

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

15124 *Resolución de 12 de noviembre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Iznalloz, por la que se suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva.*

En el recurso interpuesto por don Emilio María García Alemany, notario de Pinos Puento, contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Iznalloz, doña Pilar Martín Moya, por la que se suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Pinos Puento, don Emilio María García Alemany, el 6 de junio de 2012, número 420 de orden, se formaliza la declaración de obra nueva de una edificación antigua, sita en el término municipal de Moclín, perteneciente a los cónyuges don A. N. R. y doña E. M. R.

II

Presentada en el registro de la propiedad la copia autorizada de dicha escritura, fue calificada negativamente, mediante nota de 17 de julio del año en curso, en los siguientes términos: «Fundamentos de Derecho. En ejercicio de las facultades calificadoras que atribuye al Registrador que suscribe el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, se aprecia/n el/los siguiente/s defecto/s: En el documento presentado se procede a declarar por Don A. N. R. y Doña E. M. R., una obra nueva sobre la finca registral 10.107 del término de Moclín, observándose que procede suspender la inscripción solicitada, ya que se aporta para acreditar la antigüedad de la obra, certificado catastral y certificación de técnico visada telemáticamente y con firma legitimada, observándose: 1.º) La certificación catastral es relativa a una finca urbana..., la finca registral 10.107 es una finca rústica..., ello unido a que los linderos en el Registro tanto del Norte, Oeste y Este son móviles, que no permiten observar la identidad de la finca y no coinciden con los catastrales y si bien existe un lindero fijo en Registro, pues al sur linda con calle de nueva apertura, no consta su nombre, este registrador no puede considerar identificada la finca, lo mismo sucede con el certificado del técnico, de ahí que no pueda considerarse acreditada la antigüedad de la obra salvo que se acredite que se trata de la misma finca, al registral sobre la que se declara la obra nueva y la contenida en ambas certificaciones. 2.º) En cuanto a la fecha de terminación de la obra existe una diferencia entre ambas certificaciones, según catastro el año de construcción es 1995 y según el técnico la edificación data de 1980. No coincide igualmente la superficie construida según catastro es 356 metros cuadrados, según el técnico 337,52 metros cuadrados, ya que según catastro en planta baja hay 189 metros cuadrados (167 metros cuadrados corresponden a aparcamiento, 11 metros cuadrados a almacén y 11 metros cuadrados a almacén) según el técnico 177,72 metros cuadrados (159,80 metros cuadrados corresponden a cochera y 17,92 metros cuadrados corresponden a trasteros) y la planta alta, según catastro toda vivienda tiene 167 metros cuadrados, según el técnico la vivienda tiene 129,89 metros cuadrados y el resto de 29,91 metros cuadrados corresponde a terrazas, en total tiene 159,80 metros cuadrados. 3.º) Es cierto que partamos del año 1995 o 1980 han transcurrido en principio más años de los señalados

