

**III. OTRAS DISPOSICIONES****MINISTERIO DE JUSTICIA**

**1927** *Resolución de 20 de enero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el alcalde presidente de Álora contra las notas de calificación extendidas por el registrador de la propiedad de Álora, por las que se deniega la práctica de la cancelación de un asiento de ampliación de obra nueva y de obra nueva terminada.*

En los recursos acumulados interpuestos por don José Sánchez Moreno, alcalde presidente de la localidad de Álora, contra las notas de calificación extendidas por el registrador de la Propiedad de Álora, don Antonio Gallardo Piqueras, por las que se deniega la práctica de la cancelación de un asiento de ampliación de obra nueva y de obra nueva terminada.

**Hechos**

I

Por el alcalde presidente de Álora, don José Sánchez Moreno, se suscribió en fechas 30 de septiembre y 6 de octubre de 2011 (relativo a la registral 11655) sendas instancias por las que, a la vista de la notificaciones llevadas a cabo por el registrador de la Propiedad de Álora relativas a: la práctica en el folio de la finca registral 5278 de un asiento de ampliación de obra nueva, inscripción 17.<sup>a</sup>; en el folio de la finca registral 19018 de un asiento de ampliación de obra nueva, inscripción 3.<sup>a</sup>; en el folio de la finca registral 11655, un asiento de ampliación de obra nueva, inscripción 5.<sup>a</sup>; en el folio de la finca registral 8816, un asiento de ampliación de obra nueva, inscripción 8.<sup>a</sup>; en el folio de la finca registral 13740, un asiento de obra nueva terminada, inscripción 3.<sup>a</sup>; en el folio de la finca registral 4188, un asiento de obra nueva terminada, inscripción 19.<sup>a</sup>, todas ellas del distrito hipotecario de Álora, se solicita en todas las instancias del señor registrador practique la cancelación de la inscripción objeto de notificación por los siguientes motivos: Primero, no consta entre la documentación presentada en este Ayuntamiento junto al escrito de comunicación de la inscripción de obra nueva terminada, el otorgamiento de la licencia de ocupación, preceptiva al amparo de lo dispuesto en el artículo 20.1.b) párrafo 2.º y 20.2 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 nueva redacción dada por el 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), el artículo 176.1 a) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, así como el artículo 27.1 a) del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Segundo, en el supuesto que la inscripción de la obra nueva se haya tramitado en sede de institución urbanística de «situación fuera de ordenación» por no poder adoptarse medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística por el transcurso del plazo de prescripción, ex artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (en su nueva redacción) se pone de manifiesto: no consta entre la documentación remitida a este Ayuntamiento, que la obra nueva terminada se inscribe bajo la situación de fuera de ordenación tal y como preceptúa el artículo 24.4 b) del Real Decreto Legislativo 2/2008. No consta acto administrativo (municipal) mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación ex artículo 20.4 b) *in fine* del Real

Decreto Legislativo 2/2008. Por todo ello se solicita la cancelación de la inscripción registral indicada *ut supra*.

Además, en el expediente acumulado relativo a la finca 19018, se añade lo siguiente: El suelo sobre el que se asienta la edificación tiene la clasificación de no urbanizable de especial protección en cuanto yacimiento arqueológico (YAP1) declarado por las normas subsidiarias de Álora, por lo que no estaría prescrita la posibilidad del ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, no debiéndose de inscribir la edificación bajo la situación de fuera de ordenación (artículo 185.2 B) a) de la Ley Ordenación Urbanística de Andalucía, artículo 46.2 y 53 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, así como artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008).

Además, en el expediente acumulado relativo a la finca 4188, se añade lo siguiente: El suelo sobre el que se asienta la edificación tiene la clasificación de no urbanizable de especial protección en cuanto forestal (PF3) declarado por las normas subsidiarias de Álora, así como protegido igualmente por el Plan de Ordenación del Territorio de la Aglomeración Urbana de Málaga (Montes de Málaga), por lo que no estaría prescrita la posibilidad de ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, no debiéndose de inscribir la edificación bajo la situación de fuera de ordenación (artículo 185.2 B) a) de la Ley Ordenación Urbanística de Andalucía, artículo 46.2 y 53 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, así como artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008).

