

**Subcapítulo II. La concepción legal del asimilado a fuera  
de ordenación en suelo no urbanizable**

Alexis López Poyatos y Nicanor García Arenas

## SUMARIO

<b>I.</b>	<b>LA CONCEPCIÓN LEGAL DEL ASIMILADO A FUERA DE ORDENACIÓN EN SUELO NO URBANIZABLE: INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>1.273</b>
<b>II.</b>	<b>EL PGOU COMO MARCO DE REFERENCIA. METODOLOGÍA PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LAS EDIFICACIONES AISLADAS</b> .....	<b>1.274</b>
<b>III.</b>	<b>LAS EDIFICACIONES AISLADAS EN SUELO NO URBANIZABLE. CLASIFICACIÓN</b> .....	<b>1.275</b>
III.1.	Edificaciones conformes con el ordenamiento territorial y urbanístico vigente .....	1.275
III.2.	Edificaciones disconformes con el ordenamiento territorial y urbanístico vigente .....	1.278
	III.2.A). Edificaciones en situación legal de fuera de ordenación.	
	III.2.B). Edificaciones ilegales no prescritas.	
	III.2.C). Edificaciones en situación de asimilación a fuera de ordenación.	
	III.2.D). Edificaciones antiguas.	
<b>IV.</b>	<b>LAS EDIFICACIONES ASIMILADAS AL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN</b> .....	<b>1.285</b>
IV.1.	Requisitos de ámbito temporal .....	1.286
	IV.1.A). La caducidad.	
	IV.1.B). El plazo de ejercicio de potestades de disciplina urbanística. La ausencia de norma transitoria.	
IV.2.	Requisitos de ámbito espacial .....	1.289
	IV.2.A). Edificaciones ubicadas en suelo no urbanizable de especial protección.	
	IV.2.B). Edificaciones aisladas integradas en una parcelación urbanística si no se ha procedido a la reagrupación de las parcelas.	
IV.3.	Requisitos de ámbito sustancial .....	1.292
	IV.3.A). Condiciones relativas a la ubicación y accesibilidad de las edificaciones.	
	IV.3.B). Condiciones relativas al impacto generado por las edificaciones.	
	IV.3.C). Condiciones relativas a la seguridad de la edificación.	
	IV.3.D). Condiciones relativas a la salubridad de la edificación.	
	IV.3.E). Condiciones relativas a la habitabilidad y funcionalidad de la edificación.	
<b>V.</b>	<b>EL RECONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN ASIMILADA A FUERA DE ORDENACIÓN. RÉGIMEN JURÍDICO. ¿LEGALIZACIÓN O MERA TOLERANCIA DE LO EDIFICADO?</b> .....	<b>1.296</b>
<b>VI.</b>	<b>AUTOABASTECIMIENTO Y ACCESO A LOS SUMINISTROS</b> .....	<b>1.298</b>
<b>VII.</b>	<b>LA OTRA REALIDAD: EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD</b> .....	<b>1.300</b>
<b>VIII.</b>	<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>1.301</b>

## I. LA CONCEPCIÓN LEGAL DEL ASIMILADO A FUERA DE ORDENACIÓN EN SUELO NO URBANIZABLE: INTRODUCCIÓN

En este estudio se pretende analizar la figura de la “*situación asimilada a fuera de ordenación*” en que se encuentran comprendidas numerosas edificaciones radicadas, fundamentalmente, en suelos no urbanizables; asimismo, se pretende ayudar y, en la medida de lo posible, a fijar algunos conceptos, aproximándonos a la metodología utilizada por el legislador para identificar las edificaciones aisladas, concretando las circunstancias que han de cumplirse para que pueda declararse así, conociendo su régimen jurídico y diferenciándola de la otra figura “similar”; esto es, la situación legal de fuera de ordenación que, como veremos más adelante, mantiene diferencias muy notables, hasta tal punto que entendemos que, no sólo no comparten la especie, sino que ambas situaciones – legal de fuera de ordenación y asimilada a fuera de ordenación – pertenecen a distintos géneros, en atención a su distinto origen.

Asimismo, veremos cómo afecta el derecho transitorio a estas edificaciones asimiladas a fuera de ordenación. O cómo afecta la “*legalización*” de una actividad que se pretende llevar a cabo en un inmueble declarado en situación de asimilado a fuera de ordenación.

Antes de todo ello, conviene hacer una parada a modo de reflexión que contribuya a entender la génesis de la figura de la situación asimilada a fuera de ordenación, encontrando su origen principal en el reconocimiento de una latente falta de capacidad de la Administración para la preservación del orden urbanístico alterado por la mano del hombre; surgiendo como respuesta a los hechos consumados que sobrepasan esa capacidad de reacción de la Administración para impartir disciplina urbanística y, al propio tiempo, como una manifestación del principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de nuestra Constitución, que impediría que situaciones de facto pudieran quedar permanentemente sujetas a una improbable revisión que no termina de acontecer. Surge, por tanto, esta figura para dar respuesta a una realidad fáctica y de derecho, frente a edificaciones que no tienen cabida en el modelo urbanístico municipal, respecto de las que ya no es posible ordenar su demolición; pero precisamente por ello, y para eludir reproducir errores de concepto, pese a una terminología confusa, conviene no olvidar cuáles son sus orígenes ayudándonos a evitar caer en la tentación de tratar igual aquello que no lo es.

## II. EL PGOU COMO MARCO DE REFERENCIA. METODOLOGÍA PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LAS EDIFICACIONES AISLADAS

El Plan General de Ordenación Urbanística es el instrumento básico para la definición del modelo territorial y urbanístico deseable para el municipio, como sostiene la propia Exposición de Motivos del Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía. En el marco establecido por la normativa urbanística y sectorial aplicable, éste regula el régimen urbanístico de cada una de las categorías de suelo no urbanizable y las condiciones de ordenación, al objeto de garantizar la protección de los valores propios de esta clase de suelo y su preservación de los procesos de urbanización.

La propia morfología de los procesos territoriales y la evolución sufrida hacen que coexistan en el suelo no urbanizable situaciones diversas, tanto en lo que respecta a su origen (legal o ilegal), como en lo que respecta a su forma de manifestación o implantación (aisladas, asentamientos urbanísticos y hábitat rural diseminado); por ello, esa diversidad observada en el territorio requiere de un método singularizado que fije unos patrones que coadyuven a la identificación y el análisis de pautas comunes que permitan englobarlos en grupos homogéneos.

El Decreto 2/2012, de 10 de enero, precisamente, tiene como objetivo<sup>1</sup> fundamental clarificar el régimen aplicable a las distintas situaciones en que se puedan encontrar las edificaciones existentes en suelo no urbanizable, estableciendo los requisitos esenciales para su reconocimiento por el Ayuntamiento y su tratamiento por el planeamiento urbanístico –también, dicho sea, a la luz del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía (en adelante RDU). Para ello, en su art. 4 se establece la metodología que habrá de seguirse para detectar las distintas situaciones, en que podemos encontrar las edificaciones implantadas en suelo no urbanizable, por vía negativa; así, se precisará la previa delimitación por el Plan General de Ordenación Urbanística de **todos** los asentamientos urbanísticos existentes en el suelo no urbanizable y de aquellos ámbitos del Hábitat Rural Diseminado del municipio. También se contempla la posibilidad, para el caso en que, bien no existiese Plan General o bien éste no contuviese dichas previsiones, el Ayuntamiento elaborará un Avance<sup>2</sup> de planeamiento con igual finalidad en el que se reflejasen las delimitaciones anteriormente expuestas. Por último, en aquellos supuestos en los que

---

<sup>1</sup> Art. 1 Decreto 2/2012. Objeto y finalidad.

“El presente Decreto tiene por objeto regular el régimen urbanístico y el tratamiento de las edificaciones ubicadas en el suelo no urbanizable de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como reconocer su situación jurídica y satisfacer el interés general que representa la preservación de los valores propios de esta clase de suelo”.

<sup>2</sup> El Avance de planeamiento recogido en el art. 4 del Decreto 2/2012, de 10 de abril, tendrá el carácter de Ordenanza Municipal y deberá someterse a información pública por plazo no inferior a treinta días, debiendo ser informado por la Consejería competente en materia de urbanismo, quien habrá de emitirlo en un plazo inferior a dos meses.

no fuese necesaria la tramitación del Avance, por estar delimitados los asentamientos en el Plan General, o por no existir asentamientos en suelo no urbanizable, el Pleno municipal habría de acordar expresamente la innecesariedad de dicho Avance, debiendo ser sometido, igualmente, a informe de la Consejería competente en materia de urbanismo.

Una vez obtenida, con este método por decantación, las edificaciones que no son aisladas, el resto habrán de ser, necesariamente, las edificaciones aisladas. Así pues, aquellas que no se ubiquen en ninguno de los asentamientos delimitados por el Plan General de Ordenación o, en su defecto, en el documento de Avance aprobado, se identificarán como edificaciones aisladas a los efectos de lo dispuesto en el Decreto 2/2012 de 10 de enero.

### **III. LAS EDIFICACIONES AISLADAS EN SUELO NO URBANIZABLE. CLASIFICACIÓN**

En este esquema clasificatorio bosquejado, el Decreto andaluz diferencia las posibles situaciones en las que se encuentran las edificaciones, tanto por su forma de implantación (aisladas, asentamientos urbanísticos, hábitat rural diseminado), como por su adecuación o no a las determinaciones establecidas por la ordenación territorial y urbanística. Así pues, el esquema general adopta una doble sistemática: categorización de edificaciones por su grado de adecuación o conformidad a la ordenación territorial y urbanística (art. 3), y la más novedosa y relevante, clasificación de edificaciones por su forma de implantación (art. 2), distinguiéndose entre aisladas, asentamientos urbanísticos y asentamientos de hábitat rural diseminado.

La característica más palpable de este esquema clasificatorio es la extensa variedad, lo que se traduce en una maraña de situaciones que van a tener un tratamiento heterogéneo fruto de la diversidad de situaciones en las que se encuentren las edificaciones en el suelo no urbanizable en atención a las diferentes circunstancias como su origen, ubicación, antigüedad, características, uso, forma de implantación así como su adecuación o no a la ordenación urbanística, lo que les otorga una situación jurídica desigual y, por consiguiente, un elenco de derechos y deberes diferentes.