para poder considerar prescrito el derecho de la Administración para el restablecimiento de la legalidad urbanística vigente (art. 185 L.O.U.A.), y si bien se incorpora una certificación del Secretario del Ayuntamiento de Moclín, según la cual sobre la edificación no existe expediente sancionador, sin embargo ello no implica necesariamente que se haya producido la prescripción, ya que no consta en el documento ni en el Registro si nos encontramos ante una finca cuya naturaleza urbanística la exceptúa de los plazos de prescripción conforme al art. 185 n.º 2 L.O.U.A., por tanto habrá de acreditarse bien que ha prescrito el derecho de la Administración, bien que la finca no está afectada por ninguno de los casos de prescripción, por certificación del Ayuntamiento y siempre que se hayan aportado los documentos que como ya se ha señalado permiten identificar las fincas. De otra parte teniendo en cuenta lo revisto en el art. 20 T.R.L.S. exige que consten las autorizaciones pertinentes para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable, estableciéndose en el art. 27 del R.D.U.A. en su letra a), que será necesaria la aportación de la preceptiva licencia de ocupación o utilización, por ello y aún en el caso en que el derecho de la Administración hubiese prescrito, lo haría respecto del acto de la edificación ya que esta si tiene una fecha desde la cual y una vez terminada la obra, computar la prescripción, sin embargo respecto del uso, al cual se refiere la licencia que se solicita, este no puede considerarse prescrito, por ser un hecho que se está llevando a cabo en este momento (art. 46 R.D.U.A.), exigencia igualmente recogida por el artículo 169 número 1 e) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, L.O.U.A., y si bien es cierto que el artículo 176 de la L.O.U.A. no lo recoge expresamente habrá de considerarse modificado por el artículo 20 del T.R.L. Suelo aprobado por R.D. Legislativo 2/2008, de 20 de junio de 2008, no sólo por ser posterior sino también se trata de una materia competente del Estado, y si bien es cierto que se trata de un supuesto contemplado por el artículo 52 R.D. 1093/97, este se refiere a la prescripción de la infracción urbanística que se cometió al llevar a cabo la obra nueva sin las autorizaciones pertinentes, hecho que en cuanto ya se concluyó en su día podrá como tal acto edificatorio ser objeto de prescripción, pero no podrá aplicarse como ya se ha señalado en relación con el uso, ya que como actividad continuada que es, se continua desarrollando aún hoy, y por tanto mientras se está llevando a cabo pueden adoptarse medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, es decir, no sólo se ha producido la prescripción sino que conforme al artículo 46 L.O.U.A., siquiera ha comenzado el cómputo del plazo de prescripción, pero es que además no puede considerarse que lo dispuesto en un Real Decreto, pueda excepcionar una normativa posterior, incluso con rango legal que somete al control registral no sólo la legalidad urbanística del acto edificatorio, sino también del uso dado en la edificación, máxime si dicha normativa se encuentra vigente en el momento en que se otorga el documento. A la vista de la documentación que se aporta se completará la calificación. Vistos los expresados Hechos y Fundamentos de Derecho, resuelvo suspender la práctica de la/s operación/es registral/es solicitada/s por los motivos expuestos. Contra el presente (...). Iznalloz, 17 de julio de 2012. La registradora (firma ilegible y sello del Registro). Fdo.: Doña Pilar Martín Moya.»

III

Notificada la anterior calificación, por parte del notario autorizante, se interpuso el correspondiente recurso, contra los dos últimos defectos, en base a las siguientes alegaciones: «a) Documento calificado - Escritura autorizada por el recurrente el día 6 de junio de 2012, número 420 de protocolo. En dicha escritura se procede a declarar por don A. N. R. Y doña E. M. R. obra nueva sobre la finca Registral 10107 del término de Moclín acreditándose la antigüedad con certificación técnica. b) Presentación - La reseñada escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Iznalloz el día veintinueve de junio de dos mil doce causando el asiento de presentación 1099 del diario 104. c) Nota de calificación - Se suspende la inscripción por: 1) no considerarse identificada la finca, 2) por no acreditarse que no concurren ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 185.2 de la ley de ordenación urbanística de Andalucía y 3) por no