## II

Presentada la referida documentación en Registro de la Propiedad de Álora, fue objeto de la siguiente nota de calificación con las debidas adaptaciones relativas para cada una de las instancias presentadas pero sustancialmente idénticas: «Registro de la Propiedad Álora. Visto por el registrador de la Propiedad de Álora y su distrito hipotecario, el procedimiento registral identificado con el número de entrada 40.423/2011, iniciado como consecuencia de presentación en el mismo Registro, por don J. A. P. P., de los documentos que obran en dicho procedimiento, en virtud de solicitud de cancelación de inscripción registral. En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes Hechos: Primero. El documento objeto de la presente calificación, instancia suscrita por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Álora, don José Sánchez Moreno, el día treinta de septiembre de dos mil once, fue presentado por don J. A. P. P. a las 12:15 horas del día 30 de septiembre de 2011, asiento 1241 del Diario de Presentación número 131. Segundo. En el documento calificado se solicita la cancelación de la inscripción registral número 5278, obrante al folio 59, del tomo 925, libro 299, del archivo de este Registro de la Propiedad, relativa a determinada escritura de ampliación de obra nueva terminada, sita en parcela 8 del polígono 26 (partido Bachiller) de Álora, en virtud de oficio remitido a esta oficina por don José Sánchez Moreno, Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Álora, en el cual se afirma: «No consta entre la documentación remitida a este Ayuntamiento, que la obra nueva terminada se inscribe bajo la situación de fuera de ordenación tal y como preceptúa el art. 24.4 b) RDLG 2/2008. No consta acto administrativo (municipal) mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación *ex art.20.4 b) in fine RDLG 2/2008*». A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes Fundamentos de Derecho: I. Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a calificación por el registrador, quien, bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución. II. Las Normas Subsidiarias del término municipal de Álora, aprobadas el 30 de diciembre de 1991 (habiendo sido publicado el acuerdo de aprobación definitiva en el Boletín Oficial de la Provincia de 15 de febrero de 1993), no han adquirido legalmente efectividad, al no haber sido objeto de íntegra publicación oficial; debiendo considerarse aplicables únicamente en el término municipal, por tanto,

las Normas Complementarias y Subsidiarias de Ámbito Provincial de Málaga, publicadas en el Boletín Oficial de la Provincia de 11 de julio de 1978, así como el Plan Especial de Protección del Medio Físico y Catálogo de Espacios y Bienes Protegidos de la provincia de Málaga, cuya publicación fue ordenada por resolución de la Dirección General de Urbanismo y publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía número 69, de 9 de abril de 2007, y el Plan de Ordenación del Territorio de la Aglomeración Urbana de Málaga (P. O. T. A. U. M.), aprobado por Decreto 308/2009, de 21 de julio, publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía número 142, de 23 de julio de 2009; los cuales no califican como terreno protegido la parcela sobre la que se asienta la edificación declarada e inscrita –resultando además, al menos en parte, posteriores a la conclusión de aquella misma edificación–. En efecto, la jurisprudencia ha declarado de modo reiterado que los instrumentos de ordenación, aunque hayan sido válidamente aprobados, no adquieren efectividad (en puridad, no entran en vigor, dado que se trata de auténticas normas jurídicas) mientras no se realice su íntegra publicación en el boletín o periódico oficial correspondiente –vid., en tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 9 febrero 2000 [RJ –marginal Westlaw-Aranzadi– 2000V595], al afirmar que «la materia que nos ocupa se refiere a la eficacia de las normas jurídicas (pues los Planes de Urbanismo lo son), y, por lo tanto, correspondiendo la misma a la competencia exclusiva del Estado (artículo 149A.8.ª de la Constitución Española), cualquier norma autonómica ha de interpretarse de acuerdo con la normativa estatal, en este caso, con el artículo 70.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, de 2 de abril de 1985, en el sentido en que este precepto ha sido interpretado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (véanse, por todas, las Sentencias de 10 de abril de 1990 [RJ 1990Y3593], 11 de julio de 1991 [RJ 1991X6352] y 22 de octubre de 1991 [RJ 1991X8375], entre otras muchas), es decir, en el de que la eficacia de los Planes Urbanísticos, ya corresponda su aprobación definitiva a los Ayuntamientos ya a las Comunidades Autónomas, exige la previa publicación de todas sus normas y no sólo la del acuerdo de aprobación definitiva»-. Por lo cual, no habiéndose producido la publicación íntegra de las normas subsidiarias del término municipal de Álora al tiempo de la edificación ejecutada, las mismas carecen de toda eficacia. De este modo, el terreno propiedad del titular registral había de ser considerado, al tiempo de la conclusión de la edificación, como suelo no urbanizable, tal como establecía originariamente el artículo 66 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 –al disponer que «en las poblaciones que carecieran de Plan de ordenación, el territorio se clasificará en suelo urbano y rústico», constituyendo «suelo urbano los terrenos comprendidos en un perímetro edificado al menos en el veinte por ciento de su extensión superficial» y «suelo rústico los demás terrenos no incluíbles en la calificación anterior»-, continuó estableciendo el artículo 81 del Real Decreto 1346/1976, de 9 abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana –conforme al cual, «en los municipios que carecieran de Plan General Municipal de Ordenación, el territorio se clasificará en suelo urbano y suelo no urbanizable», constituyendo «el suelo urbano los terrenos que por contar con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica o por estar comprendidos en áreas consolidadas por la edificación al menos en la mitad de su superficie se incluyan en un Proyecto de delimitación» y «suelo no urbanizable los demás espacios del término municipal»-, norma que fue reiterada literalmente por el artículo 13 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 y que actualmente consagra la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía –conforme a la cual «en los municipios que, al tiempo de entrada en vigor de esta Ley, no cuenten con planeamiento general, el suelo del término municipal se entenderá clasificado en urbano y no urbanizable, integrando esta última clase todos los terrenos que no deban adscribirse a la primera en aplicación de los criterios establecidos en el artículo 45»-. Clase de suelo en la que, conforme al artículo 185 de la misma Ley, la acción de disciplina urbanística para el restablecimiento del orden perturbado (y la consiguiente demolición de la obra) caduca

