



1 2011

ΑΛΕΤΗΙΩ
CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO



ISSN 1887-0929

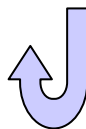


αΛεθηια
CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO

Comité Científico

| | |
|-------------------------------|--------------------------------|
| SOSA WAGNER, FRANCISCO | GONZÁLEZ ALONSO, BENJAMÍN |
| SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, JESÚS | GUILLÉN LÓPEZ, ENRIQUE |
| SAIZ DE MARCO, ISIDRO | GALÁN JUÁREZ, MERCEDES |
| RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL | ESPEJO GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL |
| REQUENA LÓPEZ, TOMÁS | CHECA GONZÁLEZ, CLEMENTE |
| PALMA LÓPEZ, CRISTINA | CAMY ESCOBAR, JESÚS |
| MOREU SERRANO, GERARDO | CAIADO AMARAL, RAFAEL |
| MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO | BORBÓN Y CRUZ, MILAGROS |
| MARTÍN MORENO JOSÉ LUIS | BELADÍEZ ROJO, MARGARITA |
| MARTÍN CRISTÓBAL, JOSÉ | ALMANSA MORENO-BARREDA, JAVIER |
| SECRETARIO: | SECRETARIA ADJUNTA: |
| RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL | PARERA CARRETERO, SOLEDAD |

[Ver sumarios y archivos a texto completo desde 2006](#)



SUMARIO

DOCTRINA

Págs.

- 1-144 La calificación registral de los actos de parcelación urbanística en Andalucía
Jesús Camy Escobar
- 145-155 [¿Debe sustituirse la responsabilidad personal por la real en las deudas hipotecarias?](#)

Luis Javier de Almansa Moreno-Barreda
- 156-174 [Los derechos del consumidor. Análisis teórico-doctrinal](#)

Aymara Jarrosay Veranes
Linnet Valverde Hernández
- 175-190 [La independencia de los organismos supervisores de sectores económicos de interés general. Contexto y realidad.](#)

Jesús Bobo Ruíz

JURISPRUDENCIA

Págs.

191-213 [La norma colegial que establece que la "Santísima Virgen María en el Misterio de su Concepción Inmaculada" es la patrona del Colegio de Abogados de Sevilla no menoscaba la neutralidad religiosa \(STC 34/2011, de 28 de marzo\)](#)

Cristina Español Fuensanta

214-227 [La omisión del consentimiento informado sin concurrir una situación de riesgo cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad puede suponer la vulneración del derecho fundamental a la integridad física \(STC 37/2011, de 28 de marzo\)](#)

Cristina Español Fuensanta

La calificación registral de los actos de parcelación urbanística en Andalucía

RESUMEN: En este estudio, el autor examina, desde el punto de vista del Registro de la Propiedad, el régimen jurídico España (principalmente en Andalucía) para dividir un terreno en varias parcelas acuerdo con la normativa urbanística. En este sentido destaca que no puede acceder al Registro de la Propiedad cualquier subdivisión de la tierra en parcelas nuevas sin licencia o declaración de división no será necesario expedido por el Ayuntamiento. Este estudio pone de relieve el cambio operado a partir de un concepto material o físico de la división de la tierra, a un nuevo concepto de la división jurídica o ideal, que ha sido incorporado por el artículo 17.1 de la Ley del Suelo de 2008 y por el art. 66.2 de la Ley de Urbanismo de Andalucía (Ley 7 / 2002 de 17december), dando relevancia a varios signos aparentes de la separación de los terrenos urbanos en parcelas que superan los conceptos tradicionales de la división y la segregación. aparentes de parcelación urbanística, que exceden de los tradicionales conceptos hipotecarios de división y segregación.

ABSTRACT: The In this study, the author examines, from the point of view of Property Register, the Spain legal regime (mainly in Andalusia) to split a piece of land in several plots according town planning regulations. In this regard emphasizes that can not access the Property Register any land subdivision in new plots without license division or statement not be necessary issued by the City hall. This study highlights the change operated from a material or physical concept of division of the land, to a new legal concept division or ideal, that has been incorporated by the article 17.1 of the Land Law of 2008 and by art. 66.2 of the Town Planning Act of Andalusia (Law 7/2002 of 17december), giving relevance to several apparent signs of urban land split into plots, which exceed the traditional concepts of division and segregation.

PALABRAS CLAVE: Régimen jurídico del suelo, Registro de la Propiedad. parcelaciones urbanísticas.

KEY WORDS: Consumer Spanish Land Act, Property Register. planning regulations urban division of land into plots.

Law.

CDU: 342.9. Derecho Administrativo.. 349.4 Derecho del suelo. Derecho urbanístico.

LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LOS ACTOS DE
PARCELACIÓN URBANÍSTICA EN ANDALUCÍA

ÍNDICE:

1º.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2º.- TRATAMIENTO GLOBAL Y UNITARIO DE LA PROBLEMÁTICA EN TORNO
AL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE EL SUELO, SUPERANDO LA
TRADICIONAL VISIÓN IUSPRIVATISTA.

2º.A.- Carácter estatutario del régimen urbanístico de la propiedad del suelo.

2º B.-Principio básico: los actos de división y segregación de fincas han de ajustarse a la legislación aplicable y a la ordenación territorial y urbanística. Art. 17.2 TRLS de 2008.

2º.C.- Reparto competencial en relación a la determinación de los requisitos necesarios para la inscripción de los actos de naturaleza urbanística. STC 61/1997.

2º.D.- Cierre del registro a todo título formal que contenga un acto parcelatorio y no se acompañe de certificación/testimonio de la licencia o declaración de innecesariedad a la que en su caso este sujeto. Principio de legalidad urbanística. Art. 17.2 TRLS y Art. 66.4 LOUA

2º.E.- Problemática en torno a la vigencia del art. 79 del RD 1093/1997, (NCRH). Análisis de la posición mantenida por la DGRN. Cierre registral derivado del art. 17.2 del TRLS. Repercusiones de la sentencia del TS de 28 de enero de 2009: no puede constituirse el art. 79 NCRH en una especie de silencio administrativo reglamentario de segundo grado, que opera desvinculado de los efectos generales establecidos por el art. 43 de la LRJPAC, amparando la inscripción de derechos o facultades urbanísticas *contra legem*:

2º.-E.a.- Problemática en torno a la vigencia del 79 del RD 1093/1997 (NCRH).

2º.E.b.- Análisis de la posición mantenida por la DGRN.

2º.E.c.- Cierre registral derivado del art. 17.2 del TRLS de 2008.

2º.E.d.- Repercusiones de la sentencia del TS de 28 de enero de 2009: no puede constituirse el art. 79 NCRH en una especie de silencio administrativo reglamentario de segundo grado, que opera desvinculado de los efectos generales establecidos por el art. 43 de la LRJPAC, admitiendo la inscripción de derechos o facultades urbanísticas *contra legem*.

2º.E.e.- Conclusiones que se deducen de la STS de 28 de enero de 2009, dictada en interés de ley.

3º.- ADAPTACIÓN DE LOS TRADICIONALES CONCEPTOS DE DIVISION Y SEGREGACIÓN A LAS NUEVAS REALIDADES FÍSICAS Y JURÍDICAS QUE SUBYACEN BAJO EL TÉRMINO PARCELACIÓN. CONCEPTO DE PARCELA Y FINCA.

3º.A.-Desmaterialización del derecho de propiedad: tránsito de la división material o física del terreno a la división jurídica o ideal del derecho y del aprovechamiento. Art. 17.3 y 4 del TRLS.

3º.B.- Nueva definición de los conceptos de finca y parcela, que trasciende el concepto civil de bien inmueble que resulta del art. 334 del CC. Art. 17.1 TRLS.

3º.C.- Adaptación de los conceptos hipotecarios de segregación y división, utilizados en los artículos 78 y 79 del RD 1093/1997, (NCRH), a la nueva terminología de la LOUA: parcelación urbanística y actos reveladores de una posible parcelación. Resolución de 12 de julio de 2010.

4º.- LAS PARCELACIONES RÚSTICAS Y PARCELACIONES URBANÍSTICAS ILEGALES EN SUELO NO URBANIZABLE.

4º.A.-Concepto de parcelación rústica y legislación aplicable. Artículos 13. TRLS; 66.1.b y 68.2 LOUA.

4º.B.- Segregaciones de naturaleza rústica en suelo no urbanizable: declaración de innecesariedad pendiente de desarrollo reglamentario. Art. 52.1.B. LOUA.

4º.C.- Nulidad de los actos de segregación o división de los que resulten fincas o parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Artículos 23 a 25 de la Ley 19/1995 de Modernización de Explotaciones Agrarias.

4º.D.- Las parcelaciones urbanísticas en fraude de ley vía art. 25.B de la Ley 19/1995 de Modernización de las Explotaciones Agrarias:

4º.D.a.- Presupuestos fácticos para la aplicación de la norma.

4º.D.b.- Breves ideas sobre los actos edificatorios en suelo no urbanizable en Andalucía. Artículos 42, 43 y 52 LOUA.

4º.D.c.- Problemática en torno al art. 80 del RD 1093/1997. Análisis de las resoluciones de la DGRN. Operatividad actual del precepto según la doctrina mayoritaria.

4º.E.- Concepto unitario de parcelación urbanística. Competencias de la Comunidad Autónoma en materia de protección de la legalidad urbanística. Art. 188 LOUA. Reposición de la realidad física alterada en suelo no urbanizable. Art. 49-j RDU.

4º.E.a.- Concepto unitario de parcelación urbanística.

4º.E.b.- Competencias de la Comunidad Autónoma en materia de protección de la legalidad urbanística. Art. 188 LOUA.

4º.E.c.- Reposición de la realidad física alterada en suelo no urbanizable. Art. 49.j RDU.

4º.F.-Prescripción en materia de parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable.

4º.G.- Edificaciones asimiladas a fuera de ordenación. Art. 53.4º y 5º RDU.

5º.- LAS PARCELACIONES URBANÍSTICAS.

5º.A.- Ámbito competencial y concepto de parcelación urbanística en función de la clase de suelo. Art. 66.1 LOUA. Evolución del concepto para protegerse de los actos en fraude de ley.

- 5º.B.-** Principio de legalidad urbanística. Art. 66.3º y 4º de la LOUA en relación con el art. 17.2 del TRLS. Acreditación por certificado/testimonio de la licencia o declaración de innecesariedad.
- 5º.C.-** Naturaleza de la licencia de parcelación y declaración de innecesariedad.
- 5º.D.-** La licencia de parcelación o declaración de innecesariedad son exigibles en todo caso, con independencia de la naturaleza del documento a través del cual se formalice el acto divisorio.
- 5º.E.-** Contenido de la licencia de parcelación y declaración de innecesariedad.
- 5º.F.-** Incorporación bases gráficas.
- 5º.G.-** Caducidad de la licencia de parcelación o declaración de innecesariedad. Art. 66.5 LOUA.
- 5º.H.-** Limitaciones de los actos de parcelación urbanística. Art. 13 TRLS; artículos 68, 160.1.D y 185.2.a de la LOUA.
- 5º.I.-** Naturaleza jurídica de los actos reveladores de parcelación urbanística, que como determinación complementaria de dicho concepto están sujetos a igual trato legal. Resolución de 12 de julio de 2010.
- 5º.J.-** Distinta operatividad de los signos reveladores de parcelación urbanística.
- 5º.K.-** Problemática en relación con la venta de cuotas o participaciones indivisas. Art. 8.a RDU:
- 5º.K.a.-** Venta de cuotas con asignación de uso.
 - 5º.K.b.-** Venta de cuotas sin asignación de uso o incluso con pacto en contrario.
 - 5º.K.c.-** Conclusiones que se deducen del análisis de las resoluciones de la DGRN.
 - 5º.K.d.-** Aplicación de la regla de proporcionalidad del art. 8.a del RDU: no puede ser considerado como un acto revelador, de signo inverso, que neutralice o mitigue el supuesto rigor del art. 66.2 de la LOUA. Principio de jerarquía normativa.
- 5º.L.-** Problemática de la interposición de divisiones horizontales:
- 5º.L.a.-** Criterio tradicional de la DGRN que ha sido anulado por sentencias de la AP de Madrid.
 - 5º.L.b.-** Resolución de 25 de mayo de 2005: considera los actos reveladores de parcelación urbanística en Andalucía como una presunción legal que solo podrá ser desvirtuada a través del correspondiente procedimiento administrativo o judicial.
 - 5º.L.c.-** La división horizontal ha de ser considerada como un acto en fraude de ley, cuando su finalidad es la de conseguir un fraccionamiento prohibido por la Ordenación Territorial y urbanística. Art. 6.4 CC.
 - 5º.L.d.-** Conclusiones que se deducen del análisis de las resoluciones de la DGRN.

LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LOS ACTOS DE PARCELACIÓN URBANÍSTICA EN ANDALUCÍA

5º.L.e.- Divisiones horizontales: debate en torno a la aplicación del art. 53 del RD 1093/1997, NCRH.

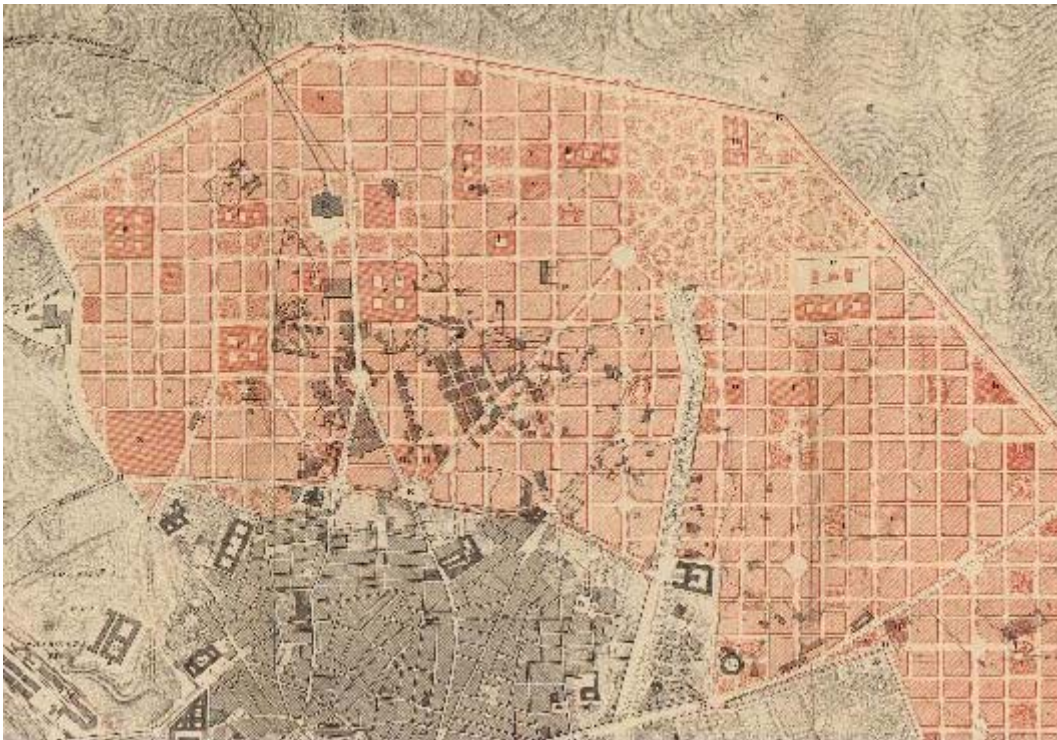
5º.LL.- Problemática de la interposición de sociedades.

5º.M.- STS de 3 de enero de 2011, dictada por el Pleno de la Sala 1ª para unificación de doctrina: nulidad de las resoluciones extemporáneas de la DGRN.

5º.N.- Sentencia firme de 14 enero de 2011, de la Sala de lo contencioso del TSJ de Madrid, sección 3ª: alcance efectos vinculantes de las resoluciones de la DGRN. Art. 327 LH, párrafo décimo.

LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LOS ACTOS DE PARCELACIÓN URBANÍSTICA EN ANDALUCÍA

Jesús Camy Escobar



Ya no es posible sostener el acceso al Registro de la Propiedad de los actos de fraccionamiento de suelo realizados sólo de acuerdo con los principios civiles y en ejercicio de la facultad dispositiva inherente al derecho de propiedad, pues se impone, de forma ineludible, un control administrativo de esta actividad, con la finalidad de velar por la licitud territorial y urbanística de la finca o parcela resultante de la parcelación.

1º.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Hoy puede constatarse que la realidad ha desbordado el marco conceptual de estas figuras jurídicas y ha adoptado formas mucho más complejas para vulnerar las previsiones del legislador en relación a la formación de nuevas fincas y parcelas. El supuesto más clásico y paradigmático es la venta de participaciones indivisas con asignación de uso de parte de la finca, en la que formalmente se mantiene inalterada la finca en el Registro.

Las parcelaciones ilegales y el fenómeno edificatorio a ellas asociado es uno de los retos más importantes a los que se enfrenta el legislador andaluz, que ha de ser abordado desde una doble perspectiva. De una parte, es necesario estudiar las situaciones ya consolidadas para establecer, como dice el Reglamento de Disciplina

Urbanística de Andalucía en su preámbulo, un tratamiento generoso que permita establecer, en función de las circunstancias concurrentes y de la ordenación territorial y urbanística aplicable, el cumplimiento por equivalencia de las resoluciones en las que se haya acordado la reposición de la realidad física alterada o bien la extensión del régimen propio de la situación de fuera de ordenación a aquellos casos ontológicamente asimilables. Pero por otro lado, ha de exigirse el pleno cumplimiento de la legislación aplicable al objeto de salvaguardar el principio de legalidad urbanística, poniendo a disposición de los órganos de gestión e inspección todo un elenco de medidas de disciplina urbanística, que constituyan un instrumento eficaz para combatir la ilegalidad urbanística y contribuir al logro de un urbanismo sostenible, objetivo esencial de la ley 7/2002, de 17 de diciembre, todo ello en el marco de colaboración interadministrativa.

En este sentido, tal y como se sostiene en el presente trabajo, el Registro de la Propiedad puede y debe prestar una labor esencial de colaboración con las Administraciones competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, mediante la utilización de los mecanismos establecidos en la legislación hipotecaria, no sólo para la constancia registral de los actos de naturaleza urbanística, previa acreditación de la obtención de las autorizaciones y licencias que sean exigibles en cada caso, sino también para dar publicidad a las actuaciones en materia de disciplina urbanística, consiguiendo con ello aumentar la transparencia y seguridad en las transacciones inmobiliarias, lo que sin duda ha de contribuir a dinamizar este mercado, sobre

todo en el ámbito de las transacciones transfronterizas, esenciales para una economía, como es la andaluza, tan dependiente de los flujos asociados a la construcción. La situación urbanística de la finca no puede ser considerada por más tiempo como una especie de carga oculta.

En esta línea de colaboración, el registrador de la propiedad ha de velar, a través de su calificación, que no es sino trasunto del principio constitucional de legalidad, que solo accedan al Registro aquellos actos y negocios que sean conformes con la ordenación urbanística, todo ello dentro del marco competencial que le es propio conforme al art. 18 de la LH y disposiciones específicas que se recogen en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, o cualquier otra que se derive de la oportuna legislación sectorial, como sucede en materia medioambiental. En definitiva se trata, en aras de los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica, procurar un tratamiento unitario de la propiedad del suelo, que tenga en cuenta no sólo los fundamentales preceptos civiles que rigen su adquisición, gravamen y transmisión, sino del mismo modo, y con tratamiento paritario, los condicionantes que derivan de la legislación sobre ordenación del territorio y la planificación urbanística, como definidores de su contenido, al que ha de someterse cualquier propietario a consecuencia del principio de subrogación legal del art. 19 del TRLS de 2008, correspondiendo al Registro de la Propiedad, en aplicación de la normativa hipotecaria, ser la institución que desarrolle esta indispensable función de conexión entre lo privado y lo público, superando la tradicional estanqueidad con la que han operado y que ha sido una de las principales causas que han favorecido las irregularidades urbanísticas.

2º.- TRATAMIENTO GLOBAL Y UNITARIO DE LA PROBLEMÁTICA EN TORNO AL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE EL SUELO, SUPERANDO LA TRADICIONAL VISIÓN IUSPRIVATISTA

2º.A.- Carácter estatutario del régimen urbanístico de la propiedad del suelo.

Hechas estas consideraciones previas, nos dedicamos a continuación al estudio de la problemática existente en torno a los actos y negocios de parcelación, recordando los comentarios vertidos sobre esta cuestión, ya en el año 1995, por Rafael Arnaiz Eguren, quien afirma que “el Derecho urbanístico es el campo en el que mejor se observa la confluencia equilibrada de los principios de personalidad y comunidad, es decir, de los que informan las normas de Derecho privado y público en la organización del Ordenamiento y así, cuando la Administración urbanística se plantea la cuestión de hasta qué punto ha de respetar los actos civiles válidos, pero cuya realización perturba sus previsiones, puede adoptar decisiones distintas, según tenga en cuenta dos principios cuya coexistencia no siempre es fácil: de una parte, el de necesaria defensa de la licitud administrativa, que obliga a los particulares a adecuar

su conducta a las determinaciones positivas o negativas del planeamiento, cuyo fundamento es la defensa del interés general en el uso y la explotación del suelo. Pero de otra, no puede desconocerse la eficacia de los negocios jurídicos en los que se plasmen determinadas actuaciones directamente relacionadas con las previsiones del Plan, cuya razón de ser se encuentra en la protección de la seguridad del tráfico”, siendo el fraccionamiento del suelo uno de los ámbitos en los que más fricciones se han producido, sobre todo hasta la reforma operada por la Ley de 25 de julio de 1990.

Estas disfuncionalidades se han ido eliminando en su mayor parte con el paso del tiempo, gracias a las modificaciones legislativas introducidas, tanto a nivel estatal como autonómico, y las decisiones judiciales, siendo destacable el cambio de criterio apreciado en las Resoluciones que en los últimos meses ha emitido la Dirección General de los Registros y el Notariado. Pero sin duda el mejor instrumento de apoyo a esta visión integradora y unitaria sobre el derecho de propiedad del suelo nos lo proporciona el RDL 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, que, desde una óptica muy equilibrada, recoge y proyecta la influencia que despliegan los intereses generales de la sociedad en la configuración del derecho de propiedad del suelo, declarando en el art. 7.1 que “el régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”, que de este modo se convierte en el marco jurídico básico, a través del cual se proyecta la función social del derecho de propiedad, delimitando su contenido urbanístico.

Establecido el marco competencial del Estado y de las CCAA en materia de urbanismo, STC 61/1997 y 164/2001, se persigue, según la Exposición de Motivos del TRLS, que prescinde de regular técnicas específicamente urbanísticas, garantizar las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales de los ciudadanos, en relación con los derechos afectados, “abandonando el sesgo con el que, hasta ahora, el legislador estatal venía abordando el estatuto de los derechos subjetivos afectados por el urbanismo,...una tradición que ha pesado sin duda, desde que el bloque de constitucionalidad reserva al Estado el importante título competencial para regular las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, pues ha provocado la simplista identificación de tales derechos y deberes con los de propiedad. Pero

los derechos afectados son también otros, como el de participación ciudadana en los asuntos públicos, el de libre empresa, el derecho a un medio ambiente adecuado y, sobre todo, el derecho a una vivienda digna y adecuada, al que la propia Constitución vincula directamente con la regulación de los usos del suelo en su art. 47”. Es importante tener en cuenta por tanto, como criterio hermenéutico de futuro, este carácter multidisciplinar con el que se abordan las diferentes cuestiones relacionadas con los derechos afectados por la ordenación territorial y urbanística, que es considerada como “una función pública no susceptible de transacción, que organiza y define el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de este”. Art. 3.1 TRLS 2008.

El derecho de propiedad del suelo comprende una serie de facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y de destino que tenga en cada momento el bien y que enumera el art. 8 del TRLS, entre las que se comprende “la facultad de disposición, siempre que su ejercicio no infrinja el régimen de formación de fincas y parcelas y de relación entre ellas establecido en el art. 17”, añadiendo el art. 13.2 TRLS , que se refiere a la utilización del suelo rural, que “están prohibidas las parcelaciones urbanísticas de los terrenos en suelo rural, salvo los que hayan sido incluidos en el ámbito de una actuación de urbanización en la forma que determine la legislación de ordenación y urbanística”.

2ºB.- Principio básico: los actos de división y segregación de fincas han de ajustarse a la legislación aplicable y a la ordenación territorial y urbanística. Art. 17.2 TRLS de 2008.

Hechas las anteriores precisiones en torno al carácter estatutario de la propiedad urbanística, debemos pasar al estudio de los requisitos que para la formación de nuevas fincas y parcelas se derivan del art. 17 TRLS, pues según el precedente art. 8.1 han de ser respetados en todo caso los requerimientos en él establecidos. La regla básica consta en el art. 17.2:” la división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes sólo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística”. Se aprecia como el legislador vincula, no sólo los aspectos civiles e hipotecarios, sino también los derivados de la ordenación del territorio y del planeamiento para la formación de nuevas fincas y parcelas, cumpliendo con las exigencias del principio de legalidad y superando el tradicional planteamiento iusprivatista que había prevalecido hasta ahora en materia de parcelaciones. Ya no es posible sostener el acceso al Registro de la

Propiedad de los actos de fraccionamiento de suelo realizados sólo de acuerdo con los principios civiles y en ejercicio de la facultad dispositiva inherente al derecho de propiedad, pues se impone, de forma ineludible, un control administrativo de esta actividad, con la finalidad de velar por la licitud territorial y urbanística de la finca o parcela resultante de la parcelación.

Por esta razón el mismo precepto establece, sin excepción, que en “la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, (terminología civil e hipotecaria), los notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. El cumplimiento de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción”. Como es lógico este control preventivo, encuadrable en la potestad de disciplina urbanística, corresponde ejercerlo a las CCAA y a los Ayuntamientos, conforme al reparto competencial establecido en los respectivos Estatutos de Autonomía; así, en Andalucía, el art. 55 nº 3 y 5 del Estatuto de Autonomía asigna a la Comunidad la competencia exclusiva en materia de Urbanismo y Ordenación del Territorio, y a los Ayuntamientos, art. 90.2, todo lo relativo a la ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, en desarrollo del esquema competencial recogido en el art. 148.1.3ª de la Constitución, clarificado en cuanto a su concurrencia con otras competencias estatales por las sentencias del Tribunal Constitucional 61/1997 y 164/2001. La reciente Ley de Autonomía Local de Andalucía se hace eco de ello en el art. 9, letras d y g, que reconocen a los Ayuntamientos la competencia para la “expedición de las licencias y declaraciones de innecesariedad y todo lo relativo a la protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado”. Serán, pues, estos órganos territoriales los encargados de dictar los actos administrativos que adveren la adecuación a la normativa territorial y urbanística de los actos de fraccionamiento o parcelación, sin los cuales no pueden acceder al Registro de la Propiedad.

Puede observarse el distinto rol que el legislador atribuye a notarios y registradores de la propiedad en relación con el control preventivo de la legalidad territorial y urbanística. Ambos desempeñan una importante labor de colaboración y coordinación, que en el caso de los notarios es estimulada por la previsión establecida en el art. 19.4 TRLS, que les faculta, “con ocasión de la autorización de escrituras públicas que afecten a la propiedad de fincas o parcelas, para

solicitar a la Administración competente información telemática o, en su defecto, cédula o informe escrito expresivo de su situación urbanística y los deberes y obligaciones a cuyo cumplimiento estén afectas”, de modo que puedan informar a las partes anticipadamente de la legalidad urbanística de sus pretensiones y de las consecuencias jurídicas y obstáculos que pueden derivarse, y si bien en ningún caso, en atención al carácter de su función, les prohíbe la prestación de la fe pública, lo cierto es que se deberían hacer constar las advertencias oportunas sobre la adecuación del acto a la legalidad territorial y urbanística. La importancia de esta colaboración es resaltada por la DGRN en sus últimas resoluciones, lo cual implica evidentes cambios en la operativa de documentación mayoritariamente utilizada. Por tanto, en el supuesto de que no se les aporte la licencia o declaración de innecesariedad, que advere la legalidad territorial y urbanística de la segregación o división, que están obligados a requerir a las partes en todo caso, podrán si lo estiman conveniente otorgar la escritura, pero advirtiendo de tal omisión.

2º.C.- Reparto competencial en relación a la determinación de los requisitos necesarios para la inscripción de los actos de naturaleza urbanística. STC 61/1997.

Establecida la necesidad de un control preventivo por parte de los registradores de la propiedad para que los actos de segregación y división de fincas tengan acceso al Registro, debemos analizar el modo de llevarlo a efecto y en qué casos procede, pues la decisión que se adopte ha de tener en cuenta la competencia exclusiva del Estado, art. 149.1.8.ª de la Constitución en todo lo relativo a la “ordenación de los Registros Públicos”. La DGRN en resoluciones de 23 de julio de 2005 y 9 de septiembre de 2009, ajustando su doctrina a lo dispuesto por la sentencia del TC 61/1997 de 20 de marzo, ha declarado que “corresponde a las CCAA 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 esta impuestos. Sin embargo, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia 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”. Es decir, compete a la norma Estatal determinar los casos en los que es exigible la acreditación de la conformidad o autorización que, para el acto objeto de inscripción, viene demandada por la norma autonómica de ordenación del territorio y planificación urbanística, así como el tipo de asiento a practicar y sus efectos.

Es evidente que no existe fricción alguna en el caso de las parcelaciones urbanísticas respecto de lo establecido por la Ley Ordenación Urbanística de Andalucía, LOUA, que en su art. 66.3

declara que “toda parcelación urbanística deberá ajustarse a lo dispuesto en esta Ley y a las condiciones que establece la ordenación urbanística de los instrumentos de planeamiento”, por lo que, al objeto de verificar esta adecuación por el órgano urbanístico competente, el siguiente apartado contempla que “cualquier acto de parcelación urbanística precisará la licencia urbanística o, en su caso, de declaración de innecesariedad”, y consecuentemente añade que “no podrá autorizarse ni inscribirse escritura pública alguna en la que se contenga acto de parcelación sin la aportación de la preceptiva licencia, o de la declaración de su innecesariedad, que los Notarios deberán de testimoniar en la escritura correspondiente”. Se aprecia, pues, total correspondencia entre ambos preceptos y el art. 17.2 TRLS de 2008, ya que coinciden en sujetar la validez de la parcelación urbanística a la observancia de la legislación aplicable a tales actos, que es la LOUA y la Norma de Planeamiento, el control previo a través de un acto administrativo de conformidad y el cierre del registro caso de no aportarse el mismo con la escritura.

2º.D.- Cierre del registro a todo título formal que contenga un acto parcelatorio y no se acompañe de certificación/testimonio de la licencia o declaración de innecesariedad a la que en su caso este sujeto. Principio de legalidad urbanística. Art. 17.2 TRLS y Art. 66.4 LOUA

A diferencia de lo que sucede con el Notario, al Registrador le está vedado, por disposición expresa del legislador, la práctica de la inscripción si no se aportan los referidos actos administrativos de refrendo de la legalidad. El cierre registral es consecuencia de los trascendentales efectos que nuestra legislación hipotecaria atribuye a la inscripción del derecho. Sobre este punto son muy ilustrativas las reflexiones que realiza Fernando P. Méndez González en su obra “De la Publicidad Contractual a la Titulación Registral”, donde sostiene con sólida argumentación que “la incorporación tabular del derecho o, si se prefiere, las propiedades normativas de la inscripción, atribuidas por los artículos 34, 38, 97 y 32 de la Ley Hipotecaria, hace que las relaciones ex tabula se conviertan en la referencia principal y que las relaciones derivadas del contrato originario únicamente operen entre las mismas partes originarias, en virtud del principio de eficacia relativa del contrato, consagrado en el art. 1257 del CC, pues en el ámbito registral las cosas se desarrollan de modo muy similar a lo que sucede en el cambiario...ya que la eficacia jurídico real de la inscripción consiste en el reforzamiento de la posición del titular registral, cuando ha adquirido el derecho de un titular inscrito mediante una

acto de tráfico. En este caso, deviene en un titular inatacable, excepto en relación con las causas de ineficacia que puedan afectar al negocio en el que funde su propia adquisición y por todo ello defiende “el carácter funcionalmente constitutivo de la inscripción registral”.

Esta asignación de derechos en las relaciones frente a terceros ha llevado a los gobiernos, como afirma Benito Arruñada, a emplear unos registros eficaces como filtro o gatekeeper “que asegure el cumplimiento de todo tipo de obligaciones públicas”, tal como sucede con esta previsión del art. 17.2 del TRLS de 2008. Apoyando la misma idea, Méndez González expresa que “se tiende a asignar al Registro la función de controlar el cumplimiento de las normas imperativas con ocasión del procedimiento registral, por ser un instrumento eficiente y eficaz de control para la aplicación de la Ley”. Por ello, para Arnaiz Eguren, “el Registro de la Propiedad, de competencia Estatal, se ha convertido en una pieza esencial del sistema jurídico que regula y garantiza, simultáneamente, los derechos de la Administración y los derechos de los particulares en los procesos de transformación del suelo y de protección de la legalidad urbanística”. Como soporte de estas ideas clave sobre la finalidad y funcionamiento del sistema registral español, que es de los denominados de derechos y no un simple índice del depósito de documentos, lo cual tiene trascendentes efectos desde el punto de vista de la seguridad jurídica preventiva, pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo y 7 de diciembre de 2007, en las que se reconoce toda la plenitud de efectos que el art. 34 de la LH otorga a la Fe Pública Registral, una de las propiedades normativas más trascendentes del derecho inscrito.

2º.E.- Problemática en torno a la vigencia del art. 79 del RD 1093/1997,(NCRH). Análisis de la posición mantenida por la DGRN. Cierre registral derivado del art. 17.2 del TRLS. Repercusiones de la sentencia del TS de 28 de enero de 2009: no puede constituirse el art. 79 NCRH en una especie de silencio administrativo reglamentario de segundo grado, que opera desvinculado de los efectos generales establecidos por el art. 43 de la LRJPAC, amparando la inscripción de derechos o facultades urbanísticas *contra legem*.

2º.-E.a.- Problemática en torno a la vigencia del 79 del RD 1093/1997,(NCRH).

Ciertamente el art. 79 del RD 1093/1997, de 4 de julio, NCRH, ha sido desde sus orígenes un precepto polémico, puesto que el art. 259.3 del TRLS de 1992 establecía con carácter general que “los notarios y registradores de la propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración de innecesariedad, que los primeros deberán testimoniar en el documento” y en conexión con tal previsión el art. 78 NCRH, prevé que “los registradores de la propiedad exigirán para inscribir la división o segregación de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviese prevista por la legislación urbanística aplicable, o la declaración municipal

de su innecesiedad, que deberá testimoniarse literalmente en el documento”, de modo que dado su carácter instrumental se remite a la legislación propia de cada una de las CCAA para determinar los actos de aprobación o de conformidad necesarios para los actos de división o segregación.

En consideración al texto de estas normas parece, en principio, que siempre que la legislación urbanística aplicable exija licencia o declaración de innecesiedad para los actos de división y segregación de terrenos, se hace imprescindible su obtención y exhibición para el otorgamiento de la correspondiente escritura y su posterior inscripción registral. Sin embargo, el posterior art. 79, aplicando analógicamente o al menos basándose en la técnica u operatividad del silencio administrativo positivo, establece excepciones referidas a los terrenos clasificados como suelo no urbanizable, regulando con tal finalidad un procedimiento singular en base al cual, y siempre que concurren determinados requisitos, se puede concluir con la inscripción de actos de división o segregación materializados sobre suelo no urbanizable y para los que en principio sería exigible bien la obtención de la correspondiente licencia o declaración de innecesiedad, bien la apreciación de que concurre algunas de las excepciones del art. 25 de la LMEA, lo que se conecta con el posterior art. 80, o bien ambos presupuestos conjuntamente, según los casos.

Art. 79: En caso de división o segregación de fincas realizadas en suelo no urbanizable, cuando de la operación que corresponda resulten parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo o, en todo caso, aun siendo superiores, cuando por las circunstancias de descripción, dimensiones o localización o número de fincas resultantes de la división o de las sucesivas segregaciones, surgiere duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población, en los términos señalados por la legislación o la ordenación urbanística aplicable, los registradores de la propiedad actuarán con arreglo a lo establecido en este artículo.

1º. Los registradores de la propiedad, cuando, a pesar de haberse autorizado la escritura pública, tuviesen la duda fundada a que se refiere el número anterior y no se aportase la licencia correspondiente, remitirán copia del título o títulos presentados al Ayuntamiento que corresponda, acompañando escrito con solicitud de que se adopte el acuerdo que, en cada caso, sea pertinente y con advertencia expresa de que en caso de no contestación se procederá con arreglo a lo establecido en este artículo. La remisión de la documentación referida se hará

constar al margen del asiento de presentación, el cual quedará prorrogado hasta un límite de ciento ochenta días a contar de la fecha de la remisión.

2º. Si el Ayuntamiento comunicase al registrador de la propiedad que del título autorizado no se deriva la existencia de una parcelación urbanística ilegal, el registrador practicará la inscripción de las operaciones solicitadas. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 80.

3º. Si el Ayuntamiento remitiere al registrador certificación del acuerdo del órgano competente, adoptado previa audiencia de los interesados, en la que se afirme la existencia de peligro de formación de un núcleo urbano o posible parcelación ilegal, se denegará la inscripción de las operaciones solicitadas y el registrador de la propiedad reflejará el acuerdo municipal mediante nota al margen de la finca o resto de la finca matriz. Dicha nota producirá los efectos previstos en el artículo 73.

4º. Transcurridos cuatro meses desde la fecha de la nota puesta al margen del asiento de presentación, prevista en el apartado 1 de este artículo, si no se presentare el documento acreditativo de la incoación del expediente a que se refiere el apartado siguiente con efectos de prohibición de disponer, el registrador de la propiedad practicará la inscripción de las operaciones solicitadas.

5º. Si el Ayuntamiento o, en su caso, el órgano urbanístico competente, incoase expediente de infracción urbanística por parcelación ilegal, en el acuerdo correspondiente podrá solicitarse al registrador de la propiedad que la anotación preventiva procedente surta efectos de prohibición absoluta de disponer, en los términos previstos por el art. 26.2 de la Ley Hipotecaria.

Se altera de este modo la uniformidad que resulta de la regla general del anterior art. 78 NCRH, que desarrolla la previsión del art. 259.3 TRLS de 1992, y de inmediato surgen las dudas sobre su operatividad y vigencia, al considerarse por parte de la doctrina que puede vulnerar el principio de jerarquía normativa. En esta línea interpretativa se posicionan Diaz Fraile, Corral Dueñas, Aguirre Fernández y García García, afirmando este último autor que “dados los términos del art. 259.3 TRLS de 1992 y, en relación con él, del art. 78 NCRH, que son bastante concluyentes, lo que unido a la regulación de las CCAA, se inclina en general por una posición exigente respecto de la necesidad de licencia de parcelación como requisito de la inscripción de

divisiones y segregaciones de terrenos, al menos como regla general”.(Código de Legislación Inmobiliaria e Hipotecaria 5ª edición, página 1588).

Incluso Arnaiz Eguren, que había defendido la razón de ser del precepto al considerar que “el art. 259.3 del TRLS de 1992 no prohíbe autorizar e inscribir, sino que establece una obligación de notarios y registradores de controlar la efectiva concesión de la licencia de parcelación, sin que las consecuencias de este control hubieran sido desarrolladas por normas reglamentarias específicas en el ámbito de la legislación hipotecaria”, se manifiesta en la actualidad de forma mucho más cautelosa. En este sentido puede verse como en su última obra, “Terreno y Edificación, Propiedad Horizontal y Prehorizontalidad”, página 232, afirma:

- En primer lugar, se trata de un precepto de legalidad muy dudosa, puesto que establece un criterio completamente distinto del establecido por el nº 2 del art. 17 de la Ley del Suelo, del que resulta claramente el cierre registral, en caso de que el acto carezca de la conformidad administrativa.

- En segundo término el artículo puede entenderse alejado del texto constitucional, puesto que hace referencia al suelo no urbanizable, sin tener en cuenta que la clasificación y denominación del suelo es materia reservada a la competencia exclusiva de las CCAA, conforme a lo expuesto en el art. 148.2 de la Constitución.

Igualmente ha destacado la doctrina la contradicción existente entre esta norma y el art. 24 de la LMEA, que declara la nulidad absoluta de los actos de parcelación de los que resulten fincas o parcelas de extensión inferior a la UMC, salvo que concurra alguna de las excepciones que se contemplan en el siguiente art. 25, finalidad que justifica la previsión del correlativo art. 80 NCRH y sobre cuya aplicación y funcionalidad también nos ocuparemos a lo largo de este trabajo. La propia finalidad de la institución registral, que se desenvuelve en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva, impide la inscripción de actos nulos conforme al art. 6.4 del CC.

Por otro lado, ya hemos dicho que la operatividad del precepto se basa en la aplicación analógica de la institución del silencio administrativo positivo, en relación a la cual también se han planteado muchas dudas, puesto que ha de tenerse presente el contenido del art. 242.6 del

TRLS: “en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o el planeamiento urbanístico”, que es interpretado, en ese momento de la promulgación de la norma, dando prevalencia al principio de legalidad sobre el de seguridad jurídica. Es decir, ante la inactividad de la Administración competente, no puede deducirse automáticamente la obtención de una licencia presunta por silencio si con ello se vulnera la legislación o el planeamiento, extremo difícilmente apreciable por el registrador de la propiedad en el ámbito de sus calificación. Consecuentemente con este razonamiento, el art. 79 de las NCRH no puede reconocer eficacia, en base a la falta de respuesta por parte de la Administración, a actos que son nulos, admitiendo su inscripción registral y la apariencia de legalidad que ello supone.

De ahí que el art. 48 de las NCRH, referido a la acreditación de las licencias de edificación para la inscripción de las declaraciones de obra nueva, admita con mucha cautela la utilización de estas licencias presuntas en el ámbito registral y siempre partiendo, como regla general, de la aportación de la entonces vigente certificación administrativa de acto presunto, criterio que no es el recogido por el art. 79 NCRH y que supone de facto una modalización, carente de cobertura legal, de la legislación básica contenida en el art. 43 de la LRJPAC.

En Andalucía la publicación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística, LOUA, añade aún más incertidumbres al debate, pues el art. 68.2 declara de forma taxativa que “en los terrenos con régimen de suelo no urbanizable quedan prohibidas, siendo nulas de pleno derecho, las parcelaciones urbanísticas”, previsión que se cohonesto con el art. 185.2.A, que no admite la prescripción de la infracción urbanística que resulta de estos actos realizados sin sujeción a licencia. Es sin duda un régimen más severo que el recogido por el TRLS de 1992 en sus artículos 16.1, 242.2, 248, 249 y 255.1, que sólo declaraba la nulidad de los actos de parcelación urbanística sin licencia acometidos en zonas verdes, espacios libres o suelo no urbanizable protegido, lo cual podría haber servido, en parte, de justificación para la introducción de la norma que comentamos. Sin embargo tras la entrada en vigor de la LOUA y dada la remisión a ella del art. 78 de las NCRH, la operatividad del precepto resultaba ciertamente complicada.