acreditarse la licencia de - Ocupación. Se comunica por fax el día 20 de julio de 2012 Se recurren los puntos 2 y 3 en base a los siguientes: B) Fundamentos de Derecho. En cuanto a las discrepancias entre ambas certificaciones, la técnica y la catastral, y aunque de la nota de calificación parece desprenderse que no es obstáculo para la inscripción ya que no se exige expresamente dicha coincidencia, quizá convenga hacer constar que, conforme a la Resolución de la DGRN de 10 de noviembre de 2011 “Las formas de acreditar la antigüedad de la obra construida –certificación del Catastro, certificación del Ayuntamiento, certificación técnica y acta notarial– constituyen una lista cerrada, pero no hay mención en la norma sobre la existencia de una jerarquía entre estas pues, ante el silencio de la Ley, deben entenderse todas en el mismo orden de categoría sin que deban prevalecer unas sobre otras”. La doble acreditación de la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título, no tienen porque concurrir en uno solo de los medios mencionados, pudiendo ser obtenida mediante dos de ellos por separado. Así en Resolución de 23 de enero de 2006 solventa la cuestión en su segundo fundamento de Derecho: “Por ello, nada obsta a que la descripción de la edificación coincidente con el título y la antigüedad de la misma, se prueben por el mismo medio probatorio, o como en el caso objeto de recurso por medios probatorios distintos, la antigüedad por la certificación municipal y la descripción coincidente con el título por certificación catastral, siempre que como ocurre en supuesto objeto de recurso no exista duda fundada de que uno y otro medio se refieren a la misma edificación”. No es obstáculo la posible discrepancia entre el medio probatorio utilizado –certificado del técnico– y la certificación catastral incorporada, pues es necesario señalar que mientras el primero se utiliza para cumplimentar los requisitos exigidos por el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, al incluirse en el epígrafe de la escritura denominado “antigüedad de la construcción” invocando como prueba de la misma, y acreditando además la descripción que coincide con la del título, ese certificado del técnico –arquitecto colegiado visado por colegio profesional competente– que es el que por voluntad del otorgante se utiliza para solicitar la inscripción; el segundo –certificado catastral– se obtiene telemáticamente por el notario y se relaciona en el título bajo el epígrafe «referencia catastral» con la única finalidad, en este caso por el notario, de dar cumplimiento a la exigencia del artículo 3.2 del Real Decreto Legislativo 1/2004 en su nueva redacción de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Entender otra cosa sería derogar el sentido del artículo 52 del Real Decreto 1093/1997 por la Ley de Economía Sostenible, y no es ese el espíritu de ésta. Además, se establece en la misma Ley 2/2011, de Economía Sostenible, una nueva redacción al artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, sobre procedimientos de subsanación de discrepancias y rectificación del Catastro, medio idóneo de carácter voluntario, como se concluye de la dicción literal del citado artículo 18.2 cuando expresamente dice “podrá subsanarse”. Por este precepto se habilita regula detalladamente el procedimiento de subsanación del Catastro con el apoyo de otros medios probatorios más acordes con la realidad física tal como es la certificación del técnico: “el notario solicitará su acreditación por cualquier medio de prueba admitido en Derecho...”. Así pues, coexisten ambos preceptos –artículos 52 del Real Decreto 1093/1997 y 3.2 del Real Decreto Legislativo 1/2004– cada uno en su ámbito y finalidad, y la Ley reconoce la posible inexactitud del Catastro habilitando procedimientos de subsanación a ese efecto; pero con la acreditación de las circunstancias exigidas en uno solo de los medios indicados, basta para el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 52.a) del Real Decreto 1093/1997.» En cuanto a la exigencia de que se acredite bien que ha prescrito el derecho de la administración, bien que la finca no esta afectada por ninguno de los casos del artículo 185.2 de la LOUA: 1.–Se acredita por certificación técnica la terminación de la obra en 1980, fecha muy anterior a la entrada en vigor de la ley de ordenación urbanística de Andalucía, y de su artículo 185. 2.–En cualquier caso, se aporta certificación catastral descriptiva y gráfica que acredita el carácter urbano del suelo y su uso Residencial, por lo que, si ello ha de tenerse por cierto (art. 3.3 texto refundido de la ley del catastro) no se dan ninguna de las circunstancias previstas en el citado artículo 185.2 de la LOUA. En cuanto a la exigencia de que se