en el plazo general de cuatro años –pues, dada la ausencia de planeamiento general, no es posible que los terrenos, calificados genéricamente como no urbanizables por expresa disposición legal, se encuentren en alguna de las categorías referidas en el apartado 2 del mismo artículo 185 de la Ley, en las que no caduca la acción de demolición; esto es: «suelo no urbanizable de especial protección o incluidos en la Zona de Influencia del Litoral», «bienes o espacios catalogados», «parques, jardines, espacios libres o infraestructuras o demás reservas para dotaciones» u «ordenación estructural de los Planes Generales de Ordenación Urbanística o de los Planes de Ordenación Intermunicipal»–. Por lo cual, aunque la obra deba ser considerada ilícita –pues la edificación en suelo no urbanizable está sujeta a la aprobación de un específico Programa de Actuación (*vid.* artículo 52 –«régimen del suelo no urbanizable»– de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía)–, cabe la inscripción de la misma, una vez transcurrido el plazo de ejercicio de la acción de demolición, si no consta en el Registro anotación preventiva de incoación del correspondiente expediente de disciplina urbanística. Siempre, claro está, que se acredite la conclusión de la obra por alguno de los medios previstos en el apartado 4, letra a), del artículo 20 de la Ley de Suelo –esto es, «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»–, así como, tras la reforma introducida por el 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, que el suelo sobre el que se asienta la edificación «no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general». III. Tratándose de 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, no cabe exigir, como requisito para la práctica del asiento, la expedición de la licencia de primera ocupación o utilización. Básicamente, por dos razones distintas: a) desde el punto de vista 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, conforme al artículo 149, apartado 1, regla 8.ª, de la Constitución –conforme al cual, «el Estado tiene competencia exclusiva sobre» «las reglas relativas a la (...) ordenación de los registros e instrumentos públicos»–. Razón por la cual no puede considerarse que la norma contenida en el artículo 27 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, aprobado por Decreto 60/2010, de 16 de marzo –y que exige la aportación de licencia de primera ocupación, como requisito para la inscripción de la declaración de obra nueva en el Registro– tenga el carácter de norma o regla específicamente registral o hipotecaria. Por el contrario, con el fin de salvar el precepto de la ineficacia constitucional, necesariamente hemos de considerar que, a pesar de su deficiente formulación (que la hace aparecer como regla verdaderamente adjetiva o registral), la norma contiene un simple precepto de legalidad material, relativo a la validez o licitud de la propia obra sujeta a inscripción. Bien es cierto, sin embargo, que estamos en presencia de una exigencia de legalidad que la norma estatal, contenida en el artículo 20, apartado 1, letras a y b, del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, eleva a la categoría de requisito para la práctica de la inscripción, dentro del régimen registral o hipotecario general. Puesto que dicho precepto, al regular los presupuestos legales para la práctica de la inscripción de obras nuevas, remite expresamente a 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». Tal remisión constituye, no obstante, una simple incorporación a la norma legal de los requisitos de legalidad material, establecidos en la legislación sectorial de origen autonómico. Una remisión o incorporación que no puede afectar a la distribución