No obstante ello, la previsión de este artículo se ha utilizado de forma muy intensa tanto en la práctica notarial como registral y su vigencia y aplicación ha sido reconocida de forma reiterada por la DGRN, como luego veremos, sobre todo a raíz de la modificación llevada a efecto en el

art. 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC, por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que suprime la certificación de acto presunto para la operatividad del silencio administrativo y que genera una corriente jurisprudencial en los TSJ, prácticamente mayoritaria, en la que se reequilibra la relación existente entre el principio de seguridad jurídica y el de legalidad, (a salvo los supuestos de clara y grave infracción de la legalidad urbanística), sin perjuicio de la posibilidad, que en todo caso tiene la Administración, de instar la nulidad de la licencia presunta así obtenida a través del correspondiente procedimiento de revisión.

Pero la publicación del TRLS de 2008, que en su art. 17.2 impone el cierre registral de los actos de división y segregación sin licencia o declaración de innecesiedad, junto con la STS de 28 de enero de 2009, dictada en interés de ley, que ha revisado y dejado sin efecto la mencionada interpretación jurisprudencial sobre la operatividad en el ámbito urbanístico de la figura del silencio administrativo positivo, volviendo al criterio inicial reflejado en el art. 242.6 del TRLS de 1992, hoy recogido en el art. 8.1.b del TRLS de 2008, han terminado con esta etapa de relativa tranquilidad y se ha vuelto a plantear, esta vez parece que de forma definitiva, la cuestión de la vigencia del art. 79 de las NCRH.

2ª. E.b.- Análisis de la posición mantenida por la DGRN.

La operatividad del precepto ha sido reconocida en varias ocasiones por las Resoluciones de la DGRN, confirmando su aplicación por parte de los registradores de la propiedad, llegando incluso a exigir a la registradora, en la Resolución de 4 de octubre de 2005, “que proceda de conformidad con lo establecido en el art. 79 del RD 1093/1997 sobre Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario en materia de Urbanismo”. Sin embargo en alguna otra ocasión se ha mostrado contradictoria, incitando al debate sobre la vigencia del artículo comentado. Así, en la Resolución de 15 de junio de 2005 deniega de forma expresa su aplicación, tal como solicitaba el notario recurrente, apoyando su escueta decisión en “la aplicabilidad en toda Andalucía del art. 259.3 del TRLS de 1992, en base a la Ley de su Parlamento 1/1997, de 18 de junio, que se refiere a toda clase de terrenos, tanto rústicos como urbanos, razón por la que está plenamente justificada la exigencia del registrador”, que requiere, de acuerdo con el art. 78 de las NCRH, la aportación de la licencia municipal o bien la declaración de innecesiedad, en un supuesto de extinción de condominio, que conlleva una división de la finca indivisa en siete nuevas, todas

ellas de regadío y con superficie superior a la UMC. Debe destacarse la coincidencia de la DGRN, en esta resolución, con la argumentación utilizada por el sector doctrinal que entiende que el precepto vulnera el principio de jerarquía normativa. Esta es, de forma resumida, la postura que mantiene el Centro Directivo en lo que podríamos llamar primera etapa, que concluye con la Resolución de 21 de julio de 2009: aplicación generalizada del precepto sin entrar en polémica alguna acerca de su vigencia, a salvo la resolución citada y alguna otra de carácter aislado, como la de 18 de noviembre de 2003. Luego analizaremos las publicadas a partir de la sentencia del TS de 28 de enero de 2009.

2º.E.c.- Cierre registral derivado del art. 17.2 del TRLS de 2008.

Este artículo, que reitera lo ya dispuesto en la Ley del Suelo de 28 de mayo de 2007, establece, ahora sí de forma clara, el cierre registral sin excepción para todo acto de división o segregación de fincas cuando no se aporte el documento que acredite la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, de acuerdo con la legislación que le sea aplicable. Lo que sucede es que esta licencia o declaración de innecesariedad pueden obtenerse mediante un acto administrativo expreso o presunto, a través de la figura del silencio administrativo positivo, y es dentro de este marco de referencia legal donde el precepto demuestra su utilidad como medio de colaboración con los Ayuntamientos en materia urbanística, dejando de lado como ya hemos visto los supuestos de parcelación de los que resulten fincas de extensión inferior a la UMC, que en todo caso son nulos de pleno derecho, art. 24 LMEA.

Contribuye decisivamente a esta “reflotación” de la norma el cambio de criterio jurisprudencial relacionado con la operatividad del silencio administrativo positivo en materia urbanística, tras la modificación llevada a cabo en el art. 43 de la LRJPAC por la ley 4/1999. No estamos en puridad ante un procedimiento administrativo iniciado con carácter previo al acto por el interesado, para la obtención de un pronunciamiento expreso de la Administración competente para el otorgamiento de la licencia, regulado por la Ley 30/1992. Pero de lo que no hay duda es de su identidad de razón con el recogido por el art. 79 de las NCRH, que permite que el Ayuntamiento tenga conocimiento a posteriori del acto de división o segregación realizado, gozando de la posibilidad de pronunciarse sobre su legalidad y adecuación a la legalidad urbanística aplicable a los efectos de sus acceso al Registro y todo ello durante un plazo más que suficiente para el estudio del expediente, y con posibilidad de adoptar las medidas de disciplina urbanística que estime procedentes, que podrán ser objeto de publicidad registral para su conocimiento por los terceros.

Las anteriores consideraciones, junto a la posibilidad de que en todo caso de nulidad del acto presunto la Administración pueda instar su revisión de acuerdo con el art. 102 de la LRJPAC, han supuesto que durante todo este tiempo la aplicación del precepto se haya realizado de forma más o menos pacífica, dada su utilidad y analogía con la operatividad de la figura del silencio administrativo. La propia LOUA parece adaptarse a este esquema de actuación a tenor de los artículos 172.5º y 190, al igual que el art. 46 TRLS de 2008. Pero el debate se ha reanudado de nuevo tras la STS de 28 de enero de 2009, dictada en interés de ley, cuya doctrina, unida al cierre registral ya visto, parecen concluir, esta vez de forma definitiva, la polémica en torno a la vigencia del art. 79 de las NCRH, cuestión que analizamos más detenidamente en el epígrafe siguiente.

2º.E.d.- Repercusiones de la sentencia del TS de 28 de enero de 2009: no puede constituirse el art. 79 NCRH en una especie de silencio administrativo reglamentario de segundo grado, que opera desvinculado de los efectos generales establecidos por el art. 43 de la LRJPAC, admitiendo la inscripción de derechos o facultades urbanísticas contra legem.

Modificado el art. 43 de la LRJPAC por la Ley 4/1999, la mayoría de las decisiones judiciales de las AP y Salas de lo Contencioso de los TSJ se inclinaban por una interpretación equilibrada de los artículos 242.6 TRLS, que incluso algún sector doctrinal entendió tácitamente derogado y el art. 43 LRJPAC en su nueva redacción; es decir entre los principios de seguridad jurídica y legalidad. Resulta muy didáctico en este sentido el contenido de la STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2005: “la garantía de los intereses generales urbanísticos que fundamenta el art. 242.6 del TRLS no pierde intensidad con esta interpretación. En efecto, el art. 62.1.f de la ley 30/1992 configura un concreto motivo de nulidad radical para los casos de obtención por silencio de facultades contrarias al ordenamiento jurídico. De tal manera que la reforma operada por el legislador procedimental común tiene en el mismo texto legal una corrección técnica que conjuga la garantía de los intereses generales y la seguridad jurídica. El interesado entenderá que ha obtenido sus solicitud por silencio positivo, por expreso deseo del legislador y por falta de respuesta de la Administración a su petición, pero el interés general se ve defendido pudiendo la misma Administración instar la revisión de lo obtenido por silencio una vez tenga conocimiento de sus existencia. Y en esa revisión podrá invocar el art. 242.6 de la Ley del Suelo en relación con el artículo 62.1.f de la Ley 30/1992”.

Con igual claridad se manifiesta la Sala de lo Contencioso del TSJ de Madrid en sentencia de 13 de diciembre de 2005: “tras la reforma operada por la Ley 4/1999 no puede dictarse resolución administrativa extemporánea en sentido contrario al silencio consolidado, ya que este tiene los efectos de un verdadero acto administrativo cuando es positivo, art. 43, y si bien es cierto que tanto la doctrina como la jurisprudencia ya se habían referido a este problema de la resolución extemporánea contraria al sentido del silencio ya consumado, lo han hecho entendiendo que estábamos ante una revisión de oficio encubierta y fuera de los cauces procedimentales al efecto previstos, por lo que la licencia presunta desplegará sus efectos hasta tanto no se produzca su erradicación de la vida jurídica, ya que el acto nació a esa vida real, erradicación que exigirá la utilización de la técnica de la revisión de oficio”.

El silencio administrativo, en relación con los actos de naturaleza urbanística y a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, se proyecta de dos formas en las NCRH. La primera de ellas se recoge en el art. 48.2, con ocasión de la acreditación de la obtención de licencias de edificación, que no hace sino aplicar los criterios generales del art. 43 de la Ley 30/1992 LRJPAC y que lógicamente su interpretación ha ido evolucionando en función de las modificaciones operadas en el referido precepto, que tiene el carácter de legislación básica y que ya han sido comentadas. Se trata por tanto de un procedimiento administrativo iniciado por el interesado ante la Administración competente, normalmente con anterioridad al inicio o materialización del acto o negocio para el que se necesita la licencia o la declaración de innecesariedad, y respecto al cual la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en plazo, regulándose tanto la formas de terminación, como los efectos de la inactividad del órgano decisorio, artículos 42, 43, 44, 87 y 89 LRJPAC.

La DGRN se ha ocupado en muchas resoluciones de este asunto, declarando en un principio que “si la legislación urbanística aplicable da acogida al silencio administrativo positivo como forma de obtener una licencia de segregación, es indudable que acreditado el transcurso del plazo para contestar sin haberlo hecho, el solicitante puede proceder a efectuar la segregación, pues ya se ha consolidado su derecho, sin que la Administración pueda ya contestar en un sentido diferente al resultante del silencio. Para acreditar tales extremos bastará presentar la instancia original con su sello de entrada y la resolución denegatoria expedida fuera de plazo o bien el certificado de acto presunto” (Resoluciones de 27,28 y 31 de mayo; 7 y 10 de septiembre, todas ellas de 2002).

Posteriormente han sido muy numerosas las decisiones del Centro Directivo que han tenido por objeto esta institución y cuyo análisis nos desviaría de la finalidad de este trabajo. Solo citaremos las dos últimas Resoluciones emitidas con anterioridad a la STS de 28 de enero de 2009 y en las que se refleja plenamente la admisión en el ámbito registral de la doctrina jurisprudencial antes expuesta. En este sentido las Resoluciones de 17 de septiembre de 2008 y 15 de enero de 2009, ambas referidas a supuestos de segregación, reiteran la posibilidad de obtener licencia de segregación por silencio administrativo positivo, y ello aunque dé como resultado un acto nulo por vulneración de alguna norma urbanística, pues en este caso la apariencia de legalidad resultante del silencio ha de ser combatida por la Administración a través del correspondiente procedimiento de revisión conforme al art. 102 de la LRJPAC, pudiendo durante la tramitación solicitar anotación preventiva de incoación de procedimiento contencioso administrativo, solicitar anotación preventiva de demanda o las notas marginales de iniciación de expediente para declarar la ilegalidad de la licencia obtenida por silencio e incluso paralizar las obras.

De estas resoluciones se pueden extraer una serie de premisas a tener en cuenta para la inscripción de los actos de segregación cuya licencia se ha obtenido por silencio:

- Aunque algunas legislaciones autonómicas incorporan preceptos de similar contenido al art. 242.6 del TRLS, no puede deducirse de ello que quede desvirtuada y sin efecto en el ámbito urbanístico la figura del silencio administrativo regulada en los artículos 42,43 y 44 de la LRJPAC, que tienen el carácter de legislación básica, pues se trata de una institución fundamental para combatir la inactividad de la Administración y exigida por el principio de seguridad jurídica para no vaciar de contenido los derechos de los ciudadanos.

- Cuestión diferente es si no obstante las anteriores afirmaciones y teniendo en cuenta el tenor del art. 242.6 TRLS de 1992, hoy recogido en el art. 8.1.b del TRLS de 2008, pudiera denegarse la operatividad del silencio, cuando su resultado fuera claramente contrario a las normas sobre Ordenación del Territorio o al Planeamiento Urbanístico, como podría ser la alegación de licencia para edificar sobre un suelo inscrito como dotacional, espacio libre, equipamientos, zona verde, o incluso en Andalucía una segregación o parcelación en suelo no urbanizable, cuando de los datos obrantes en el registro o en el propio título se deduzca de forma clara, objetiva e

indubitada la formación de un núcleo de población. Desde mi punto de vista ello ha sido siempre posible y lógicamente ahora con más razón tras la sentencia del TS. Precisamente en este criterio se fundamenta la resolución de 19 de mayo de 2010, (muy precisa y fundada la nota de calificación y excelente el contenido y la lógica argumental de la decisión), que declara el carácter vinculante de la Ordenación Territorial, como instrumento que coordina y dirige la actividad urbanística de una determinada zona y que condiciona el contenido de las normas de Planeamiento, tanto general como de desarrollo que elaboren los Ayuntamientos, y sin que consecuentemente pueda ser inscrito un acto de ejecución por el que se aprueba un proyecto de equidistribución, que vulnera claramente tales previsiones, por exigencias del principio de jerarquía normativa, art. 62 LRJPAC.

- Basta con que haya transcurrido el plazo previsto para resolver, sin que el interesado haya recibido notificación del acto administrativo por el que se decida acerca de su solicitud, para que el silencio administrativo produzca todos sus efectos, bastando para proceder a la inscripción con la acreditación de la presentación de la instancia en el registro de entrada del órgano competente, y sin que se exija acreditar la no contestación de la Administración, pues se trataría de la prueba de un hecho negativo. Desaparecida la certificación de acto presunto, una vez transcurrido el plazo para resolver y notificar el silencio surte los mismos efectos que el acto o licencia solicitada, lo cual no quiere decir que el acto amparado pueda ser nulo o anulable, en cuyo caso la Administración habrá de actuar en base a los artículos 102 y 103 de la LRJPAC, en tanto no opere la prescripción de la infracción.

La legislación urbanística de Andalucía acoge la institución del silencio administrativo en un sentido similar al expuesto. Así el art. 172.5º nos dice que “la resolución expresa habrá de notificarse en el plazo máximo de tres meses. Transcurrido este plazo podrá entenderse, en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común, otorgada la licencia interesada. El comienzo de cualquier obra o uso al amparo de esta requerirá, en todo caso, comunicación previa al municipio con al menos diez días de antelación”. Se aprecia de un lado la remisión expresa al art. 43 de la LRJPAC y de otro la necesidad de la previa comunicación al objeto de que el ayuntamiento pueda evaluar si el acto sujeto a licencia vulnera la Ley o el Planeamiento, de modo que se pueda iniciar el correspondiente procedimiento de disciplina urbanística, adoptando en su caso las medidas cautelares que considere necesarias.

Pero el anterior criterio, deducido de las resoluciones judiciales dictadas por las Salas de lo Contencioso de los diferentes TSJ y el bagaje doctrinal que le servía de soporte, ha sido desvirtuado por la reciente sentencia del TS de 28 de enero de 2009, dictada en interés de ley, que ha suscitado una gran polémica y en la que se fija la siguiente doctrina legal: “que el art. 246.2 del TRLS de 1992 y el art. 8.1.b del TRLS de 2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el art. 43.2 de la LRJPAC 3071992, de 26 de diciembre, modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial y urbanística”. Luego profundizaremos un poco en las consecuencias de esta sentencia en relación con el art. 79 de las NCRH.

Antes de ello, hemos de aludir a la segunda de las formas a través de la cual se proyecta la institución del silencio administrativo, en relación a los actos de naturaleza urbanística y a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, que no es otra que el art. 79 de las NCRH. Ya hemos indicado que esta norma no regula, en sentido propio, un procedimiento tendente a la obtención de una licencia o declaración de innecesariedad a instancias del interesado, que tiene su cauce específico en la LRJPAC, sino una vía de comunicación o colaboración entre los Ayuntamientos y la institución registral, tendente tanto a velar por el cumplimiento de la legalidad urbanística, como a facilitar el acceso al registro de los actos inscribibles de naturaleza urbanística. Además, ha de tenerse en cuenta la disociación existente entre el momento de realización del acto o negocio sujeto a licencia y la posterior solicitud de inscripción. Se pretende que el órgano competente para la concesión de la licencia omitida, se pronuncie acerca de la legalidad urbanística del acto cuya inscripción se solicita, de modo que si aprecia que vulnera la legalidad vigente puede manifestar su rechazo en plazo, lo que de momento va a impedir su inscripción, extremo que después habrá de ser ratificado mediante la apertura de correspondiente expediente de disciplina urbanística, que será objeto de anotación en los libros registrales para darle publicidad frente a terceros.

La norma, al margen de la polémica sobre su vigencia por vulnerar el principio de jerarquía normativa y de su referencia a las UMC, ha demostrado estar muy bien diseñada, al igual que su eficiencia, resolviendo de forma muy equilibrada multitud de conflictos surgidos en la práctica

diaria, en muchos casos por falta de infraestructura administrativa en las propias entidades municipales, sobre todo en las de ámbito más reducido, que se vieron saturadas por la carga de trabajo que les impuso en sus inicios el TRLS de 1992, al igual que ahora sucede con el RDU de Andalucía, que necesitará un tiempo para ser “digerido” por los Ayuntamientos y agentes intervinientes en los procesos urbanísticos. Desde esta óptica la norma y sus redactores merecen reconocimiento y elogio. Lo que sucede es que en los casi quince años transcurridos desde la promulgación del RD 1093/1997, las modificaciones legales habidas, tanto a nivel estatal como autonómico, han sido tan profundas que han dejado aislado y desfasado el criterio, sobre todo práctico, del precepto, que se ha visto también erosionado por haber sido usado de forma abusiva y con evidente fraude de ley. El carácter instrumental y neutro del RD 1093/1997 implica su interpretación adaptada a la evolución producida en las normas sustantivas, estatales y autonómicas, que le otorgan soporte jurídico.

Por lo demás, es una norma que se basa en la inactividad de la Administración, al igual que la figura del silencio administrativo, con la que guarda identidad de razón y le sirve de cobertura, de modo que su vigencia y operatividad está condicionada por los requerimientos introducidos en el art. 17.2 del TRLS de 2008, (principio de legalidad urbanística y cierre registral a todo acto de segregación o división efectuado sin licencia), y estrechamente vinculada a la interpretación y evolución que se produzca en torno a la institución del silencio administrativo regulada en el art. 43 de la LRJPAC, pues es evidente que el art. 79 de las NCRH no puede desarrollar su propia sinergia y operar de forma aislada e independiente de la institución matriz que le sirve de apoyo. Y es dentro de este contexto, donde se puede afirmar que la reciente doctrina legal, fijada por el TS, conlleva la pérdida definitiva de vigencia de la norma, pues su permanencia implicaría la admisión por vía reglamentaria de una especie de silencio administrativo de segundo grado, en el ámbito urbanístico registral, en base al cual pueden ser objeto de inscripción actos y negocios jurídicos de los que pueden derivarse adquisición de facultades urbanísticas *contra legem*, en cuanto que no han obtenido la debida autorización o licencia administrativa, tal como exigen el art. 17.2 del TRLS y art. 66.4 de la LOUA, lo que lleva asociado el correspondiente cierre registral para tales actos, que además pueden ser nulos de acuerdo con el art. 68 .2 de la LOUA, que declara la nulidad de las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable.

Sin embargo, no parece ser este el criterio de la DGRN, que intenta adaptar sus pronunciamientos en materia de silencio a la doctrina del TS mediante la ampliación del ámbito de actuación del art. 79 de las NCRH, cuyo texto solo contempla los casos de inexistencia u

omisión de la licencia requerida y que ahora va a extender su operatividad a los supuestos de alegación de licencia presunta, para deducir, con carácter general, de la nueva inactividad de la Administración ante la comunicación del registrador, la confirmación de los efectos del silencio positivo, extremo que no es posible cuando conlleva la adquisición de derechos y facultades contra legem . En este sentido puede verse la Resolución de 21 de julio de 2009, primera que se publica tras la STS de 28 de enero de 2009, que es sólo aludida en sus fundamentos de derecho, y en la que se afirma que “en todo caso el registrador debe proceder previamente conforme a lo dispuesto en el art. 79 de las NCRH, tal como hizo en este caso, y si como consecuencia de la comunicación pertinente el Ayuntamiento deniega la licencia, se debe rechazar la práctica de la inscripción”. Se confirma la nota de calificación, de la que resulta que el registrador empleó la norma comentada con una importante matización: ante la alegación de licencia obtenida por silencio y dado que previamente había sido denegada de forma expresa por no acompañarse toda la documentación necesaria y existiendo dudas que se hubiesen finalmente cumplimentado todos los requisitos exigidos para provocar un segundo acto resolutorio (realmente no estamos ante un acto sin licencia, sino en un caso en el que se alega una autorización presunta obtenida por silencio), decide entonces recabar la intervención de la Administración competente remitiendo los documentos presentados, a los efectos del art. 79 NCRH.

La expresión “en todo caso” que emplea la resolución y el carácter genérico del contexto en con el que es usada, puede inducir a pensar su utilización en toda clase de suelo, como filtro que permita la intervención del Ayuntamiento para pronunciarse sobre si la alegación de silencio administrativo vulnera el planeamiento o la normativa urbanística, lo que implicaría añadir un requisito más para hacer valer el silencio en el ámbito registral, con la finalidad de dar acogida a la doctrina del TS.

Con más precisión se expresa el Centro Directivo en la Resolución de 15 de septiembre de 2009, referida a Andalucía, en la que se plantea de nuevo la aplicación en la esfera registral de la doctrina del silencio administrativo, en relación a la segregación de una finca en suelo no urbanizable, resultando por tanto aplicables las previsiones de los artículos 66, 68, 172 y 185 de la LOUA. La particularidad de esta resolución es que por primera vez y de forma expresa la DGRN establece la necesidad de adaptar sus pronunciamientos anteriores a la doctrina de la referida STS. En consecuencia y según se recoge en sus fundamentos, los notarios y

registradores de la propiedad han de ser muy estrictos en la aplicación del silencio administrativo, pues ha de estarse a los criterios establecidos con anterioridad a la modificación operada en la LRJPAC por la ley 4/199 y dado que normalmente no van a tener elementos de juicio para determinar si el silencio administrativo alegado implica vulneración de la normativa sobre ordenación del territorio o del planeamiento, se hace necesario acudir a las previsiones del art. 19.4 del TRLS de 2008 y al art. 79 de las NCRH, norma que “cobra su sentido” al dar posibilidad al Ayuntamiento de que se pronuncie sobre la legalidad del acto o negocio documentado y cuya inscripción se solicita, pues según la STS, en aplicación del art. 242.6 TRLS de 1992 y art. 8.1.b del TRLS de 2008, no pueden adquirirse facultades urbanísticas en contra de la ordenación vigente. Por todo ello confirma la nota del registrador y “adapta su doctrina a los criterios de la STS”, estableciendo, tal como resolvió en las resoluciones de 17 de septiembre de 2008 y la de 29 de mayo de 2009, “la necesidad de utilizar el citado precepto en todos los supuestos en los que se alegue la obtención de licencia por silencio administrativo”.

Se repite, al igual que en el caso debatido en la resolución precedente, la aplicación del art. 79 NCRH a un supuesto que en realidad no encaja en el presupuesto de hecho que define los límites estructurales de la norma: división o segregación en suelo no urbanizable sin licencia o declaración de innecesariedad, que es muy diferente a la que se materializa en base a una licencia deducida de la institución del silencio administrativo, que, de acuerdo y con los condicionantes del art. 43 de la LRJPAC, produce los mismos efectos que el acto resolutorio expreso. De hecho ni el Registrador hizo comunicación alguna al respecto, fue el propio Ayuntamiento quien con posterioridad a la presentación de la escritura solicitó anotación de prohibición de disponer conforme al art. 79 de las NCRH, ni el notario aceptó tal pretensión municipal, ya que alegó la improcedencia de la aplicación de la norma por las razones antes indicadas. En realidad lo que lleva a cabo la DGRN es una “reconversión del precepto”, que pasa a ser utilizado para una finalidad diferente de aquella que motivo su aprobación.

La resolución de 17 de junio de 2010, que también se refiere a un caso de alegación de licencia por silencio positivo para amparar una segregación en suelo no urbanizable en un municipio andaluz, confirma la muy fundamentada nota de calificación y pone de nuevo de manifiesto el gran desconcierto que ha producido la STS, pues ha creado un vacío sobre la operatividad del silencio administrativo positivo contra legem en el ámbito urbanístico, que solo podrá ser resuelto con la intervención del legislador, ya que se ha generado una gran inseguridad que en la práctica conlleva su inaplicabilidad. Repite la DGRN la necesidad de adaptar sus

pronunciamientos a la doctrina que emana de la STS, lo que sucede es que posteriormente no es consecuente con esta premisa y argumenta en pro de la aplicación del art. 79 de las NCRH para una finalidad que desborda los límites estructurales del precepto, que es entendido como una norma de configuración variable en función de las circunstancias concurrentes, asociadas a la inactividad de la Administración, modificando en el ámbito hipotecario la operatividad y efectos generales que para el silencio administrativo resultan del art. 43.2 de la LRJPAC, en la forma que ha sido interpretado por la STS de 28 de enero de 2009 .

Sin embargo, unos meses más tarde, resolución de 27 de octubre de 2010 y ante un supuesto de hecho similar surgido en el mismo Registro de la Propiedad y en respuesta a una nota de calificación suscrita por el registrador que motivo la resolución anterior, que es confirmada, se comienza a percibir algún cambio en la posición del Centro Directivo, pues es la primera vez que omite en su fundamentación cualquier referencia al art. 79 de las NCRH, afirmando, además, que “el sentido de la resolución habría sido el mismo de no existir la referida denegación de la declaración de innecesariedad”; ya no se obliga al registrador a utilizar la vía del art. 79 NCRH para deducir de esta comunicación, caso de silencio o inactividad de la Administración, la confirmación de la operatividad del silencio administrativo alegado, lo que podría ser considerado como un silencio reglamentario de segundo grado referido al ámbito urbanístico registral.

Al margen de esta postura de la DGRN, también ha habido otros posicionamientos con la misma finalidad: introducir algún criterio que dé cierta seguridad en la operatividad del silencio administrativo, en relación con la inscripción de los actos de naturaleza urbanística en el Registro de la Propiedad. Así, Vicente Laso Baeza, en un interesante trabajo que publica la RCDI nº 714, página 2222, se hace eco del desconcierto creado por la STS, proponiendo la revisión de la tradicional doctrina sostenida por la DGRN, entre otras resolución de 10 de septiembre de 2002, siempre que “la práctica de la inscripción tenga lugar, como se recogía en la resolución, con el conocimiento simultáneo de la resolución tardía desestimatoria, determinante en adelante de la inexistencia del acto tácito, no, por lo tanto, cuando la inscripción se efectúa con la constancia fehaciente de la solicitud y su consiguiente fecha, supuesto en el cual el transcurso del plazo legal sin resolución expresa da lugar, de ser positivo el efecto del silencio, a la procedencia de su práctica y a que, en caso de adoptarse con posterioridad resolución expresa denegatoria, ésta no

pueda acceder al registro para devolver la finca a su estado inicial, salvo el consentimiento del titular, por estar los asientos registrales bajo la salvaguarda de los tribunales conforme al art. 1 de la LH, puesto que ha de tenerse en cuenta, en este sentido, que cuando la concesión de licencias por silencio, referidas a la inscripción de declaraciones de obra nueva, el art. 54 de las NCRH contempla la puesta en conocimiento al Ayuntamiento respectivo de la inscripciones realizadas, no por tanto de pretensión de inscribir, con lo cual la reacción municipal se encuentra en los límites indicados”.

También se ha sugerido la posibilidad de inscribir los actos de naturaleza urbanística, cuando se alega la obtención de la licencia por silencio administrativo, con manifestación expresa de esta circunstancia, para que los terceros conozcan la posibilidad que tiene la Administración de resolver en sentido diferente, si el acto es contrario a la legislación urbanística o al planeamiento, sin necesidad de iniciar expediente de revisión.

Se trata de iniciativas elogiadas que intentan paliar la inseguridad creada por la STS, pero que desde mi punto de vista no se adaptan al contenido del fallo, puesto que, si el acto cuya inscripción se solicita implica la adquisición de facultades *contra legem*, en ningún caso opera el silencio administrativo los efectos que le son propios y en consecuencia ha de entenderse que no existe licencia o declaración de innecesariedad, lo cual implica el cierre del Registro de la Propiedad al título formal que documente el acto o negocio, de acuerdo con el art. 17.2 TRLS de 2008 y art. 66.4 de la LOUA. Además, la seguridad jurídica que ha de proporcionar el Registro de la propiedad en el tráfico inmobiliario, parece contraria al acceso al mismo de situaciones claudicantes, por estar afectadas de un vicio de nulidad y cuya rectificación requeriría acudir a alguno de los procedimientos establecidos en el art. 4o de la LH, que es precisamente una de las consecuencias que intenta evitar el sistema de cierre registral para todo acto de segregación o división sin licencia.

2º.E.e.- Conclusiones que se deducen de la STS de 28 de enero de 2009, dictada en interés de ley.

La doctrina que emana de la STS de 28 de enero de 2009, confirmada posteriormente por las STS de 28 de abril y 7 de julio de 2009, que únicamente reconocen, en materia de otorgamiento de licencias (cuestión distinta es lo que sucede con los actos de aprobación del Planeamiento), la operatividad del silencio *secundum legem*, plantea una gran inseguridad jurídica, (José Luis Martín Moreno, ” silencio administrativo y revisión de oficio de las licencias urbanísticas”, Teoría & Derecho 8/2010), que afecta también a todo el procedimiento de inscripción de estos

actos y negocios de naturaleza urbanística en el Registro de la Propiedad, pues la aplicación y repercusión de esta nueva doctrina del TS en el ámbito hipotecario es incuestionable, ya que al ser una pieza esencial en el esquema de seguridad jurídica preventiva no puede permanecer hermético o encapsulado. El problema, como expone Baño León, es que “por un lado el particular no puede recurrir la desestimación, porque el sentido del silencio es positivo, pero de otro tampoco tiene seguridad alguna de que los actos ejecutados al amparo de la inactividad administrativa tengan validez jurídica alguna”. Ahora es el administrado quien ha de decidir, autocalificar, ante la inactividad del órgano encargado de resolver, (que para ello se pagó la tasa), sobre la calificación urbanística de su petición de licencia. Es obvio que esta doctrina ha supuesto una limitación muy importante a la operatividad del silencio administrativo en materia urbanística, implicando una vuelta a la situación existente con anterioridad a la modificación del art. 43 de la LRJPAC por la Ley 4/1999, lo cual incide gravemente sobre el principio constitucional de seguridad jurídica. Ya no se adquiere ninguna facultad en contra de la ordenación del territorio o del planeamiento urbanístico, sin que tenga, por tanto, que acudir la Administración a un procedimiento de revisión para dejar sin efecto la apariencia de legalidad que se deriva del acto presunto, pues en este caso el silencio no ha producido efecto jurídico alguno; el acto contrario al planeamiento nunca ha gozado de licencia, ni expresa ni presunta y por ello tampoco puede pretenderse su acceso al Registro de la Propiedad, art. 17.2 TRLS y 66.4 LOUA.

Por todo ello es comprensible e incluso lógico, como afirma Juan Ramón Fernández Torres, que cita además en apoyo de esta tesis a Beltrán Aguirre, Desdentado Daroca, Baño León, López Hontanar, Castela Rodríguez, y Razquín Lizarraga, que en este contexto de incertidumbre permanente “se eleven voces que postulen, en un ejercicio de claro pragmatismo, el establecimiento, como regla general, del silencio administrativo negativo en relación con las licencias de obras, en todo caso, en consonancia con lo dispuesto por algún legislador autonómico, en relación por su relevancia con el medio ambiente y la ordenación urbana y la primacía correlativa del interés público y, en general, el robustecimiento de la seguridad jurídica”. Continúa afirmando Fernández Torres que “se invoca incluso, de forma adicional, el argumento según el cual desde la perspectiva de la seguridad jurídica, aun cuando resulte paradójico, es más beneficioso para los administrados el establecimiento del silencio administrativo negativo como regla general compatible con el art. 24.1 de la Constitución y la

indemnización de los daños y perjuicios irrogados por la demora en el otorgamiento de las licencias, con fundamento en el art. 35.d del TRLS de 2008, en lugar de la previsión del silencio positivo *secundum legem*, en razón de la incertidumbre que lleva aparejada” (Revista Urbanismo y Edificación nº 21 página 290). Rafael Toledano Cantero, sostuvo el mismo criterio en las Jornadas sobre Urbanismo y Registro de la Propiedad en Andalucía, celebradas en Granada en octubre de 2010.

A modo de conclusión puede sostenerse que el art. 79 de las NCRH ha perdido su vigencia y operatividad, en base al principio de jerarquía normativa, pues el art. 17.2 del TRLS de 2008 y los artículos 66.4 y 66.8 de la LOUA, exigen en todo caso de segregación y división licencia o declaración de innecesariedad, sin que tras la STS de 28 de enero de 2009 pueda deducirse en todo caso de inactividad de la Administración la obtención de la licencia solicitada por silencio administrativo positivo, pues ello solo es predicable de los actos y negocios conformes con la legalidad aplicable y el planeamiento urbanístico, extremo que exigiría una calificación o pronunciamiento del registrador, muy improbable en la práctica por adolecer de los conocimientos técnicos necesarios, sobre tales condicionamientos. La interpretación y aplicación de la ordenación territorial y el planeamiento es una cuestión de gran complejidad, que admite muchos matices, no siempre basados en estrictos términos jurídicos o de legalidad urbanística, pues, desgraciadamente, son muchas las ocasiones en las que consideraciones de oportunidad política o corporativa influyen decisivamente en la toma de decisiones.

El Registro de la Propiedad, instrumento básico al servicio de la seguridad jurídica preventiva, no puede admitir a inscripción actos y negocios jurídicos que no reúnan los requisitos exigidos por la legalidad urbanística y que por ello pueden adolecer de un vicio de nulidad, como sucede con las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, art. 68.2 LOUA. Todo título o documento que pretenda su acceso al registro ha de ser objeto de calificación en los términos establecidos por el art. 18 de la LH, que en estos casos de parcelación debe extenderse a la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que está sujeta según la LOUA, sin que este acto expreso, que es la licencia, pueda ser suplido de forma automática y en todos los casos por los efectos derivados del silencio administrativo al amparo del art. 43.2º de la LRJPC, que sólo opera cuando es **secundum legem**, en base a la previsión del art. 8.1.b del TRLS, cuestión que ni puede ser enjuiciada por el registrador, ni tampoco obviada al amparo de la inactividad de la Administración o de la autocalificación urbanística que en su caso pueda haber deducido el interesado.

Ahora, el silencio *contra legem* no produce efecto jurídico alguno, por lo que tampoco puede ser confirmado en base al art. 79 de las NCRH y la Administración puede pronunciarse en cualquier momento en la forma que considere adecuada al planeamiento (cuestión diferente es la responsabilidad en que pueda incurrir por tal retraso), sin estar vinculada por el sentido positivo de ningún acto presunto previo, por la razón de ser inexistente en cuanto se oponga a lo dispuesto en los artículos 242.6 TRLS de 1992 y art. 8.1.b TRLS de 2008. No existe ya una apariencia de legalidad derivada, de forma general y automática, de la inactividad de la Administración y del transcurso del tiempo, que pueda justificar la inscripción en el Registro de la Propiedad de tales actos, en consideración a que producen los efectos que le son propios en tanto no sean objeto de revisión en el correspondiente procedimiento administrativo. En estos casos los riesgos personales que asume el Registrador que decida inscribir son evidentes.

En definitiva, esta incertidumbre creada por el fallo afecta a todos los agentes intervinientes en los procesos urbanísticos y de transformación del suelo y de ahí la tesis negacionista del silencio, que cada vez consigue más apoyos, ya que es la salida que parece más adecuada, en tanto no se pronuncie el legislador, para reconducir de alguna forma la inseguridad existente tras la STS, instando en la jurisdicción contenciosa la actuación y la posible responsabilidad patrimonial de la Administración, artículos 29 y 32 de la LJCA y art. 35 .d TRLS de 2008.

Para terminar con este epígrafe, decir que las anteriores consideraciones no se ven afectadas y en ello coincide la mayoría de la doctrina, con la modificación llevada a cabo en el art. 43 de la LRJPAC por el art. 2 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que exige para que no opere el silencio positivo, no solo una ley o norma comunitaria que lo impida, sino también que esté basada en razones de imperiosa necesidad de interés público, puesto que, al margen de cualquier otra matización, la DA 4ª deja claro que ello no afecta a los casos ya contemplados con anterioridad. Tampoco se analiza, por exceder de los fines de este trabajo, el importante tema de la posible falta de competencia del legislador estatal para dictar normas que regulen los efectos del silencio en materia urbanística, excepcionando la regla general resultante de la legislación básica, cuando el propio legislador autonómico determina el carácter positivo del silencio y se remite expresamente a la LRJPAC, como sucede en Andalucía con el art. 172.5º. En consecuencia reafirmamos nuestra idea fuerza: no puede constituirse el art. 79 NCRH en una

especie de silencio administrativo reglamentario de segundo grado, que opera desvinculado de los efectos generales establecidos por el art. 43.2 de la LRJPAC, admitiendo la inscripción de derechos o facultades urbanísticas *contra legem*.

3º.-. ADAPTACION DE LOS TRADICIONALES CONCEPTOS DE DIVISIÓN Y SEGREGACIÓN A LAS NUEVAS REALIDADES FÍSICAS Y JURÍDICAS QUE SUBYACEN BAJO EL TERMINO PARCELACIÓN. CONCEPTO DE PARCELA Y FINCA.

3º.A.-Desmaterialización del derecho de propiedad: tránsito de la división material o física del terreno a la división jurídica o ideal del derecho y del aprovechamiento. Art. 17.3 y 4 del TRLS.

Como se ha expuesto, el art. 17.2 TRLS se refiere expresamente a los actos de división y segregación, cuando impone cautelas, tanto a notarios como registradores de la propiedad, al objeto de evitar actos de parcelación contrarios a la legislación aplicable y a la ordenación territorial y urbanística. Pero puede constatarse que la realidad ha desbordado el marco conceptual de estas figuras jurídicas y ha adoptado formas mucho más complejas para vulnerar las previsiones del legislador en relación a la formación de nuevas fincas y parcelas. El supuesto más clásico y paradigmático es la venta de participaciones indivisas con asignación de uso de parte de la finca. Formalmente se mantiene inalterada la finca en el Registro, sin que por tanto el registrador haya de exigir ninguna licencia o declaración de innecesariedad, pues ello sólo se contempla en principio para las segregaciones y divisiones. Se percibe claramente la intención, pero al reunir el negocio jurídico todos los requisitos necesarios para su validez civil, ni el notario puede negar su intervención, ni el registrador, en principio, la inscripción, ya que, en el momento en el que se desarrolla inicialmente este debate, las tesis iusprivatistas prevalecen entre los agentes jurídicos, considerándose que el control de la legalidad urbanística no les compete y sólo han de colaborar en los términos expresamente contemplados por el legislador. Durante un tiempo esta fue la visión mayoritaria de la cuestión, si bien en la práctica los registradores negaban el acceso al Registro del pacto de concreción de cuota, por vulnerar el principio de unidad de finca registral del art. 8 de la LH, implicar de facto un acto de parcelación y tener carácter personal, lo cual ponía de manifiesto un cierto contrasentido. El resultado era una disociación entre la realidad jurídica registral, la situación extra-registral y el Planeamiento, en detrimento del principio de legalidad, consolidándose, en la mayor parte de los casos, el ilícito urbanístico mediante el transcurso sanador del plazo de prescripción o la posterior innovación del Planeamiento, forzado en ocasiones a legalizar situaciones ya consolidadas.

Ante esta realidad, el legislador Estatal, competente en la materia, se ve obligado a reaccionar y lo hace en el art. 17.2 de la Ley del Suelo 8/2007, de 28 de mayo, precepto recogido con idéntico contenido en el TRLS de 2008, extendiendo la aplicación de todas las normas y previsiones expuestas a “la enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como a la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva”. Sin embargo el fraude de ley persiste, pues se elude la norma omitiendo en el título inscribible cualquier vinculación de uso de la participación indivisa transmitida, que queda reservada a un pacto privado entre las partes, lo que conlleva que el resultado permanezca idéntico, pues accede al registro la venta de cuota, que es oponible a terceros, dado el carácter funcionalmente constitutivo de la inscripción, produciéndose en el ámbito extra-registral el ilícito urbanístico, que resulta, solo aparentemente, amparado en la existencia de una escritura pública y una inscripción registral ; en definitiva no se avanza mucho con ello en la lucha contra este tipo de fraude.

Por su parte, el legislador andaluz, que siente de forma mucho más cercana las prácticas habituales de negocio en su Comunidad y, por cierto, también sufre la lacra de las parcelaciones ilegales, se adelanta a la Ley estatal e introduce un novedoso art. 66 en la LOUA, que transcribimos en su redacción original:

1. “Se considera parcelación urbanística:

a) En terrenos que tengan el régimen propio del suelo urbano y urbanizable, toda división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas parcelas o solares.

b) En terrenos que tengan el régimen de suelo no urbanizable, la división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas en dos o más lotes que, con independencia de lo establecido en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza, pueda inducir a la formación de nuevos asentamientos.

En esta clase de suelo también se consideran actos reveladores de una posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales

o asignaciones de uso o cuotas en proindiviso de un terreno o de una acción, participación u otro derecho societario, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte de terreno equivalente o asimilable a los supuestos del párrafo anterior. En tales casos será también de aplicación lo dispuesto en esta Ley para las parcelaciones urbanísticas en esta clase de suelo”.