Abundando en ello, y dejando de lado todas aquellas edificaciones que se integren en algún asentamiento, el art. 3.1 DSNU distingue dos posibilidades radicalmente distintas que parten de unos presupuestos de hecho diferentes:

#### **III.1. Edificaciones conformes con el ordenamiento territorial y urbanístico vigente**

Hay que discernir entre las construidas con licencia y aquellas ejecutadas sin título jurídico habilitante o contraviniendo sus condiciones, pero compatibles con las determinaciones de la planificación urbanística y territorial aplicable. Este último caso trata de aquellas actuaciones que no tienen más ilegalidad que la formal de no contar con licencia porque materialmente no son contrarias a la ordenación vigente, de manera que serían legalizables

(estamos ante una mera ilegalidad formal), o dicho con otras palabras, la transgresión queda restringida a la inobservancia de la regla legal de prohibición de actos y usos sin la correspondiente cobertura administrativa previa. No obstante, dicha transgresión puede ser salvada otorgando a posteriori la autorización administrativa legitimante porque desde un punto de vista material no es contraria al planeamiento al ser legalizable. Con ello se habrá restaurado la legalidad pues lo único que había ilegal era la falta de título jurídico que le diese legitimidad<sup>3</sup> y cobertura.

En concreto, en lo tocante al régimen jurídico de estas edificaciones destaca el art. 6.2 DSNU que establece que *“sin perjuicio de que la Administración deba requerir la legalización de las edificaciones compatibles con la ordenación urbanística realizadas sin licencia urbanística o contraviniendo sus condiciones, las personas titulares de las mismas deberán solicitar licencia con los requisitos y el procedimiento que se especifican en los artículos 169 y siguientes de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía y en su Reglamento de Disciplina Urbanística. La licencia urbanística deberá solicitarse cualquiera que sea el estado de construcción de la edificación y con independencia de que se hayan cumplido o no los plazos que la Administración tiene para adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística”*. Del tenor literal del precepto se colige que el titular tiene que solicitar forzosamente el correspondiente título jurídico habilitante a pesar de la caducidad de la acción de restablecimiento.

No obstante, existe controversia doctrinal sobre este punto, así para CANO MURCIA<sup>4</sup> se estaría refiriendo a la licencia de ocupación o utilización, porque estima que no se refiere a la licencia de obras para legalizar las edificaciones compatibles una vez que ha prescrito la infracción urbanística. Sin embargo, este criterio obvia que el art. 6.4 del Decreto parte de la premisa de que es necesaria la previa licencia urbanística de obras para poder conceder la licencia de ocupación o utilización.

Por su parte, GUTIÉRREZ COLOMINA<sup>5</sup> se pregunta por la consecuencia jurídica que se produciría si el particular no solicitase esta autorización. Así entiende que si no hubiesen caducado los plazos de restablecimiento de la legalidad urbanística, la Administración debe seguir el procedimiento de protección de la legalidad urbanística y si persistiese el incumplimiento por parte del particular podría llegar incluso a la demolición según lo dispuesto en el art. 47.3 del RDU. Sin embargo, en el caso de que los plazos de protección

---

<sup>3</sup> REBOLLO PUIG, M. “La Disciplina Urbanística”, en *Derecho Urbanístico y Ordenación del Territorio*, coord. por M. REBOLLO PUIG, Iustel, Madrid, 2007, pág. 478.

<sup>4</sup> CANO MURCIA, A., “Comentario crítico al Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos urbanísticos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados* núm. 5, marzo 2012, pág 550 y ss.

<sup>5</sup> GUTIÉRREZ COLOMINA, V., “La modificación de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía y el régimen urbanístico de las edificaciones y asentamientos urbanísticos existentes en el Suelo No Urbanizable”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº. 272 (marzo 2012), pág. 171.

de la legalidad hayan caducado y sean edificaciones que se encuentren terminadas, estima dicho autor que les son de aplicación la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, si no solicitan la licencia para su regularización.

Sin embargo, para MELLADO RUIZ se debe proceder, en tanto que se trata de supuestos de “adecuación material” al planeamiento resueltos por la legislación urbanística, a la legalización posterior mediante la concesión de la licencia de acuerdo con el artículo 182 LOUA. Entiende que estamos ante un deber de naturaleza legal de los titulares o promotores de una actuación no vinculado por el plazo de actuación disciplinaria de la Administración<sup>6</sup>.

En esta controversia doctrinal, no podemos perder de vista el carácter estatutario de la propiedad del suelo que hace recaer sobre el propietario el cumplimiento de los deberes en los términos establecidos por la legislación vigente (art. 11 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana), y por ende, pesa sobre el titular el deber de solicitar y obtener las autorizaciones administrativas preceptivas y, en particular, la licencia urbanística municipal. En este caso la exigencia para obtener la licencia se configura como un deber, de manera que sólo la obtención de la licencia produce la incorporación efectiva al patrimonio del propietario de su ius aedificandi. Ahora bien, en estos supuestos de edificaciones compatibles con la ordenación urbanística en los que por el transcurso del tiempo se ha despojado a la Administración de la correspondiente acción, nos encontramos ante un deber muy debilitado por cuanto la consecuencia de su inobservancia se circunscribe a la imposibilidad de acceder al estatus de asimilado a fuera de ordenación, pues se antoja difícil poder sustituir al propietario incumplidor (art. 150 LOUA), e igualmente no concurre supuesto alguno que legitime la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad (art. 160.1.E de la LOUA), que servirían de acicate para espolear al propietario inactivo.

Por último diremos que, para las edificaciones conformes con la ordenación territorial y urbanística vigente y siempre que cuenten con licencia urbanística, es posible la concesión de la licencia de ocupación o utilización<sup>7</sup> si se mantiene el uso originario o, en el supuesto de cambio de uso, si el nuevo uso es compatible con dicha ordenación (ex art. 6.4 DSNU).

<sup>6</sup> MELLADO RUIZ, L., “Reflexiones críticas sobre el nuevo régimen andaluz de las edificaciones y asentamientos en suelo no urbanizable: el problema de las viviendas “alegales””, *Revista Práctica Urbanística*, núm. 117, julio 2012, págs. 33 y ss.

<sup>7</sup> El artículo 7 RDUa versa sobre los distintos tipos de licencias urbanísticas, en concreto, su letra d) se ocupa de las licencias de ocupación y de utilización en los siguientes términos:

“Tienen por objeto comprobar que el uso previsto para un edificio, o parte del mismo, es conforme a la normativa y a la ordenación urbanística de aplicación.

Cuando se trate de edificios para los que haya sido otorgada licencia de obras de nueva construcción, ampliación, modificación, reforma o rehabilitación, tendrá por objeto, además, comprobar la adecuación urbanística de las obras ejecutadas a la licencia otorgada.

La licencia de ocupación se exigirá cuando el uso previsto sea el de vivienda, y la licencia de utilización en los demás supuestos.”

### III.2. Edificaciones disconformes con el ordenamiento territorial y urbanístico vigente

En este otro gran bloque clasificatorio del Decreto referido a las edificaciones que no se ajustan a la ordenación territorial y urbanística vigente (art. 3.1.B) DSNU), el tratamiento normativo de dichas edificaciones suscita mayor dificultad, puesto que no cabe una legalización a posteriori, por ser sustancialmente contrarias al planeamiento. En estos casos, no existe una mera infracción formal de edificaciones sin licencia o contraviniendo los términos de la misma, sino una transgresión material de la ordenación urbanística, una conculcación de plano del Derecho que ya no es reconducible por la simple adquisición de título autorizatorio obviado. Sobre este escenario, se presentan distintas situaciones urbanísticas que pasamos a detallar:

#### III.2.A) Edificaciones en situación legal de fuera de ordenación

Edificaciones que se construyeron conforme al régimen jurídico existente al tiempo de su ejecución, pero una norma posterior ha dejado fuera de ordenación. Esta situación está prevista, con carácter exclusivo, para los supuestos en los que la disconformidad de la edificación con el planeamiento – en definitiva, su ilegalidad – tiene carácter “sobrevenido”. Lo que significa que tal declaración sólo puede tener por objeto construcciones o usos que eran legales en el momento de ser levantadas o iniciados, pero no, aquellas otras edificaciones y actividades que son contrarias al planeamiento desde su inicio. Por tal razón, es la aprobación del nuevo planeamiento (*ius variandi* de la Administración) el hecho que provocará la situación de fuera de ordenación y, precisamente por ello, se adjetiva, no en vano, como “legal”. Son las edificaciones en **situación legal de fuera de ordenación**<sup>8</sup>, para las que el Decreto prevé, si se mantiene el uso originario o, habiendo operado un cambio de uso, si el nuevo uso resulta compatible con la ordenación territorial y urbanística vigente, la posibilidad de obtener licencia de ocupación (art. 7.4<sup>9</sup> DSNU).

En este sentido, las obras y usos permitidos son los señalados por el PGOU en función del grado de compatibilidad<sup>10</sup> de la edificación respecto a las distintas categorías del suelo no urbanizable establecidas por la ordenación urbanística y, supletoriamente, por lo dispuesto

<sup>8</sup> Es reiterada la doctrina jurisprudencial que reconoce el derecho a usar los inmuebles que se encuentran en esta situación legal de fuera de ordenación, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1998 (RJ 1998/589), cuyo FJ 5º establece que “la condición de fuera de ordenación no debe impedir el aprovechamiento óptimo del inmueble en utilización de las facultades que dimanen del derecho real que atribuye su uso y disfrute, siempre que con dicho aprovechamiento no sobrepasen los límites que establecen los preceptos de la legislación urbanística ...”.

<sup>9</sup> Art. 7.4 Decreto 2/2012, dispone que “Para las edificaciones en situación legal de fuera de ordenación procederá la concesión de licencia de ocupación o utilización, si se mantiene el uso originario o, en el supuesto de cambio de uso, si el nuevo uso resulta compatible con la ordenación territorial y urbanística vigente. Para las edificaciones situadas en suelos de dominio público la concesión de licencia de ocupación o utilización se ajustará al régimen aplicable a dichos suelos”.

<sup>10</sup> Art. 34b) LOUA.

en la Disposición Adicional Primera, apartado 3, de la LOUA, que sólo permite, con carácter general, la realización de obras de reparación y conservación que exija la estricta conservación de la habitabilidad o la utilización conforme al destino establecido, salvo las obras parciales y circunstanciales de consolidación que, con carácter excepcional, se autoricen cuando no estuviera prevista la expropiación o demolición, y que nunca pueden dar lugar a incremento del valor expropiatorio.

Todo ello, sin perjuicio del régimen especial de autorizaciones o concesiones requeridas cuando éstas se emplacen en suelos de dominio público, que habrán de respetar dicha normativa<sup>11</sup>.

A la luz de esta regulación, se construye un régimen de situación legal de fuera de ordenación bajo la configuración de una intervención pública en la esfera de los derechos y obligaciones de los propietarios, fijando modulaciones que afectan a la facultad de uso y disfrute de todo propietario e imponiendo deberes positivos en atención a los superiores intereses generales. Estas restricciones sobre el haz de derechos y deberes del propietario dibujan un singular contenido estatutario del derecho de propiedad que da lugar a una especie de “propiedad congelada”, sin por ello privarle de una situación de cierta ventaja, si bien limitada, al tolerar el ejercicio de los derechos derivados de la antigua ordenación incompatibles con la nueva y permitir que puedan seguir siendo objeto de uso y disfrute<sup>12</sup>. El fin último de esta “congelación o enfriamiento de la propiedad” es su defunción. Así las cosas, el sistema diseñado opta por lograr una degradación o consunción física, pero natural de las edificaciones contrarias al nuevo plan hasta el punto de conseguir su desaparición por demolición voluntaria afrontada por el propietario o por ruina urbanística<sup>13</sup>.