aporte licencia de: 1.–El artículo 20 del texto refundido de la ley del suelo ha sido redactado por el RD-ley 8/2011 cuya exposición de motivos señala que «Se permite igualmente 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.–De acuerdo con ello el número 4 del artículo regula un procedimiento especial que reproduce de forma casi literal el contenido de los artículos 52 y 54 del RD 1093/1997. 2.–Si en este procedimiento se dispensa del requisito de la licencia de obras, debe entenderse exonerado por identidad de razón (prescripción de una eventual infracción urbanística en que hubiere podido incurrir el edificante) de la exigencia a los efectos de la inscripción registral de la obra nueva, de la licencia de Ocupación, pues su objeto no es otro que el de verificar la adecuación urbanística de las obras ejecutadas a la licencia otorgada, y a la ordenación y normativa urbanística aplicable en cuanto al uso previsto para el edificio. 3.–Por otra parte si la Ley hubiera querido sujetar a previa fiscalización municipal la inscripción de obras nuevas cuya consolidación por antigüedad sea alegada, lo razonable es que hubiera previsto la posibilidad de la inscripción sobre la base de la presentación de la escritura de declaración de obra nueva, de la justificación de su descripción adecuada a la realidad, y únicamente de la aportación de certificación municipal de la que resultara su terminación en fecha determinada y su situación adecuada al planeamiento o de fuera de ordenación, con expresión en este último caso de las limitaciones por razón de tal situación aplicables. Por el contrario, el legislador, sigue permitiendo acreditar la terminación de la obra en fecha determinada, mediante certificación técnica, catastral o acta de notoriedad y sigue exigiendo al registrador no sólo que califique la antigüedad suficiente para considerar posible la prescripción de las acciones que pudieran provocar la demolición, sino, además, que compruebe que la edificación no se encuentra sobre suelo demanial o afectado por servidumbres de uso público, exigencias que sólo tienen sentido si se pretende mantener el sistema que posibilita la inscripción sin necesidad de previa intervención municipal. 4.–El título del citado Real Decreto-ley que da lugar a la redacción de la norma se denomina, entre otros de «simplificación administrativa». Parece contradictorio que la aplicación de la misma pueda dar lugar a la exigencia a los administrados de nuevos requisitos que antes no se reclamaban, en este caso la aportación de licencia de primera ocupación para lograr el acceso de las edificaciones al Registro de la propiedad cuando se alega su antigüedad. 5.–Conceptualmente lo que se pretende, como dice la norma es el acceso al Registro de la propiedad de obras respecto a las cuales no pueda procederse a la demolición, se trata de proteger la edificación en sí, no el uso de la misma. Parece que, siguiendo un criterio de interpretación lógico y sistemático de las normas, los preceptos autonómicos alegados (27 y 46 del RDU, 169 y 176 de la LOUA) deben interpretarse considerando el artículo 20 del TRLS en toda su extensión, también en su número 4, en su espíritu y finalidad, especialmente por tratarse de materias (instrumentos públicos y Registros de la Propiedad) competencia exclusiva del Estado. 6.–La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado sobre esta cuestión en las Resoluciones de 24 de marzo y cuatro de mayo de 2011, conforme a las cuales: «Como medida de control de la legalidad urbanística, el artículo 20.1 del citado texto refundido de la Ley de Suelo impone a los Notarios determinadas obligaciones de comprobación del cumplimiento de los requisitos y deberes urbanísticos por los interesados. Así, por lo que interesa a efectos de este expediente, dicha norma prescribe que, para autorizar una escritura de declaración de obra nueva terminada, los Notarios exigirán –además de la certificación expedida por técnico competente a que se refiere tal disposición– «la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de

ordenación territorial y urbanística». Por lo demás, conforme al apartado 2 del mismo precepto legal, para inscribir las referidas escrituras los Registradores habrán de comprobar que tales requisitos se han cumplido; y, a tal efecto, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, deberán examinar si en la escritura de declaración de obra nueva terminada se ha cumplido la obligación de acreditar la documentación a que se refiere el citado artículo 20.1 del texto refundido de la Ley de Suelo y si tal documentación se ha incorporado o testimoniado en la escritura calificada... Por lo que se refiere a la cuestión relativa a la obtención de licencia de primera ocupación, que ajuicio del Registrador debería ser acreditada, ha de entenderse que, a los efectos de la calificación recurrida, como ha indicado este Centro Directivo en las Resoluciones señaladas en los «Vistos», la mencionada legislación reguladora de la edificación no impone la exigencia debatida como requisito para edificar, ni para la entrega de la edificación a los usuarios –sin perjuicio de las consecuencias que se derivarían de un eventual incumplimiento de las obligaciones de diversa índole que se impone directamente a los agentes de la edificación–, toda vez que la Ley de Ordenación de la Edificación se limita a establecer en esta materia una norma de remisión a la legislación urbanística aplicable al referirse a la acreditación documental «de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística», que, a falta de una previsión más amplia de la legislación autonómica remitida, no puede entenderse sino como relativa a la licencia de edificación. En principio, en defecto de tal previsión expresa de la normativa autonómica, el hecho de que la licencia de ocupación tenga por objeto comprobar la adecuación de la obra ejecutada al proyecto para el que fue concedida la licencia municipal de edificación, no significa que deba acreditarse en la escritura de declaración de obra nueva –o en el acta de finalización de la misma– la obtención de aquélla, pues el texto refundido de la Ley de Suelo de 2008 (cfr. artículo 20.1), en términos similares a la Ley 6/1998, de 13 de abril, anteriormente vigente (cfr. artículo 22), se limita a exigir que en dicho título se incorpore o testimonie la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de la obra conforme a la descripción del proyecto, certificado cuya finalidad, como declaró este Centro Directivo en su Resolución de 26 de febrero de 1996, es precisamente «la de garantizar, mediante aseveración responsable del técnico especializado, que la obra nueva que pretende acceder al Registro de la Cabecera Propiedad se ajusta a las condiciones especificadas en la licencia preceptiva, pues ello, cuando la licencia se ajustó a su vez a la ordenación urbanística en vigor, supone la incorporación de dicha obra al patrimonio del propietario respectivo (vid. artículos 23 y 37.1 de la Ley del Suelo)». Por tales motivos, y por el hecho de que el objeto del Registro de la Propiedad es la publicidad de las situaciones jurídico reales, y la adquisición del derecho de propiedad sobre la obra nueva se produce por el hecho de haberla construido con cumplimiento de los deberes propios del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación territorial y urbanística (art. artículo 7.2 del texto refundido de la Ley de Suelo), que no condiciona dicha patrimonialización al hecho de que el promotor acredite la obtención de licencia de ocupación, esta Dirección General ha entendido (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos») que nada autoriza a realizar una interpretación del artículo 19.1 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, (correspondiente al 20.1 del texto refundido) de la que se desprendiera la necesidad de acreditar, en el momento de la autorización de la escritura de declaración de obra nueva otorgada por el promotor –o en el acta de fin de obra–, la previa obtención de la licencia de ocupación y primera utilización prevista en el artículo 169 de la ley /2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía. Ahora bien, lo que sucede es que con posterioridad a la última Resolución que mantuvo tal doctrina, de 9 de enero de 2010, ha tenido lugar la aprobación y entrada en vigor, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba su Reglamento de Disciplina Urbanística, en cuyo artículo 27, apartado 1, se dispone que, sin perjuicio de los demás requisitos que resulten de la legislación reguladora de la edificación, el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración como obra nueva terminada de toda construcción o edificación e instalación

