/05/2011

Derecho [art. 103.1 CE] y, por tanto, a la norma suprema que es la Carta Magna, debiendo seleccionar la norma aplicable a través de los criterios suministrados por el propio ordenamiento, fundamentalmente, de jerarquía (entre normas que emanan de poderes en relación de subordinación) o de competencia (cuando se trata de poderes que gozan constitucionalmente de autonomía entre sí), principio objetivo de delimitación por razón de la materia que rige las relaciones entre la legislación estatal y autonómica, a tenor del bloque de constitucionalidad.

Indudablemente, la atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre ordenación de los registros no significa que se prive a la Comunidad Autónoma de la utilización de la institución como instrumento para el desarrollo de su propia política urbanística –y así lo reconoce el artículo 47.5 del Estatuto de Autonomía-, pero sí le impone el respeto al núcleo esencial de la legislación hipotecaria: los requisitos y efectos de los asientos registrales. E incluso, como declara la sentencia, también

del Constitucional, de 11 de noviembre de 1999, no es competencia autonómica la responsabilidad disciplinaria de Notarios o Registradores, aunque se funde en el incumplimiento de deberes impuestos por la legislación urbanística propia. Reconocidos autores³ han señalado que se extralimitaría la Comunidad Autónoma que pretenda regular el tipo de asiento a practicar, cuál ha de ser la actuación del Registrador y, sobre todo, los efectos que debe producir la publicidad registral del acto urbanístico.

Sí me parece de justicia subrayar que estoy persuadido que el factor tiempo ha sido el causante de la solución de cierre registral que propugna el precepto reglamentario, como infiero del dato de que el Consejo de Gobierno aprobó el Reglamento del Suelo No Urbanizable el 10 de enero, en el que optó por una de las tesis surgidas a raíz de la reforma del artículo 20 del Texto Refundido, mientras que la Resolución de 17 de enero no apareció en el BOE

³ ARNAIZ EGUREN, *“Registro de la Propiedad y Urbanismo”*, 1995, pág. 134, o PRETEL SERRANO, *“La nota marginal de la situación urbanística de las fincas en la Ley 8/1990 de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo”*, en la obra colectiva *“Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo, 1991”*, pág. 56.

hasta el 9 de febrero y la de Fomento nunca se ha publicado oficialmente.

Y, para concluir el tema, advertir que los artículos 20.4 y 51.2 del Texto Refundido, como normas de disciplina urbanística relativas exclusivamente a requisitos de la inscripción, se aplican a todo título de declaración de obra antigua que se presente a partir del 7 de julio pasado, cualquiera que sea la fecha de finalización de la obra y de su formalización⁴, aunque, sin olvidar, que habrá que atender a la fecha de terminación a otros efectos, por ejemplo de la Ley de Ordenación de la Edificación⁵ o de la Disposición transitoria quinta del Texto Refundido.

La segunda de las cuestiones polémicas a que aludía al principio, tiene su origen en la reforma del artículo 185.1 LOUA, para incrementar a 6 años el anterior plazo cuatrienal de prescripción de las medidas de protección de la legalidad urbanística, ya que la Ley 2/2012 no contiene ninguna norma transitoria. El problema intertemporal a

⁴ RDGRN 17/01/2012 y 27/01/2012, ésta sobre segregación.

⁵ Seguro decenal o Libro del Edificio, también exigibles en las obras antiguas (RGRN 24/03/2011 y 14/04/2011)

dilucidar es si a las obras antiguas finalizadas antes del 29 de febrero de 2012, pero cuya prescripción no se ha consumado todavía, les es aplicable el anterior plazo de 4 años o el nuevo de 6.

El ser un plazo de caducidad, y no de prescripción, hace inaplicable el artículo 1.939 del Código Civil, que determinaría que sólo se rigiesen por el término ampliado de 6 años las edificaciones terminadas a partir del 29 de febrero pasado; aunque a la misma solución podría llegarse en virtud de la regla general del artículo 2.3 del Código de que **“las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”**, irretroactividad que igualmente proclama el artículo 9.3 de la Constitución respecto a las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. No obstante, el Tribunal Constitucional viene dulcificando el principio de irretroactividad, señalando que no hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad pero cuyos

efectos no se han consumado, pues la prohibición sólo se aplica a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros y condicionados o a las expectativas. Igualmente el Tribunal Supremo⁶ modaliza el alcance del artículo 2.3 del Código ante la existencia de grados de retroactividad, de manera que la de primer grado o eficacia inmediata de la norma puede venir impuesta, sin necesidad de mandato expreso, cuando así se derive de su espíritu y finalidad, en cuyo caso sus disposiciones serán aplicables a los tractos futuros de la relación en curso de ejecución.

La admisibilidad de esta retroactividad de grado mínimo, la naturaleza no sancionadora de la demolición de lo indebidamente construido, la jurisprudencia constitucional que considera que los derechos individuales del artículo 9.3 de la Constitución son únicamente las libertades públicas, los derechos generales de protección de la persona y los fundamentales, entre los que no se encontraría el de

⁶ STS 17/05/1984, 11/10/1988, 23/05/1989 y 9/04/1992

propiedad privada -aunque el tema es discutido⁷-, y que el efecto de la caducidad del plazo legal no es otro que la imposibilidad de restaurar la realidad física alterada, nos llevarían a la conclusión de que el nuevo plazo de 6 años sería exigible en toda obra antigua que no hubiere agotado el cuatrienal al entrar en vigor la Ley andaluza 2/2012. Y esta solución la corrobora, *a contrario*, un precedente legislativo: cuando el Decreto-ley de 16 de octubre de 1981 modificó el Texto Refundido de 1976 con la misma finalidad de incrementar de 1 a 4 años el plazo de prescripción de las medidas restauradoras, su Disposición transitoria segunda sí excluyó a las obras terminadas antes de su vigencia; regla de irretroactividad ausente en la Ley andaluza.

De todos modos, el tema es lo suficientemente trascendente y dudoso como para merecer una aclaración.-

⁷ Art. 53.2 CE, ya que no tiene su sede en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I. Así lo recuerdan las STS 2/09/1998 y 18/11/1998