En una primera aproximación al precepto, y obviando de momento el análisis de la letra a), se deduce que la voluntad del legislador es preservar la finalidad agrícola, forestal, ganadera, cinegética o cualquier otra vinculada a la utilización racional de los recursos naturales, para el suelo no urbanizable, salvo actuaciones excepcionales de interés público debidamente autorizadas, evitando, en consecuencia, las parcelaciones urbanísticas que conllevan la formación de nuevos asentamientos o núcleos de población y todo ello, además, respetando lo establecido en esta legislación sectorial para los actos de división o segregación, cuestión íntimamente relacionada con las Unidades Mínimas de Cultivo, que serán objeto de estudio en epígrafes posteriores (art. 257.2 TRLS de 1992 y art. 20 Ley 6/1998 de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones). Pero al mismo tiempo refleja una preocupación, derivada de la utilización de negocios fraudulentos que puedan frustrar la finalidad de la norma y por ello introduce un nuevo concepto jurídico: actos reveladores de una posible parcelación urbanística, es decir, presupuestos fácticos cuya simple presencia alerta de un posible acto de segregación o división encubierto, que, asociados a un uso edificatorio, no siempre permitido en esta clase de suelo, pueden suponer el desarrollo de un núcleo de población contrario a las normas sobre Ordenación del Territorio o Planeamiento.

Pero no satisfecho el legislador con los resultados obtenidos, afronta una modificación sustancial de la norma a través de la Ley 13/2005 de 11 de noviembre, de modo que el nuevo art. 66.1, es transcripción exacta del anterior art. 66.1, letra a) y el primer párrafo de la letra b), referido al suelo no urbanizable. La verdadera novedad se encuentra en la redacción dada al art. 66.2, cuyas previsiones son ahora aplicables a todo tipo de suelo, no solo al no urbanizable, al mismo tiempo que expande los signos reveladores de parcelación urbanística:

Art. 66.2: ”Se consideran actos reveladores de una posible parcelación urbanística, aquellos en los que mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en proindiviso de un terreno, fincas, parcelas o de una acción, participación u otro derecho societario, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado

de una parte del inmueble equivalente o asimilable a los supuestos del apartado anterior (relativo a cualquier clase de suelo), sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación. En tales casos, será también de aplicación lo dispuesto en esta Ley para las parcelaciones urbanísticas según la clase de suelo de que se trate.

Ya se dijo anteriormente como la realidad ha desbordado el marco conceptual de la segregación y división de terrenos y ha adoptado formas mucho más complejas, para vulnerar las previsiones del legislador en relación a la formación de nuevas fincas y parcelas y de ahí la necesidad de anticipar conductas por medio de estos signos reveladores de parcelación urbanística. La DGRN en la reciente y trascendente Resolución de 12 de julio de 2010, afirma que “el concepto de parcelación urbanística, continuando el proceso que han seguido las actuaciones en fraude de su prohibición y precisamente para protegerse de ellas, ha trascendido la estricta división material de fincas, la tradicional segregación, división o parcelación, para alcanzar la división ideal del derecho y del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en los que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos”. Son por tanto estos nuevos pronunciamientos legales los que nos han de servir de base para determinar la naturaleza jurídica de estos signos reveladores de parcelación urbanística y cómo operan en relación con los títulos inscribibles en el Registro de la Propiedad, cuestión en la que se incidirá más adelante.

3º.B.- Nueva definición de los conceptos de finca y parcela, que trasciende el concepto civil de bien inmueble que resulta del art. 334 del CC. Art. 17.1 TRLS.

Como cuestión terminológica y para entender el fenómeno de las parcelaciones urbanísticas, tal como se presenta en la actualidad, es conveniente hacer alguna breve referencia a los conceptos de finca y parcela, que se definen en el art. 17.1 TRLS. Así, la finca se asocia, en principio, al concepto que de los bienes inmuebles se deduce del art. 334 del CC, tales como “las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo”; sin embargo el TRLS incorpora las nuevas concepciones y doctrinas surgidas en torno a la organización del derecho de propiedad, tales como los complejos inmobiliarios y la propiedad volumétrica, que admite lo que doctrinalmente se conoce como la propiedad estratificada o por capas, que exceden

del ámbito inicial del art. 348 del CC, que parte de unas amplias facultades del propietario del suelo, que solamente pueden ser comprimidas mediante la creación de derechos reales limitados, tales como la superficie y los de elevación o sub-edificación, normalmente estructurados a través de un régimen de propiedad horizontal. El art. 17 TRLS se refiere a la finca no solo como “unidad de suelo, sino también de vuelo, atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o a varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo”. Rafael Arnaiz Eguren hace una interesante precisión al respecto, “considerando que ha de interpretarse el precepto en el sentido de que se está refiriendo a la propiedad volumétrica, edificada o edificable, situada sobre o bajo la rasante”. El Anteproyecto de Reglamento del TRLS, (ARTRLS), añade a los requisitos anteriores que “ha de disponer de límites físicos precisos”, lo que incide en la importancia que tiene una detallada identificación de la finca, que a veces resulta imposible de delimitar con la mera descripción literaria y que nos lleva al tema de la utilización de las bases gráficas, que luego será abordado en su relación con la coordinación con el Catastro.

Cuando una finca así definida pueda, de conformidad con la legislación hipotecaria, abrir folio registral, entonces se denominará finca registral, cuestión que aparece regulada en el art. 8.n de la LH. Se ocupa de ello el ARTRLS, estableciendo que “podrán ser configuradas como fincas registrales independientes, el derecho de edificabilidad desagregado de la finca de la que procede, en los términos que se desarrollan en el art. 57, relativo a las situaciones de propiedad horizontal simple y compleja, así como los complejos inmobiliarios”. Es lo que Arnaiz Eguren denomina como “la progresiva desmaterialización o espiritualización del objeto inmobiliario”, idea que tiene una evidente repercusión en relación con las parcelaciones urbanísticas, pues ya no se utilizan, como antes, las segregaciones y divisiones de terrenos para infringir el ordenamiento, sino que se emplean complejos negocios ante los que el legislador no ha tenido más remedio que actuar, y de ahí, insistimos, la figura de los ya vistos signos reveladores de posible parcelación urbanística.

Igualmente precisa resulta la definición del término Parcela, que comúnmente se identifica con la parcela catastral, aunque es también extensible al ámbito urbanístico y a las unidades resultantes de los procesos de transformación del terreno y reordenación de la propiedad conforme a la normativa urbanística. Ahora, la “unidad de suelo se proyecta, de forma independiente, tanto en la rasante, como sobre el vuelo o en el subsuelo, siempre que tenga atribuida edificabilidad y uso, (propiedad volumétrica edificada o edificable), o sólo uso urbanístico independiente”, como sucede con los dotacionales o equipamientos. Claramente este

nuevo concepto de parcela mejora y supera el que se contiene en el art. 6 del TRLC de 5 de marzo de 2004, que sólo alude como tal a la “porción de suelo de una misma naturaleza, enclavada en un término municipal y cerrada por una línea poligonal que delimita, a tales efectos, el ámbito espacial del derecho de propiedad de un propietario o de varios en proindiviso y, en su caso, las construcciones emplazadas en dicho ámbito, cualquiera que sea su dueño, y con independencia de otros derechos que recaigan sobre el inmueble”. De nuevo hemos de remitirnos al ARTRLS, que recalca, en el sentido ya visto, que “ha de estar adecuadamente delimitada a efectos de su utilización o explotación diferenciada, de conformidad con la legislación aplicable, y cualquiera que sea la situación básica en la que se encuentre”.

Haciendo un análisis comparativo entre los conceptos de finca civil, finca registral y parcela, catastral o urbanística, es evidente que estamos aludiendo a realidades jurídicas diferentes, no sólo por estar asociadas a concepciones tradicionalmente diferenciadas, sino porque cada una de ellas se origina según sus propios requisitos y procedimiento, desarrollando sus efectos en los ámbitos de actuación que le son propios. Pero es igualmente cierto que también se detectan ciertos elementos homogeneizadores, como son la necesaria y precisa identificación, que, cuando se trata de suelos, parece conlleva la ineludible utilización de bases gráficas geo-referenciadas, que permitan la representación gráfica del territorio y un análisis espacial; por ello habrá de prestarse atención, como afirma Joaquín Delgado Ramos, a las normas tendentes a coordinar las bases gráficas catastrales y registrales y la planimetría urbanística. En esta línea merece citarse la reciente Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre Infraestructuras y los Servicios de Información Geográfica de España, a través de la cual se transpone a nuestro derecho el contenido de la Directiva Inspire. En definitiva, se trata de representar el bien que constituye su objeto de forma veraz e identificable respecto de los colindantes, pues sólo así podrán alcanzar los fines que les son propios, siendo por otra parte evidente la preocupación del legislador en cuanto a la adecuación a la legalidad, civil y urbanística, de los nuevos conceptos de fincas o parcelas, que incorporan las recientes formas sobre desmaterialización de la propiedad respecto del suelo que les sirve de soporte físico, extremos sobre los que ha de incidir la calificación registral como expresión del principio de legalidad, tema que es analizado a continuación.

3º.C.- Adaptación de los conceptos hipotecarios de segregación y división, utilizados en los artículos 78 y 79 del RD 1093/1997, (NCRH), a la nueva terminología de la LOUA:

parcelación urbanística y actos reveladores de una posible parcelación. Resolución de 12 de julio de 2010.

Ya nos hemos referido a la desmaterialización del derecho de propiedad, en terminología de Arnaiz Eguren, y del tránsito de los conceptos de división material o física del terreno, a la división jurídica o ideal del derecho y del aprovechamiento, extremo que ha sido incorporado a los nuevos conceptos de finca y parcela por el art. 17.1 del TRLS de 2008 y por el art. 66.2 de la LOUA, al incorporar varios signos aparentes de parcelación urbanística, que exceden de los tradicionales conceptos hipotecarios de división y segregación.

El fundamento cuarto de la Resolución de 12 de julio de 2010, no puede ser más certero en su diagnóstico y didáctico en su exposición, cuando declara que “es, en suma, la propia legislación sustantiva que resulte aplicable, la que ha de determinar que actos están sometidos a licencia y que actos pueden estimarse como reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal, teniendo en este tema el RD 1093/1997, de 4 de julio, que complementa al Reglamento Hipotecario, un carácter meramente adjetivo y procedimental. Por este motivo los conceptos, que en clave hipotecaria, se emplean en los artículos 78 y 79 del citado RD, han de ser examinados, y adaptados, a las normas autonómicas sustantivas que resulten de aplicación; de lo contrario se llegaría al absurdo de impedir la aplicación de dicha normativa autonómica por la sola, y nominalista, razón de emplear esta última una terminología (parcelación ilegal; actos reveladores de una posible parcelación urbanística), más amplia que la tradicionalmente empleada en el ámbito hipotecario (división o segregación), y que engloba, en orden a la finalidad de dicha legislación urbanística está llamada a desempeñar, actos que, en muchos casos, para nada serían actos de segregación o división en sentido estricto (hipotecario)”. A lo largo de esta exposición tendremos ocasión de ver los efectos que esta importante consideración conlleva en la práctica jurídica.

4º.- LAS PARCELACIONES RÚSTICAS Y PARCELACIONES URBANÍSTICAS ILEGALES EN SUELO NO URBANIZABLE.

4º.A.- Concepto de parcelación rústica y legislación aplicable. Artículos 13. TRLS; 66.1.b y 68.2 LOUA.

Comenzaremos con la parcelación rústica o agraria, es decir, aquella que no está asociada a un fin urbanístico, que puede ser definida como toda división o segregación simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes, siempre que tenga una finalidad exclusivamente vinculada a la explotación de los recursos primarios del terreno y que lógicamente afecta al suelo no urbanizable, estando sujeta, además de a la normativa urbanística, a lo establecido en la

correspondiente legislación agraria, forestal, medio ambiental o de similar naturaleza. Es evidente que la idea esencial que persigue el legislador para el suelo no urbanizable es mantenerlo al margen de los procesos de transformación y edificación, preservando los valores que le son propios, para lo que en ciertos casos que considere conveniente puede establecer un régimen reforzado de protección, que implica importantes consecuencias. El art. 13.2 del TRLS prohíbe “las parcelaciones urbanísticas en los terrenos que se encuentren en la situación básica de suelo rural, salvo que hayan sido incluidos en el ámbito de una actuación de urbanización en la forma que determine la legislación de ordenación territorial y urbanística”.

Por su parte el art. 68.2 de la LOUA declara que “en terrenos con régimen de suelo no urbanizable quedan prohibidas, siendo nulas de pleno derecho, las parcelaciones urbanísticas”, entendiéndose como tales, en esta clase de suelo, art. 66.1.b LOUA, “la división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas en dos o más lotes que, con independencia de lo establecido en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza, pueda inducir a la formación de nuevos asentamientos”. Este concepto es perfilado por el art. 52.6.a) LOUA, “con la finalidad de asegurar, como mínimo, la preservación de la naturaleza de esta clase de suelo (no urbanizable), y la no inducción a la formación de nuevos asentamientos, ni siquiera en la categoría del Hábitat Rural Diseminado”, y a dichos efectos “se considerará que inducen a la formación de nuevos asentamientos, los actos de realización de segregaciones, edificaciones, construcciones, obras o instalaciones, que por sí mismos o por su situación respecto de asentamientos residenciales o de otro tipo de usos de carácter urbanístico, sean susceptibles de generar demandas de infraestructuras o servicios colectivos, impropios de la naturaleza de esta clase de suelo”.

4º.B.- Segregaciones de naturaleza rústica en suelo no urbanizable: declaración de innecesidad pendiente de desarrollo reglamentario.

El art. 52 de la LOUA, sólo admite segregaciones, edificaciones y construcciones en el suelo no urbanizable común, “siempre que estén expresamente permitidas por el PGOU o Plan Especial de Desarrollo y previa obtención de licencia, cuando sean consecuencia del normal funcionamiento y desarrollo de las explotaciones agrícolas; necesidad justificada de vivienda unifamiliar aislada, cuando éste vinculada a un destino relacionado con fines agrícolas, forestales o ganaderos; la conservación, rehabilitación o reforma de edificaciones, construcciones o

instalaciones existentes; las características propias del Habitat Rural diseminado y la ejecución y el mantenimiento de las infraestructuras y los servicios, dotaciones y equipamientos públicos. Se exceptúan de la anterior regla general, en los términos que se determinen reglamentariamente, aquellas segregaciones de naturaleza rustica cuya finalidad no sea la implantación de usos urbanísticos y para las que se obtenga la correspondiente declaración municipal de innecesariedad de la licencia”.

Declaración de innecesariedad que debería condicionarse resolutoriamente al cumplimiento de las previsiones fijadas en el instrumento de planeamiento urbanístico, o en su caso, aquellas que garanticen la no inducción a la formación de nuevos asentamientos, de forma análoga al art. 8.a. párrafo tercero del RDU, pues lo que inicialmente puede ser considerado como un acto de fraccionamiento del suelo de carácter rustico, más adelante, por la realización de actos de edificación, puede terminar en un acto parcelatorio, siendo muy conveniente que tal condicionamiento se refleje en los libros registrales, para conocimiento de los terceros que adquieran algún derecho, lo que va a facilitar enormemente la ejecución de las medidas cautelares y definitivas que puedan acordarse dentro de un expediente de disciplina urbanística o contencioso, pues al tratarse de actos que han devenido en parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, son nulos y no opera en modo alguno la prescripción de la infracción.

Para el suelo no urbanizable de especial protección, se prevé el mismo régimen, con la importante matización de que en ningún caso se admitirán actuaciones incompatibles con el régimen de protección a que este sometido.

Añadir que el art. 160.C. LOUA considera como supuesto de expropiación, por razón de urbanismo, la realización de actos de parcelación que constituyan infracción urbanística grave y que el art. 185.2, excluye el plazo de prescripción para el ejercicio de la potestad urbanística, cuando este tipo de parcelación se desarrolle en terrenos que tengan la consideración de suelo no urbanizable.

Se colige del repaso a la normativa urbanística aplicable, que este tipo de parcelaciones requiere el previo control del órgano urbanístico competente, que lo verificara a través de la licencia o, en su caso, de la declaración de innecesariedad, que el Registrador de la Propiedad ha de exigir para practicar la inscripción. Referente al ámbito competencial, ha de recordarse lo que dispone el art. 188.1.b) LOUA, que atribuye competencias a la Comunidad Autónoma, por sustitución, en materia de protección de la legalidad urbanística, cuando los actos o usos

correspondientes tengan por objeto una parcelación urbanística en suelo no urbanizable y que luego analizaremos al estudiar ese tipo de actuaciones.

4º.C.- Nulidad de los actos de segregación o división de los que resulten fincas o parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Artículos 23 a 25 de la Ley 19/1995 de Modernización de Explotaciones Agrarias.

Pero como ha se ha dicho, el art. 66.1.b) LOUA, conecta los actos de segregación y división en suelo no urbanizable, con la observancia de la normativa sectorial que en cada caso sea aplicable, lo que nos lleva a analizar especialmente el régimen de Unidades Mínimas de Cultivo, que se encuentra regulado en la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, que de modo taxativo declara en su art. 24:

1º- “La división o segregación de una finca rustica solo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la Unidad Mínima de Cultivo”.

Reiteramos que los conceptos división y segregación, han de ser entendidos en un sentido amplio, debiendo interpretarse la norma de acuerdo con el art. 3 del CC, es decir, en atención a la realidad social y al espíritu y finalidad perseguidos. Después volveremos sobre ello.

La competencia para fijar las UMC corresponde a las CCAA y en este sentido la Comunidad Autónoma de Andalucía ha procedido a su establecimiento provisional mediante la Resolución de 4 de noviembre de 1996, de la Dirección General de Desarrollo Rural y Actuaciones Estructurales, en cuyo Anexo se detallan por provincias y municipios en función del tipo de cultivo, superando con ello el debate sobre la vigencia o no de la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958. A estos efectos es importante la verificación de la naturaleza de regadío, intensivo o extensivo, del terreno, siendo especialmente idóneos a tal fin, bien la acreditación de la existencia de algún derecho al aprovechamiento privativo de las aguas existentes en la finca, por certificación del correspondiente registro administrativo de aguas o por documento expedido por el secretario de la comunidad de regantes en la que participe, todo ello sin perjuicio de la previa constancia de tal aprovechamiento en los libros del Registro en la forma establecida por los artículos 64 y siguientes del RH. Lo que no parece admisible es la simple manifestación de las partes en el título, desconectada de cualquier indicio veraz de prueba.

2º- “Serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a tercero, los actos o negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas, contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior”.

El precepto no deja dudas en cuanto a la nulidad radical y absoluta, no subsanable, en aplicación de la regla general del art. 6.3 del CC, si bien sus efectos han de predicarse respecto de los actos realizados a partir de la entrada en vigor de la norma, el día 5 de julio de 1995. Es obvio que la alegación de la celebración del contrato en fecha anterior, en cuyo caso la vulneración sólo genera un derecho de adquisición preferente a favor de los colindantes, debe probarse fehacientemente, por lo que no basta por sí sola la aportación de un documento privado. Caso de que concurra alguna de las circunstancias del art. 1227 del CC, ha de tenerse presente que la fehaciencia se predica sólo respecto de la fecha, no sobre el contenido, ni sobre la identidad de las partes intervinientes, por lo que es necesaria su ratificación, en su caso por los herederos de los intervinientes y la verificación por otras pruebas coadyudantes de la existencia de la segregación o división en fecha anterior a la entrada en vigor de la LMEA. Este criterio resulta de la STS de 31 enero de 2001, sala 3ª, que no admitió la acreditación de la titularidad fehaciente del transmitente, a los efectos de inmatriculación registral de las fincas, mediante documento privado con fecha advenida según los criterios del art. 1227 del CC.

La rigidez del precepto hace que la declaración de nulidad se produzca no sólo respecto de los actos voluntarios, sino también respecto de los forzosos, con excepción de lo que respecto a los actos de expropiación forzosa dispone el art. 25, debiendo entenderse nulos los actos de segregación que vulneren la UMC con independencia de que sean resultado de expedientes administrativos o resoluciones judiciales, pues la norma no contempla excepción alguna. No obstante ello, recogemos la duda que se plantea José Manuel García García respecto de la aplicación del precepto a las sentencias firmes en juicios declarativos, por los efectos que, al menos entre las partes, produce de cosa juzgada, y en todo caso, a efectos registrales, no cabe que la calificación registral entre en el fondo de la sentencia. La DGRN se ha pronunciado en sentido contrario en varias ocasiones, afirmando que cuando las resoluciones judiciales tienen por objeto sólo una parte de la finca, lo que conlleva la segregación de una parte del terreno afectado, es necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos de naturaleza urbanística, en especial la licencia de segregación o declaración de su innecesariedad, y respetar igualmente lo

dispuesto en la legislación agraria sobre unidades mínimas de cultivo. Resoluciones de 25-5-2002,26-4-2005,30-9-2005, 14-10-2005,22-6-2007,18-8-2009,30-6-2010.

Recientemente, Resolución de 9 de diciembre de 2010, la DGRN declara lo siguiente en un supuesto en el que se debate sobre la necesidad de obtener licencia de segregación para la inscripción de una sentencia firme, dictada en un juicio ordinario que se sigue para la reanudación del tracto sucesivo sobre parte de una finca inscrita:

“En cuanto al defecto relativo a la falta de licencia administrativa para la segregación o declaración de no necesidad, debe igualmente confirmarse la nota de calificación. Tiene este Centro Directivo ya declarado (véase Resoluciones de 17 de febrero de 1999 y 8 de enero de 2010) que la inequívoca exigencia legal de la pertinente licencia o de la declaración municipal de su innecesidad, para la división de terrenos obligan a confirmar el defecto impugnado sin que el hecho de que se trate de una sentencia firme pueda desnaturalizar tal conclusión so pretexto del general deber constitucional de cumplir las resoluciones judiciales firmes (cfr. artículo 118 de la Constitución Española). Dicho deber debe cohonestarse con la eficacia relativa de la cosa juzgada y en todo caso su alcance debe ser determinado en función de los propios términos de la resolución a cumplir (términos que por otra parte han de acomodarse a las propias pretensiones planteadas por las partes (artículos 11.3 y 182 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Con todo, en función del genérico deber de cumplimiento de las resoluciones judiciales, no puede concluirse sin más que una Sentencia permita obviar exigencias legales añadidas que debieron observar en su día esos contratantes (la licencia de segregación), cuando sobre dichas exigencias ni se discute en el procedimiento seguido, ni hay pronunciamiento alguno en la propia Sentencia (ni podría haberlo sido, dada la no intervención de la correspondiente entidad local). El hecho de que los títulos pudieran ser de fecha anterior a la legislación del suelo de 1990, cuando no había ningún obstáculo legal para inscribir segregaciones sin licencia, no impide la necesidad de acreditar la autorización administrativa en la actualidad, pues es ahora cuando se formalizan esas segregaciones que entonces no se habían contemplado. En definitiva, el expediente de dominio para la reanudación de tracto sucesivo está dirigido a la acreditación del dominio a favor de los promotor del mismo con relación a la finca tal como aparecen inscritas en el Registro, pero si como en el caso presente, el expediente no se refiere a la totalidad de la finca registral, sino a parte que en su día se segregó, deben cumplirse

los requisitos exigidos por la legislación urbanística y aportarse licencia de segregación o certificación del Ayuntamiento de innecesariedad de la misma”.

3º- “La partición de la herencia se realizará teniendo en cuenta lo establecido en apartado 1 de este art, aun en contra de lo dispuesto por el testador, aplicando las reglas del CC sobre las cosas indivisibles por naturaleza o por Ley y sobre la adjudicación de las mismas a falta de voluntad expresa del testador o de convenio entre los herederos”.

Los actos particionales también han de respetar en la adjudicación de los lotes la superficie de la UMC, y caso de contravención no podrán acceder al registro. El legislador solo excepciona de la regla de nulidad los supuestos que se contemplan en el siguiente art. 25:

A)- “Cualquier clase de disposición a favor de los propietarios de fincas colindantes, siempre que como consecuencia de la división o segregación, tanto la finca que se divide o segrega como la colindante, no resulte de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo”.

No se admite una extensión inferior ni en la finca matriz, ni en las resultantes de la división o segregación, salvo que se proceda a la simultánea agrupación con otra colindante y que la superficie tras dicha operación sea igual o superior a la UMC. Para la inscripción de segregaciones amparadas por esta excepción, han de presentarse conjuntamente tanto la segregación como la simultánea o posterior agregación o agrupación, única forma de verificar su cumplimiento.

B)- “Si la porción segregada se destina de modo efectivo, dentro del año siguiente, a cualquier tipo de edificación o construcción permanente, a fines industriales o a otros de carácter no agrario, siempre que se haya obtenido la licencia prevista en la legislación urbanística y posteriormente se acredite la finalización, en el plazo que se establezca en la correspondiente licencia, de conformidad con dicha legislación.

“A los efectos del art. 16 del RD legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el TR de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana, no se entenderá vulnerada la legislación agraria, cuando la transmisión de la propiedad, división o segregación tenga el destino previsto en este apartado”. Habiendo sido derogado este art. 16 del TRLS de 1992, la

remisión ha de referirse al art. 13 del TRLS de 2008 y artículos 42, 43, 50, 52 y 66.1.b de la LOUA.

Es sin duda el supuesto más conflictivo de todos los que se recogen en el precepto y por ello le dedicaremos un epígrafe especial más adelante.

C)- “Si es consecuencia del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad establecido en la legislación especial de arrendamientos rústicos”.

Se refiere a los arrendamientos parciales sobre superficie inferior a la UMC y cuyo ejercicio reconocido por esta legislación especial demanda esta excepción.

D)- “Si se produce a causa de expropiación forzosa, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Expropiación Forzosa”.

Excepción plenamente coherente con la finalidad del acto expropiatorio, basado igualmente en razones de interés social o utilidad pública y que solo puede extenderse a la superficie en la que concurra tal circunstancia.

4º.D.-- Las parcelaciones urbanísticas ilegales vía art. 25.B de la Ley 19/1995 de Modernización de las Explotaciones Agrarias:

4º.D.a.-Presupuestos fácticos para la aplicación de la norma.

De todas las excepciones recogidas en el art. 25 LMEA, la señalada con la letra b) es, con seguridad, la que más debate suscita, fundamentalmente porque no ha sido aplicada de forma coherente con el texto y finalidad de la norma, tal como luego analizaremos. Por ello es básico determinar la delimitación estructural del precepto, que será la que nos fije los límites respecto de su operatividad. A tal fin han de observarse los siguientes requisitos:

- Que la segregación/división y la edificación hayan obtenido la correspondiente licencia urbanística, pues en todo caso han de ser conformes con la ordenación territorial y el planeamiento. La excepción sólo se refiere a la exclusión del régimen de UMC, legislación agraria, y se justifica precisamente en el destino ajeno a esta actividad, por servir de soporte a otros usos que requieren sus propias instalaciones y edificaciones, pero que lógicamente han de ajustarse a las normas de planeamiento, pues no puede derivarse ningún beneficio o ventaja del incumplimiento de una norma o de una infracción urbanística.

- La porción segregada ha de ser destinada de forma efectiva, dentro del año siguiente, a cualquier tipo de edificación o construcción permanente, a fines industriales o a otros de carácter no agrario, debiendo acreditarse la finalización de la edificación o construcción, en el plazo que se establezca en la correspondiente licencia, de conformidad con dicha legislación. El cómputo del plazo entendemos ha de efectuarse desde que se notifica el acto administrativo de concesión de la licencia, si bien ha de tenerse en cuenta la posible caducidad si se omite la comunicación prevista en el art. 66.5 LOUA. Ya hemos dicho que es requisito imprescindible la obtención de la licencia para el acto parcelatorio, sin que quepa, tratándose de suelo no urbanizable, prescripción de la infracción urbanística, art. 68.2 y 185.2.A LOUA, a salvo lo que después se dirá en relación con el régimen transitorio. En cuanto a la posible obtención de la licencia por silencio administrativo, nos remitimos al estudio realizado con ocasión del análisis del art. 79 de las NCRH, de modo que, tras la STS de 28 de enero de 2009, el art. 43.2 LRJPAC, en conexión con el anterior art. 242.6 TRLS de 1992 y actual art. 8.1.b TRLS de 2008, no puede servir de cobertura para la adquisición de facultades urbanísticas contra *legem*.

Igualmente se suscita cierta polémica en relación con el destino efectivo de la parcela segregada a la materialización de una edificación permanente, que no tenga un uso o finalidad agraria. De una interpretación integradora puede concluirse que no se exige la terminación de la construcción dentro del año siguiente a la segregación, bastando con que efectivamente se hayan iniciado las obras.

Pero también ha de acreditarse su conclusión en la fecha o plazo establecido en la licencia, que necesariamente ha de dar cobertura al acto edificatorio. Esto no impide la inscripción de la segregación y la obra nueva antes de que se produzca tal circunstancia, si bien habrá de practicarse el asiento sometido al cumplimiento de esta condición legal. Por su claridad no

incidiremos en el carácter permanente que ha de tener la edificación, remitiéndonos en cuanto a los conceptos de parte integrante y pertenencias a lo que se dispone en el art. 334 del CC.

Como se ha afirmado, la edificación ha de concluirse en el plazo fijado en la respectiva licencia de edificación. Pero la pregunta sería si una vez alcanzado el mismo sin que la construcción esté terminada, conlleva ello la pérdida de vigencia de la excepción por no haberse cumplido, en sentido estricto, el presupuesto fáctico de la norma. Creemos que no, puesto que el inciso final establece “de conformidad con dicha legislación (urbanística)” y ello nos lleva al análisis de la eficacia temporal y caducidad de las licencias urbanísticas, que se regula en los artículos 173 de la LOUA y 22 del RDU, de los que se colige que la caducidad no produce automáticamente la extinción de los efectos de la licencia, para lo que se requiere una declaración expresa por el órgano competente, de oficio o a instancia de cualquier persona u organismo público, previa audiencia al interesado. Ahora bien, si no se concluye finalmente la edificación, no se consolida el uso o la actividad que justificó la exclusión del régimen general de nulidad, previsto por el art. 24 de la LMEA para los actos contrarios a la UMC, entonces, tanto los órganos competentes en materia agraria, como la Consejería de Urbanismo, podrán instar la declaración de caducidad del Ayuntamiento, e incluso en el caso de la Comunidad Autónoma, acordar medidas cautelares de suspensión, por sustitución, previo el requerimiento oportuno al Alcalde, tal como se previene en el art. 188.1.b de la LOUA, siempre que con la segregación se encubra un acto de parcelación urbanística.

En todo caso, acreditada la caducidad de la licencia y la no finalización de la obra en plazo, junto con la orden de demolición en su caso, mediante resolución firme, contra la que no quepa recurso alguno, se procederá por el registrador de la propiedad, a instancias del órgano competente, a la cancelación tanto de la segregación como de la obra nueva en construcción, que han de ser considerados como una actuación unitaria compleja, ya que la inscripción practicada se sujetó al cumplimiento posterior de esta condición legal, y por ello resultaría indiferente el hecho de que tal presupuesto legal se reflejara de forma expresa en el asiento practicado en su día. Como dice Joaquín Delgado Ramos, al comentar el art. 24 del RDU, el expediente de caducidad de la licencia ha de dirigirse contra su titular, lo cual puede plantear problemas a la hora de practicar el correspondiente asiento de cancelación, si la titularidad que resulta del asiento registral es diferente, al no haber sido parte en el procedimiento seguido a tal fin. Del

mismo modo esta reagrupación forzosa, que afectaría sólo al acto de segregación o división materializado al amparo del art. 25.B LMEA, puede plantear problemas a la hora de su ejecución, cuando la parcela resultante ha sido adquirida por un tercero, pues para cancelar la segregación es necesario establecer la cuota de participación que corresponde al adquirente en la finca matriz, lo que a falta de acuerdo entre las partes, exigirá plantear un procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, con posibilidad de anotación preventiva de demanda, tal como acertadamente se establece en el art. 49.j del RDU, que después analizaremos con más detalle y a cuyos comentarios nos remitimos y ello sin perjuicio de las acciones civiles que puedan asistir al adquirente para solicitar la nulidad de la transmisión.

4º.D.b.- Breves ideas sobre los actos edificatorios en suelo no urbanizable en Andalucía. Artículos 42, 43, 50 y 52 LOUA.

El Art. 50.B.a) de la LOUA, detalla el contenido urbanístico legal del derecho de propiedad del suelo no urbanizable, que comprende, cualquiera que sea la categoría a la que estén adscritos, “la realización de los actos precisos para la utilización y explotación agrícola, ganadera, forestal, cinegética o análoga a la que estén efectivamente destinados, conforme a su naturaleza y mediante el empleo de medios técnicos e instalaciones adecuados y ordinarios, que no supongan ni tengan como consecuencia la transformación de dicho destino, ni de las características de la explotación”. Por ello el posterior art. 52 LOUA, que regula el régimen del suelo no urbanizable, permite, para aquellos terrenos que no estén adscritos a categoría alguna de especial protección, que puedan llevarse a cabo las obras o instalaciones precisas para el desarrollo de las actividades antes dichas, “siempre que no estén expresamente prohibidas por la legislación aplicable por razón de la materia, por los Planes de Ordenación del Territorio, por el Plan General de Ordenación Urbanística y por los Planes especiales”, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos que contravengan tales prevenciones.

Se completa este régimen del suelo no urbanizable común u ordinario, con el desarrollo que se contiene en el art. 52.1.B: podrán realizarse “las segregaciones, edificaciones, construcciones, obras e instalaciones que, estando expresamente permitidas por el PGOU o Plan Especial de Desarrollo, sean consecuencia de:

- a)- Normal funcionamiento y desarrollo de explotaciones agrícolas.
- b)- Necesidad justificada de vivienda unifamiliar aislada, cuando esté vinculada a un destino relacionado con fines agrícolas, forestales o ganaderos.

- c)- La conservación, rehabilitación o reforma de edificaciones, construcciones o instalaciones existentes.
- d)- Las características propias de los ámbitos de Habitat Rural Diseminado.
- e)- la ejecución y mantenimiento de las infraestructuras y los servicios, dotaciones y equipamientos públicos.

Estos actos estarán sujetos a licencia municipal, previa aprobación, cuando se trate de actos que tengan por objeto viviendas unifamiliares aisladas, del correspondiente Plan Especial o Proyecto de Actuación, por el procedimiento previsto en los artículos 42 y 43 de la presente Ley, para las Actuaciones de interés público en terrenos que tengan el régimen de suelo no urbanizable”.

“Se exceptúan de la regulación anterior, en los términos que se determinen reglamentariamente, aquellas segregaciones de naturaleza rústica cuya finalidad no sea la implantación de usos urbanísticos, y para las que se obtenga la correspondiente declaración municipal de innecesariedad de la licencia”, previsión, que, como ya se ha dicho, se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario.

Por su parte el suelo no urbanizable de especial protección queda sometido a un régimen más estricto en cuanto que “solo podrán llevarse a cabo los anteriores actos edificatorios y de uso del suelo siempre que estén expresamente permitidos por el PGOU o PE y sean compatible con el régimen de protección a que esté sometido, estando sometidas a licencia, de acuerdo con los criterios generales antes expuestos”.

En los artículos 42 y 43 se recogen, de forma similar al antiguo art. 16.3.2ª del TRLS de 1992, las actuaciones de interés público que pueden ser ejecutadas en suelo no urbanizable, habilitando un procedimiento específico para ello, Proyecto de Actuación o Plan Especial, que es de carácter previo al otorgamiento de la respectiva licencia y respecto del cual opera el silencio con efectos negativos. Estas actividades en ningún caso pueden tener por objeto usos residenciales.

La conflictividad que suscita la aplicación de la excepción del art. 25.B es indudable, fundamentalmente porque se ha forzado su ámbito de aplicación, sin tener en cuenta las consideraciones anteriores en relación con los usos y actos edificatorios permitidos en el suelo no urbanizable. En muchas ocasiones se ha hecho una interpretación que no se coherente ni con el texto ni con la finalidad de la excepción, lo que ha motivado la aplicación indebida de la norma, permitiendo la materialización, que no su legalización, de muchas urbanizaciones que vulneran la normativa agraria y urbanística en suelo no urbanizable, pues en estos casos el fenómeno parcelatorio va ligado de forma indisoluble a un uso edificatorio no permitido por la ordenación territorial y la legislación urbanística.

La conjunción de una actuación irregular o permisiva en la esfera municipal, con la inactividad de los órganos de la Comunidad Autónoma con competencias en la materia, junto con una práctica negocial y jurídica preocupada solo por la legalidad civil e hipotecaria de los contratos, advertida por la DGRN en Resoluciones de 22 marzo 2004, 24 y 27 de mayo de 2005 y 14 de noviembre de 2006, ha abierto una inmensa puerta por la que se han colado al mercado inmobiliario un buen número de parcelaciones urbanísticas ilegales en suelo no urbanizable, algunas en suelo de especial protección, que como tales son nulas y no pueden ser objeto de legalización, a menos que se innoven la Ordenación Territorial o el Planeamiento. En otro epígrafe se estudiara la operatividad de la prescripción, en función de la legislación aplicable en cada momento.

Pero la realidad es ésa, edificaciones perfectamente documentadas y registradas, en algunos casos incluso han pagado sus tasas por la obtención de la licencia y los correspondientes impuestos autonómicos, que aparentan ser conformes a Derecho, pero que no se ajustan a la legalidad urbanística, mereciendo en muchos supuestos la consideración de actos nulos. Una vez más se observan las graves consecuencias que para el principio de legalidad ha supuesto la disociación entre los principios inspiradores del Derecho civil, preocupado por la adquisición, gravamen y transmisión del derecho de propiedad y la licitud del uso del suelo, vinculado a la función social de este derecho y manifestada a través de las normas sobre ordenación territorial y planeamiento, que tienen carácter normativo y obligan a cualquier adquirente en base al principio de subrogación en los derechos y deberes urbanísticos, hoy reflejado en el art. 19 del TRLS. Es imprescindible lograr la integración de los intereses privados y públicos que convergen en el derecho de propiedad sobre el suelo, mediante un tratamiento global y unitario

que pondere de forma equilibrada, de acuerdo con la legislación aplicable, ambos intereses, por exigencias de los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica.

La razón de ser de esta excepción reside en que se refiere a actos y contratos, que por su finalidad, son ajenos al derecho agrario, y en consecuencia han de estar regidos por la normativa urbanística aplicable, que no es competencia estatal, y que en todo caso ha de velar porque no se produzcan mediante estos actos de segregación y edificación nuevos asentamientos residenciales ilegales, que puedan dar lugar a la formación de nuevos núcleos de población en el suelo no urbanizable y por ello la excepción, en Andalucía, se ha de concretar en edificaciones destinadas a fines industriales u otros de carácter no agrario, para los que se haya obtenido licencia expresa, ya que la declaración de nulidad del art.24 de la LMEA para todo acto vulnerador de la UMC y la imposibilidad de adquirir por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial y urbanística, junto con el previo silencio negativo del Proyecto de Actuación, excluyen esta posibilidad (art. 242.6 TRLS 1992 y art. 8.b, TRLS 2008 y STS 28 enero 2009), sin que desde la entrada en vigor de la LOUA pueda tampoco contemplarse la hipótesis de la prescripción, art. 185.2.

En un primer momento, el argumento permisivo se apoyaba en el art. 16.3.1ª del TRLS de 1992, posteriormente anulado por la STC 61/1997, que admitía en el suelo no urbanizable común, junto a las instalaciones y edificaciones de utilidad pública o interés social que hayan de emplazarse en el medio rural, edificios aislados destinados a vivienda familiar, en lugares en los que no exista posibilidad de formación de un núcleo de población. Al no hacer depender este uso residencial de su vinculación a fines agrícolas u otros de similar naturaleza, el supuesto se adaptaba a esta premisa de la excepción: edificaciones ajenas a una finalidad agraria. Pero no bastaba con el cumplimiento parcial del presupuesto normativo, pues había de obtenerse licencia expresa por lo ya apuntado y en este caso la competencia para su otorgamiento correspondía al órgano autonómico competente, mediante resolución definitiva, y ello con independencia de obtener también la necesaria licencia municipal. Por tanto, sólo cumpliendo estrictamente este procedimiento cabría entender aplicable la excepción del art. 25.B en el caso de viviendas de uso residencial, lo que evidentemente no sucedía en la mayoría de los supuestos, en los que o bien no existía licencia obtenida en los términos expuestos, o bien se alegaba su adquisición, ya por silencio administrativo positivo, a pesar del tenor del art. 242.6 TRLS 1992, ya por prescripción,

o simplemente había sido concedida por el Ayuntamiento y todo ello dejando aparte el caso de edificaciones en terrenos no urbanizables sujetos a especial protección, pues su régimen se contemplaba en el art. 17 del TRLS de 1992, fuera por tanto de la remisión expresa del art. 25 B al art. 16 TRLS 1992, aunque este esquema jurídico se complicó aún más, si cabe, tras la anulación del art. 16.3 TRLS de 1992 por la STC 61/1997, que supuso la reactivación del TRLS de 9 de abril de 1976, al no existir legislación urbanística propia en Andalucía, hasta la aprobación de la ley puente 1/1997, quedando sujetos estos actos, hasta dicho momento, sólo a la obtención de la licencia municipal, sin intervención de ningún órgano autonómico.

La entrada en vigor de la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones de 13 de abril de 1998, hizo más difícil, si no imposible, la operatividad de esta excepción en el caso de edificaciones residenciales, y siempre excluyendo los suelos sujetos a especial protección, pues introduce una novedad trascendental en su art. 20.1: “en esta clase de suelo, solo excepcionalmente, y a través del procedimiento establecido en la legislación urbanística, se podrán autorizar actuaciones específicas de interés público, siempre que no exista establecido un régimen de protección especial que pueda ser vulnerado, quedando excluido todo otro uso que no esté destinado a fines agrícolas, forestales, ganaderos, cinegéticos u otros vinculados a la utilización racional de los recursos naturales, y todo ello dentro de los límites que en su caso establezcan las leyes o el planeamiento”.

Por tanto, una vez en vigor este precepto, que sustituyó el contenido del anulado art. 16.3 TRLS de 1992, ya no es posible autorizar viviendas residenciales al margen de su finalidad agrícola, y es precisamente esta vinculación de destino la que excluye la aplicación de la excepción del art. 25 B, que exige que se trate de construcciones y edificaciones de carácter no agrario, ajenas a la actividad agrícola. Queda así concretada la excepción, en las condiciones ya vistas, a los supuestos de edificaciones de carácter no agrario, y autorizadas excepcionalmente, sobre esta clase de suelo por razones de interés público. En los demás casos, por aplicación de este art. 20 LRSV de 1998 y de los artículos 24 y 25 de la LMEA, quedan prohibidas las parcelaciones urbanísticas y en ningún caso pueden materializarse divisiones o segregaciones en contra de la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza.

La legislación estatal vigente se pronuncia en términos idénticos en el art. 13.1 del TRLS de 2008 y la normativa urbanística de Andalucía se ocupa del régimen del suelo no urbanizable y de los usos y edificaciones permitidas en el mismo, en los artículos 42, 43, 50 y 52 de la LOUA,

los cuales pasamos a analizar en los extremos que interesan al objeto de esta ponencia, pues como se ha intentado argumentar, la excepción del art. 25.B LMEA exige, en todo caso, licencia conforme a la ordenación territorial y urbanística.