### **III.2.B) Edificaciones ilegales no prescritas**

Edificaciones que se construyeron al margen de la legalidad “*ab initio*” – para las que no han transcurrido el plazo establecido en el art. 185.1 LOUA (antes cuatro años, ahora seis años, tras la entrada en vigor de la Ley 2/2012 de modificación de la LOUA) – la Administración deberá adoptar las medidas de protección de la legalidad urbanística y de

<sup>11</sup>Vg. El régimen establecido en la Disposición Transitoria Decimotercera del Real Decreto 1471/1989 por el que se aprueba el Reglamento General para el desarrollo de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, en relación con la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas).

<sup>12</sup> La STS de 24 de marzo de 1997 (RJ 1997\3563) señala que el hecho de la desordenación de un edificio no implica “ipso facto”, ni su inmediata desaparición, ni su condena como bien económico-social, en cuanto el mismo seguirá existiendo y prestando el servicio para el que fue erigido hasta que llegue el momento de su desaparición, ya sea por natural consunción, ya por llevarse a efecto las previsiones del plan urbanístico.

<sup>13</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., op. cit, pág. 1175.

restablecimiento del orden jurídico infringido (ex art. 3.1 B)c)<sup>14</sup> Decreto 2/2012). A estas edificaciones y su tratamiento jurídico nos remitimos a lo que se ha expuesto en el capítulo VIII de esta obra.

### **III.2.C) Edificaciones en situación de asimilación a fuera de ordenación**

Por último, las edificaciones que también se construyeron al margen de la legalidad “ab initio”, pero en las que ha quedado acreditado el transcurso del plazo de reacción de la Administración para adoptar las medidas de protección de la legalidad urbanística y de restablecimiento del orden jurídico infringido (art. 3.1 B)b) DSNU).

Si bien estamos ante una figura con un origen particular y residual, ya que ha nacido y se ha ido conformando y perfilando jurisprudencialmente a partir de la situación legal de fuera de ordenación, ha pasado a incorporarse en el seno de las distintas normas urbanísticas de ámbito nacional y autonómico adquiriendo tal entidad que ha alcanzado identidad propia, aunque con un marcado origen ilegítimo. Siguiendo a CORTES MORENO<sup>15</sup>, fue la Ley del Suelo de 1956 la que introdujo en nuestra cultura urbanística el concepto de “fuera de ordenación”, calificándolas como tal a aquellas edificaciones e instalaciones existentes con anterioridad a la vigencia del nuevo planeamiento así como las industrias ubicadas en zonas cuya calificación resultase disconforme con el Planeamiento. Además, con carácter excepcional se posibilitaba la realización de actividades y de obras en edificios aunque resultasen contrarios con la normativa urbanística derivada del planeamiento general, con un tratamiento cuya regulación se contenía en el art. 48: “1. Los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación del Plan general o parcial , que resultaren disconformes con el mismo, serán calificados como **fuera de ordenación**. 2. No podrán realizarse en ellos obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, pero sí las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación del inmueble. 3. Sin embargo, en casos excepcionales podrán autorizarse obras parciales y circunstanciales de consolidación cuando no estuviere prevista la expropiación o demolición de la finca en el plazo de quince años, a contar de la fecha en que se pretendiese realizarlas”. En iguales términos, fue plasmado en la Ley de 1976<sup>16</sup> y luego en la Ley del Suelo de 1992<sup>17</sup>. Posteriormente ha seguido reflejándose

---

<sup>14</sup> Mandato imperativo del art. 3.1 B) c) del Decreto 2/2012, en relación con el art. 182 y ss. de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

<sup>15</sup> CORTES MORENO: “El régimen jurídico de la situación legal de fuera de ordenación. La declaración en situación de asimilación a la de fuera de ordenación en el derecho urbanístico andaluz”. La Ley: Práctica Urbanística, núm. 109, 2011.

<sup>16</sup> Art. 60. Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

<sup>17</sup> Art. 137. Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

en las sucesivas normas urbanísticas que se han publicado (Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones; Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo; Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo; Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana).

Corresponde por tanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo la paternidad de esta figura de *asimilado al régimen de fuera de ordenación a partir de la situación legal de fuera de ordenación cuando*, en Sentencias como la de 5 de diciembre de 1987, recurso 1987/9365, se señaló que “La obligatoriedad de los planes destacada en el art. 57 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, no implica que de forma inmediata hayan de ser demolidos todos los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad al Plan y que resulten disconformes con él: el art. 60.2 del Texto Refundido, mediante la calificación de «fuera de ordenación», permite la subsistencia de los mismos dentro de lo que pudiera considerarse plazo normal de vida de la construcción, prohibiendo, desde luego, las obras de consolidación que alargarían «artificialmente», más allá de lo en principio previsible, la vida «natural» de la edificación.

En una **situación análoga** a la descrita han de quedar aquellas construcciones que naciendo ya en la ilegalidad no van a poder ser destruidas por haber transcurrido el plazo durante el cual la Administración puede ordenar la demolición -arts. 184 y siguientes del Texto Refundido-. Estos edificios -o la parte correspondiente de los mismos- no quedan legalizados por el transcurso del tiempo: a pesar de la imposibilidad de restaurar el orden jurídico perturbado mediante la demolición, las **obras continúan siendo ilegales**, no son susceptibles de legalización, quedando en una situación de persistencia tolerada, pero con los mismos límites del régimen de «fuera de ordenación», aplicable por analogía. Resultaría absurdo que obras ilegales ab initio fueran de mejor condición que las hechas legalmente aunque con posterioridad, por modificación del planeamiento, hayan devenido fuera de ordenación”. En esta misma línea se pronuncia la Sentencia STS 6 de febrero de 1991 (RJ 1991\774).

Precisamente, para dar respuesta a esta laguna legal que fue integrada hábilmente por la citada Jurisprudencia, el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía (en adelante, RDU), aprobado por Decreto 60/2010<sup>18</sup>, de 16 de marzo (BOJA nº. 66, de 7 de abril), ha venido a desarrollar y positivizar esta figura, reservándole en dicho texto un espacio

<sup>18</sup> El Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978, aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, ha sido desplazado por el RDU, si bien se seguirán aplicándose los arts. 10, 11 y 18 a 28 del Reglamento de Disciplina Urbanística estatal en aquello que no se oponga a la LOUA y al RDU

central y generoso - por prolijo - en su artículo 53<sup>19</sup>; asimismo, el Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante, DSNU), ha venido a detallar el régimen jurídico establecido por el RDU y luego ha sido completado por la Orden de 1 de marzo de 2013, por la que se aprueban las Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística en desarrollo de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Pues bien, como decimos, en estos casos, habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 8.1 DSNU, en relación con el art. 40 RDU para determinar la fecha de finalización de las obras; si bien, este reconocimiento/declaración no es automático ya que requiere, como

---

<sup>19</sup> Artículo 53 RDU. Declaración en situación de asimilación a la de fuera de ordenación

1. Los actos de uso del suelo, y en particular las obras, instalaciones, construcciones y edificaciones realizadas con infracción de la normativa urbanística, respecto de los cuales ya no se puedan adoptar medidas de protección y restauración de la legalidad por haber transcurrido el plazo citado en el artículo 185.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, quedarán en situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación.

2. En idéntica situación podrán quedar, en la medida que contravengan la legalidad urbanística, las obras, instalaciones, construcciones y edificaciones en los casos de imposibilidad legal o material de ejecutar la resolución de reposición de la realidad física alterada, de conformidad con lo establecido en este Reglamento, siempre que la indemnización por equivalencia que se hubiere fijado haya sido íntegramente satisfecha.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo que se acordare en el correspondiente instrumento de planeamiento general respecto del desarrollo, ordenación y destino de las obras, instalaciones, construcciones o edificaciones afectadas por la declaración de asimilado a la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación.

4. El reconocimiento particularizado de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación respecto de instalaciones, construcciones o edificaciones terminadas se acordará por el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, previo informe jurídico y técnico de los servicios administrativos correspondientes.

La resolución que ponga fin a este procedimiento deberá identificar suficientemente la instalación, construcción o edificación afectada, indicando el número de finca registral si estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad, y su localización geográfica mediante referencia catastral o, en su defecto, mediante cartografía oficial georreferenciada; igualmente habrá de acreditar la fecha de terminación de la instalación, construcción o edificación, así como su aptitud para el uso al que se destina. La documentación técnica que se acompañe a la solicitud de reconocimiento deberá estar visada por el Colegio Profesional correspondiente cuando así lo exija la normativa estatal.

Una vez otorgado el reconocimiento, podrán autorizarse las obras de reparación y conservación que exija el estricto mantenimiento de las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad del inmueble.

5. Conforme a la legislación notarial y registral en la materia, la resolución de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación será necesaria, en todo caso, para la inscripción de la edificación en el Registro de la Propiedad, en la que se deberá indicar expresamente el régimen jurídico aplicable a este tipo de edificaciones, reflejando las condiciones a las que se sujetan la misma.

6. Con la finalidad de reducir el impacto negativo de las obras, instalaciones, construcciones y edificaciones, la Administración actuante podrá, previo informe de los servicios técnicos administrativos competentes, ordenar la ejecución de las obras que resulten necesarias para garantizar la seguridad, salubridad y el ornato, incluidas las que resulten necesarias para evitar el impacto negativo de la edificación sobre el paisaje del entorno.

ya hemos visto: primero, de la acreditación del carácter de aislada, bien en el PGOU o, en su defecto, en el Avance a que se refiere el art. 4 DSNU; segundo, de la consiguiente aprobación, por el Ayuntamiento – art. 5 DSNU – de unas normas mínimas de habitabilidad y salubridad de las edificaciones en suelo no urbanizable, según el uso al que se destinen, aprobadas mediante Ordenanza Municipal (salvo que vengan ya definidas en el PGOU) y, por último, tercero, de un acto expreso individualizado de la Administración municipal reconociendo/declarando la edificación en esta situación, conforme al procedimiento establecido (arts. 9 y ss. DSNU) y con los límites que luego se dirán.

Ello no obstante, se hace necesario no perder de vista la finalidad última que persigue el legislador con esta figura de asimilación a fuera de ordenación, esto es, que el edificio no trascienda, no dure, más allá de lo que por naturaleza le corresponde, partiendo de esta idea, lo que se trata de impedir es que el edificio se modernice o consolide al igual que si éste fuese legal. Para evitar este resultado, es por lo que se impide la realización de obras sobre los mismos que pudieran dar lugar a un aumento artificial de la vida útil de tales edificaciones.