exigirá en todo caso, además de la finalización de las obras conforme al proyecto técnico objeto de la preceptiva licencia, acreditada mediante la aportación del correspondiente certificado final de obra expedido por la dirección facultativa de la misma y visado por el Colegio profesional correspondiente, o en el caso de obras promovidas por las Administraciones Públicas, mediante la aportación del acta de recepción de las obras, «la aportación de la preceptiva licencia de ocupación o utilización». En el presente caso se ha acreditado, mediante certificación técnica, que la construcción de la edificación declarada se efectuó en 1980, por lo que debe entenderse aplicable el régimen previsto en el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario para la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, conforme al cual podrán inscribirse las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas cuando se pruebe, entre otros medios, por certificación técnica que la terminación de la obra, con la descripción incorporada al título, se produjo en fecha determinada anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante, y sin que conste en el Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación. Este precepto parte de la idea de que el plazo de prescripción cuya causa de interrupción no se haya llevado a tiempo al Registro de la Propiedad actúa, a efectos registrales, como un plazo de caducidad. Se trata de un mecanismo legal semejante al acogido en el artículo 177 del Reglamento Hipotecario y ahora también en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, reformado por Ley 24/2001. Actualmente en Andalucía el plazo de prescripción para las infracciones urbanísticas graves y muy graves es de cuatro años, sin perjuicio de lo regulado en el artículo 185 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística (art. 85 del Reglamento de Disciplina Urbanística). La Resolución de 21 de marzo de 2003 confirmó el criterio de que el Registrador no ha de exigir la prueba adicional negativa de que no se ha interrumpido la prescripción, por lo que le es exigible cierta diligencia a la Administración para solicitar a tiempo al Registrador la anotación preventiva de incoación del procedimiento de disciplina urbanística. En consecuencia, el citado artículo 52 del Real Decreto 1093/1992, que dispensa del requisito de la aportación de la licencia de obras a que se refiere el artículo 46 del mismo Real Decreto 1093/1997, debe exonerar por identidad de razón (prescripción de una eventual infracción urbanística en que hubiere podido incurrir el edificante) de la exigencia, a los efectos de la inscripción registral de la obra nueva, de la licencia de ocupación, pues su objeto no es otro que el de verificar la adecuación urbanística de las obras ejecutadas a la licencia otorgada, y a la normativa y ordenación urbanística aplicable en cuanto al uso previsto para el edificio.