Según el art. 52 LOUA, en el suelo no urbanizable ordinario o común, solo se admitirán las segregaciones, edificaciones y construcciones, que estando expresamente permitidas por el PGOU o el Plan Especial de Desarrollo, sean consecuencia del normal funcionamiento y desarrollo de las explotaciones agrícolas, “o de la necesidad justificada de vivienda unifamiliar aislada, cuando esté vinculada a un destino relacionado con fines agrícolas, forestales o ganaderos, exigiéndose en todo caso la obtención de licencia”. Por tanto estas edificaciones se han de integrar en la explotación a la que sirven, normalmente como viviendas unifamiliares aisladas, para mejorar su operación y desarrollo económico, y cuya superficie en todo caso ha de respetar la UMC, pues el art. 23 de la LMEA define la UMC como “la superficie suficiente que debe tener una finca rustica para que las labores fundamentales de su cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción, puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características socio-económicas de la agricultura de la comarca o zona”.

Es lógico entender que sólo las explotaciones que reúnen la superficie mínima tienen viabilidad económica y en base a ello se justifica la autorización de esta clase de edificaciones aisladas, que dejan de tener sentido en fincas o parcelas de inferior superficie y de ahí que el art. 25.B LMEA, sólo se refiera a edificaciones a fines no agrícolas, pues de ser este el destino la observancia de la legislación de UMC es insoslayable. No obstante ello los instrumentos de planeamiento suelen establecer requisitos adicionales para su autorización, como la no proximidad a un núcleo de población o a otras viviendas o la observancia de una regla de proporcionalidad en relación con la superficie cultivable. También ha de tenerse en cuenta que en los casos de necesidad justificada de vivienda unifamiliar, con carácter previo a la licencia, ha de redactarse el correspondiente Proyecto de Actuación, conforme al procedimiento de los artículos 42 y 43 LOUA, cuya resolución es competencia propia de los Ayuntamientos, según el art. 9.1.c) de la Ley de Autonomía Local de Andalucía, debiendo informar en el expediente la Consejería competente y siendo el sentido del silencio negativo: “transcurrido el plazo de seis

meses desde la formulación de la solicitud en debida forma sin notificación de resolución expresa, se entenderá denegada la autorización solicitada”.

Para el resto de actuaciones en suelo no urbanizable, que hayan de ser autorizadas por razón de interés público (infraestructuras, servicios, dotaciones, equipamientos, usos industriales, terciarios, turísticos u otros análogos), ha de seguirse este procedimiento establecido en los artículos 42 y 42 de la LOUA, y que son los supuestos que en sentido estricto pueden dar lugar a la excepción del art. 25 B, dejando bien claro el art. 42.1, que en todo caso quedan excluidos los usos residenciales, que ya hemos dicho solo se admiten vinculados a una explotación agrícola a la que sirven y siempre que se justifique su necesidad. Requieren la previa aprobación de un Plan Especial o un Proyecto de Actuación, han de ser compatibles con el régimen de la correspondiente categoría de suelo, y no pueden inducir a la formación de nuevos asentamientos y el sentido del silencio administrativo, transcurridos seis meses, es negativo, por lo que en ningún caso puede operar esta figura en este tipo de actuaciones.

4º.-D.c.-Problemática en torno al art. 80 del RD 1093/1997. Análisis de las resoluciones de la DGRN. Operatividad actual del precepto según la doctrina mayoritaria.

Este estudio, centrado en la excepción del art. 25.B LMEA al régimen general de las UMC, ha de completarse con una breve referencia al perturbador contenido del art. 80 del RD 1093/1997, de 4 de julio, NCRH, ya que ha sido aplicado por la DGRN sin tener en cuenta el régimen legal al que está sujeto en Andalucía en suelo no urbanizable. El precepto tiene un carácter instrumental y adjetivo y en modo alguno puede suponer una enervación de la regla general de nulidad establecida en el art. 24 de la LMEA para todos los actos de segregación o división contrarios a la UMC. Si el acto o negocio vulnera de forma clara el régimen de las UMC, atendiendo a los parámetros objetivos de superficie según tipo de cultivo, su nulidad no necesita ser declarada de forma expresa mediante resolución de un órgano administrativo, puesto que opera *ipso iure* por decisión del legislador, artículos 24 LMEA y 6.3 del CC y el registrador ha de apreciar tal circunstancia directamente dentro del procedimiento registral, a través de su calificación, que no es sino trasunto del principio de legalidad, art. 18 LH.

Como ahora veremos, la mayoría de la doctrina entiende que la lógica y operatividad de este artículo reside en solicitar la intervención del órgano con competencias en materia agraria, para que en los casos en los que exista duda o se alegue la aplicación de alguna de las excepciones del art. 25 LMEA, especialmente la señalada con la letra B, pueda pronunciarse en relación con la concurrencia de los presupuestos exigidos para la exclusión del régimen general de UMC. Esta

decisión, normalmente, ha de basarse en aspectos técnicos, que requieren mediciones, evaluación de bases gráficas, conocimiento de la realidad física y jurídica extrarregistral, y por supuesto la conexión de los actos de segregación y edificación posterior con la ordenación territorial y el planeamiento urbanístico, puesto que sólo puede aplicarse si se sujeta de forma estricta al principio de legalidad urbanística; no cabe disociación entre los requerimientos civiles y urbanísticos del acto o negocio. El art. 25.B es muy preciso en este punto. Por ello, ha de tenerse muy presente el régimen urbanístico del suelo no urbanizable que de forma sucinta se ha expuesto en el epígrafe anterior.

El tenor literal del art. 80 NCRH es el siguiente:

“Cuando se trate de actos de división o segregación de fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo, los Registradores de la Propiedad remitirán copia de los documentos presentados a la Administración agraria competente, en los términos previstos en el apartado 5º del art. anterior. Si dicha Administración adoptase el acuerdo pertinente sobre nulidad del acto o sobre apreciación de las excepciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la ley 19/1995, de 4 de julio, remitirá al Registrador certificado del contenido de la resolución recaída. En el caso de que transcurran cuatro meses desde la remisión o de que la Administración agraria aprecie la existencia de alguna excepción, el Registrador practicará los asientos solicitados. En el supuesto de que la resolución citada declarase la nulidad de la división o segregación, el Registrador denegará la inscripción. Si dicha resolución fuese objeto de recurso contencioso-administrativo, el titular de la finca de que se trate podrá solicitar anotación preventiva de su interposición sobre la finca objeto del fraccionamiento”.

El simple cotejo del precepto con lo ya visto en relación con el art. 24 de la LMEA, que declara la nulidad civil de todo acto o contrato de transmisión, segregación y división que vulnere la legislación sobre UMC, no admitiendo más excepciones que las recogidas en el posterior art. 25, muestra bien a las claras su difícil encaje en el ordenamiento, en base al sistema de fuentes y al principio de jerarquía normativa. No obstante ello ha sido tenido en cuenta por la DGRN en varias Resoluciones. Así, en la de 14 de noviembre de 2006 declara “obligada su aplicación por parte de Notarios y Registradores, mientras que no se declare nula la norma en el correspondiente procedimiento contencioso administrativo”, criterio que no puede sostenerse

como razona la mayoría de la doctrina. Además, y esto es importante, el Centro Directivo, por razones difíciles de entender, no mantiene una línea de interpretación homogénea en relación con esta cuestión, pues en sentido inverso y en aplicación del principio de jerarquía normativa, declara nulo y no aplicable, salvo que exista norma expresa sustantiva autonómica que le dé cobertura, el art. 53 del mismo RD 1093/1987, tema que trataremos luego más extensamente.

También, en relación con el art. 35 del Reglamento de Costas sucede lo mismo, aunque aquí las contradicciones son aún mayores, pues a principios de los años 1990 declara la no inscripción de los posteriores actos de transmisión y gravamen de fincas ya inscritas, colindantes con el dominio marítimo terrestre, sin aportar la certificación del Organismo de Costas acreditativa de la no invasión del dominio público, criterio sostenido por el TS en sentencias de 17 de julio de 1996 y 27 de mayo de 1998. No obstante ello, a partir de la Resolución de 14 de enero de 2000, comienza a resolver declarando la inaplicabilidad del art. 35 del RLC por vulnerar el principio de jerarquía normativa, al establecer el art. 15 de la Ley de Costas tal requisito, sólo en los casos de inmatriculación y excesos de cabida. Los graves problemas prácticos y económicos planteados por este cambio de criterio, que podían haberse obviado con la aportación de la respectiva licencia y la jurisprudencia preexistente, le llevaron a rectificar su doctrina en la Resolución de 6 de octubre de 2008. Quiere con ello incidirse en la variabilidad de criterio del Centro Directivo en la valoración del principio de jerarquía normativa.

En la Resolución de 22 de marzo de 2004, revoca la nota de calificación y admite la inscripción de una escritura de segregación de finca rústica de extensión inferior a la UMC, en la que se declara una obra nueva terminada de vivienda unifamiliar y simultáneamente se transmite su propiedad, con aportación de licencia municipal de segregación y edificación, actos que son considerados nulos por la Administración agraria, mediante resolución dictada por la Delegación Provincial Málaga de la Consejería de Agricultura y Pesca por vulnerar la legislación de UMC. Los referidos actos se documentan en el año 2003 y la DGRN en un escueto párrafo se limita a decir que son inscribibles, pues se trata de la excepción contenida en el art. 25.b de la LMEA, ya que “la edificación no tiene un destino agrícola sino residencial, lo que lleva a la aplicación de la legislación urbanística y el art. 66 de la LOUA establece la competencia de los ayuntamientos para el otorgamiento de la licencia de segregación”, de lo que concluye, que cumplidos estos condicionantes, y con independencia de que la licencia pueda ser declarada nula a través del correspondiente procedimiento, que podría ser objeto de anotación en el Registro, la nulidad del

acto no puede depender de la simple declaración de la Consejería de Agricultura y pesca de la Junta de Andalucía.

El contenido de la Resolución es cuando menos discutible, porque, como ya se ha dicho antes, a partir de la entrada en vigor de la LRSOU de 1998, cuyo art. 20 sustituyó al anterior, y anulado por la STC 61/1997, art. 16 del TRLS de 1992, así como de los artículos 42, 43 y 52 de la LOUA, en esta clase de suelo solo podrán autorizarse viviendas unifamiliares aisladas vinculadas a explotaciones agrarias, previa aprobación de un proyecto de actuación con un régimen de silencio negativo y que es un acto previo de ineludible observancia a la previa concesión de la licencia municipal, y todo ello siempre que no haya posibilidad de formación de un nuevo asentamiento, siendo precisamente esta finalidad o vinculación a fines agrarios la que si bien, por un lado, permite este tipo de edificación en suelo no urbanizable común, por otro, claramente hace inaplicable la excepción del art. 25.B. En definitiva, en este caso, con la adverbación de la DGRN, se vulnera tanto la legislación agraria como la urbanística, ya que, como tantas otras veces, se analiza la cuestión con una visión iusprivatista, que deja de lado aspectos esenciales que inciden en la legalidad urbanística del acto y que no pueden ser ignorados, pues la propiedad del suelo tiene un carácter estatutario, del que se derivan derechos y obligaciones que conforman un estatuto jurídico que es impuesto a cualquier adquirente posterior en base al principio de subrogación, sin que sea posible una interpretación parcial y aislada del ordenamiento jurídico, en contra de los criterios del art. 3 del CC, que permita el acceso al Registro de la Propiedad de actos que son nulos tanto civil, art. 24 LMEA, como urbanísticamente, art. 7.1 y 17.2 TRLS 2008 y 68.2 y 185.2 LOUA. Del incumplimiento de la legislación urbanística no puede derivarse ningún beneficio civil para el infractor y como establece el art. 33 de la LH, la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

Además, si se relacionan los artículos 24 LMEA y el art. 80 NCRH, se aprecia que la nulidad de la segregación no deriva de la resolución que dicte el órgano autonómico con competencias en materia agraria, sino de la propia norma, quedando limitada su actuación, única cuestión que puede ser objeto de recurso, a la verificación de si concurren o no los requisitos necesarios para que operen las excepciones del art. 25 LMEA, facultad que no ha sido conferida en ningún caso a la DGRN. Si surge discrepancia con la motivación del acto administrativo, podrán los

interesados recurrirlo en la vía administrativa y en su caso en la jurisdicción contenciosa, pudiendo tomar si así se solicita y acuerda anotación preventiva de la demanda.

Esta resolución es también comentada críticamente por Basilio Aguirre Fernández, que subraya la confusión conceptual en la que incurre, puesto que de una parte aplica el criterio del art. 80 del RD 1093/1987, pero sin citarlo, por lo que no sabemos cuál es la opinión sobre su vigencia y en todo caso nos encontramos ante intereses públicos distintos, legislación UMC y planeamiento urbanístico, siendo distintas las Administraciones públicas encargadas de controlar uno y otro. En consecuencia, los requisitos que se imponen para inscribir una segregación o división de finca rústica (obtención de la licencia previa o declaración municipal de su innecesariedad y respeto a las UMC), son concurrentes. Si cualquiera de ellos resulta incumplido la segregación o división no podrá acceder al Registro, y el hecho de cumplir uno de los mismos no prejuzga el cumplimiento del otro.

Idéntico contenido tiene la Resolución de 24 de mayo de 2005, que es suscitada por nota de calificación emitida por la misma registradora, en relación a una escritura de segregación de finca rústica de extensión inferior a la UMC, sobre la que hay concedida licencia, que se aporta, para la construcción de un hotel rural, adjuntándose informe municipal sobre innecesariedad de la licencia de segregación. La fundamentación del acuerdo del Centro Directivo es muy escasa, de hecho se limita a repetir lo ya dicho, y aunque la registradora basa su nota en la aplicación del art. 80 del RD 1093/1997, no existe alusión al mismo en la decisión administrativa. El hecho diferencial reside en que en este caso la construcción a realizar, efectivamente no es de carácter agrario, lo que podría dar lugar a la excepción del art. 25.B de la LMEA, pero ello está condicionado a varios requisitos, siendo el más importante la obtención de licencia conforme a la legislación urbanística y ya hemos visto que este tipo de edificaciones solo tienen cabida, al amparo de los artículos 42 y 43 de la LOUA, por razones de interés público y a través de un procedimiento específico, que exige la presentación de un Proyecto de Actuación o de un Plan Especial, y sin el cual no es válida la licencia municipal para la construcción de un hotel.

Este dato, existencia previa del proyecto de actuación o plan especial, es esencial que sea incluido en el contenido de la licencia, que se basa en una doble intervención preventiva y así resulta, en la actualidad, del art. 19.3 del RDU, que exige que en la resolución de concesión de licencia o declaración de innecesariedad, deberán consignarse expresamente cualesquiera especificaciones requeridas por las disposiciones vigentes, junto con las que el precepto enumera

y cualquier otra que el órgano competente considere adecuado incluir. No hay duda el carácter de trámite esencial de esta previa autorización, en la que por disposición expresa de la LOUA el sentido del silencio es negativo. No obstante ello, al considerar cumplidos los trámites urbanísticos, entiende, como ya afirmó en la anterior resolución, que la nulidad del acto o negocio no puede depender de la simple manifestación del organismo con competencias en materia de agricultura. Se insiste en que la apreciación de si concurre el requisito para la operatividad del art. 25.B de la LMEA no es competencia de la DGRN, sino del órgano autonómico competente, de nuevo en esta ocasión la Delegación Provincial de Agricultura de Málaga.

Llama también la atención respecto de la ausencia tanto de licencia de segregación como de declaración de innecesariedad, exigidos alternativamente por el art. 66 de la LOUA, que cita expresamente la Resolución, pues sólo se aporta la certificación municipal de un informe según el cual no es necesaria la licencia, documento que adolece del carácter de acto administrativo adoptado con los requisitos y procedimientos previstos a tal fin y que está igualmente sujeto al régimen de caducidad del art. 66.5 de la LOUA. Sorprende que tratándose de una edificación futura, no se condicione resolutoriamente la inscripción a la acreditación posterior del cumplimiento de los requisitos fácticos exigidos por la norma: materialización efectiva dentro de plazo y conforme a la legislación urbanística.

Contemplando la actuación de los distintos organismos y agentes intervinientes en estos casos, ubicados en la Comarca de La Axarquía, se comprende cómo se ha podido llegar a una situación en la que han proliferado tantas parcelaciones y edificaciones ilegales, fenómeno, que por lo demás, está muy extendido y por las mismas causas en otras zonas de la Comunidad.

La Resolución de 27 de mayo de 2006, también residencia el problema en Andalucía, esta vez en el Levante almeriense, y es un calco de las anteriores. Su peculiaridad reside en que se alega la previa existencia de una casa dentro de la finca a segregar, de extensión inferior a la UMC, aportándose certificación municipal en la que se indica que a la vista de los informes del técnico y del secretario no hay inconveniente para la segregación pretendida, reiterando sobre este punto los comentarios ya dichos sobre los requisitos y contenido de los actos administrativos de licencia y declaración de innecesariedad.

De nuevo, el registrador de la propiedad remite el expediente a la Delegación Provincial de la Consejería de Agricultura y Pesca, que contesta en plazo pronunciándose sobre la nulidad de la segregación, por vulnerar la normativa de UMC, resolución que es ignorada, una vez más, por la DGRN, que la considera una simple decisión de un órgano administrativo, de la que no puede deducirse la nulidad de la segregación.

En realidad el supuesto objeto de esta resolución no se ajusta estrictamente a la excepción del art. 25.B de la LMEA, que parte de la necesidad de la segregación como acto previo a la edificación o construcción de carácter no agrario, que ha de ejecutarse conforme a licencia. En este caso ni hay licencia ni se declara obra nueva alguna, simplemente se alude a que existe dentro de la finca una edificación, sin referencia a su tipología, descripción, estado constructivo, fecha de terminación en su caso y, sobre todo, posible licencia, expresa o por silencio o posible prescripción de cualquier medida que implique su demolición. Es evidente que con esta indeterminación total sobre la identificación y legalidad de la edificación desde el punto de vista urbanístico, no es posible considerar la excepción del art. 25 B, aunque sea por analogía, pues en todo caso descansa sobre la construcción de una edificación conforme a la legalidad urbanística y hasta tanto no se demuestre este extremo ninguna excepción debe ser aceptada, a salvo los efectos que después veremos produce la prescripción. En definitiva, tratándose de edificaciones ya construidas es dudosa la aplicación analógica del precepto, pero de sostenerse la tesis afirmativa es indispensable el cumplimiento estricto del resto de requisitos, en especial la previa concesión de licencia. No obstante, este debate nos conduce a una de las cuestiones más conflictivas en relación con la operatividad de la excepción del art. 25.B LMEA, que no es otra que los efectos que en su aplicación produce la prescripción de las posibles infracciones urbanísticas, conectadas al posterior acto edificatorio o uso del suelo, pues la prescripción, que ha podido consolidar sus efectos conforme a la normativa anterior a la LOUA, no implica la legalidad urbanística de las edificaciones, tal como se exige para la efectividad de la excepción. Toda esta problemática se abordará a continuación en el epígrafe dedicado a análisis de la prescripción en relación con el régimen transitorio.

En la resolución de 14 de noviembre de 2006, la DGRN se mantiene en su tesis, si bien aquí confirma la nota de calificación, pues ni siquiera se había obtenido la licencia de segregación o declaración de innecesariedad del art. 66 LOUA, entendiéndose que una vez obtenida no es obstáculo el hecho de que el resto de la finca matriz, rústica según el Registro,

quede con una cabida inferior a la UMC y la Delegación Provincial de Málaga se haya pronunciado sobre la nulidad de la segregación de forma expresa.

La última Resolución que se ocupa del tema es de 16 de junio de 2009 y en ella se atisba claramente una voluntad de cambio, que esperemos se consolide. Se alega el art. 25 B LMEA en una segregación de extensión inferior a la UMC, pero no se declara ni existe construcción alguna, por lo que se confirma la nota de calificación, emitida de acuerdo a la notificación de la decisión adoptada por la Consejería de Agricultura de Castilla León, declarando la nulidad del acto, y es en este contexto donde, por primera vez, se señala la posibilidad de que en los casos dudosos, como éste en el que no hay edificación alguna, sea el órgano autonómico competente, (y no la DGRN), el que se pronuncie sobre la concurrencia de la excepción del art. 25 LMEA, de acuerdo con el procedimiento que recoge el tan citado art. 80 del RD 1093/1987.

A nuestro juicio este precepto sólo tiene encaje dentro del sistema de fuentes y el principio de jerarquía normativa, si se interpreta que la remisión a la Administración agraria competente, sólo procede a los efectos de verificar la concurrencia de alguna de las excepciones del art. 25 de la LMEA. Pero si la infracción del precedente art. 24 es clara y resulta de la documentación aportada, entonces entendemos que el Registrador ha de denegar la inscripción directamente, pues la nulidad civil de un acto o negocio no ha de ser declarada mediante acto administrativo.

La doctrina es prácticamente unánime al respecto. Para Díaz Fraile a “quien compete calificar la posible nulidad de un acto civil de modificación hipotecaria, consistente en la división de una finca, a los efectos de denegar o no su inscripción, es al Registrador de la Propiedad. No se entiende que por silencio administrativo o inacción de la Administración agraria pueda darse cabida a un acto nulo, como sería la división de terrenos por debajo de la UMC, sin concurrencia de algunos de los supuestos de excepción contemplados en el art. 25 de la LMEA, dados los concluyentes términos en que se pronuncia el art. 24, que declara la nulidad, entre partes y frente a terceros, de los actos o negocios jurídicos, voluntarios o no, que den lugar a una división de terrenos inferior a la UMC”.

Igual de rotundo en sus críticas se muestra José Manuel García García, quien añade que “estamos ante una verdadera nulidad civil, y no un mero ilícito administrativo, por ser también

de naturaleza civil el acto de división o segregación de una finca rústica, y no digamos nada de la partición de la herencia a la que alude el art. 24.3 de la LMEA. Por ello no se comprende bien, en principio, que la resolución del organismo agrario, que es meramente administrativo, pueda entrar a decidir la nulidad o validez del acto, y mucho menos que sobre un problema civil pueda existir un recurso contencioso administrativo”.

Se concluye que la excepción sólo puede ser reconocida si se cumplen los requisitos derivados de la legalidad urbanística, puesto que la claridad del precepto pone de manifiesto, sin necesidad de interpretación, cual ha sido la intención del legislador: que “se haya obtenido la licencia prevista en la legislación urbanística y posteriormente se acredite la finalización de la edificación o la construcción, en el plazo que se establezca en la correspondiente licencia, de conformidad con dicha legislación”. La coherencia en la aplicación de la norma, al objeto de evitar que se utilice en fraude de ley prohibido por el art. 6.4 del CC y porque, además, lo exige su propio tenor literal, conlleva la necesidad de la obtención previa de la licencia, que garantice la adecuación del acto o negocio al principio de legalidad urbanística.

Pero ha de tenerse presente que en los casos de parcelación urbanística, (no nos referimos ahora actuaciones aisladas en suelo no urbanizable común), conforme a los artículos 169 de la LOUA y 7 del RDU, son necesarios, al menos, tres actos de autorización relacionados con el uso del suelo y de las edificaciones que se levanten: segregación/división, edificación y ocupación o utilización. Sólo si concurren todos ellos, cada uno en la fase temporal adecuada al desarrollo de los actos de transformación del terreno, se podrá entender cumplido el presupuesto de la norma y en consecuencia el acto será válido y podrá acceder al Registro de la Propiedad, al menos provisionalmente y a expensas de la acreditación de la conclusión en plazo de la obra, lo que requiere que el acta notarial de terminación incorpore, junto con la certificación técnica, debidamente visada, la licencia de ocupación/ utilización y que se proceda al depósito en el Registro de la Propiedad del libro del edificio (como afirma Delgado Ramos los supuestos de autopromoción no están excluidos de tal requisito por el art. 20 del TRLS de 2008). Esta es la única forma de entender consolidada la excepción que consagra el art. 25.B LMEA, así como las facultades y derechos urbanísticos, para evitar las parcelaciones urbanísticas ilegales en suelo no urbanizable. La remisión expresa a la legislación urbanística deriva en la aplicación de lo que se dispone, respectivamente, en los artículos 66 y 169 de la LOUA y 8, 27 y 28 del RDU.

En definitiva, el criterio hermenéutico que debió presidir cualquier acto aplicativo, es que la excepción sólo tiene cabida si el uso del suelo se ajusta a la legalidad territorial y urbanística, no pudiendo pretenderse de la comisión de un acto ilícito la obtención de un beneficio tan importante, consistente en la enervación de un acto en principio nulo. El art. 6.3 CC, determina la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas; el apartado siguiente del precepto considera que los actos ejecutados en fraude de ley no impedirán la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir y finalmente el art. 7 del CC exige que los derechos se ejerciten conforme a las exigencias de la buena fe, sin que la ley ampare el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, sobrepasando lo límites normales del ejercicio de un derecho ,con daño para tercero, en este caso el interés colectivo que delimita el contenido del derecho de propiedad del suelo de acuerdo con su función social. En la actualidad el art. 7 del TRLS de 2008 determina el carácter estatutario del régimen urbanístico de la propiedad el cual resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos expuestos por la legislación sobre la ordenación territorial y urbanística.

Para concluir estos apuntes en relación con la aplicación de la excepción del art. 25.B LMEA, aún hemos de referirnos al ámbito de la calificación registral, como expresión de los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica, en conexión con los anteriores requisitos: la licencia municipal que se otorgue, en su caso, para autorizar el acto edificatorio, ha de hacer expresa referencia, de acuerdo con el contenido señalado por el art. 19 del RDU, a la existencia del previo acto administrativo de autorización expresa del proyecto de actuación o plan especial, como actos previos y necesarios en los que apoyar su decisión, conllevando su omisión la nulidad del acto de acuerdo con el art. 62.1.e LRJPAC, por haberse prescindido totalmente del procedimiento establecido, extremo que puede y debe ser apreciado por el registrador en su calificación, art. 18 LH y 99 del RH, al tratarse de un trámite esencial del procedimiento administrativo establecido para el acto de autorización. No se trata de convertir al registrador, que ni lo es ni puede serlo, en un órgano de revisión de la actividad municipal, que solo compete a los tribunales conforme al art. 106 de la Constitución, sino sólo de exigir la acreditación del acto de autorización o conformidad legalmente previsto a tal fin, tal como se exige en los artículos 17 y 20 del TRLS de 2008, para velar por el cumplimiento del principio de legalidad urbanística. No se está enjuiciando la decisión adoptada por el órgano municipal que concede la licencia, sino sólo verificando, tal como demandan los preceptos citados, la concurrencia de los

trámites y requisitos esenciales del procedimiento utilizado. Estamos ante casos similares como la concesión de licencias sobre fincas que figuran inscritas, a virtud de acto administrativo firme, como zonas verdes, equipamientos, espacios libres, dotacionales y que autorizan usos lucrativos incompatibles con este destino o uso previsto por el correspondiente instrumento de planeamiento. El registrador ha de calificar la existencia de una previa innovación del planeamiento que permita tales usos, realizada en la forma establecida por la LOUA, lo cual evidentemente no es posible, por ejemplo, mediante un estudio de detalle, figura que se ha de desenvolver dentro de los límites estructurales que le marca el art. 15 de la LOUA.

4º.E.- Concepto unitario de parcelación urbanística. Competencias de la Comunidad Autónoma en materia de protección de la legalidad urbanística. Art. 188 LOUA. Reposición de la realidad física alterada en suelo no urbanizable. Art. 49-j RDU.

4.E.a.- Concepto unitario de parcelación urbanística.

La transformación del suelo no urbanizable mediante una parcelación urbanística es un acto complejo, que, al menos, demanda tres tipos de licencias: parcelación, edificación y ocupación/utilización. Pero ello no significa que cada uno de estos actos o negocios de contenido urbanístico haya de ser considerado de forma aislada. Todo lo contrario, han de ser analizados de forma unitaria, pues conforman un acto o negocio de carácter complejo pero de causa única. Como dice el art. 1282 del CC “para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato” y es elemento común en todos los casos de parcelación urbanística la estrecha vinculación entre el acto de segregación/división y el acto edificatorio. Desde el punto de vista jurídico y económico hay una estructura comercial única, que demanda un enfoque unitario que evite distorsiones en la aplicación de la legislación urbanística.

No puede hablarse de parcelación urbanística en suelo no urbanizable si el acto de fragmentación del terreno no conlleva un acto edificatorio, y precisamente por ello están prohibidas por el art. 13.1 TRLS de 2008 y art. 68.2 LOUA. Los actos de división/segregación que sólo afectan al terreno se rigen, además de por la normativa urbanística, por la legislación agraria o sectorial correspondiente, debiendo respetar el régimen de UMC. Esta afirmación se deduce del art. 66.1.b LOUA que considera parcelación urbanística en suelo no urbanizable “la división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas en dos o más lotes que, con independencia de lo establecido en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza, pueda inducir a la formación de nuevos asentamientos”, que han de ser definidos por los instrumentos de planeamiento, si bien ha de tenerse en cuenta la nota característica que los define según el art.

52.6.a: “demandar infraestructuras o servicios colectivos impropios de la naturaleza de esta clase de suelo”. La anterior afirmación y el propio tenor del precepto, no descarta, por supuesto, el que la parcelación urbanística pueda desarrollarse por fases, normalmente para vulnerar los controles que se derivan de la potestad de disciplina urbanística.

4º.E.b.- Competencias de la Comunidad Autónoma en materia de protección de la legalidad urbanística. Art. 188 LOUA.

El art. 3 del RDU establece que “la Administración de la Junta de Andalucía y de las Entidades Locales andaluzas, en sus respectivas esferas de competencia, han de velar por el cumplimiento de la legalidad urbanística”. Con carácter general el art. 9.1 de la Ley de Autonomía Local de Andalucía, atribuye la competencia en materia de disciplina urbanística a los Ayuntamientos, pero ello no excluye que, en caso de que no sea ejercida de forma adecuada por estos entes territoriales y con la finalidad de preservar el principio de legalidad urbanística, pueda intervenir la Comunidad Autónoma ejerciendo igualmente competencias para velar por la protección de la legalidad urbanística, que le son conferidas por sustitución en el art. 188 de la LOUA, de manera que “cuando se trate de actuaciones llevadas a cabo sin licencia u orden de ejecución, la Consejería con competencias en la materia, transcurridos diez días desde el requerimiento efectuado al Alcalde para que adopte el pertinente acuerdo municipal sin que se haya procedido a la efectiva suspensión de dichas actuaciones, podrá adoptar las medidas cautelares de suspensión previstas en el art. 181.1, cuando los actos o los usos correspondientes, entre otros, tengan por objeto una parcelación urbanística en terrenos que tengan el régimen de suelo no urbanizable o comporten de manera manifiesta y grave una de las afecciones previstas en el art. 185.2.B”.

En estos casos se produce según el art. 188.2 LOUA una autentica avocación específica de las competencias en materia de disciplina, puesto que una vez notificada tal circunstancia al Ayuntamiento, este deberá abstenerse de ejercer la competencia avocada, pudiendo adoptar, en la forma establecida en el citado precepto, las medidas necesarias para la reparación de la realidad física alterada. Dentro de este contexto ha de interpretarse el sentido y finalidad del art. 28.3 del RDU: “los registradores de la propiedad deberán comunicar a la Consejería competente en materia de urbanismo las solicitudes de inscripción registral de parcelaciones con licencia o declaración de innecesariedad, cuando éstas pudieran ser contrarias a la ordenación urbanística y

territorial”, deber de colaboración interadministrativa que se ha facilitado mucho con la habilitación de una página web a tal fin, en la DGIU.

4º.E.c.- Reposición de la realidad física alterada en suelo no urbanizable. Art. 49.1.j RDU.

Centrándonos ahora en el ejercicio de estas competencias por parte de la Comunidad Autónoma, en relación con las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, resulta de los artículos 44.B y 49.2.j RDU que “en caso de parcelaciones urbanísticas en terrenos que tengan el régimen de suelo no urbanizable, el restablecimiento del orden jurídico perturbado se llevará a cabo mediante la demolición de las edificaciones que la integren y la reagrupación de las parcelas, a través de una reparcelación forzosa de las que hayan sido objeto de dichos actos de previa parcelación. Los actos y negocios jurídicos que hayan dado lugar a la parcelación deberán invalidarse, bien mediante voluntad de las partes, o en su caso, mediante resolución judicial.

A estos efectos, la Administración Pública competente ostentará la legitimación activa para instar ante la jurisdicción ordinaria la anulación de dichos títulos, y estará facultada para instar la constancia en el Registro de la Propiedad y en el Catastro Inmobiliario, en la forma y a los efectos previstos en la legislación correspondiente, de la reparcelación forzosa, sin perjuicio de las responsabilidades que procedan”.

La simple lectura de este precepto denota la complejidad que entraña la reposición de la realidad física alterada en el caso de las parcelaciones urbanísticas ilegales. Además, sirve de apoyo para la defensa del concepto global y unitario con el que ha de enfocarse toda esta cuestión, pues no basta con la reagrupación forzosa de las fincas o parcelas, sino que es necesario proceder a la demolición de estas edificaciones, que suponen la culminación de todo este proceso de parcelación urbanística ilegal. Esta opinión es mantenida, igualmente, por Eva Gamero Ruiz y Javier Ruiz Bursón.

La reposición de la realidad física alterada por la parcelación urbanística ilegal, abarca cuestiones tanto administrativas como civiles que ha de ser analizadas de forma diferenciada, tal como se recoge en la norma que se analiza. Desde un punto de vista urbanístico, detectada la infracción, lo procedente es la apertura de un expediente de disciplina urbanística tendente a restaurar el orden jurídico perturbado, imponiendo, coactivamente si fuese necesario, la reagrupación de las fincas y la demolición de lo edificado, siendo muy importante en orden a evitar una posible responsabilidad de la Administración actuante, así como para facilitar los

posteriores actos de ejecución en su proyección frente a terceros adquirentes o titulares de derechos, la publicidad registral mediante la oportuna anotación preventiva, bien sea dictada dentro del procedimiento administrativo de disciplina urbanística, art. 57 NCRH, bien, si llega el caso, la de interposición de recurso contencioso administrativo, art. 67 NCRH, o la de demanda que se contempla en el siguiente art. 68.

El nuevo RDU abrevia mucho los trámites requeridos para llevar a efecto la demolición de las edificaciones ilegales. El art. 52 contempla una demolición exprés, cuando la ilegalidad de las obras o edificaciones resulte evidente de la propia clasificación o calificación urbanística y, en cualquier caso, las actuaciones de parcelación o urbanización en suelo no urbanizable, y cualesquiera otras que se desarrollen sobre terrenos destinados por el planeamiento a sistemas generales o dotaciones públicas, procedimiento que podrá ser incoado por sustitución por la Comunidad Autónoma. Esta demolición se ha de acordar en un procedimiento casi sumarial, con previa audiencia al interesado, y cuya oposición, dado que se trata de infracciones graves y manifiestamente contrarias e incompatibles con la ordenación urbanística, no impide la ejecución, incluso subsidiaria, del acto de resolución del procedimiento, salvo suspensión cautelar dictada en la jurisdicción contenciosa.

Sin embargo, la concurrencia en estos casos de intereses tanto públicos como privados y la necesidad de reflejar las consecuencias de estos actos administrativos de reposición de la realidad física en el Registro de la Propiedad, hace que sea necesario tener en cuenta preceptos del CC y de la LH, pues en principio, la decisión que haya acordado la Administración competente en materia de disciplina urbanística no afecta a la subsistencia de aquellos aspectos civiles del acto o negocio, que no sean incompatibles con el principio de legalidad urbanística, como sucede con todo lo referente a la transmisión de la propiedad o a los gravámenes impuestos sobre los mismos, ni tampoco pueden provocar de forma automática un asiento de inscripción o cancelación con independencia de quien sea su titular. Es cierto que el art. 19 del TRLS de 2008 se hace eco del principio de subrogación, de forma que el nuevo propietario queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, pero este concepto urbanístico básico ha de cohonestarse con el principio de tutela judicial efectiva, que en el ámbito registral se manifiesta a través del principio de tracto sucesivo. Por ello es esencial que se de publicidad a través del

Registro de la Propiedad, lo antes posible, a la adopción de medidas cautelares en materia de disciplina urbanística.

Continuando con el estudio del art. 49.j RDU, se aprecia que esta diferenciación de efectos se ha tenido en cuenta en su redacción, estableciendo: “Los actos y negocios jurídicos que hayan dado lugar a la parcelación deberán invalidarse, bien mediante voluntad de las partes, o en su caso, mediante resolución judicial. A estos efectos, la Administración pública competente ostentará la legitimación activa para instar ante la jurisdicción ordinaria la anulación de dichos títulos, y estará facultada para instar la constancia en el Registro de la Propiedad y en el Catastro inmobiliario, en la forma y efectos previstos en la legislación correspondiente, de la reparcelación forzosa, sin perjuicio de las responsabilidades que procedan”. Es decir, para extender estos efectos al ámbito civil, afectando a la subsistencia total o parcial de los actos, negocios o contratos acordados por las partes, en cuanto sean incompatibles con la legalidad urbanística, y a su inscripción/cancelación en el Registro de la Propiedad, a falta de acuerdo voluntario ha de acudir a la jurisdicción ordinaria que es la competente por razón de la materia.

Alude el precepto de forma genérica a la “invalidación de los actos y negocios jurídicos y a la anulación de títulos”, correspondiendo por tanto averiguar el alcance o significado de esta expresión. Aunque en una primera lectura pudiera derivarse que se está refiriendo a la anulación civil de los actos o negocios celebrados por las partes, como pueden ser los actos de transmisión o de gravamen, la finalidad de la norma es más limitada, pues los contratos solo pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley, art. 1290 y 1291.5º del CC y el supuesto aquí debatido no es uno de ellos, o bien pueden ser anulados conforme al art. 1300 CC. El legislador estatal que tiene competencias exclusivas en la materia civil y registral, (bases de las obligaciones contractuales), art. 149.1.8º de la Constitución, no ha previsto nada respecto de la legitimación de la Administración para instar la resolución del contrato, pues esta cuestión le es indiferente al operar en todo caso el principio de subrogación del art. 19.1 del TRLS y ha de ser el adquirente, caso de sentirse perjudicado por la omisión o consignación de datos falsos en el título sobre la situación urbanística de la finca o parcela, quien puede optar por la resolución de la venta durante el plazo de cuatro años, art. 19.2 TRLS.

Por su parte la LOUA, como es lógico, no hace mención a este problema en su art. 182. Esta acción de nulidad/resolución se aviene mal con los preceptos del CC que establecen el carácter subsidiario de esta acción (puesto que aquí el perjuicio para el interés público ha sido reparado

mediante la reposición de los inmuebles a su estado físico original, art. 1294), igual sucede con la obligación de devolver las cosas que fueron objeto del contrato, que sólo pueden realizar las partes entre sí, art. 1295, y conectado con ello, la falta de legitimación activa de la Administración, que solo está habilitada por la LOUA para intervenir en el ámbito de la potestad de disciplina urbanística, tendente al restablecimiento del orden jurídico perturbado. Si trasladamos las anteriores aseveraciones al supuesto de las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, se podrá concluir que la legitimación le alcanza sólo a la anulación de los actos o negocios mediante los cuales se hayan materializado, tanto los actos de fraccionamiento del suelo, como los de declaración de obra nueva y a su inscripción en el Registro de la Propiedad, para enervar la apariencia de legalidad que resulta de la discordancia de sus pronunciamientos con la realidad física extrarregistral. En definitiva, la reposición de la realidad física alterada no exige la anulación de los actos de transmisión de la propiedad o de gravamen, a excepción de algunas servidumbres de carácter predial, que también pueden ser incompatibles con el planeamiento, pues la ley impone al nuevo titular la realidad derivada de la legislación urbanística aplicable, a salvo su derecho de resolución derivado del art. 19.2 TRLS.

Dicho esto, acierta el RDU al exigir, a falta de acuerdo voluntario, resolución judicial firme en procedimiento ordinario seguido contra todos los interesados, incluidos los titulares de cargas posteriores, para imponer coactivamente la reparcelación forzosa y la anulación de las declaraciones de obra nueva y a veces de división horizontal, ya que no sólo se están rectificando escrituras públicas, sino que se van a producir asientos de cancelación en el Registro de la Propiedad.

Cuando los actos de segregación/división han dado lugar a fincas que se han transmitido a terceros, cuya propiedad se ha dicho que subsiste, se produce una situación curiosa y es que el acuerdo voluntario o la sentencia han de decidir la cuota de participación que corresponde a cada uno de los adquirentes en la finca matriz, pues las respectivas parcelas que cada uno de ellos adquirió en su día desaparecen de la realidad jurídica, tanto registral como extrarregistral, pues sus títulos definitorios son anulados en este extremo. Surge de este modo un proindiviso que por aplicación del art. 66.2 de la LOUA y el art. 8.a párrafo tercero del RDU, podría ser considerado como un signo aparente de reparcelación. Se trata de una situación muy especial en la que los intereses urbanísticos están salvaguardados, de una parte por el ejercicio de la potestad

disciplinaria y de otro por la constancia en los libros del Registro de la Propiedad de la situación jurídico urbanística del terreno, resultante del expediente de disciplina y del acuerdo de ejecución o de la resolución judicial firme, que impedirán la inscripción futura de actos o negocios incompatibles con las previsiones del planeamiento para los terrenos afectados. Esta situación es un argumento añadido a la tesis del tratamiento unitario de los actos de reparcelación, pues de no entenderse de esta forma global, se daría la paradoja de que se anula la parcelación del terreno, reparcelación forzosa, pero, por los efectos de la prescripción de las edificaciones en suelo no urbanizable común, podrían subsistir las construcciones, con lo que se habría consolidado la urbanización ilegal. Se trataría de una interpretación de la norma en fraude de ley, art. 6.3 CC. En la determinación de las cuotas resultantes de esta reagrupación forzosa pueden aparecer cuestiones muy conflictivas, asociadas con el diferente valor que puedan tener cada una de las parcelas suprimidas, tanto por su ubicación, como por el nivel de servicios comunes, fase de la urbanización en la que se incardinan, etc.

Los principios básicos de este régimen de reparcelación forzosa, pueden trasladarse, en términos generales, a los actos de segregación amparados en la excepción art. 25.B de la LMEA, cuando devienen nulos por falta de cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma, ya que la inscripción del acto de segregación, con superficie inferior a la UMC, y la ulterior obra nueva ajena a una finalidad agraria, están condicionadas por el propio precepto a la posterior acreditación de su terminación en plazo, en los términos establecidos por la licencia urbanística, *conditio legis*, de modo que acreditado su cumplimiento mediante resolución administrativa firme, dictada en procedimiento seguido contra los titulares registrales, y contra la que no quepa recurso alguno, y en todo caso por acuerdo de las partes, artículos 238 y 239 del RH, se procederá a la cancelación de los respectivos asientos registrales. Pero si la finca segregada ha sido transmitida a un tercero, entonces, salvo acuerdo expreso, habrá de acudir, tal como hemos visto, a un juicio ordinario para fijar las cuotas en la finca matriz, resultantes de la reagrupación forzosa por incumplimiento de la condición que resulta del presupuesto de la norma. Una particularidad que resulta del art. 24.2 LMEA es la mayor facilidad que tienen las partes para fundamentar la demanda de resolución del acto o negocio que vulnere la UMC, pues la propia Ley declara su nulidad inter partes y frente a terceros.