Cabe recordar cómo el propio Decreto 2/2012, en su art. 8.2 a), dispone de forma categórica la improcedencia de dicho reconocimiento/declaración cuando las edificaciones se hubiesen erigido, entre otros supuestos, sobre suelos clasificados como no urbanizable de especial protección o incluidos en la Zona de Influencia del Litoral (ZIL); ya que, para estos casos, las potestades de reacción de la Administración continúan incólumes; salvo que éstas se encontrasen terminadas con anterioridad a la declaración de especial protección o la delimitación de ZIL, bien porque se hubiesen construido conforme a la ordenación urbanística y territorial aplicable en ese momento y que ahora ha cambiado, en cuyo caso hablamos de situaciones legales de fuera de ordenación, o bien, habiendo sido construidas con infracción de estas normas, estuviesen prescritas dichas potestades, en cuyo caso hablamos de situaciones asimiladas al régimen de fuera de ordenación.

Siguiendo con el régimen dispensado por el Decreto 2/2012 para la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, éste viene caracterizado por dos rasgos fundamentales que no se presentan en las situaciones legales de fuera de ordenación y que, precisamente, justifican un desigual trato sobre ellas. El primero de los rasgos aludidos que presentan las edificaciones en situación asimilada al régimen de fuera de ordenación es que siguen manteniendo, pese a todo, su situación jurídica de ilegalidad y, en consecuencia, su reconocimiento o tolerancia por la Administración lo será sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera haber incurrido su titular (art. 8.7 Decreto 2/2012). El segundo de los rasgos diferenciadores es el relativo al régimen jurídico al que están sometidas estas edificaciones que, aunque pudiera resultar similar al previsto para las edificaciones en situación legal de fuera de ordenación, conlleva mayores restricciones, pues limita las obras autorizables a las exigidas para el estricto mantenimiento de las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad del inmueble (art. 8.3 Decreto 2/2012); del mismo modo, en lo atinente a los servicios básicos, se establece con carácter general que éstos se presten de forma autónoma, han de ser medioambientalmente sostenibles y con sujeción, en todo caso, a la normativa sectorial aplicable (art. 8.4 Decreto 2/2012).

Para acceder a este régimen de tolerancia, se requiere además que la edificación pueda ser usada (lo que nos lleva a insistir en la necesidad de que ésta se encuentre terminada), por reunir las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad adecuadas para el uso al que se destina y, aunque para este tipo de edificaciones no procede conceder licencia de ocupación o utilización dado su carácter ilegal, el Decreto matiza que será la propia resolución de reconocimiento/declaración la que especifique de forma expresa que la edificación pueda ser usada con sujeción al régimen propio de su situación (art. 53.4 RDUJA); Siendo necesaria esta constatación para su acceso al Registro de la Propiedad. En particular, la normativa hipotecaria recuerda expresamente que no podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad las obras y construcciones realizadas en la zona de servidumbre de protección sin que se acredite la autorización pertinente (artículos 45 del Real Decreto 1093/1997, 31 y siguientes, y 47 a 50 del Reglamento de Costas, y muy especialmente en el artículo 49 apartado 6 de este último).

### **III.2.D) Edificaciones antiguas**

Merece especial mención el acertado tratamiento que el DSNU le otorga a las edificaciones aisladas terminadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

Esta nueva regulación tiene anclaje legal en la Ley 2/2012 que ha añadido la nueva Disposición Adicional Decimotercera de la LOUA, en conexión con los arts. 3.3, 3.6, 6.3 y 7.2 DSNU, según la cual estas “edificaciones antiguas” - *edificaciones aisladas en suelo no urbanizable, construidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana* - , y que no posean licencia urbanística municipal para su ubicación en suelo no urbanizable, se asimilarán en su régimen a las edificaciones con licencia siempre que estuvieran terminadas en dicha fecha, sigan manteniendo en la actualidad el uso y las características tipológicas que tenían a la entrada en vigor de la citada Ley y no se encuentren en situación legal de ruina urbanística.

La elección de esa fecha concreta se justifica, según la propia Exposición de Motivos, “*por ser esta Ley 19/1975 la que estableció el régimen de licencia para las edificaciones en suelo no urbanizable que persiste en la actualidad en la Comunidad Autónoma de Andalucía*”, aunque nada hubiese impedido que se tomase como referencia la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, dado que desde un principio sujetó a estas actuaciones a previa licencia urbanística<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Así lo estableció el art. 165.1 de la Ley de 1956, cuyo tenor literal se reproduce a continuación: “Estarán sujetas a previa licencia, a los efectos de esta Ley, las parcelaciones y reparcelaciones urbanas, los movimientos de tierras, las obras de nueva planta, modificación de estructura o aspecto exterior de las existentes, la primera utilización de los edificios y la modificación objetiva del uso de los mismos, la demolición de construcciones, la colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública y los demás actos que señalen los Planes”.

En lo que aquí importa, a las edificaciones que se ajustan a la ordenación territorial y urbanística vigente les será de aplicación el régimen urbanístico establecido en el artículo 6 DSNU, esto es, serán consideradas edificaciones plenamente legales a pesar de que en su día no hubiesen obtenido la correspondiente autorización administrativa, y las que no se ajusten, les será de aplicación el régimen establecido en el artículo 7 para las edificaciones en situación legal de fuera de ordenación.

En el primer caso, los titulares de estas edificaciones antiguas deben recabar del Ayuntamiento la certificación administrativa acreditativa de su adecuación a dicha ordenación y del cumplimiento de los requisitos relativos al mantenimiento en la actualidad el uso y las características tipológicas que tenían a la entrada en vigor de la Ley 19/1975, y que no están en situación legal de ruina urbanística. Se admite, así, la concesión de la licencia de ocupación o utilización si se mantiene el uso originario o, en el supuesto de cambio de uso, si el nuevo uso resulta compatible con esta ordenación. Por el contrario, en el segundo caso –edificaciones disconformes-, deben obtener del Ayuntamiento certificación administrativa acreditativa de su situación legal de fuera de ordenación y del cumplimiento de los anteriores requisitos. Igualmente, es factible el otorgamiento de licencia de ocupación o utilización, si se mantiene el uso originario o, en el supuesto de cambio de uso, si el nuevo uso resulta compatible con la ordenación territorial y urbanística vigente. De este modo, al equipararlas a las edificaciones con título jurídico de cobertura, pero con contradicción con la ordenación urbanística vigente, quedan sometidas al régimen propio del fuera de ordenación.

#### **IV. LAS EDIFICACIONES ASIMILADAS AL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN**

Una vez visto someramente rasgos diferenciales existentes entre las figuras de “fuera de ordenación” y “asimilado a fuera de ordenación”, pasaremos a estudiar el régimen jurídico de ésta última bajo la lente del Decreto andaluz que viene caracterizado por dos notas fundamentales; de un lado, las edificaciones siguen manteniendo su situación jurídica de ilegalidad y, consecuentemente, su reconocimiento o tolerancia por la Administración lo es sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera haber incurrido su titular, de otro, el estatuto al que se les somete es similar, aunque con mayores restricciones, al previsto para las edificaciones en situación legal de fuera de ordenación, sufriendo así una modulación más restrictiva u onerosa que en aquellas.

En este estudio se pretende delimitar y reconducir la figura del asimilado a fuera de ordenación a sus justos términos en un intento por evitar un uso fraudulento y abusivo de la misma que haga desnaturalizar su propia esencia y utilidad. Para lo que han de quedar meridianamente claros sus elementos o, por mejor decir, los requisitos que habrán de atesorar aquellas edificaciones que aspiren a este reconocimiento.

## IV.1. Requisitos de ámbito temporal

### IV.1.A) La caducidad

Requisito o presupuesto imprescindible para declarar las edificaciones en situación de asimilado a fuera de ordenación es el desapoderamiento o la pérdida de la potestad administrativa de reacción para restablecer la legalidad urbanística, por ello es esencial que hayan transcurrido los plazos para el restablecimiento del orden jurídico perturbado. Consecuentemente, será este requisito temporal el que, en definitiva, acabe por singularizar –al margen del denominado cumplimiento por equivalencia- esta situación, actuando como delimitador *rationae temporis* para la adopción válida de las medidas específicamente dirigidas a conseguir la restitución del orden jurídico-urbanístico conculcado. Recordemos que la reacción administrativa frente a actuaciones sin licencia o contraviniendo sus condiciones cabe mientras las actuaciones estuvieran en ejecución o en los seis años siguientes a su completa terminación (art. 185.1 LOUA modificado por la Ley 2/2012), salvo en los supuestos de especial gravedad previstos en el apartado segundo del referido precepto, en cuyo caso no existe plazo limitativo.

Sentado lo anterior, resulta obvio que no se agotan los plazos respecto a las obras que no estén totalmente terminadas y dispuestas a servir al uso a que se destinan, sin necesidad de ninguna actuación material posterior referida a la propia obra, de conformidad con lo establecido en el art. 40 RDU<sup>21</sup> y 8.1 DSNU, puesto que para las obras en curso de ejecución no ha comenzado todavía a correr el plazo para la adopción de medidas de protección de la legalidad. Es de destacar que el plazo empieza a contarse desde la total terminación de las obras y que la carga de la prueba la soporta no la Administración sino el administrado que voluntariamente se ha colocado en una situación de clandestinidad en la realización de unas obras y que, por tanto, ha creado la dificultad para el conocimiento del “*dies a quo*”<sup>22</sup> y en contra del principio de la buena fe plenamente operante en el procedimiento.

---

<sup>21</sup> El art. 40.2 RDU<sup>A</sup> establece que “En el caso de las obras sin licencia será admisible para determinar su fecha de terminación cualquier medio de prueba. La carga de la prueba de su terminación corresponderá al titular de las obras quien, en su caso, deberá desvirtuar las conclusiones que resulten de las comprobaciones realizadas por los servicios técnicos correspondientes. Tales obras se considerarán terminadas cuando estén ultimadas y dispuestas a servir al fin previsto, sin necesidad de ninguna actuación material posterior referida a la propia obra, salvo las posibles obras de adaptación de algunos locales. Se considerarán igualmente terminadas cuando así lo reconozca de oficio el órgano que incoe el procedimiento, previo informe de los servicios técnicos correspondientes”.

<sup>22</sup> SSTS 26 de septiembre de 1988 (RJ 1988\7262), 29 de septiembre de 1989 (RJ 1989\6713), 19 de febrero de 1990 (RJ 1990\1322), 14 de mayo de 1990 (RJ 1990\4072).

#### **IV.1.B) El plazo de ejercicio de potestades de disciplina urbanística. La ausencia de norma transitoria**

Una cuestión íntimamente relacionada con la anterior del plazo de caducidad, es la relativa al incremento del plazo para el ejercicio de las potestades de disciplina urbanística consistentes en la reposición de la realidad física alterada, que tras la reforma de la LOUA mediante la Ley 2/2012, a partir de la entrada en vigor de la citada norma – 28 de febrero de 2012 – dicho plazo pasó de cuatro a seis años. A falta de una norma de derecho transitorio que regule esta cuestión, habremos de acudir a las Disposiciones Transitorias del Código Civil y a la conocida doctrina de ROUBIER<sup>23</sup> sobre los efectos retroactivos de las normas<sup>24</sup>.