IV

Por parte de la registradora de la Propiedad recurrida se emitió el correspondiente informe y se mantuvo su nota de calificación.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos, 24 y 149 de la Constitución Española; 1, 3, 609 y 1462 del Código Civil; 1, 3, 18, 19, 200 y 203 de la Ley Hipotecaria; 20 de la Ley del Suelo; 3, 18, 45 y 40 de la Ley del Catastro Inmobiliario; 1, 176 y 185 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; 298 y ss. del Reglamento Hipotecario; 53 de la Ley 12/1996; 27, 52 y 53 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía; Decreto 2/21012 de la Junta de Andalucía; la Resolución Circular de esta Dirección General de 26 de julio de 2007; y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de marzo de 2003, 10 de junio de 2005, 9 (2.ª), 10 (1.ª y 2.ª), 12 (2.ª), 13, 15 (1.ª y 2.ª), 17 (1.ª y 2.ª), 18 (1.ª y 2.ª), 19 (1.ª y 2.ª), 20 y 22 (1.ª y 2.ª) de diciembre de 2008, 12 y 13 de enero de 2009, 9 y 15 de enero y 18 de junio de 2010, 24

de marzo, 4 de mayo, 31 de octubre y 10 de noviembre de 2011 y 17 de enero, 1, 2, 5 y 13 de marzo, 7 de junio, 18 de octubre (2.ª) y 29 de octubre (2.ª) de 2012.

1. En el presente caso se cuestionan los requisitos para el acceso registral de la escritura de declaración de una construcción antigua levantada una finca sita en Andalucía. Se plantea la necesidad de que se acredite, para la inscripción de esa edificación antigua, además de la antigüedad de ésta y de que han transcurrido los plazos para la demolición de la misma, que cuenta con licencia de ocupación.

Con carácter previo se plantean los problemas de identidad de la finca y de la discordancia de ciertos datos, como el de la antigüedad de la edificación, y el de sus medidas superficiales, que ofrecen la certificación del arquitecto y la certificación catastral.

Deben tenerse como hechos relevantes que a la escritura se incorpora la certificación hecha por un arquitecto técnico del que resulta que la construcción data de 1980 y que su superficie total es de 337, 52 m², teniendo una superficie de ocupación en planta baja de 177,72 m². La certificación catastral que se une al instrumento público refleja como año de construcción el de 1995, y que la superficie construida total es de 356 m², siendo la superficie de la parcela ocupada por la construcción de 189 m².

También se une una certificación expedida por el secretario del Ayuntamiento expresiva de que «no existe expediente sancionador ni disciplinario sobre la vivienda» indicada y que su antigüedad es superior a veinte años.

En la escritura se describe la vivienda de conformidad a los datos de superficie que resulta de la certificación del arquitecto.

2. Respecto a que no pueda considerarse acreditada la antigüedad de la obra salvo que se acredite que se trata de la misma finca, la registral sobre la que se declara la obra nueva y la contenida en la certificación del técnico, ha afirmado recientemente este Centro Directivo que uno de los principios fundamentales del sistema registral es el de folio real según el cual el Registro se lleva por fincas abriendo a cada una el número registral correspondiente (cfr. artículo 8.1.º y 243 de la Ley Hipotecaria), lo que exige su plena identificación y descripción [cfr. Resolución de 7 de junio de 2012 (2.ª)]. Por tanto, cuando consta en el Registro la naturaleza rústica de una finca, y no se acredita el cambio de naturaleza a urbana ni la nomenclatura y número de la calle en que se ubica (conforme prescribe el artículo 437 del Reglamento Hipotecario), no puede apreciarse si los documentos aportados, relativos a una finca urbana, se corresponden con la finca registral, de naturaleza rústica. Y tampoco puede estimarse acreditada la nueva naturaleza y datos descriptivos de la finca por la mera aportación de una certificación catastral descriptiva y gráfica de una parcela que en nada coincide con la descripción de la finca registral, por cuanto no puede establecerse su correspondencia conforme al artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Catastro [cfr. Resolución de 18 de octubre de 2012 (2.ª)].

Debe, por tanto, confirmarse el primer defecto de la nota de calificación, por cuanto, en tanto no se acredite la correspondencia de la finca registral con la que aparece descrita en el certificado técnico, no puede estimarse justificada la antigüedad de la obra.

