

3. URBANISMO

ELEMENTOS TEMPORALES E INTERTEMPORALES EN LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

RESOLUCIÓN de 17 de enero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO: I. HECHOS.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. PLANTEAMIENTO. 2. EL PROBLEMA DE DERECHO INTERTEMPORAL. 3. LA DECLARACIÓN DE OBRA ANTIGUA: EL MOMENTO EN QUE SE ENMARCA CADA UNO DE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 20.4 DEL TRLS: A) *La situación de fuera de ordenación*. B) *La intervención administrativa*. C) *La interpretación «auténtica» de la nueva norma*. D) *La literalidad de la norma y otros criterios hermenéuticos*.—IV. CONCLUSIONES.

I. HECHOS

1. Mediante escritura pública autorizada el día 19 de mayo de 2008, se declara una ampliación de obra nueva de edificación antigua sobre una finca y la constituye en régimen de propiedad horizontal. Dicha escritura fue rectificada mediante escritura de subsanación de 14 de abril de 2010.

2. Presentada copia autorizada de la escritura pública en el Registro de la Propiedad de Granada, número 3, junto con copia autorizada de la escritura pública de subsanación, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Hechos: a las diecisiete horas y doce minutos del pasado uno de septiembre, fue presentado el documento de referencia, que causó el asiento de presentación 1147 del Libro Diario de Operaciones 59 de este Registro de la Propiedad. Se acompaña al mismo copia autorizada de la escritura de subsanación otorgada el catorce de abril de dos mil diez (...). Se incorpora certificado, expedido el 19 de mayo de 2009 por ese mismo arquitecto técnico, constando su firma legitimada por el Notario autorizante, del que resulta identidad con la descripción dada en el título. Del mismo certificado resulta que la superficie de la parcela es de ciento treinta y nueve metros cuadrados y que “la antigüedad de la edificación es superior a nueve años” (...). Que el Registrador que suscribe, en base al principio de Calificación Registral que dimana del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y en el ejercicio de las funciones que legalmente tiene conferidas en cuanto al control de la legalidad de los documentos que acceden al Registro de la Propiedad, emite con esta fecha calificación negativa, teniendo en cuenta las consideraciones jurídicas que resultan de los siguientes Fundamentos de Derecho: (...) 3.º Dispone el artículo 24.4 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación admi-

nistrativa: “4. (...) El asiento de inscripción dejará constancia de la situación de fuera de ordenación en la que quede todo o parte de la construcción, edificación e instalación, de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable. A tales efectos, será preciso aportar el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido. Los Registradores de la Propiedad darán cuenta al ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción y en la nota de despacho la práctica de dicha notificación”. Y en este sentido, aunque solo se aluda al acto administrativo de declaración de estar el edificio fuera de ordenación, puede ocurrir que este acto administrativo no exista o que el edificio cumpla los requisitos de la ordenación aunque no se hayan acreditado. Es necesario, por tanto, un certificado municipal acreditativo de estos extremos, que han de ser trasladados al asiento registral, para dar cumplimiento a la finalidad de la norma. Por ello, se adopta el siguiente acuerdo: Se suspende la inscripción solicitada, en razón de los Fundamentos de Derecho anteriormente expresados. En consecuencia, conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria, queda prorrogada la vigencia del asiento de presentación por un plazo de sesenta días hábiles, a contar desde la última notificación. Contra el presente acuerdo (...)».

3. Contra la anterior nota de calificación, el Notario autorizante interpone recurso en virtud de escrito de fecha 25 de octubre de 2011, en base, en otros, a los siguientes argumentos: 1. La calificación suspende la inscripción de la declaración de obra contenida en el documento señalado en base a los fundamentos contenidos en la citada calificación y que se basaba en la consideración de que para inscribir la declaración de obra era necesario aportar «certificado municipal acreditativo... de estar el edificio fuera de ordenación o que el edificio cumpla los requisitos de la ordenación», en conformidad con el artículo 24.4.b) del Real Decreto-ley 8/2011. 2. Se recurre la citada calificación en base a los siguientes argumentos jurídicos: a) El artículo 24 del Real Decreto-ley 8/2011 da nueva redacción al artículo 20 de la Ley del Suelo, relativo a la regulación de la figura denominada «Declaración de obra nueva», y en el presente supuesto de hecho se regula la figura denominada «Declaración de obra antigua», es decir, el supuesto recogido en el primer párrafo del artículo 24.4 relativo a «construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no procede adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes». La calificación del registrador en el presente supuesto se basa en lo dispuesto en el apartado b) de este precepto, que dice «el asiento de presentación dejará constancia de la situación de fuera de ordenación en la que quede todo o parte de la construcción..., de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable». A tales efectos, será preciso aportar el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido. Sin embargo se recurre la presente calificación al no estarse de acuerdo con la interpretación de la norma que hace el registrador en base a los siguientes argumentos: 1. La interpretación sistemática de la norma, ya que la letra b) debe interpretarse junto con la letra a) del citado artículo. 2. La letra a) del citado precepto tiene una orden imperativa dirigida al registrador al empezar diciendo «se inscribirán». 3. La letra a) determina cuáles son los requisitos que deben contener las escrituras de declaración de obra antigua y exige únicamente tres requisitos: La antigüedad, circunstancia que podrá acreditarse mediante certificación del Ayuntamiento, bien mediante certificación de técnico competente, bien mediante acta notarial, bien median-