de competencias, constitucionalmente establecida, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ni, por ello, puede alterar la verdadera naturaleza de la norma a la que remite, como regla relativa a la legalidad o validez material del acto. La remisión legal no puede entenderse como transmisión transversal de competencias del Estado al ámbito competencial autonómico, al modo en que, de modo vertical, sucede en la deslegalización reglamentaria. Pues, si así fuera, la remisión realizada por el artículo 20 de la Ley de Suelo determinaría un traslado de las competencias, de índole registral, en favor de la Comunidad Autónoma, como verdadera y propia transferencia de competencias del Estado, la cual, recuérdese, se encuentra sujeta a requisitos constitucionales de especial rigor formal (*ex* artículo 150 de la Constitución), que por supuesto no concurren en el caso del Texto Refundido de la Ley de Suelo. Y, de este modo, no habiéndose producido 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 constituye, por tanto, una norma de carácter sustantivo, relativa a los requisitos de legalidad de la propia actividad material que se formaliza a través del título objeto de inscripción. Una regla de legalidad material, ajena a la específica regulación adjetiva relativa el procedimiento registral, que, por tanto, ha de considerarse sujeta, en su aplicación temporal, a la prohibición, derivada de las bases mismas del Estado de Derecho, de su aplicación retroactiva, dada su condición de norma sancionadora o restrictiva de derechos (*vid.* artículo 9, apartado 3, de la Constitución y Disposición Transitoria 3.<sup>a</sup> del Código Civil). Por lo que, en definitiva, la necesidad de otorgamiento de licencia de primera ocupación, impuesta por el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía como condición de legalidad o validez de la actividad edificatoria, no resulta aplicable a las edificaciones concluidas antes de la entrada en vigor de esa misma norma reglamentaria, de carácter restrictivo o sancionados. b) De otro lado, debe tenerse presente que la aplicación de la legalidad, en el ámbito de la disciplina urbanística, tiene dos aspectos o vertientes distintas: la derivada de la propia actividad ilícita de transformación urbanística (en nuestro caso, la edificación sin licencia o con licencia posteriormente declarada ilegal) y la sanción por el posterior uso de la edificación ilícitamente ejecutada. Para el primer ilícito administrativo (la actividad edificatoria), la ley establece un régimen específico de caducidad de la acción de restablecimiento o restauración del orden infringido (dirigida a la demolición de la edificación ilícitamente ejecutada), cuyo plazo comienza a correr desde el momento de terminación de la propia edificación (o, según otros autores, desde que la Administración pudo ejercitar la acción de disciplina); régimen de caducidad que permite la inscripción de la obra ilícita en el Registro, transcurrido el plazo señalado por la ley. Por el contrario, la acción sancionadora por el uso incompatible con la ordenación de la edificación ilícita no desaparece de un modo tan sencillo. No sólo porque estamos en presencia de una institución, la prescripción (distinta de la caducidad), sujeta a mayores posibilidades de prórroga (a través de su interrupción y no de su simple suspensión), sino porque dicho plazo de prescripción no comienza a correr hasta la completa terminación del uso ilegítimo de la edificación. Pues, como afirma de modo reiterado la jurisprudencia, dicho uso indebido constituye un «ilícito continuado», que no termina racionalmente mientras la obra mantenga su propia existencia, al amparo de la caducidad de la acción de demolición. Y, de este modo, si la caducidad de la acción de demolición no purifica el uso indebido (o contrario a la ordenación) de la propia edificación, difícilmente puede sujetarse la inscripción de la edificación a la expedición de licencia de primera ocupación relativa a dicho uso –por definición de carácter ilícito–. Puesto que dichas licencias –«de ocupación y de utilización»–, conforme al artículo 7 –«tipología de licencias urbanísticas»–, letra d, del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, «tienen por objeto comprobar que el uso previsto para un edificio, o parte del mismo, es conforme a la normativa y a la ordenación urbanística de aplicación». Y, dado que la edificación ilícita, una vez caducada la acción de restablecimiento del orden infringido, puede legalmente ser objeto de inscripción registral, a pesar que el uso, como ilícito continuado, mantiene

de modo constante su contradicción con la ordenación, ha de concluirse, necesariamente, en la imposibilidad de sujetar dicha inscripción a la expedición de licencia de primera de ocupación o utilización. Las obras que, al amparo del artículo 20 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 urbanístico correspondiente; obras respecto de las cuales, a pesar de esa, casi indefectible, contradicción de su uso con la legalidad urbanística, la ley estatal permite el acceso al Registro; finalidad de la ley estatal que, de este modo, quedaría frustrada si exigiéramos el otorgamiento de la correspondiente licencia de primera ocupación –dada la sustancial incompatibilidad de dicha licencia con el carácter ilícito de la edificación objeto de tal inscripción–. VI. El artículo 20, apartado 4, letra b, de la Ley de Suelo, tras la reforma introducida por el 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, establece 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», continúa el precepto, «será preciso aportar el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido». El precepto plantea, de este modo, la cuestión relativa a la necesidad de exigencia del correspondiente acto administrativo, sobre la situación («fuera de ordenación», o no) de la edificación declarada. A pesar de que ese haya podido ser el propósito del legislador estatal (lo que resulta absolutamente inseguro, dado que dichos propósitos constituyen arcanos indescifrables, propios de un ente reservado e inaprensible, la *mens legislatoris*), la intención del mismo, en la forma en que aparece recogida por la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley (que desconoce la verdadera naturaleza de las «edificaciones fuera de ordenación», al identificarlas con todas «aquellas 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») y el tenor literal del precepto aprobado, así como el verdadero régimen de las edificaciones e instalaciones fuera de ordenación, resultan difícilmente compatibles con dicha exigencia; pues estamos en presencia de una institución de carácter heterogéneo, que ni siquiera comprende, en algunas de nuestras legislaciones urbanísticas, las obras ilícitas, una vez transcurrido el plazo de prescripción de la acción de demolición. En efecto, la categoría de las «obras e instalaciones fuera de ordenación» no comprendía inicialmente las edificaciones ilícitas. En la legislación del Estado, la calificación de edificios e instalaciones como «fuera de ordenación» estaba reservada a las obras inicialmente lícitas que, sin embargo, resultaban sobrevenidamente disconformes por las sucesivas innovaciones del planeamiento; estableciéndose, a tal fin, limitaciones relativas a las obras de consolidación, mejora y ampliación, con objeto de no impedir la definitiva efectividad de la nueva ordenación. Así, el artículo 48 de la primitiva Ley del Suelo de 1956, literalmente trasladado al artículo 60 de Texto Refundido de 1976, establecía que (1) «los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación del Plan General o Parcial que resultaren disconformes con el mismo serán calificados como fuera de ordenación»; norma que pasó, casi sin variación, al artículo 137 del Texto Refundido de 1992 –conforme al cual, (1) «los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico que resultaren disconformes con el mismo serán calificados como fuera de ordenación»–. La jurisprudencia, por su parte, amplió aquel concepto legal de «edificaciones fuera de ordenación», extendiendo su régimen a las obras ilegales (carentes de licencia o con licencia posteriormente declarada ilegal). Puesto que, según el Tribunal Supremo, el simple transcurso del tiempo legal para exigir la demolición sin que la Administración actúe no puede servir de vía para llegar a la legalización de las obras, que deben continuar considerándose ilícitas. Por el contrario, tales obras, entiende la jurisprudencia, se