A la vista de las dificultades que conlleva la ejecución e inscripción del acto administrativo firme que ordene la reagrupación forzosa, para los casos de transmisión a terceros de las fincas segregadas, sería conveniente introducir como requisito para conceder la licencia o declaración

de innecesariedad, que ha de condicionarse resolutoriamente, o en los casos en los que se alegue la excepción del art. 25.B LMEA, que se determine la cuota de participación que corresponde a la porción segregada respecto de la finca matriz, para el caso de que proceda la reparcelación forzosa, dato que al constar en el propio acto administrativo, en la escritura pública y en el registro, proyectaría sus efectos respecto de terceros y posiblemente evitaría acudir para su fijación a un procedimiento ordinario, con independencia de las acciones que asistan a las partes para pedir la nulidad y resolución del acto o negocio afectado. Se trata de anticipar pautas de actuación, que al ser pactadas por las partes y conocidas de forma anticipada por los terceros a través de la publicidad registral, eviten litigios innecesarios, tal como sucede por ejemplo con la fijación de un domicilio y un valor de tasación en materia de ejecución de hipotecas por el procedimiento de ejecución directa de los bienes hipotecados.

4º.F.-Prescripción en materia de parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable.

De acuerdo con los artículos 68.2 y 185.2.A de la LOUA, las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable son nulas, no operando respecto de ellas la figura de la prescripción y en consecuencia pueden ser actuadas en cualquier caso y tiempo las medidas establecidas para la protección de la legalidad urbanística y la restauración del orden jurídico perturbado. Estas parcelaciones, según el art. 66.1.b LOUA, están vinculadas, normalmente, a un uso edificatorio del que puede derivarse un nuevo asentamiento. Por el contrario, cuando la segregación o división solo persiguen un fraccionamiento del terreno de naturaleza rústica y asociado a la explotación de los recursos primarios, parcelaciones rústicas, o la edificación levantada tiene la consideración de aislada, ajena a la formación de un posible nuevo asentamiento, conceptualmente al menos, sí que sería posible la prescripción de la posible infracción urbanística en la que hubieran podido incurrir, subsistiendo el acto de segregación/división, siempre que sea respetada la superficie mínima establecida por la legislación de UMC, en función de la zona y tipo de cultivo, pues caso contrario la nulidad civil respecto del acto de segregación viene impuesta por el art. 24 de la LMEA.

Pero hecha esta afirmación en el plano teórico, es ineludible referirse a la dificultad de su apreciación en el ámbito en el que se desenvuelve la calificación registral, pues no siempre el acto edificatorio es simultáneo o está próximo en el tiempo a la división del terreno, que también puede ser llevada a efecto mediante un acto único o sucesivas segregaciones, debiendo

tenerse igualmente en cuenta las discordancias temporales que pueden existir entre los diferentes actos de documentación jurídica, (segregaciones y declaraciones de obra nueva) y entre estos y la realidad física extrarregistral. Ya se ha dicho que la transformación del suelo no urbanizable mediante una parcelación urbanística es un acto complejo, que, al menos, demanda tres tipos de licencias: parcelación, edificación y ocupación/utilización. Pero ello no significa que cada uno de estos actos o negocios de contenido urbanístico haya de ser considerado de forma aislada en cuanto a los efectos de la prescripción. Todo lo contrario, han de ser analizados de forma unitaria, pues conforman un acto o negocio de carácter complejo pero de causa única.

Consecuentemente con ello, un acto de parcelación inicialmente de naturaleza rústica, puede devenir mediante un uso edificatorio posterior, incluso transcurrido el plazo de cuatro años desde la completa materialización de la segregación/división, en otro de carácter urbanístico, si existe la posibilidad de formación de un núcleo de población, por su situación respecto de asentamientos residenciales o de otro tipo de usos de carácter urbanístico, en cuanto se deriven demandas de infraestructuras o servicios colectivos, impropios de la naturaleza del suelo no urbanizable . De concurrir estos presupuestos y en base a esta consideración global, unitaria y finalista de la parcelación urbanística, nos encontraríamos ante un acto nulo que no puede ser convalidado al no operar la figura de la prescripción, siendo aplicable lo dispuesto por el art. 49.2.j del RDU para la reposición de la realidad física alterada, problemática que ya ha sido analizada y a la cual nos remitimos.

Puede apreciarse en este planteamiento el acierto del RDU, cuando en el art. 8, letra a, párrafo tercero, establece que “en estos actos reveladores de parcelación urbanística, se requerirá la correspondiente licencia urbanística o la declaración de innecesariedad, debiendo esta última condicionarse resolutoriamente al cumplimiento de las previsiones fijadas en el instrumento de planeamiento urbanístico, o en su caso, aquellas que garanticen la no inducción a la formación de nuevos asentamientos”, testimonio de la cual ha de ser exigida por los registradores para practicar la inscripción en el Registro de la Propiedad. Es decir, no basta sólo con la declaración de innecesariedad, sino que ha de incluir necesariamente este condicionamiento de carácter resolutorio, para su constancia en la escritura y en los asientos registrales, favoreciendo el cumplimiento de la legalidad urbanística y la transparencia en los actos y negocios de contenido urbanístico, de modo que las determinaciones de la ordenación del territorio y el planeamiento dejen de ser una carga oculta en base a su carácter normativo y al juego del principio de

subrogación del art. 19 del TRLS. Este tipo de incertidumbres son incompatibles con un sistema de seguridad jurídica preventiva avanzada.

Esta previsión debe ser incluida en el futuro desarrollo reglamentario a que alude el último párrafo del art. 52.B. LOUA, referido a las segregaciones de naturaleza rústica para garantizar la no implantación de usos urbanísticos futuros, incompatibles con la preservación de los usos y valores establecida en el correspondiente instrumento de ordenación o planeamiento. Esta garantía contra el riesgo de transformación posterior del suelo contra legem, debería consignarse de forma expresa e ineludible en el correspondiente asiento registral, lo cual serviría no solo para advertir a los posibles terceros de la ilegalidad y riesgo asociado a cualquier tipo de conducta contraria a las previsiones del plan, sino también al registrador, que vería facilitada su función calificadora en relación con los actos o negocios que se presenten con posterioridad y ello tanto si hay licencia o declaración de innecesariedad expresa, como si se alega prescripción en un caso de parcelación rústica inicial, todo ello de acuerdo con el concepto unitario y finalista de la parcelación urbanística que se deduce de la LOUA y el RDU.

A continuación ha de efectuarse una breve mención al régimen transitorio en materia de prescripción de parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, pues ha de estarse, para determinar los efectos de la legislación aplicable, al momento de la finalización o materialización completa del acto, o implementación del uso, contrario a las previsiones del planeamiento. Esta consideración es importante por las diferencias existentes entre el TR de 9 de abril de 1976, art. 188; el TRLS de 1992, art. 255.1 y la LOUA de 17 de diciembre de 2002, art. 185.2, al establecer esta última norma un régimen mucho más riguroso, declarando nulas las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, infracción que no es prescriptible y cuyas consecuencias han sido analizadas a lo largo de este apartado, dificultad que se ve incrementada por los efectos de la STC 61/1997, de 20 de marzo, sólo en parte restaurados por la Ley 1/1997, de 18 de junio del Parlamento Andaluz.

Comenzando por el TRLS de 9 de abril de 1976, se aprecia que de sus artículos 178, 185 y 188.1, se deduce la nulidad y no prescripción de los actos realizados sin licencia u orden de ejecución, relativos a edificaciones, uso del suelo y parcelaciones urbanas, que afecten solo a terrenos calificados por el planeamiento como zonas verdes o espacios libres, recogiendo el

critorio que fue introducido en la anterior legislación del suelo por la ley 158/1963. Destacar que no se refiere al suelo no urbanizable y que en todo caso se necesita la existencia de un planeamiento previo que haya realizado la anterior clasificación del suelo. Comparando esta normativa con el actual art. 185.2 de la LOUA se observa las trascendentes diferencias que existen entre ambos textos legales, que no son sino consecuencia de la evolución producida en materia urbanística, como consecuencia del desarrollo social, económico y político de los últimos cuarenta años.

Siguiendo con el TRLS de 1992, si bien prohíbe en suelo no urbanizable las parcelaciones urbanísticas, admite la construcción de edificios aislados destinados a vivienda familiar en lugares en los que no exista posibilidad de un núcleo de población, (art. 16.3), pero sobre todo, solo declara la nulidad y no prescripción de aquellas parcelaciones urbanísticas realizadas en zonas verdes, espacios libres y añade el suelo no urbanizable protegido, novedad introducida, en relación con la legislación previa, por el art. 255.1, de aplicación supletoria en las CCAA, en relación con los artículos 242.2, 248 y 249. Por tanto, durante la vigencia de esta norma ha sido posible la prescripción de actos de parcelación urbanística sin licencia en el suelo no urbanizable común y así parece reconocerlo la DA 1ª. 2 LOUA: “ la definición de edificación fuera de ordenación se particularizará para las actuaciones de urbanización y subsiguiente edificación en las unidades resultantes ejecutadas de forma clandestina o ilegal en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable, al margen de la legislación urbanística en vigor con anterioridad a esta ley o en contradicción con ella, respecto de las que no sea ya legalmente posible, al tiempo de la entrada en vigor de esta ley, medida alguna de protección de la legalidad y de restablecimiento del orden infringido, y que el referido instrumento de planeamiento determine como incompatibles con el modelo urbanístico que se adopte”. Lógicamente esta previsión se refiere al acto parcelatorio/edificatorio, pues del uso nos ocupamos a continuación.

Sin embargo la constitucionalidad de gran parte del TRLS fue cuestionada por la STC 61/1997, de 20 de marzo, que declaró inconstitucionales, entre otros, los siguientes preceptos: 16.3, 248, 249, 255.1º y el apartado primero de la disposición derogatoria única, de modo que se reactiva y queda subsistente el régimen que se deriva de los artículos ya vistos del TRLS de 9 de abril de 1976 y que contempla solo la nulidad de los actos que afecten a zonas verdes y espacios libres.

Este vacío que se produce tras la STC es resuelto transitoriamente en Andalucía, que adolecía de legislación urbanística propia, por la Ley 1/1997, de 18 de junio, por la que se adoptan con carácter urgente y transitorio disposiciones en materia de Régimen de Suelo y Ordenación Urbana, asumiéndose, como legislación propia, la mayor parte de los artículos del TRLS de 1992 que habían sido declarados inconstitucionales, e incluyéndose una disposición transitoria al objeto de salvar la vigencia de los planes cuya tramitación se hubiese iniciado con anterioridad a su entrada en vigor o incluso ya estuviesen aprobados definitivamente. En consecuencia, sólo a partir del día 18 de junio de 1997, fecha de entrada en vigor de esta norma de carácter provisional y transitorio, vuelve a estar operativa la previsión del art. 255.1 del TRLS de 1992, que extendía la nulidad a los actos de parcelación en suelo no urbanizable de especial protección. No obstante ello, existe cierta polémica puesto que las previsiones del TRLS fueron incorporadas a muchos planes redactados conforme a estas premisas, los cuales, según la DT única, “se ejecutaran y en su caso se continuaran ejecutando conforme a lo dispuesto en esta Ley”, que como se ha dicho incorpora la mayoría de los preceptos anulados del TRLS de 1992. En este sentido han sido muchas las medidas de disciplina urbanística adoptadas en este contexto, que o bien han sido ya ejecutadas o penden de resolución de los tribunales. En todo caso parece que los intereses públicos en terrenos especialmente protegidos, normalmente vinculados a normativa medio ambiental, han de prevalecer en cualquier caso.

Finalmente, la aprobación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, LOUA, modificó completamente el panorama jurídico a tener en cuenta en materia de parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, endureciendo significativamente el régimen anterior de forma acorde y proporcional a los abusos producidos. Así el art. 68.2 declara la nulidad de las mismas y correlativamente el art. 185.2 establece la no prescripción de las medidas tendentes al restablecimiento del orden jurídico perturbado, que ya se han comentado extensamente.

De todos modos, es obvio que durante este tiempo los efectos de la prescripción, en relación con los actos de parcelación urbanística en suelo no urbanizable, han sido muy importantes y la casuística muy variada, en función del contenido de la ordenación territorial y el planeamiento aplicable en cada caso; de la normativa sectorial afectante; de la vulneración de la legislación de UMC, que recordemos no es normativa urbanística y declara la nulidad civil del acto o negocio contrario; de las medidas de disciplina y restauración del orden social perturbado adoptadas y

también de los efectos jurídicos que hayan podido consolidarse en aplicación de la anterior doctrina

jurisprudencial en torno al silencio positivo, en numerosas ocasiones reconocidos por resoluciones judiciales firmes.

Como siempre sucede en estos casos la dificultad estriba en la acreditación del inicio del cómputo, para lo cual habrá de seguirse el criterio recogido por los artículos 40 y 46 del RDU, que determinan cuándo y cómo ha de entenderse totalmente concluida la edificación. Pero en cuanto a la implementación de usos específicos, que no están sujetos a prescripción, se ha de destacar lo que establece el art. 40.3 RDU: “para los supuestos de mero uso del suelo, la constatación se dirigirá a la determinación de la permanencia, o no, del uso o aprovechamiento al que se refieran al tiempo de iniciarse las actuaciones administrativas de inspección”. Es decir, el derecho a la edificación puede estar consolidado por la prescripción, pero ello no se extiende al uso o destino específico del inmueble cuando no es conforme el planeamiento o la ordenación territorial, pues se recuerda que el uso no prescribe y de ahí que el art. 53.5 del RDU establezca que “podrán concederse licencias en los supuestos contemplados por este artículo, siempre que el uso pretendido para la edificación o construcción sea conforme con el ordenamiento urbanístico vigente en el momento de la solicitud”. De todos modos, es justo reconocer que dar salida de forma equilibrada a todos los problemas que ha generado esta situación de incertidumbre, es una de las cuestiones más difíciles y apremiantes que tienen ante sí, tanto el legislador andaluz, como las autoridades con competencia en la materia.

Queda referirnos a los efectos que produce la prescripción en relación con el mantenimiento y consolidación de la excepción recogida por el art. 25.B LMEA, que exige previa licencia y conclusión en plazo de la edificación que ha de ser ajena a cualquier finalidad agraria. Se trataría de edificaciones preexistentes sin licencia y de aquellas otras concluidas con posterioridad a la alegación de la excepción, con infracción de las condiciones de la licencia o de la legislación urbanística, que, por su carácter aislado, no conformen ni por sí solas ni por estar próximas a otras edificaciones un supuesto de parcelación urbanística, que sería imprescriptible conforme al vigente art. 185.2 LOUA. Pero esta conclusión puede variar, admitiéndose la operatividad de la prescripción, incluso en los supuestos de parcelaciones ilegales, siempre que pueda aplicarse alguna de las normas ya vistas, en función de la fecha del cómputo de la infracción. Son las edificaciones en situación de fuera de ordenación, art. 34,b) y DA 1ª LOUA y las asimiladas, art. 53 RDU, que si bien impiden la demolición de la edificación, no implican la legalidad o

conformidad con el planeamiento, ni de la construcción ni del uso, lo que excluye la aplicación de la excepción. Es decir, la edificación podrá subsistir por el juego de la prescripción en el ámbito urbanístico, pero al haberse desarrollado la construcción sin licencia y con un resultado no conforme con la ordenación territorial o el planeamiento, no se cumplen los presupuestos fácticos del art. 25.B, que tiene carácter excepcional, y en consecuencia puede sostenerse que el acto de segregación/división será nulo, desde el punto de vista del derecho civil, por infringir la norma prohibitiva/imperativa del art. 24 LMEA, sin posibilidad de subsanación, a cuyo cumplimiento debe de haberse condicionado resolutoriamente la inscripción practicada, pudiendo instar la nulidad de la segregación el órgano competente, cuya demanda podrá ser objeto de anotación preventiva.

Si la nueva finca ha pasado a ser propiedad de un titular distinto al de la finca matriz, habrá de procederse a la reagrupación forzosa en la forma ya estudiada, con independencia de las acciones que puedan asistir a las partes para que se declare la nulidad de la transmisión, pues a pesar del contenido claro y contundente del art. 24.2 de la LMEA, creemos que, a falta de acuerdo expreso de las partes, es necesaria resolución judicial firme. La Administración ha de estar legitimada para pedir la nulidad del acto o negocio, pero sólo a los efectos de dejar sin efecto el acto de fraccionamiento del terreno contrario a la UMC, pues la nulidad de la transmisión conlleva, como regla general, la recíproca restitución de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y del precio con los intereses, prestaciones de carácter civil y que además le son ajenas, pues la *ratio* de la norma persigue evitar actos de división con vulneración de la legislación de las UMC, siéndole indiferente que la titularidad de la finca matriz pase a ser un proindiviso.

Sin embargo una interpretación finalista del precepto puede servir de contrapunto a la anterior visión, que parte de una consideración estricta del tenor literal de la norma y de la aplicación rígida del principio de legalidad, ya que no puede derivarse ningún beneficio o ventaja del incumplimiento de una norma o de una infracción urbanística. En este sentido no puede desconocerse que la excepción, aunque sólo se refiere a la exclusión del régimen de UMC, (legislación agraria), se justifica precisamente en el destino ajeno a esta actividad, por servir de soporte efectivo a otros usos que requieren sus propias instalaciones y edificaciones y que con arreglo a las previsiones de la ordenación territorial y los instrumentos de planeamiento han de

ubicarse en esta clase de suelo, que a pesar de tener su clasificación un carácter reglado no ha de impedir un desarrollo equilibrado del modelo de ciudad.

Es cierto que de acuerdo con la legislación urbanística vigente queda excluido cualquier uso de carácter residencial en esta clase de suelo, pero ello no ha sido siempre así y la prescripción de infracciones urbanísticas preexistentes, derivadas de parcelaciones ilegales en suelo no urbanizable común, es una realidad que ha de aceptarse como consecuencia de los diferentes criterios normativos habidos, lo que supone la inutilización, prácticamente definitiva, del espacio ocupado para cualquier finalidad agrícola. Precisamente el mantenimiento de la explotación agraria del terreno rústico desde un enfoque de racionalidad y eficiencia económica, constituye el fundamento último de la legislación de las UMC. Por tanto desaparecida la posibilidad de su cultivo, al no ser posible, salvo que se utilice la vía expropiatoria, la demolición de las edificaciones, carece de sentido acometer una reagrupación forzosa del terreno en base a la nulidad establecida por el art. 24.2 LMEA.

La excepción del art. 25.B vincula su efectividad al cumplimiento de la legalidad urbanística, pero el principio de seguridad jurídica, fundamento de la prescripción, tampoco puede ser ignorado en la interpretación de las normas. Cuando el precepto se remite a la conformidad de la edificación, en los términos establecidos por la licencia, con la legislación urbanística aplicable, ha de entenderse en sentido genérico, incluyendo las previsiones normativas sobre los efectos de la prescripción, que no pueden ser desconocidas y que van a impedir en adelante el uso agrícola de suelo, salvo el caso de terrenos sujetos a algún régimen de protección especial. Sin olvidar que la consolidación de estas situaciones de ilegalidad se ha debido precisamente a la inactividad y a veces incluso colaboración de las Administraciones competentes por razón de la materia.

Como ahora veremos, el criterio que sustenta la DA 1ª de la LOUA, desde un punto de vista urbanístico, no parece coherente muy bien con una reagrupación forzosa basada en motivos de racionalidad económica de las explotaciones agrarias, para unos suelos que han perdido de forma definitiva este carácter. No tiene sentido alegar el incumplimiento de los presupuestos de hecho que condicionan la operatividad de la excepción del art. 25.B, cuando con ello no se va a conseguir el restablecimiento del destino agrícola del terreno. Es mucho más efectivo actuar a través de los instrumentos de planeamiento, declarando la situación de fuera de ordenación de estas edificaciones, declarando incluso la incompatibilidad del uso establecido, que no prescribe, y estableciendo el régimen jurídico urbanístico de estos inmuebles mediante acto administrativo

expreso, que ha de tener reflejo en la cédula urbanística y en los libros del Registro de la Propiedad, art. 53. 4 RDU, para su conocimiento por los terceros interesados. Estas actuaciones desincentivan la ejecución de actividades al margen del planeamiento, ya que tienen una evidente repercusión económica, no sólo en caso de expropiación, sino para las expectativas futuras de negocio o revalorización del inmueble, que de alguna forma queda cristalizado en su actual situación edificatoria y con observancia en todo caso de los usos previstos por el Plan.

4º.G.-Edificaciones asimiladas a fuera de ordenación. Art. 53.4º y 5º RDU y DA 1ª LOUA.

Finalizamos este capítulo de la exposición refiriéndonos, si quiera sea brevemente, a la problemática surgida, tras la entrada en vigor del nuevo RDU, en relación con la inscripción de las declaraciones de obra nueva antiguas, pues parece evidente que el criterio establecido por el art. 52 de las NCRH ha de interpretarse de acuerdo con los nuevos planteamientos introducidos por el texto reglamentario.

Antes de continuar debe quedar claro que en el suelo no urbanizable de especial protección sólo podrán llevarse a cabo obras construcciones y edificaciones que estén previstas y permitidas por el PGOU o Plan Especial y que sean compatibles con el régimen de protección a que este sometido, estando sujetas a su aprobación y en su caso licencia de acuerdo con el procedimiento que con carácter general se recoge para el suelo no urbanizable en el art. 52 de la LOUA. Por afectar a un suelo urbanizable protegido cualquier vulneración de los instrumentos de planeamiento implica la nulidad del acto edificatorio, no operando el instituto de la prescripción, según el art. 185.2.B.a LOUA, lo que implica que queda excluida la posibilidad de asimilación de la edificación levantada a fuera de ordenación, tal como resulta del art. 53.1 del RDU.

Por la misma razón han de quedar excluidas de tal asimilación las edificaciones materializadas en suelo no urbanizable común, asociadas a parcelaciones urbanísticas desarrolladas en esta clase de suelo, puesto que también son actos nulos de acuerdo con los artículos 68.2 y 185.2.A de la LOUA, que excluyen la prescripción de las acciones para el restablecimiento de la legalidad urbanística perturbada, siendo esencial la consideración global y unitaria del acto parcelatorio, a salvo lo ya dicho en relación con el régimen transitorio.

Una vez sentado que tras la entrada en vigor de la LOUA, la declaración de viviendas en situación de asimilación a las de fuera de ordenación no es posible cuando su construcción va asociada o es el resultado de un proceso de parcelación urbanística en suelo no urbanizable, cualquiera que sea la forma jurídica a través de la cual se haya materializado, incluso cuando se haya utilizado la vía indirecta o fraudulenta del art. 25.B LMEA, (art. 185.2.A LOUA y art. 53.1 RDU), se ha de limitar tal declaración, en el caso de estar levantadas en suelo no urbanizable común, a los supuestos de viviendas aisladas y respecto de las que no hay posibilidad de que puedan llegar a conformar un nuevo asentamiento, excepción de las que estén enclavadas en alguno de los ámbitos contemplados por el planeamiento como hábitat Rural Diseminado.

La entrada en vigor del RDU ha supuesto un cambio significativo en los requisitos para la inscripción de estas obras nuevas antiguas, pues el marco de referencia hasta ahora utilizado, el art. 52 de las NCRH, ha sido claramente superado, desde el momento en que el control previo se extiende no sólo al acto edificatorio, sino también a los usos establecidos, aspecto que quedaba excluido en las normas complementarias. Efectivamente, el cambio se ha producido tras la aprobación de la Ley del Suelo de 2007, hoy refundida en el TRLS de 2.008, arts. 17 y 20, así como en el RD 60/2010 que publica el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, que en su art. 27 establece que los requisitos para la formalización e inscripción de los actos de edificación son los siguientes:

1º “Sin perjuicio de los demás requisitos que resulten de la legislación reguladora de la edificación, el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración como obra nueva terminada de toda construcción o edificación e instalación exigirá en todo caso: a) La aportación de la preceptiva licencia de ocupación o utilización. b) La finalización de las obras conforme al proyecto técnico objeto de la preceptiva licencia, acreditada mediante la aportación del correspondiente certificado final de obra expedido por la dirección facultativa de la misma y visado por el Colegio profesional correspondiente, o en el caso de obras promovidas por las Administraciones Públicas, mediante la aportación del acta de recepción de las obras”.

2º “Para la autorización e inscripción de escrituras de declaración de obra nueva en construcción, se aportarán la preceptiva licencia urbanística para la ejecución de las obras y el certificado técnico expedido por la dirección facultativa de las mismas y visado por el Colegio

profesional correspondiente, acreditativo de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. La terminación de la obra se deberá hacer constar mediante acta notarial que incorporará la preceptiva licencia de ocupación o utilización y la certificación, o en su caso el acta, a que se refiere el apartado 1.b) de este artículo”.

3º. “Para la inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva terminada, previamente deberá haberse depositado una copia del Libro del Edificio en la oficina del Registro de la Propiedad competente. El cumplimiento de esta obligación deberá hacerse constar de acuerdo con lo establecido en la legislación hipotecaria y de ordenación de la edificación”.

Lo primero que ha de hacerse es determinar el momento de la total conclusión de la edificación con los parámetros y tipología que resultan de la descripción obrante el título calificado, es decir, tal cual existe actualmente y no aplicando descripciones antiguas a las construcciones ahora existentes, pues de ello va a depender el régimen jurídico aplicable a la edificación y, en su caso, al uso que se destine. No son admisibles a tales efectos certificados técnicos basados en ortofotografías, que bien pueden indicar la existencia de una edificación, pero no su tipología, estado constructivo y fecha de terminación. El art. 52.b párrafo final somete los actos de conservación, rehabilitación o reforma de viviendas existentes previamente en suelo no urbanizable a licencia, previa aprobación de un Proyecto de Actuación, en los términos establecidos por los artículos 42 y 43 de la LOUA. Por otro esta fecha ha de servir igualmente para establecer el régimen jurídico aplicable en función de la clasificación del suelo.

No estando ante una edificación a resultas de un proceso de parcelación urbanística, ha de entenderse que es posible la prescripción de la posible infracción urbanística, derivada del acto edificatorio sin licencia, una vez transcurrido el plazo de cuatro años a contar desde la completa terminación, si bien no basta para proceder a la inscripción, a partir del día 7 de mayo de 2010, el tradicional certificado de antigüedad, pues el artículo 52 de las NCRH ha sido superado, en materia de obras nuevas antiguas, por las previsiones del transcrito artículo 27 RDU, que exige para la inscripción de toda declaración de obra nueva terminada, con independencia de la fecha del título, la correspondiente licencia de ocupación, con la finalidad de verificar que lo edificado se corresponde con la licencia de obras y la ordenación urbanística, en especial todo lo relativo a

la implantación de usos. Como resulta de la Resolución de 9 de diciembre de 2010, con ocasión de la exigencia de una licencia de segregación, no estamos ante una aplicación retroactiva de la norma, pues “el hecho de que los títulos pudieran ser de fecha anterior a la legislación del suelo de 1990, cuando no había ningún obstáculo legal para inscribir segregaciones sin licencia, no impide la necesidad de acreditar la autorización administrativa en la actualidad, pues es ahora cuando se formalizan esas segregaciones que entonces no se había contemplado”.

Y es que en Andalucía el nuevo RDU establece un doble control para el acceso de los actos edificatorios al Registro: el referido a la edificación, implantado por la Ley del Suelo Estatal de 1990 y el relativo al uso al que se destine, vinculado a la función social del derecho de propiedad urbanístico, pues según el TRLS 2008, arts. 3.1 y 8.1 y artículos 48 y 52 de la LOUA el contenido del derecho de propiedad está vinculado a los usos y destinos previstos para cada finca o parcela por la Ordenación Territorial y Urbanística, correspondiendo a los Notarios y Registradores de la Propiedad velar, no sólo por el cumplimiento de los requisitos civiles del acto que autoricen o inscriban, sino también por su adecuación a la normativa territorial y urbanística en los términos establecidos por la legislación aplicable. Es decir, la propiedad se adquiere, grava y transmite según las normas del Código Civil, pero el contenido de este derecho se define y delimita conforme a la normativa territorial y urbanística y en consecuencia el legislador estatal y autonómico pretenden que los títulos y las inscripciones registrales reflejen, sin equívocos, la situación jurídico urbanística de las fincas, para evitar que los deberes urbanísticos, exigibles por el principio de subrogación a todo adquirente posterior, puedan ser considerados como una especie de carga oculta, a lo que sin duda también contribuye la inactividad de la Administración competente a la hora de marcar y publicar las medidas de restablecimiento de la disciplina urbanística.

Por tanto, en la actualidad, en el caso de edificaciones antiguas sin licencia de edificación y ocupación/utilización, lo procedente será solicitar la intervención del Órgano urbanístico competente, normalmente el Ayuntamiento, mediante la aportación de solicitud acompañada de informe técnico y en su caso títulos de propiedad y certificación catastral y nota simple registral, al objeto de que el órgano decisorio, Alcalde o Junta de Gobierno Local, a la vista el informe jurídico previo que emiten los servicios municipales, se pronuncien sobre la adecuación al planeamiento de la edificación y su uso, lo que conllevará la expedición de un acto administrativo sobre legalización de la edificación y/o uso, de eficacia equivalente a las licencias omitidas en su día, artículos 45 y 48 RDU, no existiendo problema para la legalización en

aquellos casos de infracciones no sustanciales con la ordenación urbanística aplicable, cuya reposición sea imposible o de muy difícil realización, en aplicación del principio de proporcionalidad, siempre que no se refieran a actos nulos e imprescriptibles, planteándose muchas dudas con la forma interoperabilidad de este principio con las normas sectoriales en materia de bienes culturales y medio ambiente.

Por el contrario, si no es conforme la edificación y/o uso con el planeamiento, y no se está en alguno de los supuestos contemplados por el artículo 185.2 de la LOUA, entonces se dictará un acto de declaración de asimilación a fuera de ordenación referido solamente a la edificación, art. 34 y DA 1ª de la LOUA y art. 53.4 RDU, (declarara el inmueble afectado), que será objeto de inscripción, y que fijará el régimen jurídico urbanístico del edificio en los términos recogidos en dicho precepto y con expresa exclusión de todo lo relativo al uso, pues si se quiere, además, un pronunciamiento en tal sentido, entonces, el contenido del acto sujeto a inscripción, se recoge en el posterior nº 5 del art. 53 RDU, que exige, en todo caso, que “el uso pretendido para la edificación o construcción sea conforme con el ordenamiento urbanístico vigente en el momento de su solicitud”.

En relación con las edificaciones fuera de ordenación es de gran importancia el contenido del art. 34.b y la D A^a 1ª de la LOUA, ya que “las construcciones o edificaciones e instalaciones, así como los usos y actividades existentes al tiempo de la aprobación de los instrumentos de planeamiento que resulten disconformes con los mismos, quedaran en situación legal de fuera de ordenación”, definiendo el instrumento de planeamiento, en función de los criterios recogidos en el art. 34.b, los actos constructivos y los usos de que puedan ser susceptibles, determinándose un régimen general común según el cual “solo podrán realizarse obras de reparación y conservación que exija la estricta conservación de la habitabilidad o utilización conforme al destino establecido, si bien, excepcionalmente, podrán autorizarse obras parciales y circunstanciales de consolidación, cuando no estuviera prevista la demolición o expropiación, según proceda, en un plazo de cinco años, a partir de la fecha en la que se pretenda realizarlas, obras que no incrementaran el valor del inmueble en caso de expropiación”.

Cualesquiera otras obras serán ilegales y nunca darán tampoco lugar a incrementar el valor en caso de expropiación, previsión que igualmente habrá de ser tenida en cuenta por el

registrador en la calificación de los actos que relativos al inmueble se le presenten posteriormente. De este modo queda reflejado en los libros registrales la verdadera situación jurídico urbanística del inmueble, para conocimiento de cualquier tercero que pretenda realizar algún negocio o contrato sobre la finca, no sólo en lo relativo a la edificación sino igualmente respecto a los usos permitidos, evitando situaciones de fraude y facilitando el cumplimiento de la legalidad urbanística, incrementándose la utilidad de esta función preventiva cuando la descripción del inmueble aparece asociada a bases graficas georeferenciadas que lo ubican e identifican sobre el territorio.

Si la edificación concluida se ubica en suelo no urbanizable de especial protección, debiendo prestarse atención al Catálogo de Bienes Protegidos, por ejemplo declaración de un término municipal como Complejo Serrano de Interés Turístico, a la legislación de Costas, Espacios Naturales, Parajes Naturales y Parques Nacionales, Red Natura, entonces estaríamos ante un acto nulo, artículos 42,43,52 y 185.2 LOUA, no susceptible de prescripción ni de asimilación a fuera de ordenación y por tanto no puede acceder al Registro, pues sólo pueden hacerlo los actos que cumplan con los requisitos establecidos en materia de obra nueva por la normativa urbanística aplicable y la legislación sobre Ordenación de la Edificación, Art. 20 TRLS, que junto al art. 17, referido a las parcelaciones, establecen definitivamente una visión global y unitaria del principio de legalidad, en el que los aspectos civiles y los requisitos urbanísticos han de ser contemplados en términos de igualdad, y su cumplimiento, dentro de los parámetros fijados por el legislador estatal, autonómico, controlado por los agentes intervinientes, Notarios y Registradores de la Propiedad.

En el TRLS de 2008 se percibe la preocupación del legislador para que tanto el título de transmisión de la finca o parcela, como la inscripción registral contengan expresa referencia a la situación jurídico urbanística de la misma, con especial incidencia en la existencia de edificaciones en situación de fuera de ordenación o asimiladas, de modo que la omisión de este dato trascendental, tanto para la determinación del valor de la edificación, como para la consolidación del uso previsto, es considerado por el art. 19.2.a del TRLS como uno de los supuestos en los que el adquirente puede basar la resolución del contrato y exigir la indemnización que proceda, pudiendo adoptarse la anotación preventiva de la demanda en el procedimiento judicial que se entable con tal fin. Pero es mucho mejor, tal como se prevé en el RDU, si el acto por el que se declara la situación de asimilación a fuera de ordenación consta ya en el Registro de la Propiedad, obviando la consideración de la situación jurídico urbanística de

la finca como una especie de carga oculta, al mismo tiempo que se evita la aparición de terceros cuyos intereses protegidos por el principio de prioridad puedan dificultar o hacer más gravosa la acción de resolución prevista por el art. 19.2 del TRLS.

Acabamos este epígrafe refiriéndonos a una de las cuestiones más conflictivas que se le plantean a las autoridades con competencia en materia de urbanismo: como legalizar los actos de parcelación y urbanización realizados sin licencia y al margen de planeamiento, sobre suelo clasificado como no urbanizable común, y bajo qué condiciones y requisitos. Apuntamos el problema al analizar la figura de la prescripción, afirmando que finalmente ha de efectuarse una breve mención al régimen transitorio en materia de prescripción de parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, pues ha de estarse a los efectos de la legislación aplicable en el momento de la finalización o materialización completa del acto contrario a las previsiones del planeamiento. Esta consideración es importante por las diferencias existentes entre los TRLS de 1976, de 1992 y la LOUA del año 2002, al establecer esta última norma un régimen mucho más riguroso, declarando nulas las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, infracción que no es prescriptible y cuyas consecuencias han sido analizadas a lo largo de este apartado.

El criterio a tener en cuenta en relación con las viviendas y edificaciones asimiladas a fuera de ordenación, aunque no es fácil su aplicación ya que la casuística es enorme y aún más los intereses económicos y políticos en juego, nos lo da la indicada DA 1: “los instrumentos de planeamiento definirán las construcciones, edificaciones y usos preexistentes que sean declarados como fuera de ordenación, de forma particularizada, para las actuaciones de urbanización y subsiguiente edificación de las unidades resultantes ejecutadas de forma clandestina o ilegal en terrenos que tengan el régimen de suelo no urbanizable, al margen de la legislación urbanística en vigor con anterioridad a esta ley o en contradicción con ella, respecto de la que ya no sea legalmente posible, al tiempo de la entrada en vigor de esta ley, medida alguna de protección de la legalidad y restablecimiento del orden infringido, y que el referido instrumento de planeamiento determine como incompatibles con el modelo urbanístico que se adopte”.

5º- LAS PARCELACIONES URBANÍSTICAS.

5º.A.- Ámbito competencial y concepto de parcelación urbanística en función de la clase de suelo. Art. 66.1 LOUA. Evolución del concepto para protegerse de los actos en fraude de ley.

Procede ahora prestar atención a las parcelaciones urbanísticas, que según el art. 13.2 TRLS de 2008 están prohibidas en la situación básica de suelo rural. El art. 68.2 de la LOUA prohíbe, así mismo, estas parcelaciones en el suelo no urbanizable, declarándolas nulas de pleno derecho. La parcelación urbanística es definida en el art. 66.1 de la LOUA, diferenciando entre la que se produce en suelo urbano y urbanizable: “toda división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas, parcelas o solares”, de aquella otra, que, pese a no estar permitida, se puede en la práctica intentar llevar a cabo en el suelo no urbanizable: “la división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas en dos o más lotes que, con independencia de los establecido en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza (prescripciones que siempre deberán ser observadas), pueda inducir a la formación de nuevos asentamientos”. Nos remitimos en cuanto a los conceptos de finca y parcela a lo ya expuesto en el epígrafe dedicado al estudio del art. 17.1 del TRLS de 2008 y las referencias al ARTRLs del mismo.

Este tipo de parcelaciones está sujeto a la previa obtención de licencia o declaración de innecesariedad, que los Notarios deberán testimoniar en la escritura y los Registradores de la Propiedad exigir para practicar la inscripción, art. 17.2 TRLS y 66 nº 3 y 4 de la LOUA, de modo que se evite la formación, a resultas de la división o segregación, de fincas, parcelas o solares de dimensiones inferiores o iguales a las determinadas como mínimas por el instrumento de planeamiento, o bien la creación de un núcleo de población, definido en el art. 52.6.a) LOUA: “los actos de realización de segregaciones, edificaciones, construcciones, obras o instalaciones que por sí mismos o por su situación respecto de asentamientos residenciales o de otro tipo de usos de carácter urbanístico, sean susceptibles de generar demandas de infraestructuras o servicios colectivos, impropios de la naturaleza de esta clase de suelo”.

A tener en cuenta, también, que según el art. 68.1, LOUA “no se podrán efectuar parcelaciones urbanísticas en suelo urbano y urbanizable, mientras no se haya producido la entrada en vigor de la ordenación pormenorizada establecida por el instrumento de planeamiento idóneo según la clase de suelo de que se trate. Sólo se exceptúan las segregaciones que sean indispensables para la incorporación de los terrenos al proceso de urbanización en el ámbito de las unidades de ejecución”.

5º.B.- Principio de legalidad urbanística. Art. 66.3º y 4º de la LOUA en relación con el art. 17.2 del TRLS. Acreditación por certificado/testimonio de la licencia o declaración de innecesariedad.

Una vez más, traemos a colación la regla básica introducida en el art. 17.2:” la división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes sólo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística”. Se aprecia como el legislador vincula, no sólo los aspectos civiles e hipotecarios, sino también los derivados de la ordenación del territorio y del planeamiento para la formación de nuevas fincas y parcelas, cumpliendo con las exigencias del principio de legalidad y superando el tradicional planteamiento iusprivatista que había prevalecido hasta ahora en materia de parcelaciones. Ya no es posible sostener el acceso al Registro de la Propiedad de los actos de fraccionamiento de suelo realizados solo de acuerdo con los principios civiles y en ejercicio de la facultad dispositiva inherente al derecho de propiedad, pues se impone, de forma ineludible, un control administrativo de esta actividad, con la finalidad de velar por la licitud territorial y urbanística de la finca o parcela resultante de la parcelación.

Por esta razón el mismo precepto exige, sin excepción, que en” la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, (terminología civil e hipotecaria), los notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. El cumplimiento de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción”.

Esta remisión a la legislación territorial y urbanística nos conduce a los artículos 66.3 y 4 de la LOUA, que están en perfecta armonía con la norma estatal, declarando que “toda parcelación urbanística deberá ajustarse a lo dispuesto en esta Ley y a las condiciones que establece la ordenación urbanística de los instrumentos de planeamiento, precisando cualquier acto de parcelación urbanística de licencia o en su caso de declaración de innecesariedad, sin que los notarios puedan autorizar, ni los registradores de la propiedad inscribir, escritura pública alguna que contenga acto de parcelación, sin la aportación de la respectiva licencia o declaración de innecesariedad, que los notarios deberán testimoniar en la escritura correspondiente”.

El legislador acude por su eficiencia al cierre del Registro de la Propiedad, para evitar que accedan a sus libros actos o negocios de contenido urbanístico que vulneran el principio de legalidad, considerado de forma global y unitaria, es decir ponderando no sólo los aspectos civiles del acto o contrato, sino también y en plano de igualdad, los condicionantes exigidos desde la óptica de la Ordenación del Territorio y los instrumentos de planeamiento, como expresión de la función social del derecho de propiedad del suelo. La potestad de disciplina urbanística y la calificación registral, como expresiones de los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica, se constituyen en instrumentos extremadamente útiles para conseguir tal finalidad.

5º.C.- Naturaleza de la licencia de parcelación y declaración de innecesariedad.

Si bien hay unanimidad en relación con el acto de concesión de licencia de parcelación, algún sector doctrinal y sobre todo en la actuación municipal, sí que se ha suscitado algún debate en relación con la naturaleza de la declaración de innecesariedad, ya que en la práctica profesional diaria se observa una gran confusión sobre ello, y así no es extraño que se aporten certificados del Alcalde o del Secretario municipal, que se limitan a incorporar otro certificado expedido por un técnico de la Corporación, en el que explica o razona porqué, a su juicio, no es necesario la obtención de licencia de parcelación, e incluso a veces lo que se aporta es directamente el certificado técnico. Evidentemente, este proceder no se adecua a la naturaleza de acto administrativo con sustantividad propia que ha de predicarse respecto de las declaraciones de innecesariedad, y que como tales han de ser acordadas por el órgano competente, ajustándose al procedimiento establecido e incorporando la motivación en la que se base, con sucinta referencia de los hechos y fundamentos de derecho, Artículos 53 y 54 de la LRJPAC.