te certificación catastral. Son procedimientos alternativos y cualquiera de ellos es suficientemente bueno por sí para acreditar la antigüedad de la obra; la descripción de la finca, y la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística. Así, esta forma de protección de la legalidad urbanística implica que se requiere una actuación activa de la Administración Local, competente en materia de inspección urbanística, para que se proteja la legalidad, y que si la Administración no ejerce su labor de policía urbanística no puede implicar esto un perjuicio para el administrado que implique que se le impongan trabas administrativas para conseguir su objetivo de incorporar a su patrimonio los derechos que por Ley le corresponden (principio de accesión). No hay que olvidar que el título del Real Decreto-ley que da lugar a la redacción de la norma se denomina, entre otros, «de simplificación administrativa», y así la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2011 dice literalmente: «Se permite igualmente el acceso al Registro de la Propiedad de los edificios fuera de ordenación, esto es, aquellos respecto de los cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes». 4. La letra *b)* del precepto no va dirigida en consecuencia al particular que formaliza su declaración de obra antigua, sino que es un derecho de la Administración Local, que cuando tenga noticia de la existencia de una situación de fuera de ordenación podrá solicitar que dicha declaración se haga constar en el Registro de la Propiedad. Es por ello que en base al artículo 24.4.c), una vez practicada la inscripción, el Registro remitirá al Ayuntamiento correspondiente notificación del asiento practicado para que el Ayuntamiento pueda ejercitar las acciones que le correspondan.

4. La registradora emitió informe el día 27 de octubre de 2011 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 9.3, 148.1.3.^a, 149.1.1.^a y 149.1.8.^a de la Constitución Española; 2.1, 2.2, 2.3 y 4.1 del Código Civil; 34, 208, 322 y 326 de la Ley Hipotecaria; 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 107 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; 308 del Reglamento Hipotecario; 105 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; 17.2, 20, 51 y Disposición Transitoria quinta del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo; 45, 46, 52, 53, 54, 73 y siguientes, y 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística; 24 y 25.2 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa; 1, 2, 5, 7, 17, 18, 19, 20 y Disposición Adicional segunda y Disposición Final cuarta de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; 66.2, 3 y 4, 68, 169, 176, 177, 181 a 185, 186 a 190 y Disposición Adicional primera

de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; artículo único de la Ley 1/1997, de 18 de junio, por la que se adoptan con carácter urgente y transitorio disposiciones en materia de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de Andalucía; artículos 60 y 61 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; 25, 26, 27, 29 y Disposición Adicional décima y Disposición Transitoria sexta de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo; 137, 242 a 256, 307 y Disposición Transitoria quinta del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; artículo 22 y Disposiciones Transitorias segunda y tercera de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones; artículos 27, 28, 28.3, 39, 42 a 53 y 85 del Real Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía; sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo; sentencias del Tribunal Supremo —Sala de lo Civil— de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007 y 20 de septiembre de 2011; sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección 5.ª, de 4 de febrero de 2009; Resoluciones Circulares de 3 de diciembre de 2003 y 26 de julio de 2007; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de octubre de 2000, 21 de marzo de 2003, 22 de abril de 2005, 19 de abril de 2006, 10, 12, 13, 15, 17, 19 y 22 de diciembre de 2008, 8, 9, 12 y 14 de enero, 25 de mayo y 10 de junio de 2009, 9 de enero de 2010 y 24 de marzo, 11, 12, 14 y 25 de abril, 4 de mayo, 7 y 14 de junio, 12 de septiembre y 12 y 14 de noviembre de 2011.

1. Se debate en este recurso —defecto tercero de la nota de calificación único objeto de recurso— la posibilidad de inscribir una ampliación de obra nueva correspondiente a edificación antigua y constitución en régimen de propiedad horizontal, en virtud de una escritura pública autorizada en fecha 19 de mayo de 2008, acompañada de una escritura pública de subsanación autorizada el 14 de abril de 2010, en el sentido de si es necesario para proceder a la inscripción de la obra nueva de edificación antigua la previa aportación del acto administrativo o certificado municipal en que se declare la situación de fuera de ordenación, la asimilación a tal situación de fuera de ordenación o la conformidad de la ampliación de obra con la ordenación urbanística y el planeamiento en vigor; o si por el contrario, como afirma el notario recurrente, basta con notificar a la Administración Local la inscripción de la declaración de obra nueva de edificación antigua, quien deberá declarar mediante acto administrativo la concreta situación urbanística en que se encuentra la edificación o construcción y hacerlo constar en el Registro de la Propiedad posteriormente a la inscripción ya practicada.

2. Ha de precisarse, en primer lugar, la competencia de las normas estatales en materia de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según la normativa autonómica, ya que, si bien, con carácter general, la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, anuló buena parte del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 26 de junio de 1992, fundándose en que se habían invadido las competencias que, en materia de urbanismo, se hallan transferidas a las Comunidades Autónomas, esta misma sentencia dejaba a salvo aquellos preceptos que, por regular mate-

rias que son competencia exclusiva del Estado, eran perfectamente conformes con la Constitución Española. Así ocurrió con aquellas normas que se referían al Registro de la Propiedad (cfr. art. 149.1.8.^a de la Constitución Española), de lo que se sigue que corresponde a las Comunidades Autónomas (en este caso, a la de Andalucía) determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, las limitaciones que estas pueden imponer y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos sin la oportuna licencia o sin respetar los límites por estas impuestos. Sin embargo, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia (o los requisitos para poder acceder al Registro de la Propiedad las declaraciones de obras referentes a edificaciones consolidadas por su antigüedad), para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo, o la necesidad de determinación por parte de la legislación autonómica del plazo de prescripción de la posible infracción urbanística o, en su caso, su imprescriptibilidad (cfr. Resoluciones de 22 de abril de 2005 y 4 de mayo de 2011).