colocan en situación análoga a la de «fuera de ordenación urbanística»; es decir, en una situación de existencia consentida, pero condicionada por límites análogos a los derivados del régimen jurídico de «fuera de ordenación». Con posterioridad, la norma contenida en el artículo 137 del Texto Refundido de 1992 fue declarada nula por la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, por razones de carácter competencial. Razón por la cual, en la actualidad, el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, tan sólo contiene referencias incidentales a la institución: el artículo 19, sobre necesidad de declarar en la transmisión de terrenos la existencia de edificaciones fuera de ordenación o el artículo 35, negando indemnización a «las lesiones en los bienes y derechos que resulten (...)»: de (a) (...) «las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística». Por todo lo cual, al margen de aquella construcción jurisprudencial, la regulación de las edificaciones fuera de ordenación ha quedado reservada al ámbito competencial autonómico. Una legislación en la que se observa una diversidad de soluciones y regímenes distintos, en punto, en especial, a los supuestos comprendidos en el seno de la institución, pues la misma parte siempre de las situaciones de contradicción con la ordenación urbanística, consecuencia de la innovación del planeamiento, pero no siempre se extiende a situaciones análogas, tales como las derivadas de la ejecución de obras ilegales, respecto de las que no procede dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, como consecuencia de la caducidad de la acción de demolición. Así, existe un primer grupo de legislaciones autonómicas en las que, de forma expresa, la norma califica las edificaciones ilícitas, una vez caducada la acción de disciplina, en situación de fuera de ordenación. Así, por ejemplo, Cataluña (*vid.* artículo 108 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de urbanismo –el cual, por cierto, distingue, en relación con «las construcciones y las instalaciones a las cuales no se puedan aplicar las medidas de restauración», entre las situaciones «de fuera de ordenación o de disconformidad»–, Baleares (*vid.* artículo 3 de su Ley 8/1988, de 1 de julio, sobre edificios e instalaciones fuera de ordenación), Galicia (*vid.* artículo 210 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia –que establece un régimen diferenciado para las edificaciones total y parcialmente incompatibles–), Castilla-La Mancha (*vid.* artículo 182 del Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística), Castilla y León (*vid.* artículo 121 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León) o Murcia (*vid.* artículo 228 del Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia); cada una de ellas, por cierto, arbitrando procedimientos distintos, bien para la formal declaración de la situación o, simplemente, para la autorización de obras sobre las edificaciones irregulares. Por el contrario, otro grupo de legislaciones autonómicas omite la calificación de las edificaciones ilícitas, respecto de las que no procede la demolición, como situaciones «fuera de ordenación». Así sucede, por ejemplo, en Madrid (*vid.* artículo 64 de Ley de la Comunidad de Madrid 9/2001, de 17 de julio, del Suelo –si bien dicha omisión, en la villa de Madrid, ha tratado de ser enmendada por el artículo 25 de la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas de 23 de diciembre de 2004–), la Comunidad Valenciana (*vid.* artículo 111 de la Ley de la Generalitat 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana) o Canarias (*vid.* artículo 44 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias). Y existe, finalmente, un último grupo en el que se produce una calificación intermedia, por vía analógica. Así, en Andalucía, donde la regulación es menos clara, pues el apartado 1 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, tan sólo parece incluir en «la situación legal de fuera de ordenación» «las unidades resultantes ejecutadas de forma clandestina o ilegal en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable», siempre que el instrumento de planeamiento las califique «como incompatibles con el modelo