3. En relación con la discrepancia entre los datos que resultan de las certificaciones incorporadas (la técnica, elaborada por un arquitecto y la catastral), ha de señalarse que como tiene declarado este Centro Directivo, «las formas de acreditar la antigüedad de la obra construida —certificación del Catastro, certificación del Ayuntamiento, certificación técnica y acta notarial— constituyen una lista cerrada, pero no hay mención en la norma sobre la existencia de una jerarquía entre éstas pues, ante el silencio de la Ley, deben entenderse todas en el mismo orden de categoría sin que deban prevalecer unas sobre otras. Lo importante es que se acredite el hecho constructivo. Por ello, tampoco reviste especial trascendencia la «posible discrepancia entre el medio probatorio utilizado —certificado del técnico— y la certificación catastral incorporada, pues es necesario señalar que mientras el primero se utiliza para cumplimentar los requisitos exigidos por el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, al incluirse en el epígrafe de la escritura denominado «antigüedad de la construcción» invocando como prueba de la misma, y acreditando además la descripción que coincide con la del título, ese certificado

del técnico –arquitecto colegiado visado por colegio profesional competente– que es el que por voluntad del otorgante se utiliza para solicitar la inscripción; el segundo –certificado catastral– se obtiene telemáticamente por el notario y se relaciona en el título bajo el epígrafe «referencia catastral» con la única finalidad, en este supuesto, de dar cumplimiento a la exigencia del artículo 3.2 del Real Decreto Legislativo 1/2004 en su nueva redacción de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible». En este caso debe tenerse como acreditada la antigüedad que resulta del certificado técnico, que además es la más congruente con lo que resulta del certificado expedido por el técnico municipal.

4. En el tercer defecto de la nota de calificación, mantiene la registradora la necesidad de probar, para obtener la inscripción de edificaciones respecto de las que ya no proceda el ejercicio de la acción de disciplina urbanística, no sólo la fecha de conclusión de la obra, con antigüedad superior al plazo establecido por la ley para la prescripción de la acción de disciplina urbanística, sino, de modo completo, la efectiva extinción, por prescripción, del derecho de la Administración para la adopción de tales medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística; o bien que la finca no se halla incluida en ninguno de los supuestos de excepción a la prescripción de la acción de disciplina, establecidos, en el caso de Andalucía, por el artículo 185 de su Ley de Ordenación Urbanística.

El defecto, sin embargo, no puede ser confirmado. Como ha afirmado recientemente esta Dirección General, en Resolución de 18 de octubre de 2012 (2.ª), «El acceso al Registro de la Propiedad de edificaciones respecto de las que no procede el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, como consecuencia del transcurso del plazo de prescripción establecido por la ley para la acción de disciplina, se halla sometido, de modo exclusivo, al cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos por la ley. Entre los que no se encuentra la prueba exhaustiva de la efectiva extinción, por prescripción, de la acción de disciplina urbanística».

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

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

5. El último defecto que ha de analizarse es el relativo a la necesidad de que se acompañe la licencia de ocupación o utilización, entendiendo la registradora que la infracción de no haberla obtenido al acabar la construcción no puede ser objeto de prescripción, por ser la utilización de la vivienda una actividad continuada que sigue vigente al momento actual.

Este criterio, sin embargo, no puede ser mantenido respecto de las obras declaradas e inscritas en virtud de la acreditación de una antigüedad superior al plazo señalado por la ley para la caducidad de la acción de disciplina urbanística. Porque, como ha afirmado esta Dirección General, también en Resolución de 18 de octubre de 2012 (2.ª) 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 el 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 los cuales ya no se puedan adoptar medidas de protección y restauración de la legalidad por haber transcurrido el plazo»), que «no procederá la concesión de licencias de ocupación o de utilización, sin perjuicio de las condiciones que puedan establecerse por el Ayuntamiento en la resolución de reconocimiento, de conformidad con lo establecido en este Decreto. Esta resolución» (se refiere el precepto a la de reconocimiento de la situación de asimilado a fuera de ordenación) «será la exigible por las compañías suministradoras para la contratación de los servicios a los efectos establecidos en el artículo 175.2 de la Ley» de Ordenación Urbanística de Andalucía; quedando excluida, por tanto, la licencia de ocupación o utilización, cuya concesión «no procede», dice el Preámbulo del Decreto de edificaciones y asentamientos, «para este tipo de edificaciones» (se refiere el texto a las que se encuentren en «situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación»), «dado su carácter ilegal».

Esta Dirección General ha acordado desestimar parcialmente el recurso, y confirmar el primero de los defectos señalados en la nota de calificación y revocar los demás, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

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, 12 de noviembre de 2012.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.