3. En segundo lugar ha de analizarse el alcance temporal de las normas aplicables para determinar el régimen aplicable a los requisitos para obtener la inscripción de las declaraciones de obras antiguas (o ampliaciones de obras antiguas), siendo las normas o disposiciones a aplicar, no las que regulan los controles administrativos sobre la forma en que se ha ejecutado la obra, sino las disposiciones que regulan los requisitos necesarios para su documentación pública e inscripción registral. Por lo tanto, como ya afirmó este Centro Directivo en sus Resoluciones de 9 de enero de 2010 y 24 de marzo de 2011, las sucesivas redacciones legales en la materia (Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico; Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio; Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones; Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, y Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos periodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior.

Ahora bien, tratándose de escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determinada norma de protección de 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 consecuencia, en esto debe confirmarse la aplicación de la norma del artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (en su redacción dada por el art. 24 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio), al presente supuesto de hecho, al estar presentada en el Registro con posterioridad a su inscripción, a pesar de que fuera autorizada en fecha en que no estaba vigente el actual apartado 4 del artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

4. No obstante lo anterior, hay que decidir si el artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, es imprescindible, en cuanto requisito *sine qua non* para poder practicar la inscripción de la declaración de obra nueva de edificación antigua, la previa manifestación formal realizada por el Ayuntamiento y relativa a que se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido —que prescribe la letra b) del apartado 4 del art. 20 del Texto

Refundido 2/2008, de 20 de junio—; o si, por el contrario, la inscripción de la obra antigua puede practicarse con la sola justificación de la prescripción de la acción que imposibilite su derribo y la no constancia en el Registro de expedientes de disciplina urbanística, notificando la inscripción realizada al Ayuntamiento para que este proceda a continuación y en su caso, a promover la constancia registral de la posible situación de fuera de ordenación y de su contenido.

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

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

por servidumbres de uso público o general. El apartado *c)* establece un requisito posterior a la inscripción al decir que los registradores de la propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción y en la nota de despacho la práctica de dicha notificación; y el apartado *b)* exige un requisito que exige determinar si es previo a la inscripción, o si, por el contrario puede ser cumplido con posterioridad a la práctica de la inscripción, al decir que el asiento de inscripción dejará constancia de la situación de fuera de ordenación en la que queda todo o parte de la construcción, edificación e instalación, de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable. A tales efectos, será preciso aportar el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido.

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

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

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

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

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

8. Por otra parte si la Ley hubiera querido sujetar a previa fiscalización municipal la inscripción de obras nuevas cuya consolidación por antigüedad sea alegada, lo razonable es que hubiera previsto la posibilidad de la inscripción sobre la base de la presentación de la escritura de declaración de obra nueva,

de la justificación de su descripción adecuada a la realidad, y únicamente de la aportación de certificación municipal de la que resultara su situación adecuada al planeamiento o de fuera de ordenación, con expresión en este último caso de las limitaciones por razón de tal situación aplicables. Por el contrario, el legislador, como de forma reiterada se ha dicho, sigue exigiendo al registrador no solo 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 solo tienen sentido si se pretende mantener el sistema que posibilita la inscripción sin necesidad de previa intervención municipal.

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

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación en los términos resultantes 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, 17 de enero de 2012.—El Director General de los Registros y del Notariado.

III. COMENTARIOS

1. PLANTEAMIENTO

La presente Resolución se enfrenta con determinación a un grave problema interpretativo que plantea el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, en su redacción dada por el artículo 24 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. Para decidir si la nueva norma es aplicable o no

al caso concreto, analiza previamente con detenimiento los problemas de derecho intertemporal o transitorio que se suscitan desde el momento en que se produce un cambio legislativo en el que se introducen nuevos requisitos para la realización de un acto jurídico; en este caso, la declaración de obra nueva. Una vez apreciada la necesidad de aplicación del nuevo contenido legal, el Centro Directivo distingue varios tiempos o momentos a los que ha de atenderse para solucionar la cuestión de fondo debatida en el recurso, que se centra en el apartado 4 del citado artículo 20 del Texto Refundido, y más concretamente en su letra *b*).

En los presentes comentarios vamos a exponer inicialmente los distintos aspectos temporales que inciden sobre la decisión adoptada por la Dirección General para después centrarnos en el análisis de la interpretación de la norma citada.

2. EL PROBLEMA DE DERECHO INTERTEMPORAL

La regulación de la inscripción de las declaraciones de obra nueva ha sufrido varios cambios importantes en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la norma de limitado alcance que contenían tradicionalmente los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y el 308 de su Reglamento. El primero de estos cambios se produjo con la promulgación de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo y el subsiguiente Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992. La nueva orientación normativa erigió a notarios y registradores en agentes del control de la legalidad urbanística en la realización de esta clase de negocios jurídicos: unos y otros debían exigir la acreditación de haberse obtenido la correspondiente licencia de obras y de la expedición por técnico competente de una certificación expresiva del ajuste de la edificación al proyecto (y, en su caso, de la terminación de la obra). El desarrollo reglamentario de esta norma se encomendó al 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. Más tarde, el artículo 22 de la Ley del Suelo y Valoraciones de 1998 recogió la misma norma con algunas matizaciones menores (1), en tanto que las variaciones que introdujeron el artículo 20 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo (conforme a la Ley del Suelo de 2007) y su posterior modificación por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, presentan mayor entidad (2).

Estas sucesivas modificaciones legales con introducción de nuevos requisitos ha suscitado dudas razonables sobre el régimen transitorio aplicable en el momento de producirse cada uno de estos cambios legislativos. En algunas ocasiones, como veremos, se establece por la nueva norma un régimen intertemporal específico, pero en el resto de los casos es necesario acudir a un criterio general acorde con el principio de irretroactividad de las normas consagrado en los artículos 9.3 de la Constitución y 2.3 del Código Civil. El criterio general ofrecido por la Dirección General en la Resolución que comentamos, con cita de otras, atiende al momento

(1) Seguida por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, a la que se remite expresamente el artículo 20 del Texto Refundido vigente y cuyo contenido excede del objeto de estos comentarios.