La Ley 5/2010 de 11 de Junio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, establece en su art. 9.1.d como competencia municipal el otorgamiento de las licencias y declaración de innecesariedad, que están parangonadas como sendos actos administrativos. Previsión que se repite en el art. 11 del RDU, cuando se afirma que la competencia para otorgar las licencias urbanísticas corresponde al órgano municipal que determine la legislación y normativa de aplicación en materia de régimen local. Consecuentemente, atendiendo al contenido del art. 21.1.q, de la Ley de Bases del Régimen Local, compete al Alcalde como Presidente de la Corporación el otorgamiento de las mismas, salvo delegación en los miembros de la Junta de Gobierno o teniente de alcalde. En caso de aplicación de la normativa sobre Municipios de Gran Población, esta potestad se atribuye por el art. 127.1.e, a la Junta de Gobierno Local.

Esta consideración como acto administrativo específico se aprecia en la propia LOUA, declarando el art. 66.5º que “las licencias municipales y declaraciones de innecesariedad se otorgan y expiden bajo la condición de presentación en el municipio dentro de los tres meses siguientes a su otorgamiento o expedición de la escritura pública en la que se contenga el acto de parcelación. La no presentación en plazo de la misma determina la caducidad de la licencia o declaración de innecesariedad por ministerio de la Ley, sin necesidad de acto aplicativo alguno”. De la simple lectura se deduce la naturaleza de acto administrativo con sustantividad propia. Igual carácter puede verse en el RDU, artículos 8 párrafo tercero, que exige una concesión condicionada resolutoriamente, 22.4.c, y 28.3.

En definitiva, no podrán admitirse como declaraciones de innecesariedad más que verdaderos actos administrativos, emitidos en forma por quien tenga atribuida la competencia a tal efecto, debiendo rechazarse las certificaciones de informes técnicos que adolecen de virtualidad alguna para constituirse en sucedáneos o documentos alternativos a tales actos administrativos. El art. 62.1.e LRJPAC, impone la nulidad de todo acto administrativo dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Estas consideraciones no suponen restarle valor alguno a tales informes, sino ubicarlos en la fase procedimental adecuada, puesto que de acuerdo con los artículos 12.2 y 16 del RDU han de ser emitidos obligatoriamente con carácter previo a la propuesta de resolución y ser tenidos en cuenta por el órgano competente como fundamento del contenido de la motivación, pues su finalidad, junto con él también obligatorio informe jurídico, es pronunciarse sobre la adecuación del acto pretendido a las previsiones de la legislación y de la ordenación territorial y urbanística de aplicación, requisito exigido, además, por el art. 17.2 del TRLS para la admisión de los actos de división o segregación.

5º.D.- La licencia de parcelación o declaración de innecesariedad son exigibles en todo caso, con independencia de la naturaleza del documento a través del cual se formalice el acto divisorio.

Otro asunto que exige alguna precisión es el relativo a la necesidad de exigir la licencia o declaración de innecesariedad en todo documento a través del cual se opere una segregación o división. Del tenor literal de los preceptos analizados pudiera deducirse la equívoca

consideración de que tal requisito sólo es exigible para las escrituras públicas y efectivamente esta conclusión es errónea, pero tiene cierto predicamento, pues son muchas las resoluciones judiciales o administrativas que no aportan estos actos de conformidad o autorización. El principio básico a tener en cuenta, art. 17.2 TRLS, art. 66.3 LOUA y 7.a RDU es el siguiente: toda división, segregación, parcelación o acto de fraccionamiento del suelo que dé lugar a la formación de nuevas fincas o parcelas, sólo es admisible si reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística, cualquiera que sea la naturaleza jurídica del documento a través del cual se constituya, declare o exteriorice, por exigencias del principio de legalidad. El hecho de que se aluda expresamente a las escrituras públicas, no tiene mayor trascendencia que el recoger normativamente, al objeto de evitar cualquier duda, el formato documental más utilizado en la práctica diaria, dejando claro el posicionamiento del legislador en el debate sobre inter-operatividad de los intereses públicos y privados y la influencia de la función social del derecho de propiedad en materia urbanística.

La DGRN se ha pronunciado en varias ocasiones en el sentido expuesto, afirmando que cuando las resoluciones judiciales tienen por objeto sólo una parte de la finca, lo que conlleva la segregación de una parte del terreno afectado, es necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos de naturaleza urbanística, en especial la licencia de segregación o declaración de su innecesariedad, y respetar igualmente lo dispuesto en la legislación agraria sobre unidades mínimas de cultivo. Resoluciones de 25-5-2002,26-4-2005,30-9-2005, 14-10-2005,22-6-2007,18-8-2009,30-6-2010. Recientemente la resolución de 9 de diciembre de 2010, se ha pronunciado de forma clara al respecto: “la inequívoca exigencia legal de la pertinente licencia o de la declaración municipal de su innecesariedad, para la división de terrenos obligan a confirmar el defecto impugnado sin que el hecho de que se trate de una sentencia firme pueda desnaturalizar tal conclusión so pretexto del general deber constitucional de cumplir las resoluciones judiciales firmes (artículo 118 de la Constitución Española). Dicho deber debe cohonestarse con la eficacia relativa de la cosa juzgada y en todo caso su alcance debe ser determinado en función de los propios términos de la resolución a cumplir (términos que por otra parte han de acomodarse a las propias pretensiones planteadas por las partes, (artículos 11.3 y 182 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Con todo, en función del genérico deber de cumplimiento de las resoluciones judiciales, no puede concluirse sin más que una Sentencia permita obviar exigencias legales añadidas que debieron observar en su día esos contratantes (la licencia de segregación), cuando sobre dichas exigencias

ni se discute en el procedimiento seguido ni hay pronunciamiento alguno a la propia Sentencia (ni podría haberlo sido, dada la no intervención de la correspondiente entidad local)”.

Sólo añadiremos, por lo novedoso de su criterio, la Resolución de 8 de septiembre de 2009, referida a una escritura pública, pero cuyas fundamentaciones son extrapolables al resto de documentos: “ cuando la finca objeto de inmatriculación aparece como segregada de otra de mayor cabida, que se describe o identifica en el título previo aportado para justificar la titularidad previa del transmitente, que a su vez tampoco resulta inscrita, ha de aportarse la correspondiente licencia de segregación o declaración de innecesariedad en base al art. 17.2 del TRLS de 2008”, lo cual es lógico, puesto que la validez o licitud de la segregación que efectivamente se lleva a efecto no puede hacerse depender del modelo y forma de documentación, ni de que se haya producido el previo acceso al Registro de la finca matriz. El concepto de parcelación urbanística trasciende a los requisitos civiles e hipotecarios que condicionan los actos de segregación y división de fincas. Luego volveremos sobre este punto.

La misma postura ha de seguirse cuando los actos de fraccionamiento se documenten mediante certificación administrativa, como sucede lo supuestos contemplados por el art. 206 de la LH y 37 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas o por el Acta prevista por el art. 30 n.º.2.3.4, para la cesión de terrenos no incluidos en unidades de ejecución y sometidos a procedimientos de equidistribución. Esta obligatoriedad incluso es extensiva a los actos promovidos por las Administraciones Públicas, excepto los propios Ayuntamientos, pues el art. 10.3 del RDU establece que “los actos a que se refiere el art. 8 que sean promovidos por una Administración pública o sus entidades adscritas o dependientes de la misma, distinta de la municipal, están sujetos igualmente a licencia urbanística”.

El art. 58 del ARTRLS precisa este extremo en su n.º 3, con un lenguaje mucho más flexible: “la acreditación documental del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa se realizará mediante la incorporación al título formal inscribible de testimonio literal de la certificación del acto correspondiente, que contenga los datos necesarios para apreciar la adecuación de la división o segregación realizada a lo autorizado”. Este inciso final nos conduce al estudio de otro aspecto importante de las licencias de parcelación y de las declaraciones de

innecesariedad, cual es la definición de su contenido con especial incidencia en la incorporación de bases gráficas.

5º.E.- Contenido de la licencia de parcelación y declaración de innecesariedad.

El ARTRLS nos da una pista muy importante, pues no se limita a exigir el testimonio literal de la certificación en todo título formal que pretenda el acceso al Registro, sino que añade que ha de contener los datos necesarios que permitan apreciar la conexión o relación entre el acto o negocio y la licencia o autorización. Este problema se presenta con cierta frecuencia, pues la notificación de la licencia que se acompaña sólo se remite a una parcela catastral que se identifica por su referencia y a veces por la superficie y pago, pero sin que conste ningún dato más, que permita llegar a la conclusión de que efectivamente se está refiriendo a la finca registral matriz objeto de la segregación o división, lo que obliga a pedir información suplementaria.

Afortunadamente el RDU aporta soluciones a este problema en el territorio de nuestra Comunidad. El art. 13.1.c, requiere que la solicitud de licencia de parcelación incluya de forma obligatoria un proyecto suscrito por técnico competente (ya no es necesario visado tras la publicación del RD 1000/2010 de 5 de agosto, sobre Visados Colegiales Obligatorios), que incorporará planos a escala adecuada de la situación y superficie de los terrenos afectados por la alteración de las fincas y parcelas iniciales y resultantes, así como la identificación catastral y registral y las condiciones urbanísticas vigentes, documentación que unida a los preceptivos informes técnicos y jurídicos, art. 12.2 RDU, van a posibilitar al órgano competente dictar la resolución de otorgamiento o denegación de la licencia o declaración de innecesariedad de forma motivada y congruente con lo solicitado, y todo ello con un contenido mínimo que viene expresado en el art. 19 del RDU: “la resolución deberá consignar expresamente, además de cualesquiera otras especificaciones requeridas por las disposiciones vigentes o que el órgano competente considere oportuno incluir, los siguientes extremos”, de los que solo mencionaremos aquellos que estimamos con más trascendencia a los efectos de esta ponencia:

- Clasificación y calificación urbanística del suelo objeto de la actuación.

- Finalidad de la actuación y uso al que se la destina. Condición resolutoria en caso de declaraciones de innecesariedad.

- Situación y emplazamiento de las fincas o parcelas, con su identificación catastral, así como el número de finca registral en caso de parcelaciones urbanísticas y actuaciones en suelo no urbanizable.

Estos requisitos suponen un avance muy importante en la verificación de la adecuación de los actos de división y segregación a la legalidad urbanística, estableciendo una adecuada coordinación entre planeamiento, Registro y Catastro, con la incorporación de los identificadores de la finca y parcela, al igual que la planimetría necesaria para la ubicación espacial de las fincas sobre bases graficas georeferenciadas, pues el nº 4 del precepto complementa las especificaciones anteriores, declarando que “la documentación o el proyecto técnico, una vez concedida la correspondiente licencia, quedaran incorporados a ella como condición material de la misma”. De este modo se consigue de forma eficaz la identificación planimétrica y la constancia de la situación jurídico-urbanística de la finca, que podrá ser conocida por los terceros por medio de la publicidad registral, facilitando la calificación registral de los actos de naturaleza urbanística y mejorando la transparencia y seguridad jurídica en el ámbito del tráfico inmobiliario, lo que sin duda redundara en los datos macroeconómicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

La conclusión a la que llegamos es que no vale cualquier documento para acreditar la concesión de una licencia de parcelación, pues ha de respetarse en todo caso este contenido básico, en especial la incorporación de los datos registrales y la representación gráfica de la finca matriz y las parcelas resultantes. Lo que sí ha dejado claro el art. 5.3 del RDU es la no necesidad de acreditar la titularidad de los inmuebles afectados por la licencia, salvo cuando su otorgamiento pueda afectar a los bienes y derechos integrantes del patrimonio de las Administraciones Públicas.

La existencia del acto administrativo de otorgamiento o concesión de la licencia de parcelación ha de ser certificada por la persona que ejerza la Fe Pública municipal, lo que estará en función del órgano competente para la adopción del acuerdo, sin que sea posible la certificación o notificación efectuada por el Alcalde o el Concejal de urbanismo, como ha confirmado la Sentencia de la AP de Navarra, sección 1ª, de 19 de junio de 2007, cuya firmeza

se publica por Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2008, BOE de 8 de marzo siguiente, pues con tal actuación se vulnera el art. 162.1.d del RD 781/1986, que otorga la facultad certificante al Secretario municipal, que no sólo da fe de la existencia del acto administrativo sino que certifica sobre su legalidad y vigencia, revocando el criterio anteriormente mantenido por la DGRN en su resolución de 14 de febrero de 2004, que es anulada en este punto y que por existir identidad de razón afecta a ciertas consideraciones que, en igual sentido, se reiteraban, a pesar de la firmeza de la sentencia desde el año 2007, en la resolución de 15 de enero de 2010.

5º.F.- Incorporación bases gráficas.

En conexión con el epígrafe anterior se encuentra el tema de la incorporación al acto de concesión de la licencia de bases gráficas, debiendo hacerse notar que los acertados criterios del RDU, son así mismo recogidos por el ARTRLS, que en el art. 42, dedicado a la “Representación Gráfica de las Fincas”, es receptivo a un sentir de mayoritariamente expresado por la doctrina (Joaquín Delgado Ramos, Oscar Vázquez, Jorge Requejo, Gragera Ibañez): la necesaria incorporación de bases gráficas de las fincas afectadas por actos de trascendencia urbanística a los efectos de su inscripción registral. Así, cuando se trate de la inscripción de actos de naturaleza urbanística que provoquen alteración en la configuración física de las fincas registrales, o la creación de nuevas fincas de resultado de actos de fraccionamiento del suelo, entre otros supuestos, será requisito “la incorporación al título formal inscribible la representación gráfica de las fincas, que el Registrador ha de archivar e incorporar al sistema de bases gráficas registrales, circunstancia que no sólo se reflejará en la inscripción, sino que servirá para su remisión al Catastro con la finalidad de lograr la debida coordinación entre ambas instituciones”.

Es más, una vez establecida, mediante el previo acto de calificación, la identificación de las fincas registrales a través de dicha representación gráfica, la cual incluya en su información la calificación urbanística, tal como sucede a partir del día 7 de mayo de 2010 en Andalucía a virtud del RDU, el Registrador incorporará esta calificación a la descripción de la finca mediante nota marginal a la hora de despachar el título, como operación registral específica en la forma prevista por el art. 9.1 de la LH, lo que podría ser considerado como un acto de inscripción de las bases gráficas de la finca. La unificación en el folio registral de la situación jurídico real de la finca, definida no sólo literariamente, sino también mediante un sistema gráfico georeferenciado, con determinación de la clasificación y calificación urbanística, así como las limitaciones medioambientales, a cuyo contenido se pueda acceder telemáticamente, en los términos

definidos por la LH, es un paso decisivo y necesario para el fortalecimiento de la seguridad jurídica preventiva en el sector inmobiliario.

5º.G.-Caducidad de la licencia de parcelación o declaración de innecesariedad. Art. 66.5 LOUA.

La primera cuestión, relacionada con estos actos de conformidad o autorización, que ha de ser puntualizada se refiere a la caducidad especial no sólo de la licencia sino igualmente de la declaración de innecesariedad que, en su caso, se emita. El art. 66.5 LOUA establece que “las licencias municipales sobre parcelaciones y las declaraciones de innecesariedad de éstas se otorgan y expiden bajo la condición de la presentación en el municipio, dentro de los tres meses siguientes a su otorgamiento o expedición, de la escritura pública en la que se contenga el acto de parcelación. La no presentación en plazo de la escritura pública determina la caducidad de la licencia o de la declaración de innecesariedad por ministerio de la ley, sin necesidad de acto aplicativo alguno. El plazo de presentación podrá ser prorrogado por razones justificadas”.

Se trata de un plazo preclusivo que opera automáticamente y que supone la pérdida de efectos jurídicos del acto inicial y que ha de ser solicitado de nuevo a petición expresa del interesado, a través del oportuno procedimiento administrativo iniciado a instancia de parte. La rigidez de la norma se atempera por la presunción de remisión que se contiene en el nº 6 del art. 66 LOUA: “en la misma escritura en la que se contenga el acto parcelatorio y la oportuna licencia o declaración de innecesariedad testimoniada, los otorgantes deberán requerir al Notario autorizante para que envíe por conducto reglamentario copia autorizada de la misma al Ayuntamiento correspondiente, con lo que se dará por cumplida la exigencia de protección a la que se refiere el apartado anterior”. Este requerimiento debe ser consignado expresamente por el Notario en el título, pues no cabe presumirlo o deducirlo del mero otorgamiento de la escritura, que además ha de cumplir otro requisito y es la incorporación de la licencia o declaración de innecesariedad por testimonio deducido por el propio Notario del original exhibido, pues sólo de este modo, si obra en su poder, podrá cumplir con su obligación de remisión al Ayuntamiento, sin que por tanto pueda aplicarse esta excepción a los supuestos en los que la certificación de los referidos actos administrativos es aportada al registro de forma independiente y desligada de la escritura, incluso cuando conste inserto la existencia de requerimiento, a salvo, claro está, que se acompañe acta de notificación remitida en plazo de tres meses. Esta previsión del legislador es

acertada, pues va a evitar la caducidad de muchas licencias o declaraciones por negligencia o desconocimiento, recayendo tal responsabilidad en el notario que es ahora el encargado de dar traslado del acto o negocio jurídico a la Administración, pero sin que le venga impuesto un plazo preclusivo para ello. El plazo de tres meses solo es predicable para el otorgamiento de la escritura, no para el traslado de la copia al Ayuntamiento, pues el legislador considera suficiente la intervención de este profesional del derecho para dar por cumplida tal exigencia en aras de la protección de la legalidad urbanística. Se confía, a fin de cuentas, en su diligencia profesional.

Aún queda abordar otro tema polémico relacionado con el plazo de preclusión de tres meses de la licencia o declaración de innecesariedad, que es la forma de cómputo, pues el precepto literalmente dice “tres meses siguientes a su otorgamiento o expedición”. ¿Quiere con ello decirse que habrá de estarse a la fecha de adopción del acuerdo, con independencia del momento en el que se haya llevado a efecto la notificación del mismo?; ¿sería inscribible una escritura que incorpore el oportuno testimonio y contenga el adecuado requerimiento si se ha otorgado después del transcurso de tres meses computados desde la fecha del acuerdo?

La clave para resolver la cuestión planteada está en determinar el modo de realizar el cómputo del plazo de caducidad de tres meses, que concede el artículo 66.4 de la LOUA para presentar en el Ayuntamiento la copia de la escritura que documente la segregación. El precepto parece claro, ha de computarse el plazo desde la fecha del otorgamiento de la licencia o de la expedición de la declaración de innecesariedad. Pero el problema no es tan simple, pues la realidad nos muestra que el Derecho Administrativo es una disciplina compleja, sujeta e influenciada por multitud de matices como ahora tendremos ocasión de comprobar. Hemos de abordar, pues, el tema de la eficacia de los actos administrativos a la luz de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992, que, en desarrollo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, acoge las bases de régimen jurídico de las Administraciones Públicas para garantizar al administrado un tratamiento común e igualitario ante ellas.

La solicitud de licencia para segregar una parcela pone en marcha un procedimiento administrativo respecto al cual “la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación”, Artículo 42.1 LRJAP; es la llamada prohibición del “*non liquet*”, que le compele a resolver de forma motivada y no arbitraria y, además, a hacerlo en plazo. La resolución que pone fin al procedimiento se define como un acto

terminal, no concluyendo la actividad de la Administración hasta tanto proceda a su notificación. Para González Pérez y González Navarro (Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y Procedimiento Administrativo Común, 3ª edición), “la norma le obliga a resolver y a notificar en plazo como conducta unitaria que integra tal acto, pues la resolución puede ser válida desde que se dicta por el órgano competente, pero no deviene eficaz hasta que se notifica al interesado. Notificación que está sujeta a unas estrictas normas de temporalidad, de manera que el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento”, artículo 42.2 LRJAP. En nuestro caso el artículo 172.5ª de la LOUA declara que “la resolución expresa deberá notificarse en el plazo máximo de tres meses”. Este plazo se computa, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, “desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación”, artículo 42.3.a LRJAP.

Por mandato de los artículos 56 y 57 de la LRJAP los actos administrativos despliegan sus efectos desde el momento en que existen, no siendo la notificación un requisito de su validez sino sólo de su eficacia frente al administrado, derivándose, entre otras, la consecuencia de que, aun sin notificar, no podrá revocarse de oficio ni ser alterado si le produce algún efecto favorable. Como se ha afirmado con anterioridad, la normativa vigente defiende un tratamiento unitario del acto terminal del procedimiento administrativo, de modo que la notificación no se contempla como acto independiente, sino como un trámite más del acto notificado que condiciona su eficacia. Aun cuando la demora de la eficacia del acto administrativo se enumera en el artículo 57.2 de la LRJAP como una excepción, en realidad constituye la regla general respecto de los actos que afecten a los derechos de los interesados, pues el siguiente artículo 58.1 impone la obligación de notificar a los interesados “las resoluciones que afecten a sus derechos e intereses”. Es decir, ningún acto administrativo puede producir efectos en perjuicio del interesado sin que se le haya previamente notificado y no cabe duda que la caducidad de una licencia merece tal consideración.

Otra excepción que, según el artículo 57.2 de la LRJAP, demora la eficacia del acto administrativo es cuando así lo exija el contenido del propio acto. En este sentido ha de considerarse que la licencia de segregación concedida está supeditada al cumplimiento de una condición posterior a su otorgamiento: Presentación en el Municipio de la escritura de

segregación en el plazo de tres meses. Sin entrar ahora, por no ser necesario, a debatir sobre la naturaleza de esta condición, lo cierto es que impone al peticionario la realización de una conducta en plazo, una obligación de hacer, trámite que ha de ubicarse en los términos generales del artículo 76 de la LRJAP: “Los tramites que deban ser cumplimentados por los interesados deberán realizarse en el plazo de diez días a partir de la notificación del correspondiente acto, salvo en el caso de que en la norma correspondiente se fije plazo distinto”. No puede ser exigida ninguna obligación al administrado, ni tampoco entender decaído su derecho a llevar a efecto la segregación, sin el trámite de la previa notificación. En definitiva la notificación es indispensable para que el acto administrativo produzca efectos en perjuicio del interesado, aunque el legislador, consciente de las dificultades prácticas que conlleva, facilita este trámite con la regla del artículo 58.4 de la LRJAP: “A los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado”.

Dada la caducidad de los efectos de la licencia de segregación o declaración de innecesariedad, ha de procederse al estudio, aunque sea brevemente, de los efectos de esta figura en el Derecho Administrativo. El artículo 63.4 de la LOUA declara expresamente que las licencias se conceden sujetas a un plazo preclusivo de tres meses, durante el cual el peticionario ha de desplegar y acreditar ante la Administración la realización de una determinada actividad, como es el otorgamiento de la escritura pública de segregación.

La caducidad es un concepto jurídico que se asocia al paso del tiempo, como la prescripción, pero que supone, además, una inactividad del titular del derecho o acción. Ambas circunstancias, paso del tiempo junto a la inactividad, producen la pérdida del derecho o del proceso. La doctrina, González Pérez y González Navarro, definen genéricamente la caducidad como “una forma de extinción del procedimiento administrativo, que tiene lugar por la paralización del mismo durante un cierto tiempo establecido por la Ley, y cuyos requisitos y efectos difieren, no obstante ser idéntica su esencia, según que el responsable de la paralización sea el propio interesado o la Administración”. Nos vamos a referir en este fundamento solo al decaimiento de derechos por inactividad del interesado, dejando para más adelante la derivada de la inactividad de la Administración. En el supuesto analizado nos hallamos, más que ante una propia caducidad del procedimiento administrativo, ante una figura afín como es la decadencia de un derecho. Si repasamos el artículo 92 de la LRJAP, que recoge los elementos definidores de esta institución,

apreciamos que la falta de acreditación en plazo del otorgamiento de la escritura de segregación no es un trámite legalmente indispensable para la continuación del procedimiento, cuyo incumplimiento supone su paralización. En realidad el procedimiento ya terminó con la resolución dictada y su posterior notificación; tampoco se requiere por la normativa autonómica aplicable ni el previo requerimiento al administrado instándole a realizar el trámite paralizador de la actuación administrativa, ni la expresa declaración de caducidad. La caducidad de los efectos de la licencia se produce “sin necesidad de acto aplicativo alguno”.

Por ello en el caso planteado no estamos ante el concepto procesal de caducidad de procedimiento a que se refiere el artículo 92 de la LRJAP, sino ante la caducidad en el sentido de extinción o preclusión de los derechos concedidos por la licencia de segregación, debida al incumplimiento por parte del beneficiario de las condiciones que le fueron impuestas. Al peticionario se le demanda una obligación “*in faciendo*”, que exige la previa notificación de la licencia en la que se inserta como condición de su eficacia, artículo 76 LRJAP. Para su computo habrá de seguirse la regla general del artículo 48.3 de la LRJAP: “Si el plazo se fija en meses o años, éstos se computaran a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo”.

Como ya advertíamos con anterioridad, el procedimiento administrativo también puede concluir por la inactividad de la Administración, mediante la ficción jurídica del silencio administrativo, que se regula, con importantes novedades en relación con la legislación anterior, en los artículos 43 y 44 de la LRJAP. Como es lógico sólo nos vamos a detener en el silencio administrativo que tiene lugar en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado. La obligación legal de la actuación administrativa tempestiva, artículo 42.1 LRJAP, tiene por objeto no sólo el dictado mismo de la resolución finalizadora del procedimiento, sino también su notificación. Esta debe producirse igualmente, en efecto, dentro del plazo máximo fijado para dictar aquella. El tenor del artículo 43.1 de la LRJAP destaca el valor definitorio de la notificación en el actual procedimiento administrativo: “En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, sin perjuicio de la resolución

que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo”. No basta con dictar la resolución, sino que ha de notificarse en plazo. Esta innovación, que consiste en la inclusión de la notificación en el contenido de la obligación legal de dictar resolución en tiempo hábil, en la que reiteradamente insiste el nuevo texto legal, tiene una gran trascendencia para la eficacia de los actos administrativos, ya que agrava considerablemente el cumplimiento de la Administración, que sólo finaliza con la notificación en plazo. Es decir, la resolución, aunque perfecta y válida, queda sujeta a la condición de tener que ser notificada dentro del plazo establecido para resolver el procedimiento. Vemos como la notificación, que en los demás casos funciona como mero requisito de eficacia, opera aquí como condición legal resolutoria de la validez. La falta de notificación en tiempo representa la infracción de una norma legal, impositiva de la pertinente obligación, que vicia de forma sobrevenida la resolución, haciéndola inválida por el incumplimiento de la carga establecida por el legislador para el perfeccionamiento definitivo de la resolución expresa.

Si extrapolamos estos principios básicos al régimen establecido para la concesión de las licencias municipales y más concretamente al ámbito del artículo 66.4 de la LOUA, la conclusión es obvia: El plazo de caducidad de la licencia, por incumplimiento del peticionario de su obligación de presentar la escritura en el Ayuntamiento, ha de computarse de fecha a fecha, a partir del día siguiente aquel en que tuvo lugar la notificación de la resolución.

Cuando se entienda obtenida la licencia por silencio administrativo positivo, de acuerdo con la interpretación que resulta de la STS de 28 de enero de 2009, no existe la referida obligación “*in faciendo*” para el solicitante, con efectos caducantes de la licencia por el transcurso de tres meses, pues parece que el sentido puro del silencio con el que se pronuncia el artículo 172.5^a de la LOUA conduce a esta solución, de modo que la terminación del procedimiento con la estimación de la solicitud por el juego del silencio administrativo positivo *secundum legem*, supone la concesión de la licencia de segregación de forma incondicionada y su eficacia no se hace depender ya de la actividad desplegada posteriormente por el interesado. Sólo habrá de comunicarse al Ayuntamiento con una antelación previa de al menos diez días, a efectos de su operatividad que no de su vigencia, el comienzo de cualquier obra o uso adquirido al amparo del silencio, art. 172.5 LOUA.

Por último añadir, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1997, que el silencio administrativo, tanto positivo como negativo, está establecido en beneficio del

administrado, y, en consecuencia, es a él a quien corresponde a utilizarlo para su conveniencia o desconocerlo cuando le perjudique. No le es lícito a la Administración beneficiarse del incumplimiento de su deber de resolver y notificar-expresamente, porque hay, en efecto, un principio general del Derecho (expresado con distintas formulaciones en el artículo 115.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 1288 del Código Civil), según el cual ningún infractor puede alegar en su propio beneficio su incumplimiento de las normas.

En base a las anteriores argumentaciones se considera que el plazo de caducidad de tres meses de la licencia de parcelación o declaración de innecesariedad, recogido en el art. 66.4 de la LOUA para el caso de incumplimiento del peticionario de su obligación de presentar la escritura de segregación en el Ayuntamiento, ha de computarse de fecha a fecha a partir del día siguiente aquel en que tuvo lugar la notificación de la resolución o la estimación de la solicitud por silencio administrativo, no siendo en consecuencia ajustada a Derecho aquella interpretación que, basándose en el tenor literal del precepto, efectúa el cálculo a partir de la fecha del propio acto administrativo, pues como se ha dicho éste no puede producir efectos adversos para el administrado sino a partir de su notificación.

5º.H.- Limitaciones de los actos de parcelación urbanística. Art. 13 TRLS; artículos 68, 160.1.D y 185.2.a de la LOUA.

Con la finalidad de preservar el suelo no urbanizable de los procesos de transformación urbanística, vinculándolo a la explotación de los recursos primarios, a salvo lo que se dispone sobre actuaciones de interés público en esta clase de suelo en los artículos 42, 43 y 52 de la LOUA, el art. 13.2 del TRLS de 2008 “prohíbe las parcelaciones urbanísticas de los terrenos en el suelo rural, salvo los que hayan sido incluidos en el ámbito de una actuación de urbanización en la forma que determine la legislación de ordenación territorial y urbanística”.

En el mismo sentido el art. 68 de la LOUA:

1º. “No se podrá efectuar parcelaciones urbanísticas en suelo urbano y urbanizable, mientras no se haya producido la entrada en vigor de la ordenación pormenorizada establecida por el instrumento de planeamiento idóneo según la clase de suelo de que se trate. Se exceptúan de la regla anterior las segregaciones que sean indispensables para la incorporación de los terrenos al proceso de urbanización en el ámbito de las unidades de ejecución”.

2º. “En terrenos con régimen de suelo no urbanizable quedan prohibidas, siendo nulas de pleno derecho, las parcelaciones urbanísticas”.

Este régimen, mucho más rigorista que el TRLS de 1992, se completa con el art. 160.1.D de la LOUA, que configura como supuesto expropiatorio por razón de urbanismo “la realización de actos de parcelación o reparcelación, uso del suelo o edificación, constitutivos de infracción urbanística grave”, añadiendo que de conformidad con el art. 185.2.A no cabe la prescripción en “los actos de parcelación urbanística en terrenos que tengan la consideración de suelo no urbanizable”.

5º.I.- Naturaleza de los actos reveladores de parcelación urbanística, que como determinación complementaria de dicho concepto están sujetos a igual trato legal. Resolución de 12 de julio de 2010.

Ya hemos tenido ocasión de ver como la realidad ha desbordado el marco conceptual de la segregación y división de terrenos y ha adoptado formas mucho más complejas para vulnerar las previsiones del legislador en relación a la formación de nuevas fincas y parcelas y de ahí la necesidad de anticipar conductas por medio de estos signos reveladores de parcelación urbanística. La DGRN en la reciente y trascendente Resolución de 12 de julio de 2010, afirma que el concepto de parcelación urbanística, siguiendo el proceso que han seguido las actuaciones en fraude de su prohibición y precisamente para protegerse de ellas, ha trascendido la estricta división material de fincas, la tradicional segregación, división o parcelación, para alcanzar la división ideal del derecho y del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en los que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos. Son por tanto estos nuevos pronunciamientos legales los que nos han de servir de base para determinar la naturaleza jurídica de estos signos reveladores de parcelación urbanística y como operan en relación con los títulos inscribibles en el Registro de la Propiedad.

La DGRN en previa Resolución de 14 de julio de 2009, en contestación a una consulta elevada al Centro Directivo por el Colegio Notarial de Andalucía relativa a esta cuestión, nos dice que el art. 66.4 LOUA señala que cualquier acto de parcelación urbanística precisará de la correspondiente licencia o, en su caso, de la declaración de innecesariedad, definiendo en el nº 1, letras a) y B) el concepto de parcelación según la clase de suelo en la que se opere, el cual es

desarrollado a continuación en el nº 2, dentro de su ámbito competencial y en atención a la cada vez más frecuente “disgregación jurídica del uso y aprovechamiento de la finca respecto del suelo que formalmente mantiene su unidad, al considerar como actos reveladores de una posible parcelación urbanística, sujetos por tanto a igual trato legal, aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en proindiviso de un terreno, fincas, parcelas, o de una acción, participación u otro derecho societario, puedan existir diversos titulares a los que corresponda el uso individualizado de una parte del inmueble, situaciones que considera equivalentes o asimilables a los supuestos del nº 1, es decir, de las parcelaciones urbanísticas propias, sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso puedan excluir tal aplicación”.

Con igual claridad y participando de la misma estructura argumental se proyecta el Fundamento de Derecho n 4 de la citada Resolución de 12 de julio de 2010: “es en suma, la propia legislación sustantiva que resulte aplicable, la que ha de determinar qué actos están sometidos a licencia y qué actos pueden estimarse como reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal, teniendo en este tema el citado RD 1093/1997, de 4 de julio, que complementa al Reglamento Hipotecario, un carácter meramente adjetivo y procedimental. Por este motivo, los conceptos que, << en clave hipotecaria >>, se emplean en los artículos 78 y 79 del citado RD, han de ser examinados, y adaptados, a las normas autonómicas sustantivas que resulten de aplicación; de lo contrario, se llegaría al absurdo de impedir la aplicación de dicha normativa autonómica por la sola – y nominalista- razón de emplear esta última terminología (<<parcelación ilegal>>; <<actos reveladores de una posible parcelación urbanística>>), más amplia que la tradicionalmente empleada en el ámbito hipotecario (división y segregación), y que engloba, en orden a la finalidad que dicha legislación urbanística está llamada a desempeñar, actos que, en muchos casos, para nada serían actos de segregación o división en sentido estricto (“hipotecario”).

En consideración a las anteriores fundamentaciones puede concluirse:

- Que los signos reveladores de parcelación urbanística introducidos por el legislador autonómico, pueden ser considerados en principio como presunciones legales, es decir, como normas de carácter material con influencia predominante en el ámbito de la carga de la prueba,

en el sentido de dispensar de la prueba del hecho presunto a la parte favorecida por ella, art. 385 LEC, en este caso la Administración. Nos encontraríamos ante presunciones administrativas, equiparables en su operatividad a las judiciales, que a través de un proceso lógico-deductivo se constituyen en un nuevo medio de prueba por indicios, favoreciendo con ello el ejercicio de la potestad urbanística por el órgano actuante en todos los supuestos en los que el legislador lo haya considerado oportuno, a través de la intervención preventiva que verifique la adecuación a la ordenación territorial y urbanística del acto o negocio que implique el uso del suelo o su edificación, y de la actividad de inspección que le asegure una ejecución de tales actos ajustados al contenido del acto autorizador. Se podría afirmar que se trata de presupuestos fácticos de asimilación preventiva al concepto de parcelación urbanística, que se integran en la estructura de la norma y en consecuencia son de aplicación en todo caso, en los términos que ahora veremos.

- Que no hay vulneración del reparto competencial entre el Estado y las CCAA, que resulta de la STC 61/1997, de 20 de marzo, por el hecho de introducir, a través de norma con rango de Ley, una serie de signos o actos reveladores de una posible parcelación urbanística, con la finalidad de equiparar su tratamiento en orden a una intervención preventiva en materia de disciplina urbanística, “sujetos por tanto a igual trato legal” se dice en la Resolución de 12 de julio de 2010, para de este modo discernir la verdadera trascendencia del acto o negocio desde el punto de vista de la Ordenación Territorial y del Planeamiento. Podría considerarse que esta figura del signo revelador guarda cierta identidad de razón con la técnica del “Levantamiento del Velo”, doctrina jurídica que si bien se desarrolló en un principio en el ámbito societario y mediante la intervención judicial, lo cierto es que también se va abriendo paso, mediante construcciones jurídicas próximas o asimilables, en otros casos sometidos a normas de Derecho Público, como el supuesto de responsabilidad solidaria contemplado en el art. 42.2 de la LGT, donde la actuación tutelar y equilibradora del Juez es sustituida por la actividad reglada de los funcionarios y órganos administrativos, que se ha producir dentro de un procedimiento administrativo regulado por su normativa específica y sometido finalmente, en su caso, al control judicial que dimana del art. 106 de la Constitución.

Se puede hablar, en sede urbanística, de la indagación de la verdadera realidad negocial pretendida por las partes, para impedir que actos formalmente válidos conforme a la normativa civil o hipotecaria, puedan encubrir actos ilícitos de acuerdo con la legislación del territorio o

urbanística, con vulneración de normas imperativas o prohibitivas, art. 6.3.4, del CC. En todos los casos expuestos concurre identidad de razón, véase sobre este particular la STS de 28 de mayo de 1984: “evitar que, mediante la interposición de personas jurídicas o la utilización de ciertas formas y tipos de negocios, se cree una apariencia de legalidad jurídica bajo la cual se oculta la verdadera intención, que no es otra que la vulneración indirecta de una norma con producción de un perjuicio o lesión a terceros, sean estos sujetos de derecho privado o Administraciones y otros organismos regidos por normas de Derecho público”. En todo caso es esencial que la actividad administrativa se desarrolle dentro de un procedimiento que garantice los derechos de los sujetos afectados y que toda resolución o acto administrativo que se produzca esté debidamente motivado, tal como exige el art. 54 de la LRJPAC. Sólo decir que en nuestro caso todos estos requisitos se cumplen, pues el RDU de 16 de marzo de 2010 implementa un procedimiento específico, tanto para la intervención preventiva como para la inspección de la ejecución de los actos de uso de suelo y edificación, sujeto a unos principios de ordenación que se enumeran en el art. 2 y dentro del cual se ha de verificar por el órgano urbanístico competente el verdadero alcance y legalidad del acto revelador de una posible parcelación urbanística.

- “Los Registradores de la Propiedad han de exigir para la inscripción de todo título formal que contenga un acto o negocio de parcelación, la acreditación documental, de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, conforme a la legislación que le sea aplicable”, art. 17.2 TRLS, previsión que se reitera en el art. 66 de la LOUA. Es decir, corresponde a la normativa autonómica definir qué se entiende por parcelación, pudiendo introducir con esta finalidad actos o signos reveladores que ayuden a bloquear la aparición de supuestos de parcelación ilegal y que como presupuestos fácticos de asimilación preventiva están sujetos a igual trato legal y sin que pueda por tanto considerarse que hay extralimitación competencial. Consecuencia de ello es el carácter instrumental de los artículos 78 y 79 del RD 1093/1997 de 4 de julio, de modo que las diferencias semánticas entre ambos preceptos no pueden impedir la imprescindible función de control de la legalidad urbanística que a través de su calificación llevan a cabo los Registradores de la Propiedad. En este sentido, la Resolución de 12 de julio 2010 establece el carácter concomitante o complementario del art. 78 del RD respecto del art. 66.4 de la LOUA, que dispone que no podrá autorizarse ni inscribirse escritura pública alguna en la que se contenga acto de parcelación sin la aportación de la preceptiva licencia , o de la declaración de su innecesariedad, debiendo entenderse este llamado “acto de

parcelación” en los términos amplios ya expuestos, pues las legislaciones de las CCAA son cada vez más estrictas y asimilan, a estos efectos, al concepto de parcelación, otras figuras que como las divisiones horizontales, sociedades o comunidades proindiviso, puedan utilizarse como cobertura para encubrir actos parcelatorios ilegales. Y es dentro de este enfoque donde adquieren un gran protagonismo los signos reveladores de una posible parcelación y la colaboración de la institución registral en pro de la seguridad jurídica preventiva.

5º.J.- Distinta operatividad de los signos reveladores de parcelación urbanística.

Ahora bien, lo mismo que la utilización de actos o negocios diferentes a la división y segregación, con la finalidad de aparentar el mantenimiento de la unidad formal de la finca, no puede eludir la aplicación de las medidas de control que impidan la aparición de parcelaciones ilegales, tampoco la mera concurrencia de un acto o signo revelador puede conducir a la exigencia automática y en todo caso de la licencia o declaración de innecesariedad, pues ello dependerá de la previsión del legislador estatal y autonómico, además de las circunstancias concurrentes. Así, cuando la adquisición de la cuota indivisa, acción o participación atribuya un derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, su exigencia parece ineludible, en todo caso, a la vista del art. 17.2 del TRLS, ya que es al legislador estatal a quien compete, directamente, decidir en qué casos son necesarios estos actos previos de conformidad, exigidos por la legislación sustantiva aplicable.

En los demás supuestos contemplados como actos reveladores de una parcelación, habrá tenerse en cuenta el criterio de la tan reiterada Resolución de 12 de julio de 2010, debiendo razonarse en la calificación registral los motivos que aconsejan la aportación de tales actos administrativos de conformidad o licitud urbanística del acto o negocio. Como ya explicamos anteriormente, lo trascendente es que estos pronunciamientos se emitan en el marco de un procedimiento reglado, como es el registral, y de forma motivada, art. 54 LRJPAC, posibilitando que el interesado discrepante pueda utilizar los recursos establecidos para hacer valer sus derechos y todo ello sin perjuicio o menoscabo del ejercicio de la potestad urbanística que siempre compete al Ayuntamiento o a las CCAA.

Es muy ilustrativa e interesante al respecto la opinión de Eva Gamero Ruiz, quien afirma que “el hecho de haber sido detectada la concurrencia de alguno de los actos reveladores de parcelación urbanística, que se recogen en el art. 66.2 de la LOUA, y por tanto de la posible ilicitud de la causa del negocio elegido por los otorgantes -art. 1276 CC- no implica,

necesariamente, que tal circunstancia conlleve de forma automática e inevitable la presunción de existencia de acto revelador de uso individualizado de una parte del inmueble, con obligación de pedir licencia o declaración de innecesariedad para autorizar e inscribir escrituras públicas, pues, a tal fin, habrá de tenerse en cuenta no sólo el contenido del acto concreto, sino también el historial registral y la existencia u otorgamiento de otros actos o negocios ajenos, aunque conexos con aquel”.

Continuando con la sistemática expositiva que nos hemos propuesto y partiendo de las consideraciones anteriores, ha de estudiarse a continuación la problemática asociada a la concreta operatividad de cada uno de estos signos reveladores de parcelación, recogidos en el art. 66.2 de la LOUA y su conexión con el desarrollo realizado en el art. 8 letra a) del RDU, que no es igual en todos los casos.

5º.K.- Problemática venta de cuotas o participaciones indivisas. Art. 8.a. RDU.