No se trata de una situación de irretroactividad de disposiciones desfavorables, pues ésta sólo opera, como señala reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, la Sentencia Nº 97/1990 de 24 de Mayo) para situaciones ya patrimonializadas; esto es, el derecho, para tener la condición jurídica de adquirido, debe estar incorporado al patrimonio jurídico de una persona. Por tanto, para expectativas futuras rige la regla general de la plena disponibilidad por la norma sin que, ante su desaparición o alteración, sus titulares puedan alegar derecho alguno. Así, este aumento del plazo para el ejercicio de las potestades de disciplina urbanística por la Administración competente, habrá de ser entendido dentro de los efectos inmediatos de la nueva norma aprobada. En consecuencia, la aplicación inmediata de una norma, desde su vigencia, es la manifestación propia y genuina de la irretroactividad si respeta todos los efectos producidos por la ley derogada hasta el momento de su derogación, aunque modifique desde su vigencia los efectos jurídicos tal y como se regulaban por la anterior norma; tal es el caso del aumento del plazo para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad, desde que ésta entra en vigor, se produce el aumento del citado plazo, pero no es más que la vigencia de la norma o aplicación inmediata de ésta, excepción hecha de los derechos adquiridos y patrimonializados como se ha apuntado.

Así pues, la aplicación del plazo ampliado de seis años a las prescripciones en curso no es sino un ejemplo de lo que la doctrina española clásica denominó como “retroactividad de grado mínimo”, para significar aquellos casos en que la ley nueva es aplicada a los efectos

<sup>23</sup> Señala ROUBIER que *“la base fundamental de la ciencia de los conflictos de las leyes en el tiempo es la distinción del efecto retroactivo y el efecto inmediato de la ley: el efecto retroactivo es su aplicación en el pasado; el efecto inmediato la aplicación en el presente. Si la ley pretende regular los hechos cumplidos (facta praeterita) es retroactiva; si pretende regular situaciones en curso (facta pendentia) habrá que establecer una separación entre las partes anteriores a la fecha del cambio de legislación y las partes posteriores, quedando éstas -no aquéllas- afectadas por la nueva ley en virtud de su efecto inmediato.*

<sup>24</sup> Cfr. LÓPEZ MENDUO, F., El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1982, pág. 114.

de la relación jurídica nacidos a partir de su entrada en vigor. Este efecto inmediato de la modificación legal operada en el art. 185 LOUA cuenta con el aval de las teorías jurídicas que con más rigor han ahondado en la esencia de la retroactividad<sup>25</sup>. Teorías que han insistido en no confundir “retroactividad” con “efecto inmediato” de la ley nueva, que sin merma de los derechos de nadie puede proyectarse sobre las situaciones jurídicas de tracto sucesivo que se hallan en curso de ejecución al advenir la nueva norma, como sucede claramente con la prescripción, siempre con el límite de respetar el valor de los actos jurídicos consumados antes de su vigencia<sup>26</sup>.

Partiendo de hecho de que no estamos ante una aplicación retroactiva de la norma<sup>27</sup>, debemos realizar una precisión más, y es que la naturaleza del procedimiento de protección de la legalidad urbanística no reviste carácter sancionador, pues como ha advertido de forma reiterada el Tribunal Supremo,<sup>28</sup> el procedimiento no tiene una finalidad sancionadora sino reparadora de la realidad física y de restauración del ordenamiento urbanístico perturbado, siendo este efecto independiente del sancionador<sup>29</sup>.

Sentado lo anterior, el nuevo plazo de caducidad no será aplicable a aquellas edificaciones ilegales que a la fecha de entrada en vigor de la norma, 28 de febrero de 2012, tuviesen una antigüedad superior a cuatro años, computados desde la fecha de la completa conclusión

---

<sup>25</sup> Esta es la doctrina comúnmente aceptada por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional. Para ilustrar la anterior conclusión debemos citar ciertos pronunciamientos jurisprudenciales que podemos resumir así: la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones “congeladoras” del ordenamiento contrarias al art. 9.3 CE -que proclama la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales-, y que dicha regla de irretroactividad no supone la imposibilidad de dotar de efectos retroactivos a las leyes que colisionen con derechos subjetivos de cualquier tipo, sino que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona (por todas, SSTC 42/1986, de 10 de abril, y 97/1990 de 24 de Mayo). Por otra parte, lo que se prohíbe es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la retroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna vulneración, hayan de recibir.

<sup>26</sup> GAMERO RUIZ E., y RODRÍGUEZ MORAL, J., “Incidencia de la reforma de la Ley 2/2012 sobre las potestades de disciplina urbanística”, Revista Reflexiones, núm. 13.I, 2012, págs. 171-172.

<sup>27</sup> En sentido contrario a la postura esgrimida se muestra BERMÚDEZ PALOMAR, V., en “La protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado en la legislación urbanística de Andalucía”, Revista Andaluza de Administración Pública núm. 83, mayo-agosto (2012), págs. 178 y 179, quien estima que la ampliación del plazo de que dispone la Administración para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística es una norma desfavorable no cabiendo, por consiguiente, su aplicación retroactiva tal y como dispone el art. 9.3 de nuestra Constitución.

<sup>28</sup> Entre otras, en sus sentencias de 10 diciembre 1996 (RJ 1996\9207), Sentencia de 23 febrero 1998 (RJ 1998\3075), y de 30 de junio de 2000 (RJ 2000\6957).

<sup>29</sup> Arts. 186 LOUA y 54 RDUUA

de la edificación<sup>30</sup>. De otro modo, todas aquellos actos edificatorios y de uso del suelo que a dicha fecha estuviesen aun en ejecución por no haber concluido la construcción o por no poder ser considerada como completamente terminada conforme al art. 40 del RDU, o bien, estando completamente terminados y dispuestos a servir al fin previsto, no hubiese transcurrido el plazo de cuatro años apuntado, antes del 28 de febrero de 2012, quedarán sujetos al nuevo plazo de caducidad de seis años.

## IV.2. Requisitos de ámbito espacial

A los requisitos temporales vistos habrá de sumarse también los de carácter material que han de respetar las declaraciones de situaciones asimiladas a fuera de ordenación, estando recogidos en el art. 8.2 DSNU:

*a) Edificaciones ubicadas en suelo no urbanizable de especial protección por normativa específica, territorial o urbanística, en terrenos de la Zona de Influencia del litoral, en suelos destinados a dotaciones públicas, o en suelos con riesgos ciertos de erosión, desprendimientos, corrimientos, inundaciones u otros riesgos naturales, tecnológicos o de otra procedencia, excepto en el supuesto previsto en el artículo 3.2.b).*

*b) Edificaciones aisladas integradas en una parcelación urbanística que no constituye un asentamiento urbanístico, y para la que no haya transcurrido el plazo para el restablecimiento del orden urbanístico infringido, si no se ha procedido a la reagrupación de las parcelas, conforme a lo dispuesto en el artículo 183.3 LOUA.*

---

<sup>30</sup> Artículo 40 RDU. "Determinación de la finalización de las obras o establecimiento de la existencia de actos de mero uso del suelo.

1. A los efectos del presente Reglamento, se considerará que unas obras amparadas por licencia están totalmente terminadas:

a) Cuando se trate de obras que cuenten con proyecto técnico, a partir de la fecha del visado del certificado final de obras, suscrito por el facultativo o facultativos competentes, y a falta de este documento, desde la fecha de notificación de la licencia de ocupación o utilización. Cuando se trate de obras promovidas por las Administraciones Públicas, a partir de la fecha del acta de recepción de las obras.

b) En los demás casos, desde que el titular de la licencia comunique al Ayuntamiento la finalización de las obras.

2. En el caso de las obras sin licencia será admisible para determinar su fecha de terminación cualquier medio de prueba. La carga de la prueba de su terminación corresponderá al titular de las obras quien, en su caso, deberá desvirtuar las conclusiones que resulten de las comprobaciones realizadas por los servicios técnicos correspondientes. Tales obras se considerarán terminadas cuando estén ultimadas y dispuestas a servir al fin previsto, sin necesidad de ninguna actuación material posterior referida a la propia obra, salvo las posibles obras de adaptación de algunos locales. Se considerarán igualmente terminadas cuando así lo reconozca de oficio el órgano que incoe el procedimiento, previo informe de los servicios técnicos correspondientes.

3. Para los supuestos de actos 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".

**A continuación pasamos a analizar cada uno de estos supuestos.**

#### **IV.2.A) Edificaciones ubicadas en suelo no urbanizable de especial protección**

Este es un supuesto o límite que, de concurrir, cierra la puerta al reconocimiento de asimilado a fuera de ordenación por una razón de orden temporal; Toda vez que en estos casos no han transcurrido los plazos de reacción de la Administración frente al ilícito, puesto que ésta puede ejercer e incoar los correspondientes procedimientos de restitución de la realidad física alterada sine die y por dicha razón no procedería el reconocimiento/ declaración como asimilado a fuera de ordenación.

No obstante, creemos oportuno traer a este espacio la interesante cuestión de la protección sobrevenida que surge cuando, bien por un instrumento de planeamiento general municipal, bien por un planeamiento de ámbito subregional o regional, o bien por la aplicación de un régimen de protección propuesto por la normativa sectorial, los terrenos que inicialmente carecían de esta especial protección cambian su régimen jurídico y pasan a ser ahora suelos especialmente protegidos.

Si bien hemos de revelar que la solución pasa por la aplicación del mismo razonamiento que se ha apuntado cuando se han expuesto los límites temporales y el plazo de ejercicio de potestades de disciplina urbanística. No estamos aquí ante un caso de retroactividad en sentido propio, pues en ningún caso se incide sobre relaciones consagradas ni derechos adquiridos o patrimonializados, sino que afecta a situaciones en curso, no consolidadas, se trata de supuestos de aplicación estricta de la norma jurídica, aunque ésta tenga naturaleza reglamentaria<sup>31</sup>. En esta línea, se admite la aplicación de la nueva norma a hechos, actos o relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior, siempre que los efectos jurídicos de tales actos no se hayan consumado o agotado<sup>32</sup>.