(2) La redacción actual del precepto legal afecta sustancialmente al régimen contenido en los artículos 45 a 53 del Real Decreto 1093/1997, circunstancia que impone una aplicación cautelosa de los mismos hasta que sea formalmente modificado para su adaptación a la Ley.

de terminación de la obra y al de la intervención del funcionario correspondiente para la determinación de la normativa aplicable:

- a) Si la obra finaliza tras la entrada en vigor de la nueva ley, lógicamente, esta será la aplicable por el notario y el registrador.
- b) Lo mismo se entiende si la obra finalizó bajo el influjo de la ley anterior pero se pretende otorgar la escritura pública una vez entrada en vigor la nueva: el notario deberá exigir el cumplimiento de esta última.
- c) Por último, en el momento de la inscripción el registrador aplicará igualmente los requisitos introducidos por la nueva norma aunque la escritura de declaración de la obra se hubiera otorgado con anterioridad a la entrada en vigor de aquella y, por lo tanto, el notario no hubiera exigido el cumplimiento de aquellos requisitos.

Frente al expuesto régimen transitorio general, es posible que la nueva norma contemple un régimen especial que, lógicamente, prevalecerá sobre aquel. Es la previsión que hizo la Ley de Reforma de 1990, que fue la primera en superponer la normativa urbanística sobre la notarial e hipotecaria en materia de obra nueva exigiendo, como vimos, el otorgamiento de la licencia y la expedición de la certificación técnica. Esta profunda innovación frente a la normativa previamente aplicable, que era ajena al control de la legalidad urbanística, obligó al legislador a matizar el expresado régimen transitorio, en el sentido de exonerar de la aplicación de la citada Ley a las obras que hubieran finalizado al menos cuatro años antes de su entrada en vigor, según la interpretación que de su Disposición Transitoria 6.^a hizo la Dirección General en varias ocasiones (3).

Las novedades de esta norma transitoria de la Ley de 1990 y del Texto Refundido de 1992, apartándose del régimen general expuesto, afectaban exclusivamente a las obras terminadas antes de su entrada en vigor y eran las siguientes:

- a) Si la declaración se formalizaba estando ya en vigor la Ley de 1990 pero se refería a una obra terminada antes y se acreditaba fehacientemente que habían pasado más de cuatro años desde su finalización, el notario no podía exigir el cumplimiento de los nuevos requisitos introducidos por dicha Ley, pero faltando alguno de estos presupuestos, se imponía la íntegra aplicación de esta.
- b) En cuanto al momento de la presentación de la escritura en el Registro en los casos en que la obra tuviese aquella antigüedad, tampoco eran exigibles los nuevos requisitos, siempre y cuando concurriera otro presupuesto: que no constara anotación preventiva de haberse iniciado el correspondiente expediente de disciplina urbanística.

(3) Realmente esta norma se encontraba contenida en la Disposición Transitoria 8.^a de la citada Ley de Reforma de 1990. No obstante, fue suprimida por la discutible vía de la corrección de errores que no afectó sin embargo a la Disposición Transitoria 6.^a, que después se recogería en la Disposición Transitoria 5.^a del TRLS 92, según la cual: «Las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/990, de 25 de julio, situadas en suelos urbanos o urbanizables, realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular». A pesar de la supresión de la primera, la Dirección General atribuyó a la segunda el mismo contenido, entre otras, en sus Resoluciones de 4 de febrero de 1992, 17 de junio de 1993, 4 de marzo de 1996, 1 de diciembre de 1998 y 3 de octubre de 2002.

El Real Decreto 1093/1997, frecuentemente denominado Reglamento Hipotecario Urbanístico, dio un valiente pero controvertido paso adelante al extraer estos criterios de sus iniciales límites de Derecho Transitorio, que estaban dirigidos exclusivamente a las obras terminadas antes de la Ley de 1990, para permitir por esta vía la inscripción de las obras que se fueran construyendo después, sin necesidad de licencia pero acreditando fehacientemente su terminación en fecha determinada y el transcurso del plazo necesario para la iniciación del correspondiente expediente de disciplina urbanística sin que la misma constara mediante anotación preventiva (4).

3. LA DECLARACIÓN DE OBRA ANTIGUA: EL MOMENTO EN QUE SE ENMARCA CADA UNO DE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 20.4 DEL TRLS

La Resolución que comentamos parte del criterio transitorio general para considerar aplicable el artículo 20.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo en su redacción dada por el artículo 24 del Real Decreto-Ley 8/2011 al supuesto de hecho por ella contemplado, en el que una escritura de declaración de obra nueva autorizada, antes de la entrada en vigor del segundo, se presentaba en el Registro con posterioridad a la misma.

Partiendo de ese presupuesto, la misma Resolución aborda, a la luz del nuevo precepto, la cuestión central que se suscita en el recurso, que versa sobre la interpretación del citado artículo 20.4 del Texto Refundido, en especial su letra b).