urbanístico que se adopte»; una régimen confuso –pues no se sabe si comprende todas las edificaciones ilegales o sólo las que el precepto acota– que el artículo 53 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ha tratado de resolver, incluyendo en su párrafo 1 todos «los actos de uso del suelo» realizados «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» de prescripción de la acción de demolición, estableciendo que los mismos «quedarán asimilados al régimen de fuera de ordenación previsto en la Disposición adicional primera» de la Ley; estableciéndose, además, (4) la obligación de la Administración actuante de declarar la situación en la propia resolución «por la que se acuerde el transcurso del plazo previsto para adoptar medidas de protección», «identificando (...) el régimen jurídico aplicable»; normas reglamentarias que, sin embargo, por su carácter independiente, plantean graves dudas de legalidad. Por todo lo cual, en definitiva, las obras sin licencia que, por transcurso del plazo de caducidad de la acción de disciplina, no puedan ser objeto de demolición, a que se refiere el nuevo artículo 20, apartado 4, de la Ley de Suelo pueden encontrarse en tres situaciones distintas: a) las que, siendo lícitas, por no existir, inicial o sobrevenidamente, contradicción alguna con la ordenación urbanística, y no estando por tanto fuera de ordenación, acceden al Registro por esta vía oblicua, sin acudir a la legalización formal (por las razones que sean, desde omitir el pago de la tasa correspondiente a la simple comodidad); b) las que siendo originariamente ilícitas pueden subsistir, una vez transcurrido el plazo de ejercicio de la acción de disciplina, sin quedar incluidas de modo expreso en la categoría de las obras fuera de ordenación (porque la ley no las declare en tal estado), quedando genéricamente sujetas, como afirma la jurisprudencia, a un régimen análogo al de fuera de ordenación (consecuencia inmediata y directa de la caducidad de la acción de restauración del orden infringido); y c) las que, siendo igualmente ilícitas, la ley incluye en alguna categoría formal expresa, de «fuera de ordenación» o, como en el caso de Cataluña, de «disconformidad», con determinación de su régimen jurídico. Tratándose, por ello, de supuestos diferentes, la solución que se adopte, para cada uno de ellos, ha de ser necesariamente distinta. No parece razonable exigir, en todos los casos, una declaración administrativa formal sobre la conformidad de la obra o su situación irregular, incluso en aquellos supuestos en que la ley no prevé su formal calificación como fuera de ordenación o no establece un procedimiento específico para tal declaración. La Autoridad administrativa correspondiente podrá negarse, con razón, a realizar tan atípica declaración, que la ley no impone de manera expresa y para la que no establece procedimiento específico alguno. Una declaración que, en cualquier caso, habría de consistir, por fuerza, en la completa revisión administrativa de la obra, única vía a través de la cual podrá la Administración declarar el carácter irregular de la misma o, por el contrario, su completa adecuación a la ordenación. Declaración de adecuación que, en la realidad y en el fondo, constituye una auténtica legalización de la obra; que es, precisamente, lo que se trataba de evitar a través del precepto legal –dirigido a facilitar la inscripción directa de la edificación por el simple transcurso del plazo de caducidad de la acción de demolición, sin necesidad de previa legalización–; para ese viaje, no hacían falta alforjas. Y no se trata sólo de un problema de racionalidad y proporcionalidad de la solución propuesta. Es también una exigencia sistemática, dentro de la hermenéutica del precepto. Pues, de una parte, resulta absurda la posibilidad, reconocida por el apartado a del artículo 20, número 4, de la Ley de Suelo, de acreditar la fecha de conclusión de la obra a través, junto a la certificación municipal, de certificación de «técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral» y concluir, sin embargo, en virtud de una interpretación rigurosa del apartado b del mismo número, en la necesidad de aportar, en todo caso, «el acto administrativo mediante el cual se declare (o no) la situación de fuera de ordenación». A través de tal interpretación el precepto, una vez más, quedaría reducido al absurdo. Y, junto a ello, también perdería todo su sentido el último párrafo del precepto. Pues, si hemos de exigir la completa revisión administrativa de la legalidad de la obra en todos los casos, ¿qué sentido tiene entonces la notificación que el

registrador ha de realizar «al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas», haciendo «constar en la inscripción y en la nota de despacho la práctica de dicha notificación», de conformidad con la letra c del apartado 4 del mismo artículo 20 de la Ley de Suelo? ¿Es que la Administración actuante ha podido olvidar la completa revisión que ella misma ha realizado de la legalidad de la obra? Existen, de este modo, graves contradicciones o errores en la norma –en relación con los presupuestos de los que parte y en la formulación de las soluciones arbitradas–, que el intérprete debe inexcusablemente corregir, dotando de sentido el precepto, como parte global, sistemática, de la completa regulación legal. Una corrección que no se logra interpretando las normas en conflicto de modo que, para alcanzar un objetivo que ni siquiera aparece expresamente formulado –la constancia imperativa del carácter, fuera o «dentro» de la ordenación, de la edificación inscrita–, se prive de sentido a la totalidad de la norma; haciendo, de esta forma, que (a) sólo quepa una vía de constatación de la antigüedad de la obra (la resolución administrativa municipal), con exclusión de todas las demás que el precepto autoriza (la certificación de técnico, el acta notarial o la certificación catastral), (b) carezca de sentido alguno la comprobación registral, introducida en la norma por el mismo Decreto Ley, sobre la calificación de la parcela (su ausencia de «carácter demanial» o la afectación de la misma a «servidumbres de uso público general») y (c) resulte superflua, por falta de cualquier utilidad, la notificación posterior al Ayuntamiento que el Decreto Ley de reforma impone ahora en todos los supuestos. Por lo que, en fin de cuentas, la inscripción de la obra ilícita, una vez caducada la acción de demolición, habrá de practicarse mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado a del artículo 20, número 4, de la Ley; haciendo constar en el asiento practicado la calificación de la edificación como «fuera de ordenación», sólo cuando la fecha de terminación de la obra se acredite mediante certificación municipal en la que se contenga la declaración a que se refiere el apartado b del mismo número. V. Por todo lo cual, la calificación registral que dio lugar a la inscripción de la obra nueva, a que se refiere el oficio calificado, resultó plenamente adecuada, provocando un asiento plenamente válido y eficaz, que, de este modo, no debe ser objeto de declaración alguna, de nulidad o ineficacia. Mas, aun cuando no hubiera sido así, en modo alguno puede este registrador proceder a la cancelación del asiento, en virtud de la solicitud formulada en el oficio calificado. Puesto que, de conformidad con el artículo 1, párrafo 3.º, de la Ley Hipotecaria, «los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos, mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley». VI. En todo caso, la inscripción de la obra nueva, como consecuencia de la acreditación de su antigüedad, no impide, dificulta o condiciona, en modo alguno, la aplicación de la legalidad urbanística, mediante el ejercicio de la potestades de disciplina correspondientes a la Administración. El llamado principio de subrogación legal, consecuencia del carácter normativo de los planes de ordenación (vid. artículo 34, letra c, de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía), permite la constante y rigurosa aplicación de la legalidad urbanística, aun en contra del subadquirente de los bienes o derechos objeto de cualquier infracción, incluso aun cuando tenga la condición de tercero, ajeno a la infracción cometida. Conforme a la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo, la ordenación urbana ha de aplicarse de manera rigurosa, de modo que no resulte nunca lesionado el interés público; ordenando la demolición de cualesquiera obras contrarias a la ordenación, aun cuando las edificaciones ilícitamente ejecutadas hayan sido adquiridas por tercero hipotecario en quien concurren las condiciones de la fe pública registral. Pues, afirma el Tribunal Supremo (*vid.*, por todas, la reciente sentencia (Sección 5.ª) de 29 abril 2009 [RJ 2009V5143]), «el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (...) no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando ésta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico»; y como quiera que «el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos», dice el Tribunal, «su protección jurídica se mueve por otros cauces»: básicamente, «obtener del responsable o