Así las cosas, si a la entrada en vigor de la *protección sobrevenida* la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística se encontrase ya caducada, los actos edificatorios resultarán inatacables frente a la imprescriptibilidad sobrevenida de la nueva categoría urbanística. Por el contrario, si el meritado plazo no estuviese aún agotado, la edificación

---

<sup>31</sup> Vid. LÓPEZ MENUDO, F., "El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves", *Documentación Administrativa*, núm. 263-264, mayo-diciembre 2002, págs. 85-93, quien explica que las decisiones jurisprudenciales han ido decantándose en el sentido de superar la primera y simplista posición de partida consistente en negar tal retroactividad para llegar a la de que los reglamentos, al igual que las Leyes, pueden ser retroactivos-

<sup>32</sup> Sobre el particular, puede consultarse BARRERO RODRÍGUEZ, C., "El respeto a los derechos adquiridos", *Documentación Administrativa*, núm. 263-264, mayo-diciembre 2002, pág. 164, quien acertadamente precisa que los derechos adquiridos merecen, según proclama reiteradamente la jurisprudencia, el respeto del ordenamiento jurídico; no así, en cambio, las expectativas, cuya desaparición o alteración constituye, según reiterada doctrina jurisprudencial, un efecto inevitable del cambio de normas.

no quedará inmune, resultando atacable sin sujeción a plazo de prescripción, pues estaría subsumida en el apartado segundo del art. 185 LOUA. Lo que supondrá que la Administración pueda en cualquier momento ejercitar sus potestades de disciplina urbanística y reponer la realidad física alterada.

#### **IV.2.B) Edificaciones aisladas integradas en una parcelación urbanística si no se ha procedido a la reagrupación de las parcelas**

Este límite material que ahora abordamos tiene su origen la imprescriptibilidad que le dispensa el art. 185.2 LOUA, cuando señala que la limitación temporal de los seis años no rige para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado, respecto de las parcelaciones urbanísticas en terrenos que tengan la consideración de suelo no urbanizable; en coherencia con lo anterior, son consideradas en el art. 207.4 A) LOUA como infracciones muy graves “[...] las parcelaciones urbanísticas en terrenos que tienen el régimen del suelo no urbanizable”. En desarrollo de lo cual, el art. 49 j) RDU<sup>33</sup> detalla la manera de restablecer el orden jurídico perturbado, indicando que se llevará a cabo mediante la demolición de las edificaciones que la integren (así como la roturación de caminos, eliminación de vallas, acometidas de servicios básicos para el uso residencial...) y la posterior reagrupación de las parcelas (o subparcelas), a través de una reparcelación forzosa de las que han sido objeto de dichos actos de previa parcelación. Del mismo modo, continúa indicando el precepto que los actos y negocios jurídicos que hayan dado lugar a la parcelación deberán también invalidarse, bien por voluntad de las partes, o en su caso, mediante resolución judicial.

Esta consecuencia deriva directamente del artículo 182.1 LOUA, que dispone que el restablecimiento del orden jurídico perturbado en los casos en que las obras no puedan ser compatibles con la ordenación vigente tendrá lugar mediante la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, en otras palabras, por medio de una verdadera *restitutio in integrum*, de suerte que esta reposición implica no sólo la restitución física sino también jurídica, a través de la desaparición del mundo jurídico de aquellos títulos jurídicos incurridos en vicios de nulidad de pleno derecho que han materializado la parcelación<sup>34</sup>.

Particular dificultad de encaje presenta el último inciso del art. 8.2b) del DSNU, cuando condiciona el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación a que se haya procedido a la efectiva reagrupación de las parcelas de conformidad con

<sup>33</sup> Precepto que no ha sido alterado por el DSNU, que por el contrario modifica determinadas disposiciones del RDU.

<sup>34</sup> Vid. GAMERO RUIZ, E., “Artículo 49”, en Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma Andaluza. Comentarios al Decreto 60/2010 de 16 de marzo, coord. por A.J. AMADOR BLANCO, F. SÁNCHEZ DE LA CUESTA SÁNCHEZ DE IBARGÜEN, F.J. RUIZ BURSÓN, M.C. MARZO SOLÍS, IAAP, Sevilla, 2012, págs. 270 y ss.

lo previsto en el art. 183.3 LOUA; de la literalidad del precepto parece inferirse que las edificaciones permanecen en el territorio mientras que lo que desaparecen son los signos externos de una fallida parcelación. Esta solución imaginativa que se propone le encontramos sentido, a nuestro modo de ver, cuando venga referida sólo a aquellas edificaciones aisladas implantadas con anterioridad a la parcelación y que luego se han visto flanqueadas por otras respecto de las que no ha expirado el plazo de caducidad, para que la Administración pueda ejercer sus competencias reparadoras frente a estas última, pero manteniendo aquellas otras anteriores existentes en las parcelas matrices si han sido objeto de reagrupación. Sólo para este último caso, el decreto andaluz permite el reconocimiento de la situación asimilada a fuera de ordenación.

### **IV.3. Requisitos de ámbito sustancial**

Merece también que nos detengamos en lo que se ha dado en llamar *normas mínimas de habitabilidad y salubridad* entendido como un mínimo infranqueable e irreductible por el que deben velar los instrumentos de planeamiento general o las propias ordenanzas municipales cuya importancia se nos antoja enorme, pues opera como verdadero límite o conditio sine qua non para el reconocimiento como asimilado a fuera de ordenación de una edificación, en cuanto valora la aptitud para el uso al que se destina así como las condiciones necesarias de seguridad, habitabilidad y salubridad exigidas para el uso en cuestión, de tal forma que si no reuniese algunas de estas condiciones habría de ser necesariamente denegado este reconocimiento.

El 1 de marzo de 2013 el Ejecutivo andaluz dictó las Normas Directoras para la Ordenación Urbanística en desarrollo de los artículos 4 y 5 del Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en Andalucía, en las que se entra con profusión a fijar unas condiciones mínimas en esta materia para cubrir las posibles lagunas que puedan plantearse si las Corporaciones locales no las regulan, sin perder de vista que la fuerza vinculante de estas normas tiene carácter de recomendación indicativas y orientadoras para la acción municipal, como reconoce el art. 20.2a) LOUA, sin perjuicio del preceptivo cumplimiento de las normas legales y reglamentarias que resulten de aplicación.

Así pues, esta normativa entiende que la edificación terminada resulta apta para el uso al que se destina cuando reúna unas condiciones que califica como básicas y por tanto significa que se trataría de unas reglas de mínimos que no pueden ser rebajados más:

#### **IV.3.A) Condiciones relativas a la ubicación y accesibilidad de las edificaciones**

Significa que la ubicación de la edificación debe resultar compatible con otros usos autorizados y disponer de accesibilidad adecuada en condiciones de seguridad, lo que significa que ésta debe estar ubicada de forma que se respeten las distancias mínimas exigidas respecto de otros usos que resulten incompatibles y cuente con acceso en condiciones de seguridad requeridas por la normativa en función del uso al que se destina.

#### **IV.3.B) Condiciones relativas al impacto generado por las edificaciones**

Las edificaciones y con ellas los usos y actividades que allí se desarrollen, no podrán ser generadoras de impactos que puedan poner en peligro las condiciones de seguridad, salubridad, ambientales o paisajísticas de su entorno, ni podrán afectar a las condiciones de estabilidad o erosión de los terrenos colindantes, ni provocar peligro de incendio, contaminación de la tierra, agua o el aire, originar daños físicos a terceros o de alcance general o alterar gravemente la contemplación del paisaje y de los elementos singulares del patrimonio histórico.

#### **IV.3.C) Condiciones relativas a la seguridad de la edificación**

Son aquellas referidas a la resistencia y estabilidad estructural exigidas por la normativa aplicable conforme al uso al que se destina, de forma que no ponga en peligro la integridad de los ocupantes, ni repercuta en los predios colindantes, particularmente, se deben adoptar medidas contra las posibles avenidas o escorrentías. Del mismo modo, deberán cumplir las exigencias básicas de protección contra incendios disponiendo de las medidas que eviten el riesgo de propagación interior y exterior así como los medios de evacuación que sean precisos. El uso de la edificación no deberá comportar riesgos físicos para los usuarios, por lo que se deberán adoptar medidas para evitar el riesgo de caída en huecos, terrazas y escaleras, entre otros.

#### **IV.3.D) Condiciones relativas a la salubridad de la edificación**

Toda edificación que pretenda obtener el reconocimiento legal de asimilado a fuera de ordenación deberá reunir las condiciones que garanticen la estanqueidad y aislamiento necesarias para evitar la presencia de agua y humedades que puedan afectar a la salud de las personas, así como una adecuada ventilación y eliminación de contaminantes procedentes de la evacuación de gases, de forma que se garantice la calidad del aire interior de la edificación. Asimismo, la edificación deberá contar con un sistema de abastecimiento de agua que posibilite las dotaciones mínimas exigibles en función del uso al que se destina. En caso de que éste sea de carácter autosuficiente, mediante pozos, aljibes, balsas... deberán reunir las condiciones exigidas por su propia normativa y estar ubicados de forma que no exista peligro para la contaminación de las aguas. Debiendo quedar garantizada la potabilidad de las aguas para el consumo humano. En este mismo apartado insistimos en que la edificación debe contar con una red de evacuación de aguas residuales que se encuentre en buen estado de funcionamiento y conecte todos los aparatos que lo requieran, así como un sistema de depuración homologado y con las garantías técnicas necesarias para evitar el peligro de contaminación. Quedando prohibidos los pozos ciegos.

#### **IV.3.E) Condiciones relativas a la habitabilidad y funcionalidad de la edificación**

Estas condiciones se particularizan para aquellas edificaciones destinadas al uso residencial, las cuales deben cumplir con las exigencias que recoge la Norma 6 de la citada Orden:

- a) Las viviendas deberán contar con una superficie útil no inferior a 24 m<sup>2</sup>, e incluir como mínimo una estancia que realice las funciones de estar y descanso, un equipo de cocina y un cuarto de aseo independiente.
- b) Las piezas habitables no pueden estar situadas en planta sótano y deberán estar independizadas de otros locales anexos de uso no compatible.
- c) Ninguno de los espacios habitables puede servir de paso obligado a otros locales que no sean de uso exclusivo de los mismos.
- d) Todas las piezas habitables deben disponer de iluminación natural desde un espacio abierto exterior o patio de luces, excepto los cuartos de aseo y las dependencias auxiliares. Los huecos de iluminación deben tener una dimensión mínima superior a 1/10 de la superficie útil de la pieza, con huecos practicables para ventilación de al menos 1/3 de la dimensión mínima. Los baños y aseos que no dispongan de huecos de ventilación directa al exterior, deben disponer de un sistema de ventilación forzada, con renovación continua de aire, o disponer de un sistema de ventilación mecánica.
- e) Los patios deberán poseer las dimensiones adecuadas para permitir, de forma eficaz, la iluminación y ventilación de las dependencias que den a ellos.
- f) La funcionalidad de las estancias debe posibilitar la inscripción de al menos un cuadrado de 2,40 x 2,40 m en la zona de estar y de 1,80 x 1,80 m en las zonas destinadas al de descanso.
- g) Las alturas libres entre pavimentos y techos acabados deberán ser como mínimo de 2,40 m y de 2,20 m en vestíbulos, pasillos y cuartos de aseo.
- h) Toda vivienda deberá contar al menos con las siguientes instalaciones en condiciones de uso y seguridad:
  - Red interior para suministro de agua a los aparatos sanitarios y electrodomésticos.
  - Red interior para suministro de energía eléctrica a los puntos de consumo, conectada a la red de suministro o mediante soluciones alternativas de autoabastecimiento.
  - Red interior de desagüe de aparatos sanitarios y, en su caso, electrodomésticos, disponiendo todos ellos de dispositivos sifónicos individuales o comunes.
- i) Las viviendas deberán disponer de un equipo doméstico indispensable, constituido por aparatos sanitarios para baño o ducha, lavabo e inodoro, instalación de fregadero y espacios aptos para cocinar y lavar.