La problemática que se plantea se refiere a los requisitos de la inscripción, sin que sea necesario el concurso de la licencia de obras ni de los demás requisitos generales, a las que empiezan a conocerse como declaraciones de obra antigua, es decir, las relativas a las «construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no procede adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes». A los requisitos tradicionalmente exigidos por la Dirección General primero y por el Real Decreto de 1997 después, la letra b) del citado artículo 20.4 añade uno nuevo en lo que aquí interesa, del siguiente tenor: «El asiento de inscripción dejará constancia de la situación de fuera de ordenación en la que queda todo o parte de la construcción, edificación e instalación, de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable. A tales efectos, será preciso aportar el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido» (5). El registrador suspende la inscripción, entre otros defectos, por no haberse aportado dicho acto administrativo. De lo que se trata, por tanto, es de determinar si este requisito debe concurrir en el momento de la presentación del título en el Registro o si, por el contrario, puede cumplirse *a posteriori* como afirma el notario recurrente,

(4) Se llegó a hablar de extralimitación de la norma reglamentaria por no contar con la necesaria cobertura legal sobre este extremo. En este sentido se manifiestan CORVINOS BASECA, P., «La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística», en *RDU*, núm. 265, pág. 1263; LÓPEZ FERNÁNDEZ, «Apuntes de “Jurisprudencia registral”», en *RDU*, núm. 189, pág. 1254, y GARCÍA MÁS, F. J., «Urbanismo: comentarios al Real Decreto 1093/1997 (...)», en *RCDI* núm. 645, pág. 336. Sin embargo, la Dirección General apoyó la extensión de esta norma realizada por el Real Decreto de 1997, entre otras, en su Resolución de 25 de agosto de 2008.

(5) Además de esta novedad, la letra a) exige al Registrador comprobar que el suelo no tiene carácter demanial ni está afectado por servidumbres de uso público general.

para quien basta con que el hecho de haberse practicado la inscripción de la declaración de obra nueva de edificación antigua sea notificado por el registrador a la Administración local para que esta pueda declarar mediante acto administrativo la concreta situación urbanística en que se encuentra la edificación o construcción y encargarse de hacerlo constar así en el Registro de la Propiedad.

La Resolución distingue, a estos efectos, dos momentos:

- 1.º) El momento anterior a la inscripción, en el que deben concurrir los requisitos de la letra *a*) del artículo 20.4, es decir, que se acredite fehacientemente (certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca) la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título, y que el registrador compruebe la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general.
- 2.º) El momento posterior a la inscripción, en que el registrador dará cuenta al Ayuntamiento respectivo de haberse practicado, dejando constancia de esta notificación en la propia inscripción y en la nota de despacho, conforme a la letra *c*).

Queda, pues, por dilucidar si el requisito de la letra *b*) se enmarca en una fase o en otra, es decir, si debe ser previo a la inscripción o si por el contrario puede cumplirse en un momento posterior. Enfrentada a esta cuestión, la Resolución de 17 de enero de 2012 realiza un loable esfuerzo interpretativo para examinar el problema de manera exhaustiva acumulando múltiples argumentos para decantarse por la segunda opción. Nos parecen muy acertados algunos de los argumentos empleados, si bien no compartimos la decisión final adoptada.

A) La situación de fuera de ordenación

En los apartados 4, último párrafo, 5 y 6 se reflexiona sobre la situación de fuera de ordenación y al tratamiento que se le da en la Ley estatal al considerar, como veremos, que dificulta o impide en muchos casos el acceso al Registro de las edificaciones por esta vía (6).

En efecto, el Real Decreto-ley 8/2011 juega peligrosamente con sus propios límites competenciales al tratar de fijar un concepto global de las situaciones de fuera de ordenación. Así lo hace cuando equipara este concepto al de las denominadas edificaciones antiguas: la propia Exposición de Motivos de la norma declara expresamente que «se permite el acceso al Registro de la Propiedad de los edificios fuera de ordenación, esto es, aquellos 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» (7).

(6) Ya que será imposible que se deje constancia de la situación de fuera de ordenación del edificio cuando el edificio respete la ordenación pese a haberse construido sin licencia.

(7) Igualmente se evidencia esta pretendida equiparación en la propia letra *b*) del nuevo artículo 20.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo (introducido por el citado Real Decreto-ley y objeto de este comentario), al imponer la constancia registral de aquella situación en relación con la inscripción de las obras antiguas.

Pues bien, esta equiparación no es apropiada por varias razones. En primer lugar, no corresponde al Estado la delimitación conceptual de la situación de fuera de ordenación, sino que, como reconoce la Resolución que comentamos, es una materia reservada a la legislación autonómica. En segundo término, también acierta la Resolución en cuanto al fondo al expresar lo siguiente: «Parece con ello el legislador partir de la consideración de que la totalidad de las edificaciones cuya obra se declara sobre la base de su antigüedad se hallan total o parcialmente fuera de ordenación. Pero lo cierto es que no todas las declaraciones de obras antiguas se corresponden con edificaciones en situación de fuera de ordenación, pues no cabe duda, y de hecho ocurre con frecuencia, que sobre la base de su consolidación por antigüedad se declaran obras de edificaciones que están dentro de ordenación y en cuya inscripción, por tanto, no puede hacerse constar, no obstante el mandato legal, situación alguna de fuera de ordenación».

El concepto de fuera de ordenación de los edificios no es unívoco en el ordenamiento urbanístico español, sino que varía de unas comunidades autónomas a otras. Algunas utilizan una acepción amplia, al considerar que esta situación se produce en cualquier caso en que la edificación se haya verificado sin licencia (se ajuste o no lo construido al planeamiento), en tanto que en otras se emplea una fórmula más limitada, al exigir expresamente que se trate de edificaciones disconformes con el planeamiento. Por lo tanto, no puede el legislador estatal ignorar la competencia autonómica en esta materia y establecer un concepto general de esta situación. Si la obra que se intenta inscribir por esta vía, a pesar de tratarse de una edificación antigua en el sentido apuntado, no se encuentra dentro del concepto de fuera de ordenación, como sucederá en muchos casos, resulta inaplicable la exigencia de acreditar y constatar registralmente que lo está.