responsables de la infracción urbanística, o del incumplidor de los deberes que son propios de dichos contratos, el resarcimiento de los perjuicios irrogados por la ejecución». Una falta de protección del tercero que se suma al limitado margen que la ley concede al subadquirente para obtener la reparación del daño derivado de la declaración de ilicitud de la licencia y la posterior demolición de la edificación ilegal. Pues el principio constitucional de responsabilidad objetiva de la Administración Pública por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (cfr. artículo 106, apartado 2, de la Constitución Española), en el ámbito de la declaración de ilicitud de licencias previamente concedidas, queda excluido por la regla tradicional de nuestro ordenamiento urbanístico, conforme a la cual «en ningún caso hay lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado» (cfr. artículo 35, apartado d, de la Ley del Suelo). Una culpa grave que, al decir de la jurisprudencia, concurre siempre, por principio, pues «la licencia que infringe el ordenamiento lo es a petición del interesado y como regla de conformidad con el proyecto presentado, por lo que se hace difícil la posibilidad de alegar desconocimiento de la infracción (salvo en casos de ordenaciones urbanísticas incompletas o confusas, etc.)» (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1987 [RJ 1987\2032], citada de modo reiterado por todas las posteriores). Una culpa del particular que excluye toda posibilidad de reparación administrativa del daño incluso en el supuesto de concurrencia de culpas; esto es, cuando el daño es también debido a una actuación «anormal» o defectuosa por parte del órgano urbanístico actuante (vid. Sentencia del mismo Tribunal (Sección 6.ª) de 20 de enero 2005 [RJ 2005Y719]). De nada sirve, frente a esa arrolladora aplicación de la ordenación urbanística, el principio de confianza legítima, pues «la negligencia, ignorancia o mera tolerancia de la Administración respecto al ejercicio de una actividad sin licencia no genera derechos o expectativas jurídicas que deban ser objeto de tutela judicial» –vid., Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1996 [RJ 1996\3373]–. Tampoco el principio de proporcionalidad, que «no tiene por finalidad obstaculizar en cualquier caso las medidas de restauración de la legalidad urbanística infringida» –cfr. Sentencia del mismo Tribunal (Sección 5.ª) de 28 de noviembre de 2001 [RJ 2002\5537]–. Los Tribunales aplican de forma constante un rígido criterio de restauración del orden urbanístico infringido, ordenando la demolición en cualesquiera supuestos de infracción no legalizable; una medida que debe ser acordada por el Tribunal, aun cuando no hubiera sido pedida en la demanda, sin posibilidad alguna de incongruencia (cfr. Sentencia, también del Tribunal Supremo (Sección 5.ª), de 29 abril 2009 [RJ 2009\5143]), y que debe llevarse a efecto, aun fuera del plazo de caducidad de la acción ejecutiva establecido por el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. sentencia del mismo Tribunal (Sección 5.ª) de 29 de diciembre de 2010 [RJ 2011M066]), incluso cuando la edificación resulte sobrevenidamente conforme con la ordenación, si el Tribunal aprecia carácter malicioso en la innovación del planeamiento (cfr. Sentencia de 29 de abril de 2009, antes citada). Por lo que la inscripción de la obra en ningún caso impedirá el ejercicio de las acciones de disciplina que la Administración urbanística estime procedentes: para la demolición de la edificación, si, por error o falsedad en la prueba suministrada sobre la fecha de terminación de la obra o por otras causas (como la posible naturaleza especialmente protegida del suelo en que se asienta) no hubiera caducado la acción de demolición; para la sanción por el uso ilícito de la edificación; o, en última instancia, para la prevención o represión de las posteriores obras de reforma, ampliación o consolidación de la edificación, si la misma debe considerarse legalmente «fuera de ordenación». Aplicación de la legalidad urbanística a cuya efectividad trata de contribuir, en última instancia, la notificación de la inscripción practicada, realizada por este Registro, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 20, apartado 4, letra c, de la Ley del Suelo. En su virtud, Resuelvo denegar la cancelación solicitada, por la concurrencia del defecto mencionado, sin que proceda la extensión de anotación preventiva de suspensión, dado el carácter insubsanable del defecto indicado. Todo ello sin perjuicio del derecho de los interesados de acudir a los Tribunales de Justicia para contender y ventilar entre sí sobre la validez o nulidad de los títulos calificados. Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días. Ahora, a cinco