El análisis y estudio del art. 66 de la LOUA ha de concluir con la tarea que aún tenemos pendiente: la problemática asociada a la concreta operatividad de cada uno de los signos reveladores de parcelación y su conexión con el desarrollo realizado en el art. 8 letra a) del RDU. Lo primero destacar la modificación esencial introducida por la Ley 13/2005, de 13 de noviembre, que extiende el ámbito de actuación de estos signos o actos reveladores de parcelación urbanística a toda clase de suelo (antes sólo estaban referidos al suelo no urbanizable), dando para ello nueva redacción al art. 66.2º LOUA, antes transcrito. Junto a ello y para adaptar el objeto sobre el que se proyectan a la terminología del nº 1, se adiciona al vocablo “terrenos”, los conceptos de fincas y parcelas, entendidos como unidades de suelo y edificación, tanto en la rasante, como en el vuelo o subsuelo, que tengan atribuida edificabilidad y uso, o sólo uso urbanístico independiente. Se coordina de esta forma, igualmente, con la expresión de “unidades aptas para la edificación”, que se utiliza en el art. 67 LOUA para la definición del concepto de indivisibilidad. Como se ha dicho en otra parte de este trabajo, citando a Arnaiz Eguren, nos encontramos ante lo que este autor denomina como la progresiva desmaterialización o espiritualización del objeto inmobiliario, idea que tiene una evidente repercusión en relación con las parcelaciones urbanísticas, pues ya no se utilizan como antes las segregaciones y divisiones de terrenos para infringir el ordenamiento, sino que se emplean complejos negocios

ante los que el legislador no ha tenido más remedio que actuar, y de ahí la figura de los signos reveladores de posible parcelación urbanística.

5º.K.a.- Venta de cuotas con asignación de uso.

Ya vimos como la realidad ha desbordado el marco conceptual de la división y segregación, adoptando formas mucho más complejas para vulnerar las previsiones del legislador en relación a la formación de nuevas fincas y parcelas. El supuesto más clásico y paradigmático es la venta de participaciones indivisas con asignación de uso de parte de la finca, pues formalmente, al menos, se mantiene inalterada la finca en el Registro. Ya nos hemos referido, en parte, a la venta de participaciones o cuotas indivisas al abordar la naturaleza jurídica de los actos reveladores de parcelación urbanística, constatando como el legislador estatal ha sido receptivo a los problemas asociados a este modus operativo, recogiendo en el art. 17. 2 del TRLS la necesidad de que en estos casos, al estar concretada la participación al uso de una parte de la finca o parcela, se respeten los requisitos exigidos por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística para la creación de nuevas unidades de suelo o edificación, debiendo exigirse, en todo caso, por decisión del legislador estatal, que tiene la competencia para ello, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que estén sujetos los actos de división y segregación.

5º.K.b.- Venta de cuotas sin asignación de uso o incluso con pacto en contrario.

La Resolución de 10 de octubre de 2005, venta de participaciones indivisas de una finca rústica en Jaén, documentada en el año 2003, afirma que la simple venta de participaciones indivisas de una finca rústica, no conlleva presunción alguna de que se trate de una parcelación urbanística, pues para ello es necesario que se vincule tal participación con el uso exclusivo de una determinada zona o espacio del terreno, o se apoye en algún otro indicio que resulte del registro o del propio título, ya que deducir tal conclusión del sólo hecho de la venta de participaciones indivisas, es una mera conjetura que no puede servir de base a la calificación registral. El registrador alegó la existencia de un acto revelador de una posible parcelación urbanística, por aplicación directa del art. 66.1 de la LOUA, a pesar de que junto a la escritura se presentó Acta de manifestaciones en la que se aseguraba que con tal venta no se pretendía ningún asentamiento urbanístico y de que, en la redacción entonces vigente del precepto, la existencia del acto revelador se vinculaba a la concreción de uso.

La decisión de la DGRN en este supuesto ha de considerarse ajustada a Derecho, pues la norma autonómica solo recoge un presupuesto fáctico de asimilación preventiva, tal como hemos definido estos actos reveladores, que de hecho tampoco concurría, que ha de servir de ayuda en su calificación y actuación a los agentes y organismos intervinientes en la actividad urbanística, enumerando una serie de indicios, por emplear la misma terminología que la Resolución, cuya presencia ha de alertar al Registrador en su calificación, que, en todo, caso ha de motivar las razones que le conducen a exigir la licencia o declaración de innecesariedad, pues no estamos ante presunciones legales que de forma automática eximan de cualquier actividad probatoria, pues tal proceder no se ajusta a la regla general que exige la motivación de todo acto administrativo. No obstante ello, es interesante destacar que el Centro Directivo admite que la venta de cuotas o participaciones indivisas en suelo no urbanizable, sin asignación de uso, puede encubrir la formación de un nuevo asentamiento, a pesar de que no estaba contemplada aún tal posibilidad como acto revelador de una posible parcelación urbanística, pero exige a tal fin que la calificación del Registrador razone y argumente tal conclusión, por lo que resulte del propio título o de otros conexos o bien de los asientos registrales.

Y esto último es precisamente lo que sucede en los supuestos de las Resoluciones de 7, 8 y 18 de abril de 2005, afectantes a una venta de participaciones en la localidad de Utrera, en la que el fedatario, al igual que en el caso anterior, manifestaba de forma expresa en la escritura que con tal transmisión no se adquiriría el uso individualizado de parte de la finca. Estamos ante una cláusula de estilo que se incorporaba en la práctica totalidad de las ventas de participaciones indivisas, con la intención evidente de enervar la aplicación del acto revelador de parcelación, tal como lo enunciaba el texto original del art. 66.1.b de la LOUA, extremo que motivó la intervención del legislador andaluz, que a través de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, expandió el alcance de este acto revelador de forma significativa, pues ahora se refiere no sólo a terrenos, sino también a fincas y parcelas, entendidas como unidades de suelo y edificación, o uso urbanístico independiente y por otro lado, incluye la venta de cuotas o participaciones, tanto en los casos en los que no se vierte manifestación alguna sobre uso parcial de la finca o parcela, como aquellos otros en los que hay pacto expreso de exclusión de uso parcial.

En los fundamentos de la Resolución, dejando aparte por no interesar a los fines de este trabajo, la interesante cuestión sobre el alcance del art. 145 del RH respecto de los actos

anteriores a la anotación de prohibición de disponer, se confirma la nota del Registrador, en este extremo, por entender que, en atención al contenido de los libros de Registro, de tal venta de participaciones y a pesar del pacto expreso en contrario, podría deducirse peligro de formación de un núcleo de población, siendo en consecuencia ajustada a Derecho la exigencia de licencia o declaración de innecesariedad. La clave la aporta la previa anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística por parcelación ilegal, que aunque no se basa en un acto firme administrativamente, por no ser necesario (confróntese el art. 57.2 y el art. 75 del RD 1093/1997), si es indicativo del peligro de parcelación urbanística ilegal en suelo rústico, dado el texto del acuerdo municipal.

Aunque la fecha de la escritura es anterior a la anotación de prohibición de disponer, lo que impide el cierre registral, ha de tenerse en cuenta que este último asiento se practicó con anterioridad al asiento de presentación de la venta y por ello ha de ser tenido en cuenta por el Registrador en su calificación, que ha de verse condicionada por su contenido, en cuanto pone de manifiesto un hecho de enorme trascendencia desde el punto de vista de la legalidad urbanística, tal como se reconoce en los números 3 y 4 del art. 79 del RD 1093/1997. Se trata de asientos, continua diciendo la DGRN, que tienen la finalidad, de advertir, ilustrar e incluso condicionar la calificación de otro, como aquí sucede, con el propósito de que sólo accedan al Registro aquellos títulos que reúnan los requisitos imperativamente establecidos por la legislación urbanística para tal finalidad. Una vez más, se constata la trascendencia que para la seguridad jurídica y la ejecución de las medidas adoptadas en el ámbito de la disciplina urbanística, supone su reflejo en el Registro de la Propiedad.

Cerramos el repaso de Resoluciones de la DGRN relacionadas con la venta de cuotas o participaciones indivisas, con la de 12 de julio de 2010 (afectante a finca ubicada en Barbate), de gran calado y sólida fundamentación, que parece confirmar, en la línea seguida por las resoluciones de 19 de mayo y 17 de junio de 2010 (prevalencia de la Ordenación Territorial sobre el planeamiento de desarrollo y silencio administrativo negativo, respectivamente y que por sí solas merecerían un estudio detallado), un posicionamiento del Centro Directivo en el que aparece más preocupado por el cumplimiento de la legalidad urbanística, mediante un enfoque global y unitario de los problemas asociados a la propiedad del suelo, cuyo contenido está fuertemente condicionado por su función social, que se traduce en un régimen estatutario de derechos y deberes, lo que ha de ser valorado de forma equilibrada y con pleno respeto al reparto de competencias entre el Estado y las CCAA.

En esta resolución, a la que ya hemos aludido en reiteradas ocasiones en este trabajo, se afirma que la ausencia de asignación formal de uso individualizado de una parte del inmueble, asociado a la venta de una cuota o participación indivisa del mismo, no es por si sola suficiente para excluir la formación de nuevos asentamientos y, por tanto, la calificación de parcelación urbanística. Ni siquiera excluye esta posibilidad la manifestación contraria del hecho o voluntad de que se produzca aquella asignación, pues el elemento decisorio es la posible aparición de tales asentamientos, como cuestión de hecho, con independencia de que el amparo formal y legal de la titularidad individual esté más o menos garantizado, se realice en documento público o privado o se haga de forma expresa o incluso tacita. La claridad con la que se expresa la DGRN en este párrafo es bien significativa de su preocupación por la legalidad urbanística y la superación de su tradicional visión iusprivatista. Sin duda contribuye la sólida fundamentación de la nota de calificación emitida por la Registradora, que ya incluso había advertido en la nota simple previa al otorgamiento de la escritura, la posible existencia de una parcelación urbanística ilegal derivada de los antecedentes del Registro, que se detallaban, y del contenido de los títulos aportados, en el que junto a la venta de participación se declaraba una obra nueva por el condómino transmitente, costeadada con metálico propio y actuando con el consentimiento del resto de propietarios, prestado en poder notarial, llegando a afirmar que se había construido la vivienda en régimen de autopromoción para destinarla a domicilio y exonerando el adquirente de la contratación del seguro decenal.

5º.K.c.-Conclusiones que se deducen del análisis de las anteriores resoluciones de la DGRN.

A la vista de la fundamentación que resulta de las anteriores resoluciones, podemos llegar a ciertas conclusiones que nos van a ser de gran utilidad en orden al establecimiento de criterios prácticos para fijar la operatividad de este acto revelador y para la interpretación del art. 8.a) del RDU.

- Venta de cuotas o participaciones indivisas que lleven aparejado el uso de parte de la finca o parcela: se equipara, en cualquier clase de suelo, a los actos de segregación y división, dada la identidad de razón y finalidad existente entre ellos. Más que un acto revelador estamos ante una manifestación expresa de las partes, que exterioriza su verdadera la voluntad negocial, ajena a

las reglas de comunidad romana, para cuya inscripción en el Registro de la Propiedad es en todo caso exigible la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que puedan estar sujetos los actos de parcelación urbanística. En Andalucía el art. 66.4 de la LOUA, requiere licencia urbanística o, en su caso, declaración de innecesariedad. El supuesto es tan claro que no necesita motivación adicional alguna para su aplicación, pues se basa en la propia voluntad de las partes.

Por este motivo el Legislador estatal se refiere a él de forma expresa, dentro de su ámbito competencial, en el art. 17.2 del TRLS, que es concordante con el citado art. 66.4 LOUA, que igualmente exige la acreditación de tales extremos para la inscripción. La Resolución de 9 de julio de 2009, en aplicación del art. 17.2 del TRLS en conjunción con la legislación de urbanismo de Cataluña, se pronuncia en este sentido, confirmando la nota y no atendiendo las alegaciones del Notario recurrente, quien aduce que la licencia sólo es necesario obtenerla en el momento de la extinción del condominio, pero no mientras se mantenga la situación de proindiviso, lo cual es una contradicción, pues del propio clausulado de la escritura resulta que la finalidad perseguida es la implementación de una situación fáctica que no se cohonesto con las reglas del CC sobre la comunidad romana de bienes.

La normativa tanto estatal como autonómica, cada una desde su propia competencia pero de forma conexa y complementaria, lo que tratan de evitar es la consolidación fáctica de situaciones contrarias al planeamiento, y que además gocen de la apariencia de legalidad que se deriva de la inscripción registral, aunque ha de recordarse que ésta no convalida los actos que sean nulos con arreglo a las leyes, art. 33 de la LH. En expresión contenida en la Resolución de 12 de julio de 2010, “el elemento decisorio es la posible aparición de tales asentamientos, como cuestión de hecho, con independencia de que el amparo formal y legal de la titularidad individual esté más o menos garantizado, se realice en documento público o privado o se haga de forma expresa o incluso tacita”.

- Venta de cuotas o participaciones indivisas que no contengan manifestación alguna respecto del uso o que incluso excluyan cualquier tipo de vinculación: se contempla por la legislación urbanística de Andalucía, en cualquier clase de suelo, como un acto revelador de una posible parcelación urbanística. Pero su aplicación requiere un acuerdo motivado sobre las circunstancias o indicios concurrentes que llevan a exigir la licencia, o en su caso, la declaración de innecesariedad. Aunque este caso no está contemplado de forma expresa en el art. 17.2 del

TRLS, como sucede con la venta de participación con asignación de uso, su operatividad es indudable al estar subsumido dentro del principio general, según el cual los actos de división o segregación sólo son posibles si cada una de las parcelas resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística, correspondiendo al legislador urbanístico determinar qué actos están sometidos a licencia y qué actos pueden estimarse como reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal, sujetos por tanto a igual trato legal, teniendo en este tema el RD 1093/1997 un carácter adjetivo o instrumental y por esta razón los conceptos que, en clave hipotecaria, se utilizan en los artículos 78 y 79, han de ser examinados y adaptados a las normas autonómicas sustantivas que resulten de aplicación, ya que de lo contrario, se llegaría al absurdo de impedir la aplicación de dicha normativa autonómica por la sola y nominalista razón de emplear esta última una terminología (parcelación ilegal, actos reveladores de una posible parcelación urbanística), más amplia que la tradicionalmente empleada en el ámbito hipotecario (división y segregación), y que engloba, en orden a la finalidad que dicha legislación urbanística está llamada a desempeñar, actos que, en muchos casos y tal como aquí sucede, para nada serían actos de segregación o división en sentido estricto hipotecario.

La DGRN ha admitido desde la inicial Resolución de 10 de octubre de 2005 hasta la reciente y trascendental de 12 de julio de 2010, que en los casos de venta de participación indivisa sin manifestación expresa sobre asignación de uso o incluso con pacto en contra, el Registrador pueda exigir licencia o, en su caso, declaración de innecesariedad, siempre que razone o motive la existencia de elementos de juicio reveladores de una posible parcelación urbanística y ello aun cuando la legislación urbanística no contemple tal supuesto de forma expresa como un acto revelador de una posible parcelación urbanística. A tal fin habrá de estarse al contenido del propio título y otros conexos presentados anterior o posteriormente y en especial al historial registral de la finca, al objeto de detectar la existencia de pluralidad de titulares, sucesivas segregaciones o ventas de participaciones, aumentos o disminuciones de cabida con alteración de superficie de las colindantes en sentido opuesto, existencia de viviendas y declaraciones de obra nueva, fincas en proindiviso destinadas a paso u otros servicios comunes, tanto si están o no vinculadas *ob rem* con otras consideradas como principales, a modo de comunidad romana de fin subordinado, etc.

En definitiva, en estos casos, el hecho de no haber sido contemplados por el legislador estatal, de forma expresa, como uno de los supuestos en los que el Registrador ha de solicitar, en todo caso, la licencia respectiva para practicar la inscripción de los actos de segregación o división, entendidos en sentido amplio, no impide su operatividad, pues además de que su fundamento reside en el principio de legalidad urbanística, recogido en materia de parcelaciones en el art. 17.2 del TRLS y 66.3 y 4 de la LOUA, son considerados por esta última norma como actos reveladores de una posible parcelación urbanística, lo que constituye una importante ayuda al Registrador en su calificación, al ponerle de manifiesto la existencia de un indicio, cuyo alcance, a efectos de practica la inscripción solicitada, ha de evaluar y razonar en función de las circunstancias concurrentes, por exigencias de los principios de legalidad, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad en la actuación de la Administración y tutela judicial efectiva.

- Reflejo en el Registro de la Propiedad de las medidas adoptadas en expedientes iniciados para el restablecimiento de la legalidad urbanística: ha quedado clara la importancia de la consignación en los libros del Registro de estas actuaciones, bien sea mediante anotación de incoación de expediente de disciplina, que no requiere la firmeza administrativa del acto, artículos 56 a 66 RD 1093/1997 o notas marginales sobre condiciones de las licencias o circunstancias afectantes a las fincas, artículos 73 a 78. La LOUA también se refiere a esta cuestión en el art. 177, enumerando una serie de actos que pueden ser reflejados en el Registro, a instancias de la Administración actuante, la cual igualmente requerirá o, en su caso, autorizará las correspondientes cancelaciones, cuando los actos administrativos hayan dejado de surtir efecto.

La publicidad registral va a facilitar enormemente la ejecución de estas medidas de disciplina urbanística, evitando que los terceros afectados puedan alegar su desconocimiento y buena fe y hayan de tener presencia en la fase de ejecución del proceso judicial, evitándose de este modo muchas cuestiones incidentales y los correspondientes procesos asociados, así como el pago de posibles indemnizaciones. Pero junto a ello, son un elemento de juicio valiosísimo para el Registrador a la hora de motivar su calificación, pues como indica la Resolución de 7 de abril de 2005, hay asientos que se practican con la finalidad de advertir, ilustrar o condicionar la calificación de otro. Es evidente que la tarea de velar por el cumplimiento del principio de legalidad urbanística incumbe a todos los órganos y agentes intervinientes en la actividad urbanística, siendo los Registradores de la Propiedad una pieza muy importante, pero también es cierto que las Administraciones públicas afectadas han de desplegar una mayor iniciativa y

mostrar una actitud mucho más eficiente y diligente en materia de disciplina urbanística, adoptando las medidas cautelares que estimen necesarias y procurando su acceso al Registro como instrumento de garantía y que favorece su ejecución.

- La venta de cuotas y participaciones indivisas y el objeto de las mismas: el art. 66.1.b) de la LOUA, al referirse a los actos reveladores de una parcelación urbanística solo aludía a la interposición de una sociedad, división horizontal o venta de cuotas o participaciones en relación con los terrenos, es decir, con porciones de suelo. Pero tras la modificación llevada a cabo por la Ley andaluza 13/2005, se adapta la terminología, dando cabida a realidades objetivas mucho más complejas, a causa de la tendencia a la desmaterialización del derecho de propiedad respecto del suelo que le sirve de soporte. La definición de finca y parcela, como unidades de suelo o edificación e incluso de uso urbanístico independiente, están recogidas en el art. 17.1 del TRLS a cuyos comentarios nos remitimos. Lo que nos interesa en este momento reseñar, es que la operatividad de estos actos reveladores no sólo podrá tener lugar cuando las cuotas tengan por objeto un terreno, sino también cuando estén referidas a unidades edificatorias, presentes o futuras, estructuradas a través de divisiones horizontales, simples o complejas, o conjuntos inmobiliarios, e incluso a usos urbanísticos independientes, proyectados tanto sobre la rasante, como el vuelo o el subsuelo.

5º.K.d.- Aplicación de la regla de proporcionalidad del art. 8.a del RDU: no puede ser considerado como un acto revelador inverso que neutralice o mitigue el supuesto rigor del art. 66.2 de la LOUA. Principio de jerarquía normativa.

Nos detenemos a continuación en uno de los puntos más polémicos del nuevo RDU y que está íntimamente relacionado con la venta de participaciones indivisas: el alcance de la regla de proporcionalidad introducida en el art. 8.a. párrafo tercero y la forma en la que interactúa con el resto de actos reveladores de una posible parcelación urbanística, recogidos en el art. 66.2 de la LOUA. La norma es del siguiente tenor literal:

“Igualmente, tendrán la consideración de actos reveladores de una posible parcelación urbanística, la transmisión intervivos de cuotas proindiviso de fincas clasificadas como suelo no urbanizable, cuando a cada uno de los titulares corresponda teóricamente una parte de superficie inferior a la mayor de las fijadas en la ordenación urbanística y territorial vigente, como parcela

mínima edificable o divisible, según el resultado de aplicar a la total superficie del inmueble objeto de alteración, el porcentaje que represente cada cuota indivisa enajenada. El mismo régimen se aplicará a las transmisiones de acciones, participaciones u otros derechos societarios que produzcan el mismo resultado, así como a las divisiones horizontales. En estos actos reveladores de parcelación urbanística, se requerirá la correspondiente licencia urbanística o declaración de innecesiedad, debiendo esta última condicionarse resolutoriamente al cumplimiento de las previsiones fijadas en el instrumento de planeamiento urbanístico, o en su caso, aquellas que garanticen la no inducción a la formación de nuevos asentamientos. Los Notarios y Registradores de la Propiedad, para autorizar e inscribir respectivamente las escrituras públicas de estos actos o negocios jurídicos, exigirán el previo otorgamiento de licencia urbanística o declaración de innecesiedad, debiendo los primeros testimoniarlo en las correspondientes escrituras públicas”.

Una primera aproximación incita a considerar que la finalidad del RDU ha sido atemperar la rigidez del art. 66.2 de la LOUA, flexibilizando su aplicación, tras la reforma producida por la ley 13/2005, de modo que los actos reveladores de una posible parcelación urbanística quedan reducidos, en suelo no urbanizable, a aquellos casos en los que, de la aplicación de la regla de proporcionalidad que ahora se introduce, resulte imputada a cada cuota o participación una superficie teórica inferior a la mayor de las fijadas en la ordenación urbanística y territorial vigente, como parcela mínima edificable o divisible. Si por el contrario es mayor no será exigible ni licencia ni declaración de innecesiedad. Estaríamos ante una especie acto revelador de signo inverso, que neutralizaría o moderaría en gran medida el ámbito de aplicación de la LOUA. El argumento principal de esta tesis es que no tiene sentido incorporar un nuevo supuesto de acto revelador, que ya se encuentra incluido en el más amplio y genérico que define la Ley, si no es para modalizar o limitar su aplicación para el caso de que concurran estas nuevas circunstancias. Sin embargo, el principio de jerarquía normativa supone un obstáculo insalvable para la viabilidad de esta propuesta interpretativa, que en un principio gozó de un predicamento importante, en cuanto suavizaba los requisitos del art. 66.2 de la LOUA.

Sin embargo, el transcurso del tiempo ha permitido una mayor reflexión sobre esta cuestión y de la confrontación de opiniones parece que se va abriendo camino una visión más acorde con el contenido de la LOUA y la doctrina que se deduce de las Resoluciones de la DGRN: el precepto reglamentario no ha modificado el contenido ni el ámbito de aplicación del art. 66.2 de la LOUA, sino que sólo ha concretado o perfilado su operatividad en los casos de transmisiones

intervivos de cuotas o participaciones de fincas situadas en suelo no urbanizable. Por tanto se mantiene todo lo dicho en cuanto a la necesidad de motivar o razonar la aplicación de cualquiera de estos actos reveladores de parcelación, en cualquier clase de suelo, sin que, como nos dice la DGRN y algunos autores ya citados, Eva Gamero Ruiz, la concurrencia de alguno de ellos ampare la exigencia de licencia o declaración de innecesariedad de forma directa y automática, a salvo el caso de que exista pacto de uso.

La virtualidad de la regla de proporcionalidad introducida por el RDU es facilitar y ayudar en la fundamentación que ha de servir de soporte para su aplicación, de modo que cuando la superficie teórica imputada a cada cuota o participación sea inferior a la unidad de referencia, el RDU nos proporciona una argumentación que por sí sola permite tener en consideración la concurrencia de este acto revelador, con independencia de que puedan ser adicionados otros indicios que refuercen la convicción del operador jurídico. Sin que pueda deducirse, a sensu contrario, que por el hecho de superar la superficie imputada a la cuota tal proporcionalidad, ello exoneraría de la exigencia de obtener la previa autorización o conformidad de la Administración para tales actos, ya que siempre ha de estarse al criterio general que emana del precepto legal, donde es evidente no encontraría acomodo tal pretensión.

Posicionados respecto de esta previa y trascendental cuestión, sólo queda puntualizar algunos aspectos aplicativos del precepto, que sólo se refiere a las transmisiones intervivos de cuotas o participaciones, quedando excluidas las particiones hereditarias, que se rigen por los criterios generales. De otra parte, aunque se esté refiriendo a fincas situadas en suelo no urbanizable, la regla de proporcionalidad opera comparando la superficie teórica imputable a cada participación, resultante de la división de la superficie total del inmueble alterado por el porcentaje que represente cada cuota, con la fijada como parcela mínima edificable o divisible por la ordenación territorial y urbanística vigente; es decir a estos efectos no tiene ninguna relevancia la superficie atribuida a la UMC. En algunos casos podrá coincidir, pero en la mayoría será discrepante, además, el presupuesto del precepto exige que la superficie teórica sea inferior a la mayor de las fijadas como parcela mínima edificable o divisible.

Otra particularidad es que la declaración de innecesariedad que en su caso se conceda, por apreciar el órgano urbanístico actuante que no se está ante un supuesto de parcelación

urbanística, deberá condicionarse resolutoriamente al cumplimiento de las previsiones fijadas en el instrumento de planeamiento urbanístico, o en su caso, a aquellas que garanticen la no inducción a la formación de nuevos asentamientos. Lógicamente, lo que se condiciona es la propia declaración de innecesariedad que afecta sólo al acto de segregación, no al negocio civil acordado por las partes, de modo que caso de cumplimiento de la condición la transmisión del dominio no se ve afectada por tal circunstancia. Nos remitimos a lo ya expuesto en el epígrafe sobre reposición de la realidad física alterada. Pero una vez constatado tal extremo por el contenido de la propia declaración de innecesariedad, en relación con los títulos presentados posteriormente, o bien por las certificaciones aportadas por la Administración con tal finalidad, ello va a tener gran importancia en la calificación que en el futuro pueda emitir el Registrador sobre títulos afectantes a la misma finca, así como por su reflejo en la publicidad registral. Se insiste en lo ya expuesto sobre el contenido de las resoluciones en las que se concede bien licencia de parcelación o la declaración de innecesariedad, citando el art. 19 del RDU que exige la motivación de la resolución y enumera las circunstancias del acto administrativo, que incluyen las bases gráficas identificativas. En el caso de la declaración de innecesariedad, el acuerdo ha de contener las previsiones básicas a cuyo cumplimiento queda condicionada resolutoriamente su concesión, que serán reflejadas por nota marginal al asiento de inscripción, si bien será necesario que aquel sea firme administrativamente.

También han surgido dudas en materia de transmisión de cuotas o participaciones indivisas que ya constan inscritas, planteándose la cuestión de la operatividad del precepto en estos casos. La respuesta viene dada por las fundamentaciones anteriores, sin que veamos novedad alguna en este punto. Deberá estarse a las circunstancias concurrentes en cada supuesto para motivar en función de las mismas la exigencia de licencia o, en su caso, de declaración de innecesariedad. A priori hay más posibilidad de encontrarnos ante un acto encubridor de una parcelación ilegal, cuando se inicia la venta de las participaciones, pero igualmente puede ser apreciada como un acto revelador la venta de participaciones ya inscritas, como efectivamente confirma la resolución de 12 de julio de 2010, siendo esencial a este fin el análisis del historial registral y de los títulos coetáneos o conexos.

5º.L.- Problemática de la interposición de divisiones horizontales.

No menos complejidad presenta el estudio de la interposición de divisiones horizontales, como acto revelador de una posible parcelación urbanística, recogido en art. 66.2 de la LOUA y art. 8.a), párrafo tercero del RDU, igualmente aplicable en cualquier clase de suelo, tras la

modificación operada por la Ley 13/2005. La dificultad reside en la posible concurrencia de varios actos necesitados, de forma individualizada, de la previa autorización o conformidad de la Administración, que al incidir sobre la misma finca, parcela o uso urbanístico, interactúan entre sí condicionándose mutuamente: Parcelación, urbanización, edificación y ocupación o utilización. No es fácil por ello ocuparnos sólo del aspecto reparcelatorio, sin aludir, siquiera brevemente, a esas otras cuestiones conexas.

5º.L.a.- Criterio tradicional de la DGRN que ha sido anulado por sentencias de la AP de Madrid.

Parcelación y urbanización ilegal van unidas, siendo la primera un requisito necesario para la materialización o consolidación de la segunda; se persigue conseguir, en principio, un derecho de propiedad separada, tanto del suelo como de la construcción en él levantada. Pero a veces se quiere ir más allá en la explotación de un recurso escaso y caro como es el suelo y ante el obstáculo que puede suponer la ordenación territorial y urbanística, se interpone una división horizontal o un complejo inmobiliario como medio para superarlo, llegando a veces transmitir cuotas o participaciones con asignación de uso sobre los propios elementos independientes, lo que nos deriva al caso analizado con anterioridad.

La fundamentación jurídica utilizada es la que resulta de las Resoluciones de la DGRN de 18 de julio de 1996 y 10 de diciembre de 2003: “la configuración jurídica conforme a la cual se organice el derecho de propiedad excede del ámbito urbanístico, siempre que no se altere el uso residencial o el aspecto exterior de la fachada de la edificación, siendo en consecuencia inscribible la escritura de división en régimen de propiedad horizontal de una vivienda unifamiliar, sin necesidad de licencia o declaración de innecesariedad”. Sólo valora, a efectos de la inscripción, los aspectos asociados a la legalidad civil e hipotecaria del acto, quedando el control de la legalidad urbanística, en los términos establecidos por la normativa aplicable, al margen del Registro de la Propiedad. Es un criterio que como veremos no puede sostenerse y de hecho la última de las resoluciones fue anulada por sentencia firme de la Sección 25 de la AP de Madrid de 26 de febrero de 2007, en la que se declara ajustada a Derecho la calificación registral que exigía el otorgamiento de la correspondiente licencia o declaración de innecesariedad, publicándose el fallo por Resolución de 21 de febrero de 2008, BOE 8 de marzo de 2008.

De nuevo ha de abordarse el tema de la parcelación urbanística mediante la interposición de una división horizontal en la Resolución de 14 de junio de 2004, que se ocupa de la inscripción de una escritura de división horizontal de dos edificaciones existentes sobre una finca, asignándose a cada una de ellas, como anejo inseparable, el uso privativo de una parte del terreno no ocupado por las edificaciones, que es perfectamente descrito con sus linderos, exigiendo el Registrador la obtención de licencia de parcelación o declaración de innecesariedad, calificación que es revocada por la DGRN, remitiéndose a lo ya afirmado en la Resolución anterior, y añadiendo que “la exigencia de licencia para inscribir divisiones de terrenos contenida en el art. 53 del RD 1093/1997 y lo mismo puede entenderse respecto del art. 78 del mismo (que es el alegado por el Registrador), no puede considerarse absoluta o genérica, pues dependerá de la norma sustantiva a que este sujeto el acto de división, por lo que ha de estarse en este caso a la legislación de la Comunidad Autónoma de Madrid, en la que se incluye un elenco de actos sujetos a licencia, entre los que el único que pudiera tener relación con el supuesto planteado es el referido a las “parcelaciones, segregaciones o cualquier otro acto de división de fincas o predios en cualquier clase de suelo, no incluidos en proyecto de reparcelación”. Y de esta premisa concluye que “si los conceptos de segregación y división están acuñados en el Derecho privado y tienen evidente solera en la legislación hipotecaria, el de parcelación es más propio de la legislación urbanística, siendo definida por la normativa urbanística de la Comunidad de Madrid, como aquellos actos que supongan la modificación de la forma, superficie o lindes de una o varias fincas”, sin que por tanto pueda equipararse tal concepto con el supuesto analizado, porque en la propiedad horizontal, aunque sea tumbada, se mantiene la unidad jurídica de la finca, sin que haya división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación, toda vez que no hay alteración de la forma, superficie o linderos y la asignación de uso singular o privativo a determinados elementos comunes o porciones de los mismos, como son los patios o las zonas del solar no ocupadas por la construcción, no altera esa unidad. Esta Resolución ha sido anulada, igualmente, por sentencia de la AP de Madrid, Sección 9ª, de 3 de octubre de 2008, cuya firmeza se publica por Resolución de 24 de junio de 2010, BOE 10 de agosto de 2010.

5º.L.b.- Resolución de 25 de mayo de 2005: considera los actos reveladores de parcelación urbanística en Andalucía como una presunción legal que solo podrá ser desvirtuada a través del correspondiente procedimiento administrativo o judicial.

Efectivamente, la resolución de 25 de mayo de 2005, es la primera que aborda directamente la operatividad del acto revelador de una posible parcelación urbanística en suelo no urbanizable,

consistente en la interposición de una división horizontal, que se recoge en el art. 66.1.b), de la LOUA, en su redacción inicial. El caso planteado consiste en decidir si es necesaria la licencia o declaración de innecesariedad, para inscribir una escritura de constitución de un régimen de división horizontal sobre dos edificaciones levantadas en una finca rústica, cuya obra nueva ya había sido declarada e inscrita previamente. La DGRN en este caso confirma la nota de calificación y lo hace en aplicación de los razonamientos vertidos en las Resoluciones anteriores, en las que de alguna forma interrelacionaba los artículos 53 y 78 del RD 1093/1997 con la problemática asociada a la obtención de licencia para la inscripción de divisiones y hacía recaer la efectividad y aplicación de sus previsiones en el contenido de la normativa sustantiva aplicable. Y llegados a este extremo, esta vez el Centro Directivo se muestra contundente: “el art. 63.3 de la LOUA determina que cualquier acto de parcelación urbanística precisará la licencia urbanística o, en su caso, la declaración de innecesariedad, que los Notarios deberán testimoniar en la escritura correspondiente. El mismo art. 66, en su apartado primero, define lo que se entiende por parcelación urbanística, señalando en el segundo párrafo del apartado b), que en el suelo no urbanizable, que es el caso del presente recurso, también se considera revelador de una posible parcelación urbanística los supuestos de divisiones horizontales. Contiene, consecuentemente, una presunción legal de parcelación urbanística, que únicamente podrá ser desvirtuada en el correspondiente procedimiento administrativo o jurisdiccional, por lo que la exigencia de aportación de licencia o declaración de innecesariedad se deduce del art. 66.3 de la LOUA y del art. 78 del RD 1093/1997, instaurando un régimen administrativo de intensidad superior a la pura sanción urbanística y se adentra en las exigencias de fiscalización municipal previa a la inscripción en aras de que accedan al Registro sólo los actos válidos y con plena cobertura normativa. No admite dudas el posicionamiento de la DGRN en este debate, al considerar los actos reveladores de parcelación urbanística del art. 66.1.b) como presunciones legales, directamente aplicables por el Registrador, que sólo pueden ser desvirtuadas a través del procedimiento establecido a tal fin”. Exime, por tanto, de cualquier actividad probatoria de la que se deduzca la aplicación del acto revelador de parcelación. Destaca la importancia del principio de legalidad urbanística para que al Registro sólo accedan los actos válidos, pues de acuerdo con la normativa andaluza las parcelaciones en suelo no urbanizable son actos nulos que no admiten subsanación por el transcurso del tiempo, pues al art. 185 excluye la prescripción en estos supuestos.

En la resolución de 14 de enero de 2010, el Centro Directivo omite o se aparta de estos claros criterios, sin fundamentación alguna, incumpliendo el art. 54 de la LRJPAC, decisión que comentaremos a continuación, al tratar cuestiones relacionadas con la aplicación del art. 53.a de las NCRH.

5º.L.c.- La división horizontal ha de ser considerada como un acto en fraude de ley, cuando su finalidad es la de conseguir un fraccionamiento prohibido por la Ordenación Territorial y urbanística. Art. 6.4 CC.8

Dentro de esta línea argumental citaremos en primer lugar la Resolución de 16 de julio de 2005, en la que el propietario de suelo urbano cede unilateralmente a un Ayuntamiento una porción de terreno que dice estar destinada a zona verde, declara sobre el resto una obra nueva que divide en régimen de propiedad horizontal tumbada, en ocho parcelas, que agotan la totalidad de la superficie, sin que exista resto alguno de suelo que se configure como elemento común, resolviendo el Centro Directivo a favor de la necesidad de aportar licencia de parcelación, pues, dado que las fincas creadas tienen una autonomía tal que les permite ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, nos hallamos ante una verdadera división de terrenos.

La utilización instrumental de la división horizontal para conseguir una parcelación urbanística ilegal está fuera de toda duda y otra muestra de ello es la Resolución de la DGRN 27 de enero de 2006, que confirma la nota de calificación registral exigiendo la licencia de parcelación o la declaración de innecesariedad para la inscripción de una escritura de división horizontal, afectante a una finca ubicada en la Comunidad de Castilla León, en la que, sobre una finca rústica, se declaraba la obra nueva antigua de dos viviendas unifamiliares y una caseta, resultando tres fincas independientes que, aunque llevan asignada cuota de participación en elementos comunes, en realidad parece no haberlos dada la redacción confusa del documento, pues el derecho singular de cada propietario se extiende no sólo a la edificación sino a una parte de la superficie de terreno no edificada; hasta tal punto que el dueño de la caseta queda autorizado para edificar sobre su porción de terreno y hacer suya la edificación con independencia del resto.

El notario recurrente alega en su escrito el tan repetido argumento de que la división horizontal no constituye por sí un acto de parcelación, sino únicamente una forma de configurar la propiedad y organizarse los condóminos, sin que suponga transformación urbanística alguna, que en todo caso se habría producido ya por la edificación consolidada, pero no por dicha

división horizontal. Se mezclan en esta argumentación dos actos de uso del suelo que están sometidos a control preventivo previo: la parcelación y la edificación y que han de ser considerados de forma unitaria. Es discutible, volveremos sobre esta cuestión más adelante, que la infracción cometida, en su caso, al haber levantado construcciones sin licencia, pueda haber prescrito, pero este efecto subsanador, que no legalizador, de producirse, no puede extenderse al acto de parcelación que se produce *ex nunc* con la división horizontal, debiendo en nuestra opinión ser considerados conjuntamente, como un acto unitario.

El centro Directivo reitera su línea argumental básica, coincidente con la que expone el Notario y que ya hemos expuesto en la reseñas anteriores: es decir, que en principio la división horizontal no es asimilable a un acto de parcelación, “a falta de una norma que establezca lo contrario (como, por ejemplo, el art. 66.1.b), de la LOUA),” motivo que impide amparar en estos casos la exigencia de licencia en los art. 53 y 78 del RD 1093/1997. Lo que sucede en este caso, es que resulta tan evidente el acto parcelatorio que no tiene más remedio que confirmar la nota de calificación, pues “se crean nuevos espacios de suelo objeto de propiedad separada y se dota a los elementos independientes de tal autonomía que ha de entenderse que, no obstante la denominación y configuración jurídica empleada por las partes, nos encontramos, al menos a efectos de aplicación de la legislación urbanística, ante una verdadera división de terrenos constitutiva de parcelación, que justifica la exigencia de licencia o, en su caso, declaración de innecesaria, como instrumento de control de la legalidad urbanística por parte de la Administración”. Sin citarlo está aplicando, en atención a las circunstancias del caso, el art. 6.4 del CC sobre actos realizados en fraude de ley, para evitar la vulneración del principio de legalidad urbanística.

5º.L.d.- Conclusiones que se deducen del análisis de las anteriores resoluciones de la DGRN.

De este primer bloque de Resoluciones referentes a la interposición de divisiones horizontales como instrumento jurídico para conseguir una parcelación urbanística ilegal, podemos extraer las siguientes conclusiones, que nos ayudaran en el análisis de esta debatida cuestión:

- La reiterada afirmación iusprivatista de que la configuración jurídica conforme a la cual se organice el derecho de propiedad excede del ámbito urbanístico, siempre que no se altere el uso

residencial o el aspecto exterior de la fachada de la edificación, puesto que las exigencias urbanísticas no pueden llevarse al extremo de determinar el grado de ocupación material de cada una de las viviendas permitidas en la zona de actuación, ha sido dejada sin efecto por sentencias firmes de la AP de Madrid, publicadas en el BOE, lo que conlleva la consecuencia jurídica que de ahora en adelante tal argumentación no puede ser utilizada en supuestos en los que exista identidad de razón.

- En otros dos casos, si bien reafirma las anteriores consideraciones anuladas por los tribunales, la evidencia y si se me permite la expresión tan usada en los últimos tiempos por el Centro Directivo, “el carácter palmario” de la infracción, le llevó a estimar necesaria la licencia, en aplicación del art. 6.4 del CC por ser actos en fraude de Ley.

- Finalmente, en Andalucía, la previsión introducida por el legislador en el art. 66.1.b), extensible ahora a toda clase de suelo, art. 66.2 de la LOUA en la redacción dada por la ley 13/2005, ha de ser considerada como una presunción legal de parcelación urbanística, que únicamente podrá ser desvirtuada en el correspondiente procedimiento administrativo o jurisdiccional, por lo que la exigencia de aportación de licencia o declaración de innecesariedad se deduce del art. 66.3 de la LOUA y del art. 78 del RD 1093/1997, instaurando un régimen administrativo de intensidad superior a la pura sanción urbanística y se adentra en las exigencias de fiscalización municipal previa a la inscripción en aras de que accedan al Registro solo los actos válidos y con plena cobertura normativa.

Estas afirmaciones pueden ser completadas con los excelentes comentarios que, de la ya vista Resolución de 27 de enero de 2006, fueron realizados por Eugenio Pacelli Lanzas Martin en la Revista Critica de Derecho Inmobiliario nº 697, páginas 2116 y ss, en los que se muestra conforme con la DGRN en la forma en que resuelve este caso y el prácticamente similar abordado en la previa Resolución de 16 de julio de 2005, en las que la “división horizontal era claramente una ficción instrumental”. Pero advierte el peligro y la contradicción que encerraba la posición de la DGRN, hoy jurídicamente inexistente a estos efectos, al haber sido revocada por los Tribunales de Justicia: “este criterio ampara por partida doble la posibilidad de consumir un evidente fraude de ley en aquellos casos en los que la normativa urbanística aplicable se pronuncia en términos generales, sin referirse de manera expresa o implícita a la propiedad horizontal, tumbada o no, o a los conjuntos inmobiliarios. Así, si de lo que se trata es de constituir es un conjunto inmobiliario bajo la forma típica de urbanización privada (sin contar

con licencia de parcelación), en lugar de dividir el suelo en parcelas privativas sobre las que se construirían las distintas casas (lo que exige otra licencia de edificación), bastaría con dejar el suelo como elemento común, con asignaciones de uso exclusivo del mismo, para lo cual entendió la DGRN que no era necesaria licencia. Pero de otro lado, tal criterio viene a contradecir frontalmente todo el razonamiento vertido por la DGRN en torno a la venta de cuota o participación indivisa con asignación de uso, acto para el que si exige licencia. En ambos supuestos la finalidad pretendida es la misma, pero la valoración es diferente”. Según este autor, “para decidir si en un determinado supuesto de hecho es necesaria o no la licencia de parcelación, resulta inapropiado acudir a la configuración civil que se dé al suelo, dentro del régimen de propiedad horizontal o del conjunto inmobiliario. Es la propia legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma la que debe determinar los casos en que dicha licencia es exigible o no y, en caso afirmativo, la legislación hipotecaría impone acreditar su obtención en el Registro”.