En definitiva, nos parece un error por parte del legislador la pretensión de partir de un concepto «universal» de la situación de fuera de ordenación en un intento de abarcar todos los supuestos de edificaciones antiguas, que acaso no se aviene con la legislación autonómica aplicable, lo que haría inoperante la aplicación de la nueva norma. La pretensión de superponer ese concepto impuesto al de edificación realizada sin licencia cuando ha prescrito (o caducado, según algunos) la potestad administrativa de reacción es inadecuada tanto por exceso como defecto, ya que la verdadera finalidad de las normas sobre inscripción de edificaciones antiguas surgió con total independencia del concepto de fuera de ordenación, a través de una fórmula que permitía inscribir un edificio construido sin la preceptiva licencia con abstracción de la legalidad o ilegalidad de la construcción y de su adecuación o no al planeamiento, pudiendo la Administración adoptar las medidas que fueran en cada caso procedentes, para lo que se estableció el deber del registrador de notificarle la inscripción practicada. La introducción en este planteamiento del concepto de fuera de ordenación es de difícil encaje, ya que un edificio puede hallarse en esta situación tanto si se construyó con licencia como sin ella, y tanto si ha transcurrido aquel plazo de restauración de la legalidad urbanística como si no. Paralelamente, un edificio puede inscribirse por la vía del artículo 20.4 con independencia de si se ajusta actualmente al planeamiento o no en el momento de la presentación. Si el edificio fue construido previa obtención de licencia, puede quedar fuera de ordenación merced a un cambio del planeamiento en vigor, de igual modo que el construido sin ella puede resultar conforme con la ordenación urbanística aplicable.

B) *La intervención administrativa*

La Resolución comentada se refiere a las distintas manifestaciones de la intervención administrativa en este proceso en los argumentos contenidos en el último párrafo del Fundamento de Derecho 7, subapartados 2), 4) y 5).

En primer lugar, no creemos que haya contradicción alguna en el hecho de que, por un lado, se admita que la fecha de terminación de la construcción pueda acreditarse no solo por certificación municipal, sino también por otros medios al margen de toda intervención del Ayuntamiento (certificación de técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral), al tiempo que, por otro, se exija que se aporte el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, toda vez que este acto administrativo es independiente de la determinación de la fecha de finalización de la obra, información esta a la que acaso no pueda acceder la Corporación. Por lo tanto, son perfectamente compatibles entre sí el documento en que conste el acto declarativo y el acreditativo de la fecha en la que se terminó de construir. Por eso, a nuestro juicio, la aportación del acto de declaración de la situación de fuera de ordenación no excluye que deba acreditarse la antigüedad de la obra, de igual modo que tampoco impide que el registrador, en su función calificadora y fiscalizadora, deba comprobar que el suelo no es demanial ni se encuentra afectado por servidumbres de uso público con los medios que le ofrece la legislación hipotecaria.

En segundo término, pese a lo que se afirma en la Resolución, no nos parece infundado que aun en el caso de considerarse exigible la presentación previa del documento administrativo declarativo de la irregular situación del edificio subsista la obligación del registrador de notificar al Ayuntamiento el hecho de haberse extendido la inscripción, porque aquella declaración es independiente de si se pretende o no inscribir la obra. Puede ocurrir que medie un amplio lapso de tiempo entre la declaración de fuera de ordenación y el momento de la inscripción, o que hayan cambiado radicalmente las previsiones del planeamiento que redunden en una nueva situación urbanística de la obra, o incluso que la finca en la que se construye no estuviera inmatriculada en el momento de iniciarse el expediente disciplinario o que por otro motivo no se hubiera hecho constar su iniciación mediante la correspondiente anotación preventiva (recordemos que esta anotación no era preceptiva con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2011 y apenas se utilizaba).

C) *La interpretación «auténtica» de la nueva norma*

La Resolución que analizamos justifica también sus conclusiones en la interpretación que del nuevo artículo 20.4.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo nos ofrece, a su juicio, el propio legislador en su Exposición de Motivos. De ella parece deducir que solo si se considera que la aportación del acto declarativo de hallarse el edificio fuera de ordenación no es un requisito previo imprescindible para que pueda practicarse la inscripción «se posibilita la manifestación contenida en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de permitir el acceso al Registro de la Propiedad de los edificios fuera de ordenación, esto es, aquellos 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, logrando la protección

de sus propietarios, en muchos casos, terceros adquirentes de buena fe, sin que ello signifique desconocer su carácter de fuera de ordenación y las limitaciones que ello implica, para lo cual será preciso que se aporte el correspondiente acto administrativo en el que se delimite su contenido». Repárese en que este inciso final no figura en la Exposición de Motivos. En todo caso, no nos parece consistente este argumento ya que el mismo efecto protector se produce igualmente en el caso de aportación inicial del acto declarativo haciéndose constar su contenido en el cuerpo de la propia inscripción.

En consecuencia, a nuestro juicio la única conclusión que cabe extraer de la Exposición de Motivos es el error en que incurre el legislador estatal al tratar de identificar el supuesto de hecho tradicional de la norma (las edificaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición) con la situación de fuera de ordenación, tal y como ya hemos tenido ocasión de exponer, pero de ella no cabe extraer justificación alguna para atribuir a la norma un sentido diferente del que parece ofrecer.

D) La literalidad de la norma y otros criterios hermenéuticos

Transcribimos, a continuación, la redacción actual del controvertido artículo 20.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, con el fin de facilitar su análisis e interpretación:

«No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el caso de construcciones, edificaciones e instalaciones 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, la constancia registral de la terminación de la obra se registrará por el siguiente procedimiento:

- a) Se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras de declaración de obra nueva que se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. A tales efectos, el Registrador comprobará la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general.
- b) El asiento de inscripción dejará constancia de la situación de fuera de ordenación en la que queda todo o parte de la construcción, edificación e instalación, de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable. A tales efectos, será preciso aportar el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido.
- c) Los Registradores de la Propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción y en la nota de despacho la práctica de dicha notificación».