Viendo este elenco de condiciones básicas y a pesar de cumplir con todas ellas, es importante significar que aún cuando la edificación llegue a la meta superando todas y cada una las vallas antes citadas, cual carrera de obstáculos, ello sólo determinaría la

aptitud física de la edificación, pero no presupondría el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fueran exigidos para autorizar las actividades que en la misma se lleven a cabo. Así, en palabras de GARCÍA ARENAS<sup>35</sup>, tratándose de una edificación en la que se venga realizando algún tipo de actividad y se tenga pretensión de seguir realizándola, la posible prescripción urbanística del acto edificatorio no supone en ningún caso la convalidación de infracción ambiental ni enerva el ejercicio de las atribuciones públicas establecidas en la legislación sectorial que resulte de aplicación. Esto es así debido a que la transgresión participa de la naturaleza de infracción continuada<sup>36</sup>, y procede en todo momento el ejercicio de la disciplina ambiental en los términos recogidos en el Título VIII Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, al estar ante una infracción de tracto continuado<sup>37</sup>.

Para la hipótesis de que se pretenda llevar a cabo la legalización de la actividad, sin perjuicio del posible reconocimiento de que la edificación se encuentra en situación de asimilado, tal legalización pasa, en términos generales, por la aprobación de la Actuación de Interés Público mediante la tramitación del preceptivo Proyecto de Actuación o Plan

---

<sup>35</sup> GARCÍA ARENAS, N., “Aspectos teóricos y prácticos del Decreto 2/2012. La situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*. Enero-abril 2014.

<sup>36</sup> El mero transcurso del tiempo no legitima la actividad cuando ésta se ha ejercido sin el correspondiente título, de ahí que establezca que la necesidad de obtener licencia de apertura o, en su caso, el sometimiento de la actividad a declaración responsable o comunicación previa. Tal infracción no es prescriptible al tratarse de una actividad continuada, por todas la STS de 14 de diciembre de 1990 (RJ 1990\9970). La doctrina jurisprudencial expuesta es recogida por la STS de 22 de mayo de 1993 (RJ 1993\4880) en estos términos: “...dicha actividad está sujeta a la obtención de la correspondiente licencia como presupuesto para su ejercicio, como también que la falta de licencia no puede suplirse por el transcurso del tiempo [SS. 13 de junio de 1983 ( RJ 1983\3503) y 25 de junio de 1981 (RJ 1981\2949)], que «el conocimiento de una situación de hecho por la Administración y hasta la tolerancia que pueda implicar una actividad pasiva de ella ante el caso, no puede de ninguna forma ser equivalente al otorgamiento de la correspondiente autorización municipal legalizadora de la actividad ejercida», y las autorizaciones estatales, no suplen o sustituyen la licencia municipal [S. 13 de junio de 1983 ( RJ 1983\3503) y las que en ella se citan], que el abono de las tasas de apertura no implica licencia [SS. 12, 15 y 20 de marzo 1984 ( RJ 1984\1289, RJ 1984\2516 y RJ 1984\2519)] y que secuela de ello es que la actividad ejercida sin licencia se conceptúa clandestinamente y, como una situación irregular la duración indefinida que no legitima el transcurso del tiempo, pueda en cualquier momento ser acordado su cese [SS. 16 de junio de 1978 ( RJ 1978\2777), 9 de octubre de 1979 ( RJ 1979\3404), y 31 de diciembre de 1983 ( RJ 1984\480)]”.

<sup>37</sup> Sirva de ejemplo la Sentencia de 20 marzo 1996 (RJ 1996\3373), en la que puede leerse: “...al tratarse de una actividad de índole permanente o tracto continuo es llano que no puede ser objeto de caducidad o prescripción el tratamiento jurídico de tal actividad que ha seguido desarrollándose, ni puede considerarse afectada en grado relevante la seguridad jurídica, ni la buena fe, o la congruencia con los actos de la Administración o el principio de confianza legítima del administrado porque la posible negligencia, ignorancia o mera tolerancia de la Administración respecto al hecho del ejercicio de tal actividad sin licencia, no la legitima ni genera derechos subjetivos o expectativa jurídica alguna, objeto de específica tutela, repetimos, al tratarse de una infracción urbanística permanente y reiterada en el tiempo”. Por ello, debe estar amparada en el título correspondiente, ya sea licencia, o en su caso, declaración responsable o comunicación previa.

Especial<sup>38</sup>, el correspondiente instrumento de prevención ambiental<sup>39</sup> y, en última instancia, por el otorgamiento de la licencia urbanística. Por ello, el reconocimiento o la tolerancia por la Administración lo es sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera haber incurrido su titular.

El fundamento de esta afirmación reside en que el transcurso del plazo impide toda reacción en contra de una construcción no amparada en título o contraria al mismo, pero esto sólo supone la mera permanencia física de la edificación, y en modo alguno implica su legalización. Desde este punto de vista, lo que queremos dejar nítido es que el transcurso del plazo señalado para el restablecimiento de la legalidad urbanística no supone la legalización de las obras no susceptibles de demolición, ni convalida la legitimación del ejercicio de cualquier actividad<sup>40</sup>, ya que sólo comprende una situación de mera y estricta tolerancia a la edificación. Precisamente, como se encarga de recordarnos el apartado 5 de la Norma 1ª de la Orden de 1 de marzo de 2013, el reconocimiento del cumplimiento de todas y cada una de las condiciones anteriormente transcritas, determina la aptitud física de la edificación sin que se pueda ir más allá y hacer extensivo este reconocimiento al resto de los exigidos para autorizar las actividades que se lleven a cabo en la misma.

## V. EL RECONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN ASIMILADA A FUERA DE ORDENACIÓN. RÉGIMEN JURÍDICO. ¿LEGALIZACIÓN O MERA TOLERANCIA DE LO EDIFICADO?

El art. 53.4 del RDUa señala que *“...sólo podrán realizarse las obras de reparación y conservación que exija la estricta conservación de la habitabilidad o la utilización conforme al destino establecido. Excepcionalmente podrán autorizarse obras parciales y circunstanciales de consolidación, cuando no estuviera prevista la expropiación demolición...”*. Como puede observarse, el Decreto 60/2010 sigue en cuanto a las obras realizables en las construcciones declaradas como asimiladas a fuera de ordenación un estricto régimen, análogo al previsto en la Disposición Adicional Primera de la LOUA para las edificaciones en situación legal de fuera de ordenación; si bien, con mayores restricciones.

Por ello, se entiende razonable que resulte aplicable a las primeras la prohibición -establecida la LOUA para las segundas (Disposición Adicional 1.3) – en lo que se refiere a que las obras realizadas incrementen el valor de expropiación. Este restrictivo régimen viene impuesto según amplia jurisprudencia (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2000) por la necesidad de que, en las situaciones de fuera de ordenación - y

---

<sup>38</sup> Vid. arts. 42 y 43 LOUA.

<sup>39</sup> El trámite de prevención ambiental de que se trate se ha de insertar con carácter preceptivo en el procedimiento de reconducción de la legalidad urbanística por medio de la aprobación de la Actuación de Interés Público y posterior licencia, para la plena legalización de las obras.

<sup>40</sup> Vid. art. 40.3 RDUa

con mayor motivo en la asimilada – se produzca la congelación de la edificación hasta su extinción natural.

Nos referimos a edificaciones cuya existencia es tolerada o permitida porque entre otras, existen razones de orden temporal que impiden a la administración recuperar la potestas que por su inactividad le fue privada, pero cuyo destino natural es el de desaparecer para ser sustituidas, en su caso, por otras que se ajusten al planeamiento. En tal sentido, afirma el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de junio de 2001 que *“... lo construido sin licencia y en contra de la normativa urbanística puede considerarse como fuera de ordenación en el sentido de que no se ajusta a la legalidad urbanística, pero su régimen se debe diferenciar del supuesto de hecho previsto en el artículo 60.1 del TRLS en que las obras eran ya ilegales en el momento mismo en que se estaban llevando a cabo, por lo que el transcurso del plazo de cuatro años desde la ejecución de las obras sin licencia o contrarias al planeamiento impide al Ayuntamiento la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística prevista en el art. 184.3 TRLS, pero no otorga la propietario de las mismas otras facultades que las inherentes al mantenimiento de la situación creada, esto es la de oponerse a cualquier intento de demolición de lo construido o de la privación del uso que de hecho está disfrutando...”*.

Esta consecuencia en cuanto a la limitación sustancial de las obras realizables, lleva anudada otra no menos rigurosa, como es la imposibilidad de obtener licencia de ocupación como ya se ha encargado proclamar el art. 8.6 del decreto andaluz cuando dispone de forma rotunda que *“para las edificaciones en situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación no procederá la concesión de licencias de ocupación o de utilización”*; A diferencia de la situación legal de fuera de ordenación donde el art. 7.4 del mismo decreto, se encarga de recordarnos cuando dice que *“para las edificaciones en situación legal de fuera de ordenación procederá la concesión de licencia de ocupación o utilización, si se mantiene el uso originario o, en el supuesto de cambio de uso, si el nuevo uso resulta compatible con la ordenación territorial y urbanística vigente. Para las edificaciones situadas en suelos de dominio público la concesión de licencia de ocupación o utilización se ajustará al régimen aplicable a dichos suelos”*.

Vemos por tanto que, aun cuando hablamos de situación asimilable, no es idéntica y la razón estriba en su propia génesis, en las edificaciones asimiladas a fuera de ordenación no se produce una legalización con el reconocimiento, pues las edificaciones y el uso siguen siendo ilegales, lo que se produce es un desapoderamiento de la Administración para reponer la legalidad conculcada. Tal reconocimiento no supone que se convierta en legal aquello que tuvo un origen ilegal, pues la situación de ilegalidad no queda convalidada por el mero transcurso del tiempo, sino tan sólo el que no pueda ser demolida. Lo contrario supondría colocar en una posición mucho más ventajosa a las obras ilegales o clandestinas que las ejecutadas de acuerdo con la ordenación urbanística, lo cual sería una tremenda injusticia de la que no podría tomar parte nuestro Ordenamiento jurídico ni siquiera como cómplice mudo, amén de una velada incentivación de actuaciones, de todo punto reprochables por abusivas, con los consiguientes efectos adversos que provoca en las voluntades de la parte mayoritaria de la sociedad que cumple con las normas establecidas.