Ya hemos visto como en Andalucía este problema no debe plantearse según la DGRN, pues la previsión del legislador del art. 66.1.b), hoy 66.2 de la LOUA, conduce a exigir licencia de parcelación o declaración de innecesariedad. En aquellas otras Comunidades en las que el legislador no se pronuncia de forma expresa sobre esta cuestión, en opinión de Lanzas Martín, habrá de prescindirse de la configuración jurídica civil que se dé al suelo, para atender a las instituciones propiamente urbanísticas, en especial el concepto de parcelación, que, como dice la Resolución de 12 de julio de 2010, ha de entenderse en sentido amplio, pues este concepto jurídico engloba otras figuras, como la venta de cuotas, acciones o participaciones que conlleven anejo el uso privativo de parte de las fincas o parcelas o la interposición de divisiones horizontales, que trascienden las tradicionales definiciones de segregación y división. En definitiva no puede prescindirse del carácter estatutario del derecho de propiedad del suelo.

5º.L.e.- Divisiones horizontales: debate en torno a la aplicación del art. 53 del RD 1093/1997, NCRH.

La mayoría de los casos vistos se refieren a divisiones horizontales en suelo rústico, dando por sentado las Resoluciones que el solo hecho de implicar una parcelación, supone por sí un riesgo de formación de un núcleo de población. Pero ya hemos señalado que una de las modificaciones operadas en el art. 66 de la LOUA ha sido extender el ámbito de aplicación de

los actos reveladores de parcelación urbanística, de modo que ahora también han de tenerse en cuenta en las parcelaciones en suelo urbano y urbanizable, donde la preocupación del legislador no es ya la formación de un núcleo de población, salvo en el suelo urbanizable no sectorizado en tanto no se haya aprobado el correspondiente Plan de Sectorización, sino el aumento de la densidad de población en los núcleos urbanos preexistentes, cuestión que desde el punto de vista registral se contempla en el art. 53.a) del RD 1093/1997.

No puede sostenerse, como trataremos de razonar, la afirmación hecha por la DGRN en la Resolución de 18 de julio de 1996 de que “las exigencias de la ordenación urbanística deben agotarse en el señalamiento del volumen edificable”, pues en estos supuestos también nos encontramos con otro tipo de parcelación urbanística, que se materializa mediante la interposición de una división horizontal. En las Resoluciones que sobre este tema analizaremos a continuación, la DGRN no niega un fin parcelatorio en la división horizontal, su rechazo a exigir licencia deriva de la consideración de que este precepto sólo puede ser aplicado si tiene un soporte expreso en la legislación urbanística aplicable. En Andalucía creemos que las previsiones contenidas en la LOUA le dan suficiente cobertura. A ello ha de añadirse que tal modificación en la configuración jurídica lleva asociada, normalmente, un cambio de la tipología constructiva prevista en la norma de Planeamiento.

La Resolución de 16 de enero de 2002, revoca la nota de calificación, que exigía conforme al art. 53.a) del RD 1093/1997, licencia municipal para dividir horizontalmente en dos viviendas un chalet, que había sido previamente construido bajo licencia de obras que sólo amparaba una vivienda unifamiliar, basándose en “que falta una norma con rango de ley que imponga una restricción como la debatida, y que, dado el principio de libertad que rige el dominio, las restricciones al mismo han de venir impuestas por Ley y han de interpretarse restrictivamente, dictaminando que, en consecuencia, la mera indicación en la licencia de obras de que ésta se refiere a una sola vivienda, sin mayor especificación, no puede impedir que sobre la edificación previamente declarada se configure un régimen jurídico adecuado para que pueda ser utilizada por más de una familia”. Debe reseñarse que esta argumentación se reitera en la Resolución de 10 de diciembre de 2003, que fue dejada sin efecto por la AP de Madrid en sentencia de 26 de febrero de 2007, que considera necesaria la licencia de parcelación.

Las resoluciones de 15 y 16 de octubre de 2002, se repiten en sus fundamentos, insistiendo que el art. 53.a) “sólo podrá tener operatividad en aquellos territorios autonómicos cuyas leyes

hayan establecido expresamente la necesidad de licencia municipal para la división material de elementos privativos en edificios divididos horizontalmente, en cuyo caso el fundamento de la denegación registral sería la norma autonómica correspondiente, respecto de la cual el RD 1093/1997 operaría como simple norma de desarrollo en el ámbito registral”.

Ateniéndose a este criterio el Registrador exige ahora la licencia en base a la Ley de Disciplina Urbanística de Baleares, calificación que es revocada por la Resolución de 28 de octubre de 2003, al entender que la constitución de un régimen de división horizontal no está contemplado, de forma expresa, como uno de los actos sujetos a la previa obtención de licencia, sin que pueda ser subsumido en el apartado dedicado al cambio de uso, pues no se ha alterado el régimen residencial al que estaba destinado.

La última resolución publicada sobre este tema es la de 14 de enero de 2010, que sin apenas fundamentación alguna y en contra del anterior criterio sostenido en la Resolución de 25 de mayo de 2005, revoca la nota de calificación, que exige licencia municipal para la inscripción de una división horizontal de una vivienda unifamiliar preexistente en una urbanización del área metropolitana de Granada, levantada sobre suelo urbano consolidado, y si bien se había ampliado el volumen edificado en base a un certificado de antigüedad, la licencia se concedió para vivienda unifamiliar aislada, que es el la tipología edificatoria prevista por el Planeamiento para este Sector. La finalidad perseguida es extinguir el proindiviso previamente constituido, con la adjudicación a cada condómino de una de las viviendas resultantes de la división, que en este caso no contiene previsión alguna sobre el terreno no ocupado por la edificación, que ha de considerarse como elemento común. El registrador alega tanto el art. 53.a) RD 1093/1997, por la modificación del uso y la alteración de la densidad del número de viviendas, como el art. 66.2 LOUA, que considera la interposición de divisiones horizontales como un acto revelador de parcelación urbanística, pues a resultas de la misma quedaban varios titulares como propietarios del uso individualizado de parte del inmueble.

Esta resolución de 14 de enero de 2010 no es firme, pues se encuentra apelada la sentencia del tribunal de instancia ante la AP de Granada, ya que sin entrar a enjuiciar el fondo de la demanda, declaró, en contra de la práctica totalidad de las AP, la falta de legitimación para recurrir el criterio de la resolución, tanto a la propia Comunidad Autónoma (se debate en torno a

la aplicación y alcance de una norma del parlamento de Andalucía), al Ayuntamiento afectado (se le impone una innovación del planeamiento, “vía división horizontal”, que altera los parámetros de densidad y la tipología constructiva sin permitirle siquiera hacer alegación alguna) y finalmente, al registrador de la propiedad, que emitió la nota de calificación (se le niega el ejercicio de su derecho a recurrir que le reconoce el art. 328 de la LH). Nos encontramos ante un supuesto claro de indefensión material, que habrá de ser resuelto por los tribunales. Es interesante la afirmación que a estos efectos vierte la DGRN en uno de los fundamentos de la reciente e importante Resolución de 9 de diciembre de 2010, “Con todo, en función del genérico deber de cumplimiento de las resoluciones judiciales, no puede concluirse sin más que una Sentencia permita obviar exigencias legales añadidas que debieron observar en su día esos contratantes (la licencia de segregación), cuando sobre dichas exigencias ni se discute en el procedimiento seguido ni hay pronunciamiento alguno a la propia Sentencia (ni podría haberlo sido, dada la no intervención de la correspondiente entidad local)”.

La DGRN, pese al tiempo transcurrido, desde que en el año 1996 ya manifestase que, “las exigencias de la ordenación urbanística deben agotarse en el señalamiento del volumen edificable y que igualmente es ajena al mismo la configuración jurídica que los ocupantes den al derecho de propiedad, siempre que se mantenga el uso residencial dado a la misma, su estructura y aspectos exteriores, pues con la propiedad horizontal, aunque sea tumbada, se mantiene la unidad jurídica de la finca, o derecho de vuelo, que le sirve de soporte, lo que excluye cualquier división o fraccionamiento jurídicos del terreno al que pueda calificarse como parcelación, pues no hay alteración de la forma”, insiste en sus argumentaciones, que en dos ocasiones fueron anuladas por sentencias de la AP de Madrid y sin percibirse o querer tener en consideración los trascendentales cambios legislativos habidos, tras la STC 61/1997, tanto a nivel estatal, desde la ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones de 1998 hasta el actual TRLS de 2008, como en la autonómica, LOUA y la modificación introducida por la Ley 13/2005, independientemente de sus propios y acertados criterios vertidos en la ya comentada resolución de 25 de mayo de 2005. Claramente esta postura ha sido superada, por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística, las sentencias de los tribunales, la doctrina mayoritaria y por la propia DGRN en su Resolución de 12 de julio de 2010 que proyecta una visión muy diferente en materia de urbanismo, en la que parecen dejarse atrás, esperemos que definitivamente, ciertos prejuicios sustentados en una pretendida prevalencia, a los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de trascendencia urbanística, de la normativa civil sobre las previsiones

del planeamiento, olvidando el carácter estatutario de la propiedad del suelo, como ahora analizaremos.

Además, realiza una interpretación cuando menos discutible y aislada del art. 66.2 de la LOUA, ya que la Notaria recurrente sólo alegaba la improcedencia de aplicar este acto revelador de parcelación urbanística en el suelo calificado como urbano consolidado, considerando operativa tal previsión sólo en el suelo no urbanizable. La DGRN desvincula el art. 53.a) del art. 66.2 de la LOUA, negando también la falta de soporte legal en Andalucía de aquel precepto y centrandolo sólo en la interpretación del alcance que ha de darse a este acto revelador de parcelación, resuelve, una vez más, de forma “concisa y palmaria”: “es indudable que el precepto no se refiere a una edificación sino al terreno, finca o parcela. Por otra parte, no se puede hablar de que en el presente supuesto exista posibilidad de nuevos asentamientos en suelo urbano, como es el presente, ya que tal concepto es sólo aplicable al suelo no urbanizable”.

La nota de calificación defiende la necesidad de aportar licencia municipal o declaración de innecesariedad, que habilite desde el punto de vista urbanístico las operaciones jurídicas documentadas y ello en un doble concepto (aunque en definitiva en Andalucía actúan ambos interrelacionados), tanto por la modificación del uso, tipología constructiva y densidad atribuidos a la parcela, art. 53 RD 1093/1997 de 4 de julio, como por ser considerada en Andalucía la división horizontal un acto revelador de una posible parcelación urbanística, siéndole en consecuencia aplicables los mismos requisitos al objeto de despejar la existencia de una posible infracción del ordenamiento, art. 66.2 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía de 17 de diciembre de 2002, modificado en su redacción inicial por la Ley 13/2005 de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo. Los pronunciamientos de esta Resolución, que está recurrida ante los tribunales, deben analizarse tanto desde el punto de vista de los cambios legislativos producidos, como los fundamentos de las resoluciones de 25 de mayo de 2005 y de 12 de julio de 2010 y la opinión de la mayoría de la doctrina.

Nos encontramos ante una materia en la que interactúan normas que afectan al contenido del derecho de propiedad, cuya regulación queda reservada a la normativa estatal, art. 149.1.1º y 8º CE y también a la ordenación del territorio y planeamiento urbanístico que son competencias de ámbito autonómico, art. 148.1.3º CE. Ha de traerse a colación, por ser una de las que con más

detalle se pronuncia sobre el tema, la Resolución de 16 de marzo de 2009, que recuerda algo tan básico como la delimitación de funciones establecida por la Sentencia del TC de 20 de marzo de 1997, que anula gran parte del TR de la Ley del Suelo y Ordenación Urbanística de 26 de junio de 1992, fundándose en que se habían invadido competencias que, en materia de ordenación del territorio y urbanismo, se encuentran transferidas a las CCAA. No obstante, la sentencia dejaba a salvo aquellos preceptos, hoy incorporados al vigente TR de la LS de 20 de junio de 2008, que por regular materias que están reservadas en exclusiva al Estado eran perfectamente conformes con la CE. Así ocurrió con aquellas normas que se referían al Registro de la Propiedad, art. 149.1.8º CE, de los que se desprende que corresponde a las CCAA determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos, bien al requisito de la obtención de licencia previa, bien al cumplimiento de cualesquiera otras obligaciones que dicha legislación autonómica pueda imponer, si bien corresponde al legislador estatal fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia o el cumplimiento de cualquier otro requisito que venga impuesto por la legislación autonómica competente, para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro.

El primer precepto que cita la nota es el art. 53.a de las NCRH para la Inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística, RD 1093/1997, que se titula “requisitos de los títulos de constitución de propiedad horizontal”, estableciendo que “no podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con la previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor numero”. Quizás, como reconoce la doctrina, el título empleado para definir el ámbito del precepto no sea el más técnico o adecuado, pero no hay duda, al menos en el apartado letra a), de su trasfondo urbanístico, solicitando la colaboración del Registro de la Propiedad en el control de la legalidad urbanística.

Como se ha dicho, la DGRN se ha ocupado en varias resoluciones de la operatividad del art. 53.a) NCRH, 16 enero 2002, 15 y 16 de octubre 2002 y 28 de octubre 2003, creando una importante polémica en torno a la aplicación y efectividad de la norma reglamentaria, pues entiende que el precepto en principio vulnera el principio de jerarquía normativa, ya que el cumplimiento de los requisitos de naturaleza urbanística no puede llevar a considerar cuestiones tan puntuales como el grado ocupación material de una vivienda, no siendo un reglamento, por su finalidad y rango en el sistema de fuentes, una norma adecuada para imponer limitaciones a las facultades inherentes al derecho de propiedad, si bien introduce una importante matización

afirmando “que dado que la competencia en materia de ordenación del territorio y urbanismo compete a las CCAA, deben ser éstas las que, a través de la correspondiente norma autonómica con rango de ley, establezcan la necesidad de licencia para los actos de división de elementos privativos de edificios en régimen de propiedad horizontal”; en consecuencia, concluye el Centro Directivo, ante la ausencia de soporte autonómico el precepto del art. 53.a de las NCRH deviene improcedente, ya que un Reglamento no puede imponer límites al derecho de propiedad, por lo que al vulnerar el principio de jerarquía normativa ha de ser reputado nulo. Obviamente las consideraciones anteriores nos llevan, en aplicación del régimen de distribución de competencias ya expuesto, al análisis de la normativa urbanística vigente en Andalucía.

No obstante, de modo preliminar y para encuadrar el debate, aludiremos al TRLS de 20 de junio de 2008, que configura “la ordenación territorial y urbanística como funciones públicas no susceptibles de transacción, que organizan y definen el uso del territorio y el suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo, conforme al destino de este, garantizando la dirección y el control por las Administraciones Públicas competentes del proceso urbanístico en sus fases de ocupación, urbanización, construcción o edificación y utilización del suelo”. Por todo ello, “el derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación y características objetivas que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación aplicable por las características y situación del bien. Por tanto el derecho de propiedad de los terrenos conlleva la obligación de dedicarlos a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorial y urbanística”. Artículos 3.1, 8.1 y 9.1.TRLS.

No menos trascendencia tiene el art. 17.2 TRLS, que sujeta toda parcelación al principio de legalidad urbanística, cuando establece que “la división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes solo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística”, imponiendo que en la autorización de escrituras que contengan este tipo de actos los notarios exijan, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. La no acreditación de este requisito comporta el cierre registral a tales actos. A la vista del precepto, sólo la división o segregación, (conceptos que han de entenderse en

sentido amplio no en el estrictamente hipotecario), que es acorde con la normativa civil e hipotecaria y respeta las previsiones del planeamiento puede ser tutelada por el ordenamiento jurídico, extremo que debe ser averado por el Registrador, al serle exigida tal prevención por el legislador estatal, que se remite a la legislación territorial y urbanística para la precisión de tal concepto y el posible sometimiento a licencia, tal como sucede en nuestra Comunidad.

Pasando ya al estudio de la normativa andaluza, LOUA de 17 de diciembre de 2002, el art. 48 emite un principio básico y respetuoso con el reparto de competencias que contiene la Constitución y la función social que ha de delimitar su contenido según la ley: “la clasificación y restantes determinaciones de ordenación urbanística del suelo vinculan los terrenos y las construcciones, edificaciones o instalaciones a los correspondientes destinos y usos, y definen la función social de los mismos delimitando el contenido del derecho de propiedad”, añadiendo, en consecuencia, el art. 50.A que “forma parte del contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo, sin perjuicio del régimen que le sea de aplicación a este por razón de su clasificación, entre otros derechos, el uso, disfrute y la explotación normal del bien, a tenor de su situación, características objetivas y destino, conforme, o en todo caso no incompatible, con la legislación que le sea aplicable, y en particular con la ordenación urbanística”.

Se ve cómo la función social del derecho de propiedad justifica la definición para cada tipo de suelo de su uso y destino, condicionando las facultades dispositivas de su propietario. De ahí que el art. 10.1.A.d, LOUA, establezca como uno de los parámetros que integran la ordenación estructural de los instrumentos de planeamiento general los usos, densidades y edificabilidades globales para las distintas zonas de suelo urbano y para los sectores del suelo urbano no consolidado y del suelo urbanizable ordenado y sectorizado, añadiendo que los PGOU han de contener con carácter preceptivo, dentro de su ordenación pormenorizada referida al suelo urbano, consolidado o no, los usos y densidades de cada parcela o área de reforma interior, respectivamente. Igual previsión se contempla para el planeamiento de desarrollo en el art. 13.3.b, LOUA, al exigir que se ocupen con carácter obligatorio de los “usos pormenorizados del sector y de las tipologías edificatorias que son las que definen la densidad de la ocupación, respetando siempre las densidades y edificabilidades máximas asignadas al sector por en el PGOU”. Esta permanente preocupación del legislador por mantener una proporción adecuada entre las reservas para dotaciones y las necesidades sociales actuales o previsibles, le lleva a establecer como “estándar de ordenación estructural” en sectores de suelo urbano no consolidado y urbanizable de carácter residencial una densidad máxima de 75 viviendas por

hectárea, artículos 10.a.1.c y 17.1.1^a . Esta consideración legal del uso y densidad edificatoria global como ordenación estructural implica dos consecuencias de gran trascendencia. La primera es que cualquier alteración de las mismas ha de desarrollarse, necesariamente, mediante la correspondiente innovación del respectivo instrumento de planeamiento, art. 36 LOUA; y la segunda, es que toda vulneración de esta previsión legislativa supone la nulidad del instrumento de planeamiento o del acto de ejecución o desarrollo del que resulte la contravención, sin que quepa la prescripción del ilícito, por haberlo establecido expresamente el art. 185.2.B.d.

De este repaso, necesariamente breve, de la normativa urbanística vigente en Andalucía, se concluye que “el aprovechamiento urbanístico objetivo de una parcela, entendido como la superficie edificable, medida en metros cuadrados, permitida por el planeamiento general o los instrumentos que lo desarrollen sobre un terreno dado conforme al uso, tipología y edificabilidad atribuidos al mismo”, art. 59.1 LOUA, compete definirlo a los instrumentos de planeamiento general y de desarrollo aplicables, que como tales tiene carácter normativo y es la norma básica definitoria del contenido urbanístico de la propiedad del suelo. A tal fin existe un parámetro global de carácter estructural que fija los usos, densidades y edificabilidades para las distintas zonas de suelo urbano, del que se deriva el número máximo de viviendas por hectárea, extremo de vital importancia para el cálculo de los servicios y dotaciones de la unidad y la previsión para el establecimiento o ampliación de los sistemas generales adscritos. Y llegados a este punto es importante destacar que no deben confundirse los conceptos de edificabilidad global, número total de metros construibles, con densidad global, número máximo de viviendas por hectárea, lo que estará en función de los usos pormenorizados y la tipología edificatoria establecida, cuestión claramente diferenciada del nivel de ocupación de cada unidad constructiva resultante de la ejecución del planeamiento, que como es obvio no puede entrar a decidir sobre el número de personas que de forma efectiva ocupen una vivienda. El redactor de la norma de planeamiento se desenvuelve con estándares de densidad que se establecen en función de un número de viviendas máximo por hectárea.

Pero además, los instrumentos de planeamiento determinan los usos pormenorizados de las parcelas en función de la tipología constructiva prevista, no siendo indiferente para el modelo de desarrollo elegido el tipo de construcción a través del cual se materialice la edificabilidad de cada suelo, que no puede modificarse si no es mediante el procedimiento de innovación previsto

con tal finalidad y cualquier cambio del uso requiere la oportuna licencia para verificar si está amparado por el planeamiento en vigor. Y a este respecto el uso residencial no es una categoría única, sino que se subdivide en residencial plurifamiliar, colectiva, intensivo en bloque, o en otras configuraciones menos compactadas, libre, protegido, unifamiliar aislado, adosado o pareado, etc. En consecuencia se produce una alteración del parámetro de densidad global mediante el cambio de uso pormenorizado, lo que es un acto nulo no subsanable por prescripción (ya que afecta a la ordenación estructural que define el número máximo de viviendas por hectárea), cuando se convierte una vivienda unifamiliar en plurifamiliar como resultado de una división horizontal, pues tal actuación jurídica del titular excede del uso amparado en la licencia edificatoria.

El corolario de los anteriores fundamentos de derecho es que en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía el art. 53.a NCRH no establece en sí mismo, como norma reglamentaria, ninguna limitación al derecho de propiedad, sino que el Gobierno en ejercicio de su potestad reglamentaria que le concede el art. 23 de la Ley 50/1997 de 27 de noviembre, Ley del Gobierno, sin afectar a materias objeto de reserva de ley, ni vulnerando norma legal de rango superior en el esquema de fuentes, y en desarrollo de su competencia sobre la ordenación de los registros públicos que resulta del art. 149.1.8º de la CE, decide apoyarse, como en tantas otras ocasiones, en la institución registral para fortalecer el control de la legalidad urbanística, definida por norma con rango de ley por el legislador autonómico, que es el competente según el art. 148.1.8ª de la CE y art. 13.8 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, que confiere el carácter de ordenación estructural a los usos, densidades y edificabilidades globales establecidos por el planeamiento general para cada clase de suelo, como deber que delimita el derecho de propiedad según su función social, y que no puede ser alterado sin innovar el correspondiente instrumento de ordenación.

Se cumple la distribución de funciones resultante de la sentencia del TC de 20 de marzo de 1997, pues el legislador autonómico exige que el ejercicio de las facultades inherentes al derecho de propiedad se ejerzan de acuerdo con los usos y densidades atribuidas a la parcela, como requisito de validez del acto o negocio jurídico, en este caso la división horizontal y por su parte el legislador estatal, partiendo de la existencia de esta limitación legal que configura las facultades urbanísticas del derecho de propiedad, impone al Registrador, en el ámbito de su función calificadora de todo documento que pretenda su acceso al Registro, el deber de exigir licencia municipal que acredite el cumplimiento de tal requisito, pues sólo deben ser objeto de

inscripción los actos válidos y ya dijimos que la previsión de la LOUA para la violación de tal deber es la nulidad absoluta del acto o negocio. El legislador autonómico, en el ejercicio de sus competencias, hace depender la legalidad del acto urbanístico de determinados requisitos y en base al art. 53.a de las NCRH el Registrador no puede ignorarlos por exigencia del art. 18 de la LH y 17.2 TRLS, pues ha de calificar, entre otros extremos, la validez sustantiva de los actos inscribibles, que abarca también la licitud urbanística de los mismos, de acuerdo con la ordenación territorial y las normas de planeamiento.

La operatividad en nuestra Comunidad del art. 53.a) del RD 1093/1997, cuestionada por la Resolución de 14 de enero de 2010, se ajusta plenamente al sistema de fuentes establecido en la Constitución y el art. 1 del CC, sin que pueda predicarse de él su nulidad por vulneración del principio de jerarquía normativa, art. 51.2.3 y 62.2 de la LRJPAC en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, debiendo en consecuencia ser aplicado por todo funcionario en el ejercicio de su función, pues el art. 23.4 de la Ley de Gobierno establece la nulidad de las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en un reglamento, aunque hayan sido dictadas por órganos de igual o superior jerarquía que el que lo haya aprobado y que no hace sino trasladar a la ley ordinaria el mandato contenido en el art. 106 de la CE, que sólo confiere a los tribunales el control de la potestad reglamentaria del gobierno y la legalidad de la actuación administrativa, cuestión que ha de derivarse al ámbito de la Ley 29/1998 de 13 de julio de Jurisdicción Contencioso Administrativa, que establece en su art. 12.1.a la competencia a estos efectos de la Sala 3ª del TS, admitiendo el art. 26.1 junto con la impugnación directa de la disposición, el recurso indirecto si el acto de aplicación fuese susceptible de recurso administrativo, el cual se interpondrá ante el órgano que dictó la disposición y una vez agotada la vía administrativa podrá dilucidarse ante la jurisdicción contenciosa en base a que la disposición general aplicada no es conforme a Derecho, pues según el art. 107.3 de la LRJPA frente a una disposición administrativa no es posible interponer recurso administrativo alguno. Sólo los pronunciamientos del órgano jurisdiccional competente a través de la correspondiente sentencia firme producen efectos *erga omnes* sobre la nulidad de un reglamento. Únicamente quedan exceptuados de esta obligatoriedad los Jueces y Tribunales de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6 de la LOPJ, pues, cualquiera que sea el orden jurisdiccional al que pertenezcan, no aplicarán disposiciones que sean contrarias a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa, potestad que algún sector doctrinal también hace extensible a los órganos

administrativos, aunque sin un apoyo legal claro y sin que en modo alguno abarque la actuación notarial y registral.

Nos centramos ahora en la otra concisa afirmación, que, desprovista de todo soporte argumental, se incorpora a la Resolución de 14 de enero de 2010 que comentamos: “es indudable que el precepto no se refiere a una edificación sino al terreno, finca o parcela. Por otra parte, no se puede hablar de que en el presente supuesto exista posibilidad de nuevos asentamientos en suelo urbano, como es el presente, ya que tal concepto es sólo aplicable al suelo no urbanizable”.

De la comparación del contenido y cambio de ubicación del art. 66.2 LOUA en relación con su redacción originaria, se ve claramente como el legislador andaluz ha ampliado significativamente los casos en que ha de exigirse la licencia de parcelación, bien por ser propiamente un acto de esta naturaleza (división material), bien por ser considerado como un acto revelador de una posible parcelación, que somete al escrutinio y control de legalidad del órgano urbanístico competente (división jurídica). La propia DGRN ha reconocido en Andalucía la existencia, naturaleza y efectos de este acto revelador de parcelación urbanística en la Resolución de 25 de mayo de 2005: “Contiene, consecuentemente, una presunción legal de parcelación urbanística, que únicamente podrá ser desvirtuada en el correspondiente procedimiento administrativo o jurisdiccional, por lo que la exigencia de aportación de licencia o declaración de innecesariedad se deduce del art. 66.3 de la LOUA y del art. 78 del RD 1093/1997, instaurando un régimen administrativo de intensidad superior a la pura sanción urbanística y se adentra en las exigencias de fiscalización municipal previa a la inscripción en aras de que accedan al Registro solo los actos válidos y con plena cobertura normativa”. Dada la claridad de la fundamentación huelga cualquier otro comentario.

La primera novedad introducida consiste en extender, a cualquier clase de suelo, la necesidad de aportar licencia de parcelación o declaración de innecesariedad para todo acto calificado como revelador de una posible parcelación urbanística. Esta intención es clara, no ya por la nueva ubicación, sino porque se remite a los supuestos del apartado anterior, que es el nº 1 letras a, suelo urbano y urbanizable, y letra b, suelo no urbanizable, adaptando en tal sentido la terminología del nuevo texto, que no solo habla de terrenos sino también de fincas y parcelas para ser coherente con el tenor del nº 1 letra a, referido al suelo urbano y urbanizable; finalmente el inciso final igualmente se coordina, ya no dice en esta clase de suelo sino según la clase de

suelo. No hay duda pues de la aplicación de la exigencia del nº 2 del precepto a toda clase de suelo y no solo, como acontecía con anterioridad, al suelo no urbanizable.

La segunda variación, también de gran trascendencia en la práctica diaria, es la obligatoriedad de la aportación de licencia de parcelación o declaración de innecesariedad en todo caso de transmisión de participaciones indivisas de un terreno, finca o parcela, con independencia de la clase de suelo de que se trate. Normalmente esta es una medida que en el TRLS 2008, art. 17.2 y en la legislación de otras CCAA se asocia a la existencia de un pacto sobre asignación o concreción de uso. La originalidad de la norma andaluza reside en extender tal prevención a los casos en los que se transmite o adquiere la participación, sin decir nada sobre el uso o incluso cuando se pacte de forma expresa que la existencia de una copropiedad o proindiviso no afecta al uso de la finca que se mantiene en común. Con esta revisión se dejan sin efecto los fundamentos y razonamientos vertidos por la DGRN en su Resolución de 7 de abril de 2005, donde el título calificado incluía un pacto expreso para enervar la previsión del legislador andaluz sobre transmisión de participaciones. Ahora ya no hay duda sobre la intención del legislador.

Como se ha dicho, la DGRN ya se había ocupado de esta cuestión en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía en la Resolución de 25 de mayo de 2005, confirmando la nota de calificación del Registrador que exigía, en base al art. 66.1.b. párrafo segundo, la licencia de parcelación, pues la división horizontal practicada en una edificación levantada en suelo no urbanizable es considerada por dicho precepto un acto revelador de una posible parcelación urbanística, presunción legal que debe ser enervada mediante la obtención de la correspondiente licencia municipal. Acreditada la modificación legislativa operada en el art. 66.1 y 2 de la LOUA por la Ley 13/2005 de 11 de noviembre en el sentido expuesto, es evidente, conforme a los fundamentos de derecho de esta Resolución, la necesidad de aportar licencia de parcelación en el caso debatido en la Resolución de 14 de enero de 2010, pues en la actualidad dicho requisito no queda circunscrito, como sucedía con anterioridad a la reforma, a los actos reveladores que recaigan sobre suelos calificados como no urbanizables, sino que por decisión del legislador autonómico se aplica también a los terrenos, fincas y parcelas ubicados en suelo urbano y urbanizable y todo ello aun en el supuesto de que la participación adjudicada no implique el uso o disfrute individualizado de una parte del terreno.

No utiliza la DGRN el mismo criterio en ambas resoluciones. En 2005 se muestra decidida declarando la autonomía del legislador urbanístico para la definición del concepto de parcelación, que puede ser complementado mediante la enumeración de actos reveladores que indiquen su posible existencia, requiriendo la previa intervención de órgano urbanístico actuante, a través de la licencia o declaración de innecesariedad. En 2010, en vez de emplear la misma argumentación, o bien razonar su cambio de criterio, elude pronunciarse. No ha de servir de fundamento el hecho de que en este caso el terreno sea suelo urbano consolidado, pues también se encuentra afectado tras la modificación del art. 66.2, realizada por el legislador autonómico en ejercicio de sus propias competencias.

Lo mismo puede afirmarse respecto a la no existencia de pacto o asignación de uso en cuanto a la superficie de suelo no ocupada por la edificación, pues se cumple el presupuesto de la norma, al resultar de la división horizontal varios titulares a los que corresponde el uso individualizado de parte del inmueble. Antes se refería este artículo sólo los terrenos, ahora emplea conceptos más amplios, en concordancia con los nuevos conceptos de finca y parcela introducidos por el art. 17.1 TRLS de 2008, que pueden ser unidades de suelo o edificación, o incluso sólo de uso urbanístico independiente, con la finalidad de extender el concepto de parcelación a lo que Arnaiz Eguren llama desmaterialización o espiritualización del derecho de propiedad, que mediante estos actos jurídicos se abstrae del suelo que le sirve de sustrato; se pasa de la división material a la división jurídica, a veces mediante sofisticadas construcciones jurídicas como son los complejos inmobiliarios, la propiedad volumétrica y las transferencias de aprovechamientos.

En base a estas razones creemos que no se puede compartir la escueta afirmación que lleva a cabo la DGR en la Resolución de 14 de enero de 2010:

- “es indudable que el precepto no se refiere a una edificación sino al terreno, finca o parcela”. Contrapone el concepto de edificación a los de finca y parcela, que de forma simplista equipara con terreno. Es evidente la falta de correspondencia de tal pretensión con las nuevas definiciones que resultan del art. 17.1 del TRLS, que se refiere a la finca como unidad de suelo o edificación y a la parcela, como unidad de suelo que tenga atribuida edificabilidad y uso. La propia DGRN se pronuncia con bastante más solidez jurídica y acierto sobre esta cuestión en la Resolución de 12 de julio de 2010: “el concepto de parcelación urbanística, continuando el proceso que han seguido las actuaciones en fraude de su prohibición y precisamente para protegerse de ellas, ha

trascendido la estricta división material de fincas, la tradicional segregación, división o parcelación, para alcanzar la división ideal del derecho y del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en los que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos”.

- “Por otra parte, no se puede hablar de que en el presente supuesto exista posibilidad de nuevos asentamientos en suelo urbano, como es el presente, ya que tal concepto es sólo aplicable al suelo no urbanizable”. Ni el art. 66.1.a LOUA tiene en cuenta este concepto para definir la parcelación urbanística en suelo urbano o urbanizable, ni la nota argumenta en base a un posible riesgo de formación del mismo. Por otro lado el acto revelador de la parcelación se proyecta también, por decisión del legislador, sobre suelo urbano consolidado, que ya de por sí conforma un núcleo de población, en la que el concepto de parcelación se inclina más sobre las modificaciones de los usos pormenorizados, que impliquen un aumento de la densidad, usos y edificabilidad global prevista para el sector o unidad. Ello no excluye su actuación en caso de divisiones materiales o instrumentales del terreno de las que resulten fincas o parcelas de extensión inferior a la parcela mínima edificable. Una vez más hemos de citar la trascendental Resolución de 12 de julio de 2010, en la que sólo siete meses después se contiene este interesante aserto: “es patente que las distintas legislaciones autonómicas son cada vez más estrictas, como no podía ser de otra manera, con la finalidad de evitar las parcelaciones ilegales y asimilan a estos efectos al concepto de parcelación otras figuras, que como las divisiones horizontales, sociedades o comunidades en proindiviso pueden utilizarse para dar cobertura a tales actos ilegales”.

Concluimos este comentario exponiendo algunas de las ideas que, sobre esta cuestión, se recogen en el trabajo de Gabriel Soria Martínez, publicado en la RCDI n 713, página 1590. Afirma este autor que “cuando se admite la inscripción de una división horizontal sobre una vivienda unifamiliar, sin la respectiva licencia o autorización administrativa, se está permitiendo la alteración de dos parámetros urbanísticos fijados por el Planeamiento y que tienen gran importancia:

- La tipología edificatoria, que hoy suele constituir un uso urbanístico diferente, puesto que el planeamiento distingue en el régimen de usos pormenorizados el que constituye una vivienda unifamiliar de los que son viviendas colectivas, diferenciando, a su vez, entre las viviendas unifamiliares que son aisladas, adosadas, pareadas, circunstancia que puede conducir a la anulación de la licencia cuando no se cumplen las previsiones del Planeamiento.

- Densidad o número de viviendas que sirve para fijar el nivel de dotaciones, equipamientos y servicios. La densidad, que se define como un parámetro global en el Plan, referido al sector o unidad de actuación, cuando se refiere al uso pormenorizado de vivienda unifamiliar, es un parámetro específico para el solar concreto y no menos importante que la edificabilidad máxima o la altura de coronación.

Evidentemente, el control de los usos es urbanístico y no le compete al Registrador, pero ese argumento es precisamente el que se opone a la postura de la DGRN, que ha decidido interpretar la legalidad urbanística en términos de oportunidad, como si se tratara de su función. Actualmente el problema grave no es la insuficiencia de viviendas, sino el hacinamiento que vuelve a aparecer en las ciudades y en todo caso, corresponde al planificador urbanístico y nunca al particular o al Registrador, al practicar la inscripción, definir la configuración de las edificaciones y su capacidad para albergar una o más familias, de acuerdo con las Ordenanzas o la Normativa Directora para la Ordenación Urbanística”.

Por tanto a la vista y como conclusión a todo lo expuesto, consideramos necesario para la inscripción de una división horizontal, la aportación de licencia o autorización administrativa, como único medio de establecer que cada una de las unidades de edificación que de ella resultan, se adaptan a las previsiones del planeamiento para la clase de suelo en la que se asientan, condición necesaria, según el art. 17.2 del TRLS y 66.2.3.4 de la LOUA, para que puedan surgir nuevas fincas o parcelas independientes; legalidad civil e hipotecaria y licitud urbanística por fin empiezan a ser consideradas de forma global y unitaria, en planos de igualdad. Y el art. 53.a) del RD 1093/ 1997 no implica ninguna limitación o régimen restrictivo del derecho de propiedad, sólo contempla, con carácter instrumental o complementario, una prevención al objeto de evitar que el contenido de una licencia administrativa, en base a la cual se practicó un asiento de

inscripción, pueda ser modificado unilateralmente por el propietario, sin que la Administración se pronuncie sobre su adecuación al Planeamiento.

5°.LL.- Problemática de la interposición de sociedades.

Para finalizar esta parte del trabajo, dedicada a la problemática derivada de la aplicación de los distintos actos reveladores de parcelación urbanística, nos vamos a referir a la interposición de asociaciones y sociedades, en las que la cualidad de socio incorpore el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, que se encuentra recogido en el art. 17.2 del TRLS y en el art. 66.2 de la LOUA, que de forma análoga considera a aquellos en los que mediante la interposición de sociedades...o asignaciones de uso o cuotas en proindiviso de un terreno, fincas, parcelas, o de una acción, participación u otros derechos societario, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble equivalente o asimilable a los supuestos del apartado anterior, sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación. En tales casos será también de aplicación lo dispuesto en esta Ley para las parcelaciones urbanísticas según la clase de suelo de que se trate. La problemática es la misma que ya hemos analizado con ocasión de la venta de participaciones y la interposición de divisiones horizontales, el rasgo diferenciador estriba en la dificultad de su apreciación por parte de Notarios y Registradores, pues la titularidad de las acciones y participaciones no es objeto de inscripción ni en el Registro de la Propiedad ni en el Registro Mercantil, que es de personas y no de titularidades. La prueba es que no hay ni una sola Resolución que se haya ocupado de este tema, aunque nadie duda de su efectiva implementación en la práctica.

Estos actos de parcelación es muy difícil que afloren de la misma documentación aportada, pues en la mayoría de los casos la asignación resultará de pactos internos y parasociales, que no acceden al Registro Mercantil, cuando se trate de este tipo de sociedades. Si por el contrario hablamos de una sociedad civil, aunque su constitución ha de efectuarse en escritura pública al tener por objeto bienes inmuebles, y como tales pueden acceder al Registro de la Propiedad y ser titulares de bienes y derechos, será raro el supuesto de que en los propios estatutos se incluya esta vinculación de uso. En el caso de asociaciones y cooperativas, pues de las fundaciones no se dice nada, habrá de estarse a sus respectivos estatutos que se depositan e inscriben en registros

específicos. Hay que ser realistas y aceptar que la transmisión de estas acciones, participaciones o derechos se van a producir al margen de los Registros jurídicos y solo ocasionalmente mediante escritura pública. Por otro lado las actuaciones que han de llevarse a efecto por Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles en el marco de la Ley 10/2010, de 28 de abril de Prevención del Blanqueo de Capitales, poco aportan en este sentido, pues es esencial la prohibición de revelación que se contiene en el art. 24.

En nuestra opinión estas situaciones son de carácter fáctico y su afloración sólo se podrá llevar a efecto a través de la Inspección Urbanística, entre cuyos fines establece el art. 31 RDU los de investigar y controlar la actividad de todos los implicados en la actividad de ejecución, edificación y uso del suelo, denunciando cuantas anomalías observen. De todos modos el historial jurídico de las fincas inscritas a nombre de sociedades, puede aportar pistas que constituyan indicios de una posible parcelación ilegal por la venta de acciones o participaciones, cuando se declaren varias obras nuevas por la sociedad, normalmente alegando certificado de antigüedad, o por alguno de los socios debidamente autorizado; actos de liquidación parcial con adjudicación de bienes a los socios en pago de sus derechos; altas en el Catastro a los efectos del pago del IBI; liquidaciones del impuesto de plusvalía a cargo de algún socio; inspección del libro de socios y notificaciones en caso de venta de alguna acción o participación, conforme a los estatutos, etc.

5º.- M. STS de 3 de enero de 2011, dictada por el Pleno de la Sala 1ª para unificación de doctrina: nulidad de las resoluciones extemporáneas de la DGRN. Art. 327.9 LH.

A lo largo de esta publicación se han comentado numerosas resoluciones de la DGRN y en base a ello es por lo que ha de traerse a colación la importantísima sentencia de 3 de enero de 2011 dictada por el Pleno de la Sala 1ª del TS, para unificación de doctrina, y que de facto supone la nulidad de la mayoría de las resoluciones dictadas en los últimos años por el Centro Directivo: “El transcurso del plazo impuesto a la DGRN en el art. 327, párrafo noveno de la LH, para resolver y notificar el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador, determina que se entienda desestimado el recurso y comporta la nulidad de una resolución del recurso recaída con posterioridad al transcurso de este plazo”. No hay duda de la gran repercusión que tanto desde el punto de vista jurídico como práctico va a suponer la doctrina de este fallo del TS.

5º.N.- Sentencia firme de 14 enero de 2011, de la Sala de lo contencioso del TSJ de Madrid, sección 3ª: alcance efectos vinculantes de las resoluciones de la DGRN. Art. 327 LH, párrafo decimo.

Por la misma razón ha de referenciarse, en relación con los supuestos efectos vinculantes generales de las resoluciones de la DGRN, la importante sentencia firme de 14 enero de 2011, de la Sala de lo contencioso del TSJ de Madrid, sección 3ª, según la cual: “la resolución vincula en los términos planteados y limitado al caso concreto que contempla y resuelve, sin que se pueda separar del supuesto de hecho que las motiva ni argumentación utilizada en él, y sólo vincula al registrador calificador y a los demás registradores que hayan de calificar el mismo documento, por afectar a varios registros”, claro está, una vez que haya ganado firmeza la resolución por no haber sido recurrida, pues hasta tal momento ha de mantenerse la vigencia del asiento de presentación para salvaguardar la prioridad del fallo judicial, artículos 66, 327 y 328 LH. En definitiva la resolución que pone fin a un recurso gubernativo es un acto administrativo singular y en consecuencia no se puede pretender que tenga la eficacia de una disposición de carácter general.