Dado que la letra *b)* extiende a cualquier supuesto la constancia del carácter de fuera de ordenación (porque no dice que se hará constar «en su caso»), en principio no sería de aplicación a los frecuentes casos en los que la obra antigua no se encuentre en esa situación. Con el fin de salvar la aplicabilidad de la norma, la Dirección General viene a decir que si el interesado aporta el acto administrativo del que resulte que el edificio está en esa situación de fuera de ordenación, se hará constar en la inscripción, pero que si no se aporta no hay inconveniente en que la obra se inscriba a pesar de no concurrir ese requisito: «El apartado *b)* puede ser cumplido con carácter previo, si por ejemplo, se aporta junto con la certificación del Ayuntamiento en la que conste la terminación de la obra en fecha determinada, el acto administrativo en el que se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido; y posterior puede ser en el caso de que la terminación de la obra en fecha determinada se justifique por acta notarial, certificado de técnico competente o certificación catastral». Se dice que «basta con notificar a la Administración Local la inscripción de la declaración de obra nueva de edificación antigua, quien deberá declarar, mediante acto administrativo, la concreta situación urbanística en que se encuentra la edificación o construcción y hacerlo constar en el Registro de la Propiedad posteriormente a la inscripción ya practicada».

No compartimos este criterio, que presupone entender que la norma tiene carácter dispositivo para el interesado, quien sería libre de presentar o no el citado acto administrativo. A nuestro juicio, la declaración administrativa sobre la situación urbanística del edificio (o al menos la justificación de haberlo solicitado, según veremos) debe aportarse en todo caso porque se trata de una norma imperativa; además, dicha aportación debe realizarse por el interesado como requisito necesario para que pueda practicarse la inscripción, reflejándose además en esta misma inscripción y no en otro asiento posterior extendido a solicitud del Ayuntamiento. Así se deduce, entre otros extremos, del encabezamiento de la letra *b)* del artículo transcrito: tras referirse la letra *a)* a un asiento concreto, que es el de «inscripción» de la «escritura de declaración de obra nueva», añade la letra *b)* que «el asiento de inscripción dejará constancia de la situación de fuera de ordenación (...)». Por lo tanto, no contempla «un» asiento cualquiera, sino «el» mismo asiento al que antes se acaba de referir, que es el de inscripción de la declaración de obra. Y si exige que sea en «ese» mismo asiento en el que se ha de reflejar la peculiar situación del edificio fuera de ordenación, es evidente que para que aquel pueda practicarse es necesario presentar, además de los documentos tradicionalmente requeridos, el acto del que tal situación resulte.

Se trata además, como decimos, de una norma imperativa («dejará constancia»; «será preciso aportar...»), por lo que queda fuera del poder de disposición del propietario de la finca decidir si obtiene o no el acto administrativo o si, teniéndolo en su poder, lo aporta o no. En consecuencia, no creemos que se trate de una regla dirigida al Ayuntamiento para el caso de que el propietario, haciendo uso de una potestad que supuestamente tiene atribuida, decida no acompañar el documento administrativo en cuestión.

Lo mismo resulta si aplicamos otros criterios hermenéuticos, como el sistemático, de donde resulta que la letra *b)* debe interpretarse conjuntamente con las restantes. Apartándonos del razonamiento que utiliza la Resolución que comentamos, creemos que no cabe distinguir entre un momento anterior y otro posterior a la inscripción para encasillar cada una de las letras a las que se refiere el precepto, sino que todas ellas son coetáneas a la inscripción. Así, la letra *a)* se refiere al momento de la inscripción, en el que el registrador, previa calificación favorable

de los documentos presentados y comprobación de los extremos procedentes, accede a la práctica del asiento solicitado. Ya hemos visto que la letra *b)* va referida al mismo momento, pues el registrador hará constar en esa inscripción, y no en cualquier otra, la situación urbanística del edificio. La letra *c)* tampoco se refiere en puridad a un momento posterior a la inscripción, pues es en este mismo asiento en el que debe hacerse constar la circunstancia de haberse practicado la notificación al Ayuntamiento (junto con la nota de despacho); en todo caso se trataría del momento inmediatamente posterior, que quedaría englobado en el conjunto de actos que conforman el concepto amplio de inscripción.

En cuanto al elemento finalista o teleológico, ya hemos dicho que no compartimos la tesis de la Dirección General en cuanto a que la Exposición de Motivos expresa la finalidad de la norma en el sentido pretendido por la Resolución. Esta finalidad no hay que buscarla allí (que entendemos incurre en un evidente error), sino sencillamente en el primer párrafo del propio artículo 20.4 del Texto Refundido: al expresar la norma que «la constancia registral de la terminación de la obra se regirá por el siguiente procedimiento (...)», está enmarcando su propia finalidad, que no es otra que establecer el procedimiento a seguir para la inscripción en la que conste la obra, sin referencia a ningún asiento posterior en que pudiera reflejarse la situación de fuera de ordenación.

Por último, el elemento lógico también se resiente si de él pretendemos extraer la solución adoptada por la Resolución, porque cae en la paradoja de que la aplicación de esa tesis, que trata, como vimos, de preservar la aplicabilidad de la norma (8), precisamente supone ignorar el contenido de esta, si es que se permite, como se pretende, que el registrador inscriba la declaración de obra tanto si se aporta el acto administrativo como si no. Esto equivaldría a entender no ya que el precepto fuera de difícil aplicación (o imposible en algunos casos), sino que es superfluo y debe tenerse por no existente, porque la solución que preconiza la Resolución era exactamente la misma que se aplicaba bajo el texto anterior a la reforma, en el que no se hacía referencia alguna a la situación urbanística del edificio ni se exigía, por tanto, declaración administrativa alguna en ese sentido como requisito previo para la inscripción.