## VI. AUTOABASTECIMIENTO Y ACCESO A LOS SUMINISTROS

Como ya se ha ido viendo a lo largo de este estudio, el régimen específico de las edificaciones regidas por el reconocimiento de su situación asimilada a la de fuera de ordenación, se traduce en uno más oneroso que el previsto para las obras declaradas fuera de ordenación, y ello no sólo afecta al reducido nivel de intervención permitido sobre dichas obras o la proscripción de licencias de ocupación/utilización, también alcanza a aspectos tan esenciales como la obtención de los servicios básicos necesarios para desarrollar el uso al que se destinan las edificaciones cuando no se disponga de acceso a redes de infraestructuras, o cuando dicho acceso se haya realizado sin licencia urbanística.

Siguiendo con el mismo espíritu que inspiró la redacción del decreto andaluz que aprobó el Reglamento de Disciplina Urbanística, reflejado en su Exposición de Motivos, por el que pretende proporcionar soluciones útiles en la práctica, afrontando la regulación de problemas necesitados de un tratamiento generoso, vemos cómo en el Decreto de suelo no urbanizable también se ve influenciado por estas soluciones imaginativas en lo referente a los servicios básicos para desarrollar el uso al que se destinan las edificaciones en situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación donde fija como regla general<sup>41</sup> el que la prestación de estos servicios se ha de resolver mediante instalaciones de carácter autónomo, ambientalmente sostenibles y sujetas en todo caso a la normativa sectorial aplicable, como no puede ser de otro modo.

No obstante, existe la posibilidad de que pueda autorizarse<sup>42</sup> por el Ayuntamiento la acometida a servicios básicos de abastecimiento de agua, saneamiento y energía eléctrica por compañía suministradora cuando estos estén accesibles, la propia compañía suministradora pueda acreditar esa viabilidad en la acometida y no induzcan a la implantación de nuevas edificaciones. Esta autorización que supone, no olvidemos, una excepción a la regla general de autoabastecimiento, deberá constar en la propia resolución de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación.

Sin embargo, compartiendo las palabras de GARCÍA ARENAS<sup>43</sup>, es reprochable que se ceda una parte importante del control urbanístico a las compañías suministradoras, que

---

<sup>41</sup> Art. 8.4 DSNU “En las edificaciones en situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, la prestación de los servicios básicos necesarios para desarrollar el uso al que se destinan cuando no se disponga de acceso a redes de infraestructuras, o cuando dicho acceso se haya realizado sin licencia urbanística, deberá resolverse mediante instalaciones de carácter autónomo, ambientalmente sostenibles y sujetas en todo caso a la normativa sectorial aplicable”.

<sup>42</sup> Art. 8.5 DSNU “Excepcionalmente, en la resolución de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, podrá autorizarse la acometida a servicios básicos de abastecimiento de agua, saneamiento y energía eléctrica por compañía suministradora, siempre que estos estén accesibles, la compañía suministradora acredite la viabilidad de la acometida, y no induzcan a la implantación de nuevas edificaciones”.

<sup>43</sup> GARCIA ARENAS, N., “Aspectos teóricos y prácticos del Decreto 2/2012. La situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*. Enero-abril 2014.

recordemos se mueven, legítimamente, por intereses distintos a los públicos y a los que puede que les interese aumentar el número de clientes. A todo esto se une la indeterminación del concepto empleado al decir cuando estén accesibles, pues teniendo en cuenta el avance de la técnica, la viabilidad de la acometida puede ser factible en la mayoría de las ocasiones, y además los afectados pueden estar interesados en asumir los costes más elevados que seguramente tenga su implantación. Porque lo que también está claro es que estos costes de conexión habrán de ser sufragados por los propietarios de las edificaciones beneficiarias. Ingredientes todos ellos que nos hacen presumir si esta vía excepcional no tendrá un recorrido más amplio que el previsto por el redactor de la norma cuando la calificó como vía de excepción.

Será esta resolución de reconocimiento<sup>44</sup> la que sustituya a la licencia de ocupación o utilización y se convierta en la cédula para el uso de la edificación y la contratación de los servicios conforme a lo dispuesto en el art. 175.3<sup>45</sup> LOUA en relación con el art. 34.1b) del mismo texto legal, siendo título suficiente para la prestación de los servicios autorizados.

## VII. LA OTRA REALIDAD: EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El Registro de la Propiedad es la institución administrativa donde se inscriben los actos que afectan a la propiedad y a los derechos reales sobre bienes inmuebles, ya sean éstos de titularidad pública o privada, proporcionando seguridad jurídica a los derechos inscritos y hace públicos los hechos, actos y derechos inscritos para quienes tengan legítimo interés en conocerlos.

Partiendo de este concepto, es claro que la resolución por la que se reconozca la situación asimilada debiera acceder, en la medida que afecta a los bienes inmuebles, a dicha

<sup>44</sup> Art. 8.6 DSNU “Excepcionalmente, en la resolución de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, podrá autorizarse la acometida a servicios básicos de abastecimiento de agua, saneamiento y energía eléctrica por compañía suministradora, siempre que estos estén accesibles, la compañía suministradora acredite la viabilidad de la acometida, y no induzcan a la implantación de nuevas edificaciones”.

<sup>45</sup> El art. 175 LOUA fue modificado por la Ley 2/2012, de 30 de enero, añadiendo el apartado 3 por el Artículo Único Cuarenta y uno.

<sup>46</sup> Art. 28.4 TRLSRU15 “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el caso de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, la constancia registral de la terminación de la obra se registrará por el siguiente procedimiento:

a) Se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras de declaración de obra nueva que se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. A tales efectos, el Registrador comprobará la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general.

institución. Así pues, el art. 28.4<sup>6</sup> TRLSRU15, a propósito de la declaración de obra nueva, regula el procedimiento para la inscripción de las construcciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que implique su demolición por el transcurso de los plazos de reacción de la Administración.

A este respecto, hemos de significar que se impone la obligación al Ayuntamiento que, notificado por el Registrador de la inscripción de una obra nueva sin la certificación expedida por aquél, deberá -so pena de incurrir en responsabilidad si la omisión de este trámite ocasionase perjuicios al adquirente de buena fe- dictar la resolución necesaria para hacer constar en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción de la declaración de obra nueva, la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que considere que hayan de imponerse al propietario.

Lo que no parece tan claro y genera desasosiego es que, a la vista de lo dispuesto en el referido artículo, de la función de legalidad y de seguridad jurídica que se propugna de esta institución, puedan acceder al Registro de la Propiedad edificaciones cuya sola virtud sea haber escapado a la acción de restablecimiento del orden urbanístico consagrado a la Administración, mediante títulos, en algunos casos, de dudosa veracidad, porque la vía hipotecaria resulta al infractor más asequible que la propia vía administrativa – como se ha visto – conducente tras un procedimiento normado y detallado a la obtención de la resolución de reconocimiento de la asimilación con las consiguientes garantías de seguridad, salubridad, habitabilidad, etc. para las personas y el medio ambiente.

---

*b) Los Registradores de la Propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción, en la nota de despacho, y en la publicidad formal que expidan, la práctica de dicha notificación.*

*c) Cuando la obra nueva hubiere sido inscrita sin certificación expedida por el correspondiente Ayuntamiento, éste, una vez recibida la información a que se refiere la letra anterior, estará obligado a dictar la resolución necesaria para hacer constar en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción de la declaración de obra nueva, la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario.*

*La omisión de la resolución por la que se acuerde la práctica de la referida nota marginal dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente. En tal caso, la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados”.*

## VIII. CONCLUSIONES

Cuando comenzábamos este trabajo aludíamos a una latente falta de capacidad de la Administración para la preservación del orden urbanístico alterado por la mano del hombre; sin tener del todo claro lo que habría sido primero en el tiempo, si la desobediencia civil o la inactividad administrativa, e incluso cabrían dudas razonables para pensar que las dos podrían haber pugnado por hacerse con el primer puesto de esta triste realidad. Sin embargo, una cosa está clara, reconocido un problema necesitado de intervención, de nada sirve lamentarse. La actitud debiera ser la de ponerse a trabajar para reparar el daño causado y dejar que, en tiempos más sosegados, se juzguen y analicen de las causas y los agentes que han contribuido a dibujar semejante panorama en el territorio andaluz. Como digo, una vez se ha hecho reconocible como problema que deba tener entrada en la agenda del político, por haberlo identificado éste como una realidad negativa necesitada de intervención, se impone adoptar medidas que frenen la creencia de una impunidad asentada en algunas conciencias, regule aquella realidad de forma que pueda darse sentido y orden a lo inevitable y, finalmente, arbitrar mecanismos efectivos que impidan que esta situación pueda repetirse en el futuro.

Sobre este escenario surge el Decreto 2/2012, probablemente haya autores que lo consideren como una claudicación del orden urbanístico frente al desorden de unas masas desaforadas (aunque quizá sería más propio hablar de masas aforadas), quizá surjan voces que lo califiquen incluso de farragoso, sin embargo su sola existencia ya es un excelente punto de partida, sobre todo en un país donde se dejan las leyes pendientes de un hipotético desarrollo reglamentario que no termina de llegar porque existe otro convencimiento quijotesco: peor es meneallo, amigo Sancho.

Este Decreto andaluz, con sus defectos y sus virtudes, contribuye a crear seguridad jurídica, bien entendido, es el derecho que tienen los ciudadanos a que las leyes que se les apliquen tenga las siguientes cualidades: *lex praevia* (ley vigente), *lex scripta* (ley escrita) y *lex stricta* (ley clara y precisa); para, de este modo, conocer de antemano cuáles son sus efectos y cuáles las anejas consecuencias de su incumplimiento. Pero también esta norma cumple otra función capital para aquellos que, desde algún rincón apartado de nuestro territorio, se enfrentan día a día con la ardua, compleja y, muchas veces, solitaria tarea de ejercer con responsabilidad la disciplina urbanística, ¿héroes modestos, utópicos comprometidos?... son funcionarios públicos a los que esta norma contribuye a dar mayor seguridad y certeza en la aplicación del Derecho.

También se podría hacer un resumen final a modo de conclusión, sintetizando las ideas que se han ido desarrollando a lo largo de este trabajo pero, además de correr el riesgo de incurrir en reiteración y como sucede con los regalos, que el segundo desmerece al primero, podría acontecer un riesgo aún mayor y es que unas ideas terminen solapándose a las anteriores y acaben por neutralizarse; por ello he elegido una sola: *ex iniuria ius non oritur*, valga este aforismo latino para entender que de una ilegalidad no puede nacer un derecho, o dicho de otro modo, de una infracción urbanística, y en muchos casos incluso delito urbanístico, no puede brotar un derecho que pretenda equipararse a los de aquellos que con sometimiento pleno a la ley y al derecho observaron calladamente la norma.