(siete en otro de los expedientes acumulados) de octubre de dos mil once. Firma ilegible, sello del Registro y pie de recurso.»

## III

Contra la anterior nota de calificación, don José Sánchez Moreno, alcalde presidente del Ayuntamiento de Álora, interpone los recursos en virtud de escritos de fecha 27 de octubre (8 de noviembre en el caso del expediente relativo a la finca registral 4188) de 2011, en los que en base a los argumentos más arriba mencionados reitera la solicitud de cancelación de la inscripción practicada en la finca registral 5278, en la finca registral 19018, en la finca registral 11655, en la finca registral 8816, en la finca registral 13740 y en la finca registral 4188, todas de la demarcación registral de Álora.

## IV

El registrador emitió sus informes el día 21 de diciembre de 2011 (3 de enero de 2012 en el caso de otro de los recursos acumulados), y elevó los expedientes a este Centro Directivo.

**Fundamentos de derecho**

Vistos los artículos 1, 19 bis, 38, 40, 66, 82, 211 a 220, 324 y 328 de la Ley Hipotecaria y las Resoluciones de este Centro Directivo de 11 de noviembre de 1970, 7 de marzo de 1988, 7 de noviembre de 1991, 3 de marzo y 18 de junio de 1993, 26 de agosto y 23 de noviembre de 1998, 17 de enero de 2001, 11 de noviembre de 2002, 8 de febrero de 2004, 2 de enero y 5 de marzo de 2005 y 5 de mayo de 2009.

1. Se plantean por parte del mismo recurrente sendos recursos contra notas de calificación del registrador de la propiedad de Álora. Es doctrina de este Centro Directivo que al tratarse del mismo recurrente y existir práctica igualdad de los supuestos de hecho y contenido de las notas de calificación, pueden ser objeto de acumulación y objeto de una sola Resolución (*vide* Resolución de 5 de marzo de 2005).

2. Se debate en este expediente la solicitud de cancelación de un asiento de inscripción de modificación por ampliación de obra nueva (de obra nueva terminada en el supuesto de los expedientes relativos a la registral 13740 y a la registral 4188), solicitud que lleva a cabo el alcalde de una localidad a raíz de que se le haya notificado por el registrador de la propiedad la práctica de dicho asiento de conformidad con lo previsto en el artículo 54 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.

3. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que, de conformidad con la regulación del recurso contra la calificación de los registradores de la propiedad, es objeto exclusivo del mismo la calificación recaída a los efectos de suspender o denegar la práctica del asiento solicitado (artículos 19 bis, 66, 325 y 326 de la Ley Hipotecaria). Es igualmente doctrina reiterada de este Centro Directivo, que de conformidad con las determinaciones legales, una vez practicado un asiento el mismo se encuentra bajo la salvaguarda de los Tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los Tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

4. A la luz de esta doctrina es claro que los recursos no pueden prosperar pues, practicado el asiento por el que se declara una obra nueva terminada o por el que se modifica por ampliación un previo asiento de inscripción de obra nueva, el mismo se halla bajo salvaguarda judicial y no es posible, en el estrecho y concreto ámbito de este

expediente, revisar como se pretende la legalidad en la práctica de dicho asiento. No procede por tanto entrar en la extensa argumentación del registrador en su nota para justificar la válida práctica en su día del asiento de modificación de obra nueva o de obra nueva terminada, como no procede entrar en la igualmente prolija argumentación del alcalde de la corporación municipal para mantener lo contrario; las cuestiones relativas a la validez o nulidad de la inscripción practicada han de ser ventiladas en el procedimiento legalmente establecido y no en el presente que, como queda dicho, tiene limitado su conocimiento a la calificación negativa emitida por el registrador que no puede sino ser confirmada por el exclusivo motivo de que no cabe alteración del contenido del registro sino con consentimiento del titular registral o por medio de resolución judicial firme o por los trámites previstos para la rectificación de errores en su caso.

Esta Dirección General ha acordado desestimar los recursos y confirmar las notas de calificación del registrador en los términos expresados.

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, 20 de enero de 2012.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.