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto hasta aquí podemos extraer las siguientes conclusiones:

- 1.^a) La Exposición de Motivos incurre en un evidente error al tratar de establecer una equivalencia entre la situación de fuera de ordenación y la de los edificios construidos sin licencia pero respecto de los que no cabe acción administrativa restauradora por el transcurso del plazo legal para su ejercicio. Esto excluye, naturalmente, los supuestos en que la infracción sea de tal gravedad que no pueda sanarse por el transcurso del tiempo, como sucedería, por ejemplo, si la edificación se ha erigido sobre una zona verde.
- 2.^a) Pese a ello, lo cierto es que el artículo 20.4.b) recoge una norma de carácter imperativo, al exigir la presentación del acto administrativo relativo a la situación urbanística del edificio como requisito para que pueda accederse a la inscripción.

(8) Porque, como vimos, puede ocurrir que el edificio no esté fuera de ordenación.

- 3.^a) A nuestro juicio, la modificación operada por el Real Decreto-Ley de 2011, no es tan superflua como parece insinuar la interpretación realizada por la Resolución, la cual aplica un régimen idéntico al existente antes de la reforma al interpretar que cabe la inscripción de la obra antigua aun sin aportar documento administrativo alguno y sin entrar a juzgar si en el caso concreto se encuentra fuera de ordenación o amparada por esta.
- 4.^a) Es evidente que la exigencia de constancia registral de «la situación de fuera de ordenación en la que queda todo o parte de la construcción, edificación e instalación» solo tiene sentido en los casos en que, concurriendo efectivamente esta situación, se obtenga la correspondiente declaración administrativa de la que así resulte. Pero, ¿qué sucede en otro caso?

Para salvaguardar la aplicación de la nueva norma habría que conciliarla con la normativa urbanística autonómica que resulte de aplicación, en particular con la regulación del procedimiento de legalización de las obras realizadas sin licencia o apartándose de la concedida. En el supuesto que nos ocupa, es decir, si desde la finalización de las obras ha transcurrido el plazo para el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración, cuando esta tenga noticia de la construcción ya no podrá exigir al interesado que solicite la legalización de la obra o que la ajuste a la licencia. Pero nada impide que, transcurrido aquel plazo, pueda el titular solicitar a la Administración que declare que la obra se acomoda al planeamiento en vigor o que, en su defecto, se encuentra fuera de ordenación. Hecha la anterior solicitud, cabe distinguir las siguientes hipótesis:

- a) Si la Administración declara que el edificio se encuentra fuera de ordenación, el interesado deberá aportar dicha declaración para que pueda practicarse la inscripción, cumpliéndose así la previsión del artículo 20.4.b).
- b) Si la Administración declara que la obra es conforme con la ordenación, sería inscribible con mayor razón, porque esta declaración administrativa sería equivalente a los actos de conformidad, aprobación o autorización administrativa que exige como regla general el apartado 1 del artículo 20 del Texto Refundido.
- c) Si se declara que la infracción no puede subsanarse por el transcurso del tiempo, por ejemplo, por afectar a bienes de dominio público, la Administración debería además iniciar inmediatamente el correspondiente expediente de disciplina urbanística y hacerlo constar mediante anotación preventiva, hoy preceptiva, lo que imposibilitaría la ulterior inscripción.
- d) Por último, si la Administración no se pronuncia expresamente sobre lo solicitado dentro del plazo a tal efecto establecido en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ni inicia expediente disciplinario alguno, creemos que ello no debería ser obstáculo para la inscripción. El interesado podría interponer el recurso procedente, cuya resolución daría lugar a una de las situaciones previstas en los tres apartados anteriores. Pero a nuestro juicio no debería ser necesario recurrir a ese extremo porque el dueño cumpliría con la diligencia que le era exigible mediante la comunicación a la Administración de la existencia de la obra y la solicitud de declaración sobre su situación urbanística (si bien, en este caso, quizá lo más prudente sería exigirle que lo acreditara acompañando el escrito en que constara esa solicitud con el sello de entrada correspondiente). Pero no debería

ser obstáculo para la inscripción la grave negligencia en que incurriría la Administración si no se hubiera pronunciado sobre la solicitud ni hubiera iniciado y anotado el oportuno expediente disciplinario. No puede perderse de vista que, para minimizar cualquier riesgo, la norma impone al registrador, por un lado, el deber de comprobar previamente que no existe aquella anotación preventiva y que el suelo no tiene carácter demanial ni está afectado por servidumbres de uso público general, y, por otro, el de notificar al Ayuntamiento la práctica de la inscripción, por lo que siempre quedará a salvo la posibilidad de reacción administrativa ulterior en los casos en que, pese a todas las cautelas previstas, resultara procedente.

RESUMEN

*OBRA NUEVA
DERECHO TRANSITORIO
CALIFICACIÓN REGISTRAL*

Se analizan dos manifestaciones del factor tiempo en relación con la declaración de obra nueva: la aplicación de las normas de Derecho Transitorio y el momento al que ha de atenderse en la calificación registral del título presentado.

ABSTRACT

*NEW CONSTRUCTION
TRANSITIONAL RIGHT
SCRUTINY FOR REGISTRATION*

Two embodiments of the time factor are analyzed in connection with declarations of new construction: the application of the rules of transitional law and the time that must be flagged in the registrar's scrutiny of the submitted title.